

La tutela dell'interesse legittimo al visto ed il diritto di migrare

Abstract In questo scritto ci si chiede, provando anche a dare una risposta a tale quesito, se il diritto “umano” alla libertà di movimento dentro e fuori i confini di uno Stato, nonché di residenza entro i confini dello stesso, sia un diritto universalmente riconosciuto, garantito e tutelato dagli Stati sovrani.

Keywords: *immigrazione; diritto di migrare; visto d'ingresso*

1. *Introduzione.*

Il diritto alla libertà di movimento, *rectius* diritto di migrare, è pacificamente collocato all'interno della sfera dei diritti umani. Diritti, quindi, che per loro essenza preesistono a qualsiasi formazione di potere statale e sono innati nell'individuo in quanto tale. In virtù del suo essere classificato come diritto umano, il diritto di migrare, dunque, dovrebbe essere garantito pacificamente all'interno di ogni ordinamento giuridico e, i suoi eventuali limiti, dovrebbero essere previsti dalla legge, nonché giustificati da esigenze legate alla tutela dello Stato in sé.

Il quesito che ci si pone è il seguente: il diritto “umano” alla libertà di movimento dentro e fuori i confini di uno Stato, nonché di residenza entro i confini dello stesso, è un diritto universalmente riconosciuto, garantito e tutelato dagli Stati sovrani? Questa è la prima domanda da porsi nel momento in cui ci si accinge ad affrontare il tema dei visti consolari e fin da subito è possibile notare alcuni punti di frizioni in relazione all'istituto in oggetto.

Prima di provare a dare una risposta al quesito posto, è bene però analizzare le ragioni che stanno alla base di tale diritto e quindi l'origine del fenomeno migratorio.

2. *Le origini del fenomeno migratorio.*

Per fenomeno migratorio deve intendersi quel flusso di individui che da una determinata

area geografica si sposta verso un'altra area geografica con la volontà di stanziarvisi in maniera temporanea o permanente.

Dall'analisi del fenomeno è possibile distinguere due tipi di flussi migratori: quello interno e quello esterno.

Per flusso migratorio interno deve intendersi quel movimento che avviene all'interno dello stesso stato, mentre, per flusso migratorio esterno, si intende quel flusso che travalica i confini nazionali per giungere all'interno di un altro stato.

Le ragioni alla base della migrazione umana sono determinate da fattori di varia natura: economica, politica, sociale ed ambientale. Questo fa sì che, spostando il focus sul migrante, è possibile classificarne vari tipi in relazione alla motivazione che è alla base del flusso.

Le persone possono migrare da un luogo ad un altro in ragione della domanda di ricongiungimento familiare posta in essere da un familiare residente in uno stato estero. Il "ricongiungimento familiare" è quell'istituto riconosciuto a favore dei cittadini stranieri, regolarmente soggiornanti sul territorio di uno stato diverso da quello di provenienza, attraverso il quale lo straniero (già titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata o di un permesso di soggiorno con durata inferiore ad un anno rilasciato per svolgere attività di lavoro subordinato/autonomo o rilasciato a seguito di richiesta di asilo, studio o protezione sussidiaria) chiede allo stato di permanenza l'ingresso dei familiari residenti all'estero al fine di ristabilire in modo continuativo l'unità della propria famiglia.¹

Per "migrante ambientale", invece, deve intendersi quella persona che è costretta a lasciare il proprio *habitat* tradizionale, temporaneamente o permanentemente, a causa di un fenomeno ambientale di origine naturale o causato dall'attività umana il quale

¹ È bene ribadire che l'unità familiare è un diritto fondamentale riconosciuto e tutelato sia dall'ordinamento italiano che europeo. Il ricongiungimento familiare è uno strumento essenziale per permettere la vita familiare, in quanto contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione nello stato, permettendo quindi di promuovere la coesione economica e sociale. Tale diritto si ricava in particolar modo dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo la quale afferma al comma 3 dell'articolo 16 <<che la famiglia è il nucleo fondamentale della società ed ha diritto ad essere protetta nella società e nello Stato>>.

mette in pericolo la sua stessa esistenza e/o influisce in maniera rilevante sulla qualità della sua vita.²

Continuando, si ha il “migrante economico” e cioè quella persona che per motivi legati alla sua attività lavorativa si reca in un paese estero e vi risiede per un determinato periodo di tempo o quella persona che è costretta a migrare in un paese straniero per cercare una posizione lavorativa, posizione la quale non è possibile riscontrare nel paese di provenienza.

