

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2020

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Alessandro Bufalini
Giulia Del Turco
Francesco Luigi Gatta
Mario Savino
Flavio Valerio Virzi
Daniela Vitiello

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività ricerca e formazione in materia di immigrazione.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-074-6

DIRITTO DI RESIDENZA PER IL CITTADINO DELL'UNIONE
CHE DISPONE DI RISORSE SUFFICIENTI
DERIVANTI DA ATTIVITÀ LAVORATIVA ILLEGALE

Virginia Passalacqua*

SOMMARIO: 1. Le circostanze peculiari della famiglia Bajratari: *ius soli*, lavoro illegale e figli a carico. – 2. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 3. I diritti derivati dei genitori extracomunitari. – 4. Il ritorno della proporzionalità. – 5. Lavoro illegale e ordine pubblico. – 6. Conclusione.

1. *Le circostanze peculiari della famiglia Bajratari: ius soli, lavoro illegale e figli a carico*

Come spesso accade quando si tratta di cittadinanza dell'Unione, la controversia esaminata dalla Corte di Giustizia scaturisce da vicissitudini familiari piuttosto intricate. I coniugi Bajratari, di cittadinanza albanese, dal 2012 vivono in Irlanda del Nord (Regno Unito), dove hanno avuto tre figli. Ad oggi, i coniugi non possiedono un valido titolo di soggiorno, ma il Signor Bajratari, per via di precedenti nozze con una cittadina britannica, dal 2009 al 2014 è stato titolare di una carta di soggiorno¹. Proprio grazie a questo suo periodo di residenza legale, due dei loro tre figli hanno goduto del cosiddetto “*ius soli condizionato*”²: hanno acquisito la cittadinanza irlandese grazie al fatto che sono nati sull'isola d'Irlanda da genitore straniero regolarmente residente da almeno tre anni³.

Nel 2013, la Signora Bajratari ha presentato domanda alle autorità del Regno Unito per il riconoscimento del suo ‘diritto di soggiorno derivato’ in quanto madre e principale custode di due cittadini dell'Unione in tenera età. Le autorità inglesi, però, le hanno risposto con un diniego: a loro avviso, i

* Postdoctoral Fellow, Università di Torino e Collegio Carlo Alberto.

¹ CGUE, sentenza del 2 ottobre 2019, *Bajratari*, Causa C-93/18, EU:C:2019:809, par. 10 e ss.

² I. HONONAN, *Ius Soli Citizenship*, EUDO CITIZENSHIP Policy Brief No. 1

³ Irish Nationality and Citizenship Act, 2004. Si noti che la legislazione sullo *ius soli* della Repubblica d'Irlanda trova applicazione su tutto il territorio dell'isola, quindi anche in Irlanda del Nord, benchè faccia parte del Regno Unito.

suoi figli, e di conseguenza anche lei, non godono del diritto di risiedere nel Regno Unito poiché, sebbene siano cittadini europei e dispongano di risorse economiche sufficienti come richiesto dall'art.7 Direttiva 2004/38, tali risorse derivano dall'attività di lavoro illegale del padre e non possono essere considerate. La Signora Bajratari ha contestato tale diniego, richiedendone il riesame in via amministrativa e poi in sede giurisdizionale. In questo contesto, la Corte d'Appello del Regno Unito ha deciso di rinviare due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), che possono essere così riassunte: al fine di verificare se un cittadino dell'Unione dispone di 'risorse sufficienti' ex art.7 Direttiva 2004/38, si può tener conto anche del reddito proveniente da un'attività lavorativa illegale⁴? E tale reddito, in ragione della sua matrice illegale, deve essere ritenuto *ipso facto* precario?

2. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La CGUE ha affrontato le due domande poste dalla Corte d'Appello del Regno Unito come se fossero una sola: nel valutare se un cittadino europeo dispone di 'risorse sufficienti' ex art. 7 Direttiva 2004/38, è possibile tener conto anche di redditi derivanti da lavoro illegale? In realtà, come rileva dalle motivazioni della CGUE stessa, questa domanda ne sottende altre tre. Prima di tutto, vi è la questione del diritto di residenza 'derivato' di genitori extracomunitari con figli minori a carico aventi cittadinanza europea; la questione è stata al centro di un importante filone giurisprudenziale inaugurato con il caso di *Zhu e Chen* e consolidato con *NA e Rendón Marín*⁵. Connessa a questo punto è la questione dello scopo di applicazione degli artt. 20 e 21 TFUE e di quello che nel corso di questo commento ho definito 'ritorno alla proporzionalità'. Infine, vi è la questione del lavoro illegale come minaccia per l'ordine pubblico, e dell'eventualità in cui il diritto dell'UE possa intralciare le prerogative degli Stati Membri di tutelarlo.

Queste tre questioni saranno discusse nel commento qui di seguito. Intanto si anticipa che la Corte, ricorrendo al suo classico ragionamento funzionalistico, ha risposto al quesito posto nella causa *Bajratari* in chiave garan-

⁴ Direttiva 2004/38 del 29 giugno 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁵ CGUE, sentenza del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, Causa C-200/02, EU:C:2004:639; CGUE, sentenza del 30 giugno 2016, *NA*, Causa C-115/15, EU:C:2016:487; CGUE, sentenza del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, Causa C-165/14, EU:C:2016:675.

tista: l'obiettivo perseguito dall'art. 7 Direttiva 2004/38 è quello di evitare che il cittadino europeo diventi un onere eccessivo per le finanze dello Stato Membro ospitante, e richiedere, come fa il Regno Unito, che le risorse provengano da lavoro legale "costituirebbe un'ingerenza sproporzionata" nell'esercizio del diritto di libera circolazione dei cittadini europei⁶.

Ad un primo sguardo, la conclusione della CGUE potrebbe apparire sprezzante nei confronti del legittimo interesse del Regno Unito di tutelare la legalità sul suo territorio. Tuttavia, la risposta della Corte risulta meno sorprendente se consideriamo circostanze del caso concreto: il 'lavoro illegale' del Signor Bajratari non consisteva nel compiere un qualche reato, ma nell'aver continuato a lavorare come capocuoco anche dopo che il suo permesso di soggiorno fosse scaduto. Nel commento che segue verrà illustrato come il principio di proporzionalità abbia giocato un ruolo importante nel ragionamento della Corte: questo strumento le ha permesso di evidenziare come la politica del Regno Unito non servisse a perseguire lo scopo dell'art. 7, i.e. evitare che i cittadini UE diventino un onere eccessivo per le finanze pubbliche, e nemmeno a tutelare l'ordine pubblico. La CGUE è tornata ad utilizzare il principio di proporzionalità come strumento di garanzia, volto a evitare che gli stati membri limitino in modo pretestuoso o irragionevole la libertà di circolazione dei cittadini e dei loro familiari.

3. *I diritti derivati dei genitori extracomunitari*

La vicenda in esame ruota attorno alla questione dei cd. 'diritti derivati' che i cittadini di stati terzi possono acquisire per via del loro legame di parentela con un cittadino dell'Unione. Come ricorda la Corte: "La finalità e la ratio di tali diritti derivati si basano sulla constatazione che il rifiuto del loro riconoscimento è idoneo a pregiudicare, in particolare, la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione"⁷. È importante notare che le norme sulla cittadinanza dell'Unione non conferiscono diritti autonomi in capo ai cittadini di stati terzi, ma questi godono di un diritto di soggiorno fintantoché i loro familiari, cittadini dell'Unione, ne siano titolari a loro volta⁸. Quindi, per capire se la Signora Bajratari gode di un diritto di soggiorno derivato, le autori-

⁶ *Bajratari*, Causa C-93/18, par. 42.

⁷ CGUE, sentenza del 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez*, Causa C-133/15, EU:C:2017:354, par. 62.

⁸ CGUE, sentenza del 12 marzo 2014, *O. e B.*, Causa C-456/12, EU:C:2014:135, par. 36.

tà britanniche hanno dovuto prima di tutto stabilire se i suoi due figli godono del diritto di risiedere nel Regno Unito ex art. 21 del TFUE (libertà di circolazione dei cittadini UE), alla luce delle condizioni previste dalla Direttiva 2004/38.

La prima condizione che rileva è quella posta dall'art. 3 della Direttiva 2004/38, che definisce come 'aventi diritto' quei cittadini europei e i loro familiari che abbiano esercitato la libertà di movimento. I figli della signora Bajratari sono cittadini cd. 'statici', in quanto sono nati e hanno sempre vissuto in Irlanda del Nord, e perciò rischiano di essere esclusi. Tuttavia, la CGUE ha velocemente dipanato i dubbi in merito: il fatto di essere cittadini di uno stato membro (Irlanda) residenti in un altro stato membro (Regno Unito) è sufficiente per escludere che la situazione sia puramente interna⁹. Resta da verificare se i due fratelli soddisfano la seconda condizione richiesta ex art. 7 della Direttiva, che è al centro della disputa in esame: il possesso di risorse sufficienti.