Si ha, inoltre, il “migrante richiedente asilo” e cioè quella persona che fuori dal proprio paese presenta, in un altro stato, domanda di asilo per il riconoscimento dello *status* di rifugiato così come inteso in base alla convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, o richiesta per ottenere altre forme di protezione internazionale. Lo *status* di richiedente asilo permane fintanto che le autorità competenti dello stato in cui viene presentata la domanda non decidono in merito alla questione.

Infine, c'è il “migrante rifugiato” e per tale deve intendersi, in base all'articolo 1 della convenzione di Ginevra del 1951, quella persona che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra».³

Da questa breve classificazione, ben si comprende la complessità del fenomeno

² In base a quanto riportato dall'*International panel on climate change*, il cambiamento climatico ha un'importanza crescente tra i fattori determinanti il flusso migratorio. Una vasta gamma di eventi, fattori e processi, inducono a migrare. Persone o intere comunità sono costrette a spostarsi a causa di eventi climatici improvvisi e distruttivi, quali ad esempio terremoti, alluvioni, tsunami. Inoltre, il flusso migratorio è fortemente condizionato dalle effettive condizioni di vita rese insostenibili dallo stress ambientale che interessano determinate aree geografiche a seguito di siccità lenta e progressiva desertificazione. Tra l'altro, secondo una ricerca pubblicata dalla rivista *science* nel 2017, vi è un rapporto direttamente proporzionale tra l'aumento delle richieste d'asilo e le variazioni climatiche: nel recente passato (2000-2014) i cambiamenti climatici in 143 paesi hanno comportato 351.000 richieste d'asilo in più. E' possibile sul punto consultare il sito internet dell'IPCC al seguente link <https://ipccitalia.cmcc.it/ipcc-special-report-global-warming-of-1-5-c/>.

³ È bene precisare che lo *status* di rifugiato si ottiene solo a seguito di esito positivo della procedura di richiesta di riconoscimento dello stesso.

migratorio. È innegabile che negli ultimi anni tale fenomeno ha assunto una portata e rilevanza tale da porsi come punto inevitabile nell'agenda di governo degli stati e come *focus* di dialogo tra gli stati stessi, in particolare tra quelli membri dell'Unione Europea.

Infatti, secondo i dati relativi all'anno 2018 dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sono circa 70 milioni le persone costrette a mettersi in viaggio. Di queste, 40 milioni vivono sfollate nel proprio paese, circa 27 milioni sono rifugiati fuggiti all'estero e 3 milioni sono richiedenti asilo.

Secondo tali dati, oltre il 50% dei rifugiati totali arriva da tre paesi: in particolare, un rifugiato su tre proviene dalla Siria, cui segue l'Afghanistan ed il Sud Sudan. Consistenti risultano essere anche i flussi continui di rifugiati somali ed eritrei, i quali si trovano costretti a lasciare il corno d'Africa a causa dalla precaria stabilità politica di tali paesi originata da conflitti perenni o instaurazione di regimi dittatoriali particolarmente violenti.

Analizzando ulteriormente i dati così come elaborati dall'UNHCR⁴ si nota, in aggiunta, che i paesi i quali hanno accolto il maggior numero di migranti rifugiati, in relazione alla propria popolazione, sono il Libano⁴, la Turchia, l'Uganda, cui seguono l'Iran ed il Pakistan. Tali risultati fanno ben comprendere come il numero di migranti che arriva in Europa che presentano domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato è ben più esiguo rispetto al totale dei migranti accolti dai paesi citati.⁵

L'assunto che il fenomeno migratorio coinvolga un'area geografica così ampia, interessando un numero di stati nazionali sempre maggiore, porta all'inevitabile conclusione che, affinché si possa trovare una soluzione adeguata allo stesso, quest'ultima non deve ricercarsi all'interno dei confini nazionali, ma a livello transnazionale, preferibilmente in seno ad organizzazioni internazionali come le Nazioni Unite.