Prima di addentrarci nel test utilizzato dalla CGUE circa l'art. 7, appare opportuno aprire una breve parentesi su un punto sollevato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, sebbene sia stato ignorato dalla Corte di Giustizia. Si tratta del rapporto tra art. 20 (cittadinanza dell'Unione) e art. 21 (diritto di circolazione) TFUE. L'Avvocato Generale nota come entrambe le disposizioni siano state usate per garantire un diritto di soggiorno derivato al genitore extracomunitario che abbia la custodia effettiva di cittadini europei minorenni, ma mentre l'art. 20 è stato usato per i 'casi Zambrano', quindi quando il minore è cittadino dello stato membro in cui risiede, l'art. 21 è stato usato per i 'casi Zhu e Chen', quando il minore risiede in uno stato membro di cui non è cittadino. Anche se questi due filoni giurisprudenziali hanno la stessa *ratio*, cioè garantire al minore l'effettivo godimento dei suoi diritti di cittadinanza europea, solo nel secondo caso la CGUE ha sottoposto il diritto di soggiorno del minore alla condizione prevista ex art. 7 Dir 2004/38, i.e. alla dimostrazione di disporre di risorse sufficienti e di un'assicurazione medica.

L'Avvocato Generale si domanda "se non sia privo di ogni logica che un minore cittadino dell'Unione possa aver maggiori diritti basandosi sull'articolo 20 TFUE di quanti ne avrebbe, come nella presente causa, qua-

⁹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 26; questo principio era già stato espresso dalla Corte in *Zhu e Chen*, Causa C-200/02, par 19, ma in alcune sentenze successive la Corte sembrava aver cambiato idea (si veda la sentenza del 5 maggio 2011, *McCarthy*, Causa C-434/09, EU:C:2011:277).

lora l'articolo 21 TFUE e la direttiva 2004/38 gli fossero applicabili"¹⁰. E tale domanda è tutt'altro che retorica: per dirlo con la giurisprudenza, ai figli della Signora Bajratari è richiesto di dimostrare il possesso di risorse sufficienti, ma lo stesso requisito non è stato richiesto ai figli del Signor Zambrano¹¹. Tale disparità si traduce in una discriminazione verso i cittadini europei meno abbienti, i quali non possono risiedere legalmente in uno stato di cui non sono cittadini anche se rischiano di essere privati dei loro diritti di cittadinanza europei¹². L'arbitrarietà di tale differenza di trattamento diventa ancora più palese in casi come *Rendon Marin* (dove un padre extracomunitario ha un figlio spagnolo che ricade nella situazione dell'art. 20 e una figlia polacca che ricade nella situazione dell'art. 21) o *Chavez Vilchez* (dove alcune delle ricorrenti ricadevano in una previsione e altre nell'altra); ma né in questi procedimenti citati, né in *Bajratari*, la CGUE ha voluto affrontare l'esistenza di questa possibile discriminazione tra cittadini europei.

4. *Il ritorno della proporzionalità*

Gli studiosi della cittadinanza europea sanno che negli ultimi anni la CGUE ha fatto un'inaspettata retromarcia nel campo dei diritti dei cittadini¹³. Se la Corte è stata per due decenni la più attiva promotrice (e fautrice) di quello che è "destinato a diventare lo status fondamentale dei cittadini degli stati membri", alcune sentenze come *Dano* e *Alimanovic* hanno portato alcuni commentatori a concludere che il periodo d'oro della cittadinanza europea fosse finito¹⁴. Sebbene le circostanze suggeriscano di andare con cautela, si può certamente affermare che la sentenza di *Bajratari* si colloca in quel filone giurisprudenziale espansivo dei diritti di cittadinanza, in cui la Corte ricorre incisivamente al principio di proporzionalità per promuovere la tutela del singolo e ridurre lo spazio di discrezionalità dello stato membro ospitante.

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 19 giugno 2019, *Bajratari*, Causa C-93/18, EU:C:2019:512, par 86

¹¹ CGUE, sentenza dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, Causa C-34/09, EU:C:2011:124.

¹² E. SPAVENTA, *Earned Citizenship: Understanding Union citizenship through its scope*, in D. Kochenov, 'EU Citizenship and Federalism: the role of rights', Cambridge: CUP, 2017, p. 215.

¹³ C. O' BRIEN, *A. Court of justice the ECJ sacrifices EU citizenship in vain: commission v. United Kingdom*, *Common Market Law Review* 54(1), 2017, p. 210.

¹⁴ CGUE, Sentenza del 11 novembre 2014, *Dano*, Causa C- 333/13, EU:C:2014:2358. CGUE, Sentenza del 15 settembre 2015, *Alimanovic*, Causa C-67/14, EU:C:2015:597.

Come anticipato, la Corte di Giustizia è chiamata a verificare se i figli della famiglia Bajratari (e di conseguenza la madre) godono di un diritto di residenza derivante dall'art. 21 TFUE alla luce delle condizioni poste dall'art. 7 della Direttiva 2004/38. In particolare, il dubbio della Corte d'Appello del Regno Unito non riguarda il *quantum* delle risorse - infatti è pacifico che grazie al lavoro del padre la famiglia disponga di risorse sufficienti - ma piuttosto l'origine illegale di esse.