⁴ Nel dettaglio in Libano trovano rifugio oltre 300mila palestinesi ed oltre 1 milione di siriani.

⁵ Dati consultabili sul sito istituzionale dell'UNHCR al seguente link: <https://www.unhcr.it/risorse/statistiche>.

3. *La regolamentazione giuridica in tema di migrazioni.*

Spostando la ricerca della soluzione dal piano nazionale a quello internazionale si incontrano i primi *deficit* e limiti.

A livello internazionale non è possibile trovare alcuna normativa pattizia sull'immigrazione, anche se è bene precisare che la stessa viene lambita nel momento in cui si affrontano altri temi.⁶

Ciò nonostante, è possibile ricavare un diritto di migrare (*rectius* diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato, nonché diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio e di ritornarci) all'interno di alcuni atti internazionali.

Nello specifico, l'articolo 13 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, al primo comma, afferma che «ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato», per poi proseguire al secondo comma affermando che «ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese».

Tuttavia, la Dichiarazione universale non ha efficacia vincolante in quanto è una dichiarazione di principi. L'importanza, nondimeno, della stessa, è che essa mette in luce la volontà comune degli stati membri della comunità internazionale di voler riconoscere come diritto proprio di ogni essere umano quello di spostarsi liberamente sulla "Terra casa comune".

Analizzando il diritto internazionale pattizio, si nota come il diritto di migrare è disciplinato all'interno del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 in particolare all'articolo 12 primo comma.⁷

Il diritto di migrare è possibile rinvenirlo, inoltre, all'interno della Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti, nella quale si specifica all'articolo 8 che «i lavoratori migranti e i membri della loro famiglia sono liberi di lasciare tutti gli Stati, ivi compreso il loro Stato di origine. Questo diritto non può essere oggetto di restrizioni se

⁶ Esempio emblematico è la trattazione del diritto di migrare in relazione al migrante lavoratore sancita nella Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

⁷ L'analisi dell'articolo in questione verrà effettuata nelle pagine successive del presente lavoro.

non quelle previste dalla legge, necessarie alla protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute o della moralità pubblica, o del diritto e libertà degli altri, e compatibili con gli altri diritti riconosciuti dalla presente parte della convenzione».⁸

Come sopra meglio specificato, è possibile rinvenire all'interno della normativa internazionale pattizia il diritto di migrare; tuttavia, sarebbe auspicabile porre in essere una normativa *ad hoc* che abbia come unico soggetto il migrante e come oggetto il flusso migratorio. Sul punto è bene dare risalto che nella conferenza di Marrakech del 10 e 11 dicembre 2018 è stato ufficialmente adottato il *Global compact on safe, orderly and regular migration*.

La conferenza, che si è svolta sotto l'egida delle Nazioni Unite, ha avuto come protagonisti non solo gli stati membri della comunità internazionale, ma anche la partecipazione di vari attori non governativi. Il testo ufficiale del patto, così come definito nel luglio del 2018, è stato successivamente accluso a una risoluzione dell'Assemblea generale.

Il Patto globale sulle migrazioni è stato elaborato insieme al Patto globale sui rifugiati, quest'ultimo sviluppato in seno all'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

Tuttavia, è doveroso sottolineare come in relazione al Patto sulle migrazioni molti dei paesi membri dell'Unione Europea, tra i quali l'Italia,⁹ hanno deciso di non aderire allo stesso, nonostante si tratti di uno strumento meramente politico e programmatico anche se ricco di significato intrinseco. Infatti il Patto globale sulle migrazioni rappresenta il primo tentativo di definizione di un quadro di riferimento in materia d'immigrazione a livello mondiale, anche in considerazione del fatto che la disciplina sulla gestione dei flussi migratori è definita a livello nazionale o tutt'al più regionale.

⁸Si precisa tuttavia che l'Italia non ha ancora ratificato la Convenzione ONU in oggetto.

⁹In particolare, nonostante l'Italia abbia votato a favore del patto globale sui rifugiati, come tutti gli altri stati membri dell'Unione Europea, esclusa l'Ungheria, in relazione al patto sulle migrazioni, l'Italia stessa, insieme ad altri paesi membri dell'UE, ha deciso di non aderire al patto prefato adducendo come motivazione (pretestuosa a mio modesto avviso) il fatto che il patto in questione potrebbe far sorgere in capo anche ai migranti irregolari tutta una serie di diritti nuovi andando a rafforzare o rendendo "legittimo" il loro *status* giuridico di immigrato irregolare.

Sebbene la tutela delle frontiere nazionali è una delle principali materie su cui si fonda la sovranità statale, è innegabile che un'azione coordinata tra i vari stati è auspicabile per la ricerca di soluzioni efficaci alla problematica in esame.

4. *La tutela del diritto di migrare.*

Come specificato nella premessa, il diritto di migrare dovrebbe essere garantito pacificamente all'interno di ogni ordinamento giuridico e i suoi eventuali limiti devono essere previsti dalla legge, nonché giustificati da esigenze legate alla tutela dello stato in sé. La legge in quanto tale è strumento ortodosso attraverso il quale lo stato esercita la propria sovranità in maniera legittima. Quindi, tra le funzioni della stessa, rientra pacificamente anche la garanzia e la tutela dei diritti umani.¹⁰

Di diritto di migrare, come *ut supra* anticipato, si parla all'interno del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Infatti, l'articolo 12 comma 2 specifica che «ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi Paese incluso il proprio». Così facendo, la Convenzione riconosce il diritto di qualsiasi persona di migrare da uno stato all'altro.

Tuttavia, il comma 3 precisa che, il diritto di migrare, può essere limitato nel momento in cui entra in conflitto con interessi considerati di vitale importanza per la sopravvivenza dello stato, specificando – opportunamente – che tali interessi devono essere individuati prontamente dalla legge nonché sorretti da congrua motivazione. Il citato comma sancisce che «i suddetti diritti¹¹ non possono essere sottoposti ad alcuna restrizione, tranne quelle che siano previste dalla legge e che siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche».

È legittimo chiedersi a questo punto cosa si intenda per sanità pubblica, ordine

¹⁰ Volontariamente si è ommesso il verbo “riconoscere” in quanto in diritti umani, essendo preesistenti a qualsiasi formazione di potere pubblico non necessitano del riconoscimento in quanto tale, essendo gli stessi già riconosciuti in *re ipsa* ma, necessitano degli strumenti normativi affinché siano al massimo attuati tutelati e garantiti effettivamente.

¹¹ Fra i suddetti diritti è compreso anche il diritto di cui al comma 1 articolo 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici secondo cui «<<ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio>>».

pubblico e sicurezza. La specificazione di tali espressioni risulta essere necessaria in quanto esse sono connotate da una natura elastica ed in virtù di ciò, si riempiono di significato nel momento in cui vengono applicate al caso concreto o interpretate.

Tenendo presente la loro intrinseca natura dinamica, non si è quindi immuni dal rischio che uno stato, nel momento in cui si trova ad applicare tali concetti, per ragioni politiche, ideologiche o di mera convenienza, decida di adottare un criterio interpretativo espansivo che arrivi ad allargare talmente tanto le maglie delle citate nozioni giungendo ad una compressione ingiustificata del diritto di migrare fino a limitarne la tutela.

Dunque, sarebbe pericoloso la prospettiva che l'interpretazione dei concetti di ordine pubblico, sanità e sicurezza fosse lasciata al mero arbitrio degli stati.

Sul punto, occorre precisare che la Corte di giustizia dell'Unione Europea più volte si è pronunciata su cosa deve intendersi per sanità pubblica o sicurezza.

Con la sentenza numero C-601/15 PPU del 15 febbraio 2016 la Corte ha specificato che la nozione di "ordine pubblico" presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, anche e soprattutto l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società.