La CGUE comincia chiarendo come, essendo l'art. 21 TFUE “un principio fondamentale del diritto dell'Unione”, esso costituisce la regola generale, mentre l'art. 7 della Direttiva va interpretato restrittivamente, nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁵. In tal senso, sia la Corte che l'Avvocato Generale sono concordi nel dire che il Regno Unito, non volendo tener conto delle risorse ricavate dal lavoro di una persona senza permesso di soggiorno, ha aggiunto un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla Direttiva, così espandendo quelle condizioni che invece andrebbero interpretate restrittivamente.

Inoltre, la CGUE nota come il requisito aggiunto dal Regno Unito non è in linea con gli obiettivi della Direttiva, i.e. evitare che il cittadino diventi un onere eccessivo sulle finanze pubbliche degli stati membri. È vero che, potenzialmente, un lavoro legale è più duraturo, e quindi garantisce più stabilità di risorse; tuttavia, la CGUE ricorda come esista già la possibilità per lo stato membro di agire ex art. 14 della Direttiva nel caso in cui il cittadino dovesse diventare un onere eccessivo sulle sue finanze. Insomma, richiedere un tale requisito preventivamente risulterebbe in “un'ingerenza spropositata nell'esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e soggiorno” in quanto non è necessario per la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva¹⁶.

Un cenno merita anche il fatto che la Corte si sia soffermata sulla circostanza per cui, nonostante il Signor Bajratari lavorasse senza permesso di soggiorno, questi avesse continuato a versare contributi previdenziali e fiscali nelle casse del Regno Unito, senza peraltro poterne beneficiare per via della sua condizione di irregolarità. La Corte smaschera così l'ipocrisia del diniego da parte delle autorità britanniche: se formalmente tale diniego è stato fatto ex art. 7, e quindi per proteggere le finanze dello stato, alla prova dei fatti il Signor Bajratari è un contribuente netto per le casse dello stato.

¹⁵ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 35.

¹⁶ *Ibidem*, par 42.

5. *Lavoro illegale e ordine pubblico*

L'ultima questione riguarda l'argomento avanzato dal Regno Unito secondo cui, nel suo ordinamento interno, svolgere un'attività lavorativa senza permesso è considerato contrario all'ordine pubblico, e questo gli consentirebbe di derogare al diritto di residenza dei due minorenni e della loro madre, la Signora Bajratari¹⁷. Si tratta anche qui di una questione delicata e annessa, su cui la CGUE si è pronunciata spesso, fin dal classico caso di *Van Duyn*¹⁸. Anche in *Bajratari*, la Corte ha ribadito che la nozione di ordine pubblico non può essere determinata unilateralmente dagli stati membri: costituendo un motivo di deroga alle libertà fondamentali dei cittadini, va sottoposta allo scrutinio delle istituzioni dell'Unione e deve essere interpretata restrittivamente¹⁹.

L'Avvocato Generale nota come gli Stati Membri possano utilizzare l'eccezione dell'ordine pubblico in casi in cui le risorse del cittadino derivino da un abuso di diritto o da attività criminose, ma è inappropriato paragonare queste condotte a quella del Signor Bajratari, che si è reso colpevole di aver continuato a lavorare nonostante il suo permesso fosse scaduto²⁰. Anche la Corte ritiene che una perturbazione dell'ordine pubblico non possa coincidere con una qualsiasi infrazione di legge, ma che essa presupponga "l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave rispetto ad un interesse fondamentale della società"²¹. L'infrazione del Signor Bajratari non sembra rientrare in questa definizione, ed è quindi ritenuta inammissibile l'eccezione di ordine pubblico.

6. *Conclusione*

La decisione della Corte di Giustizia in *Bajratari* è particolarmente significativa nel contesto in cui è stata adottata: il Regno Unito che si preparava alla Brexit. Infatti, una delle categorie più vulnerabili in questo delicato momento è proprio quella dei familiari extracomunitari di cittadini dell'Unione,

¹⁷ *Bajratari*, Causa C-93/18, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par 72.

¹⁸ CGUE, Sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, Causa C-41/74, EU:C:1974:133.

¹⁹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 50.

²⁰ *Bajratari*, Causa C-93/18, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par 73

²¹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 51.

che rischiano di subire un abbassamento dei loro diritti e delle loro tutele²². A mio avviso, questa sentenza può essere letta come un invito alle corti britanniche ad effettuare uno scrutinio scrupoloso delle decisioni amministrative, prendendo sul serio i diritti dei cittadini europei e dei loro familiari.

²² I. SOLANKE, *The Impact of Brexit on Black Women, Children and Citizenship*, *Journal of Common Market Studies*, 58(1), 2020, pp 147-159.