Mentre, in relazione alla "pubblica sicurezza", dalla costante giurisprudenza della Corte si ricava che tale nozione comprende «la sicurezza interna di uno stato membro e la sua sicurezza esterna, quindi, di conseguenza, il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, intesa come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, che possono ledere la pubblica sicurezza».¹²

Con la sentenza suddetta, la Corte sottolinea come la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico contribuiscono parimenti alla tutela dei diritti e delle libertà altrui, così come anche specificati all'interno della Carta dei diritti fondamentali

¹² Il testo integrale della sentenza è consultabile sul sito istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione Europea al seguente link: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-601/15>.

dell'Unione Europea, la quale enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza. Per tanto, le restrizioni all'esercizio dei diritti di libertà (tra i quali rientra il diritto di migrare) devono operare entro i limiti dello stretto necessario alla stregua dei principi di proporzionalità e adeguatezza. Altro punto di frizione da sottolineare è la circostanza che il diritto di migrare¹³ (supponendo che non ci siano ragioni a negarlo legate alla sicurezza della nazione, salute e incolumità pubblica) non è azionabile e quindi usufruibile immediatamente dalla persona, ma è subordinato al rilascio di un atto amministrativo che prende il nome di visto.

5. Il visto consolare d'ingresso.

Il visto d'ingresso è quell'autorizzazione (quindi un atto amministrativo) attraverso il quale viene concesso ad un cittadino il travalicamento delle frontiere. Tale atto deve essere richiesto dal soggetto interessato alle rappresentanze diplomatiche o consolari del paese di destinazione che sono presenti nel paese di provenienza.

È bene precisare che la persona non ha un diritto a richiedere il visto, ma un interesse legittimo e per tale deve intendersi, così come specificato dalla Corte di cassazione con la sentenza numero 500 del 1999, quella «posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene della vita».¹⁴

L'interesse legittimo al visto, per quanto possa essere tutelato quale posizione giuridica soggettiva, in particolare – nel nostro ordinamento – in virtù dell'articolo 24 della Costituzione italiana, non è equiparabile alla posizione giuridica di diritto soggettivo.

La subordinazione del diritto di migrare al rilascio del visto, fa sì che, non solo il diritto di migrare viene attuato attraverso la legge dello stato, la quale può limitarlo per i

¹³ Si precisa che l'analisi è incentrata sul diritto di migrare azionato nelle modalità previste dalla legge, quindi la migrazione regolare.

¹⁴ Su punto Cassazione civile, Sezioni unite – sentenza numero 500 del 22 luglio 1999.

motivi sopra citati, ma la fruibilità dello stesso è possibile solo a seguito dell'ottenimento di un atto amministrativo che autorizza il richiedente all'attraversamento delle frontiere e cioè del visto d'ingresso.

In realtà, la ragione di questo doppio filtro del diritto di migrare è ben spiegabile in virtù del fatto che il controllo delle frontiere esterne è materia fondamentale sulla quale si fonda la sovranità statale e come tale gli stati sono restii a far sì che tale aspetto venga regolato da normativa internazionale pattizia, piuttosto che nazionale. A livello dell'Unione Europea si assiste ad una controtendenza del fenomeno, ma la singolarità risiede nel modello ibrido stesso d'integrazione europeo frutto di un processo lungo e complicato nel tempo, non ancora giunto al termine.

La materia dei visti è regolata, all'interno dell'U.E., dal regolamento numero 810 del parlamento e del consiglio. La base giuridica dello stesso è individuata negli articoli 61 e 62 paragrafo 2 del TUE e l'obiettivo principale è quello di fissare le procedure e le condizioni comuni per il rilascio del visto sia in relazione ai soggiorni di breve durata (non più di 90 giorni su un periodo di 180 giorni) sia per il transito nel territorio dei paesi dell'Unione Europea e negli altri Stati che applicano interamente l'Accordo di Schengen.

La domanda di visto viene esaminata nel merito dalle autorità consolari del paese di destinazione, presenti nel paese di provenienza. L'autorità competente, dopo l'accertamento del possesso e la valutazione dei requisiti necessari per l'ottenimento del visto, rilascia lo stesso al richiedente. Si specifica inoltre, all'articolo 9 del regolamento 810/2009, che «le domande vanno presentate non prima di tre mesi dall'inizio del viaggio previsto» e la domanda di applicazione si concretizza nella compilazione di un modulo predeterminato già predisposto dall'autorità competente.

Il rifiuto del visto è regolato dall'articolo 32, il quale prevede tutte una serie di situazioni in cui l'autorità competente può rifiutarsi di concedere il visto. Tra queste rientrano i seguenti casi:

- presenta un documento di viaggio falso, contraffatto o alterato;
- non fornisce la giustificazione riguardo allo scopo e alle condizioni del soggiorno previsto;

- non dimostra di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o di residenza oppure per il transito verso un paese terzo nel quale la sua ammissione è garantita, ovvero non è in grado di ottenere legalmente detti mezzi;
- ha già soggiornato per tre mesi, nell'arco del periodo di sei mesi in corso, sul territorio degli Stati membri in virtù di un visto uniforme o di un visto con validità territoriale limitata;
- è segnalato nel S.I.S. al fine della non ammissione.¹⁵

Occorre precisare come, in relazione ai motivi di rifiuto, ampi margini di discrezionalità vengono lasciati agli stati nel momento in cui si demanda agli stessi di verificare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti per concedere il visto.

In considerazione di quanto detto, è lecito chiedersi che tipo di tutela ha il cittadino straniero nel momento in cui si vede rifiutato un visto d'ingresso e se l'attività amministrativa dello stato in relazione al rilascio degli stessi è di tipo discrezionale, vincolata o parzialmente vincolata.

Parte della risposta è fornita direttamente dal regolamento sui visti. Infatti, al paragrafo 3 dell'articolo 32 è previsto che «il richiedente cui sia stato rifiutato il visto ha il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono proposti nei confronti dello stato membro che ha adottato la decisione definitiva in merito alla domanda e disciplinati conformemente alla legislazione nazionale di tale stato». Il paragrafo rimanda poi all'allegato VI del regolamento nel quale si specifica che «il ricorso avverso la decisione di rifiuto, annullamento e revoca del visto va presentato secondo quanto stabilito dalla legislazione nazionale».

Nell'ordinamento italiano, la competenza a giudicare sul diniego di visto spetta al TAR della regione Lazio. Tuttavia, essendo la concessione stessa del visto espressione della sovranità statale (e cioè del potere dello stato di negare l'ingresso agli stranieri nel proprio territorio sulla base di ragioni predeterminate e motivate), il rifiuto stesso è

¹⁵ Art. 32 del regolamento numero 810 del parlamento e del consiglio del 13 luglio 2009.

espressione di un potere discrezionale dell'autorità pubblica e, come tale, soffre del sindacato di merito del giudice amministrativo se non, quest'ultimo, espressamente previsto dalla legge, mentre, è soggetto al sindacato di legittimità del medesimo.

Per questo si comprende la ragione per la quale, restando impregiudicato il potere di verificare la legittimità¹⁶ del diniego di visto, l'autorità amministrativa competente non può esimersi dal fornire spiegazioni in merito alle ragioni che hanno condotto alla mancata adozione del provvedimento.

Dalla lettura dell'articolo 32 del regolamento 810/09, nonché dell'allegato VI del medesimo, non può non notarsi come sia affidata alla legislazione nazionale la previsione di rimedi volti a garantire una tutela in caso di diniego.

In caso di lesione di situazioni giuridiche soggettive provenienti da una pubblica autorità, solitamente al cittadino vengono forniti due mezzi di tutela: una di tipo giurisdizionale e l'altra di tipo amministrativo.

Per quanto le due offrano la possibilità di poter far sì che la medesima questione sia affrontata per una seconda volta almeno, è bene sottolineare che i due meccanismi di tutela non sono uguali e non sempre rispettano il diritto ad avere una tutela effettiva e concreta delle proprie situazioni giuridiche che venga giudicata da un organo indipendente e imparziale così come prescritto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La problematica è giunta all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione Europea, ad es., con la sentenza numero 403 del 2016 avente ad oggetto una questione pregiudiziale e nello specifico se alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,¹⁷ il paragrafo 3 dell'articolo 32 del regolamento 810 del 2009 deve interpretarsi nel senso che la tutela da apprestarsi in caso di diniego di visto consolare sia di tipo giurisdizionale o se risulta essere sufficiente quella di tipo amministrativo.

¹⁶ Nel senso di legittima formale e quindi verifica dell'esistenza dei presupposti che hanno portato al diniego ma non esamina degli stessi nel merito.

¹⁷ Nonché alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'articolo 13 della C.E.D.U..

Prima di procedere all'analisi della sentenza, sia in fatto che in diritto, è bene chiarire la differenza che intercorre tra i rimedi giurisdizionali ed i rimedi amministrativi.

La tutela di tipo giurisdizionale è la forma più importante di tutela azionabile a fronte di atti della pubblica amministrazione che ledano situazioni giuridiche soggettive. Essa, viene garantita nell'ordinamento italiano, in virtù dell'articolo 113 della nostra Costituzione.

La tutela di tipo amministrativo è quella forma di tutela, disciplinata nel nostro ordinamento dal DPR del 24 novembre 1971 numero 1199, la quale prevede che gli atti della PA (tra i quali rientra il riconoscimento al visto) possono essere impugnati innanzi agli organi stessi della amministrazione pubblica in via, per l'appunto, amministrativa.¹⁸

Quest'ultimo rimedio, quindi, è azionabile di fronte ad organi, individuati secondo la legge degli stati, facenti parte della pubblica amministrazione. Organi, quindi, che in quanto facenti parte dell'apparato amministrativo dello stato, nel momento in cui agiscono, seppur devono seguire il canone dell'imparzialità, perseguono comunque l'interesse pubblico generale del bene della collettività.

Nel momento in cui la pubblica amministrazione agisce, la stessa persegue, attraverso la sua azione, il fine pubblico di cui è portatrice, seppur tutta la sua attività amministrativa è pervasa dal canone dell'imparzialità.

Se alla medesima autorità viene richiesto, attraverso un ricorso amministrativo, il riesame di una medesima situazione sulla quale si è già espressa, le viene demandato di riesaminare la questione in maniera imparziale e decidere quale dei due interessi (tra quello pubblico e privato) risulta prevalente in relazione al caso concreto.

Ma sul piatto della bilancia è presente un interesse che alla stessa autorità viene chiesto dalla legge di perseguire e tutelare, seppur in maniera imparziale.

Invece, la tutela giurisdizionale è impregnata non dal principio di imparzialità, ma dal principio della neutralità.

Infatti, mentre l'imparzialità comporta il trattare interessi opposti in maniera

¹⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, IV edizione, 2017, p. 643 e ss.

equidistante, non richiedendo come condizione necessaria la totale estraneità di chi giudica rispetto ad uno dei due interessi contrapposti,¹⁹ la neutralità presuppone la totale indifferenza del soggetto giudicante in relazione agli interessi in conflitto, in quanto il soggetto giudicante stesso non persegue nessuno dei due interessi contrapposti: è terzo rispetto agli stessi.

Solo il giudice pertanto, e non la P.A., è l'unico in grado di giudicare in maniera neutrale (concetto quindi differente dal termine imparziale) una situazione di conflitto e quindi, di conseguenza, solo la tutela di tipo giurisdizionale è in grado di fornire una tutela effettiva, concreta ed efficace in caso di lesione di posizioni giuridiche soggettive.

Questa precisazione risulta necessaria per poter analizzare nello specifico la questione pregiudiziale alla base della sentenza numero 403 del 2016 della Corte di giustizia.

In merito al fatto, il Sig. Soufiane El Hassani, cittadino marocchino, volendo fare visita alla moglie ed al figlio, entrambi cittadini polacchi e residenti in Polonia, presenta al console della repubblica di Polonia in Rabat domanda di rilascio di un visto Schengen.

Ricevuta la domanda, il console la respinge, specificando che la stessa non veniva accolta in quanto non vi sono certezze che il Sig. El Hassani, avrebbe lasciato il territorio polacco prima della scadenza del visto.²⁰

La normativa polacca, in attuazione dell'articolo 32 paragrafo 3 del regolamento 810/09, prevede che in caso di rifiuto al visto, il soggetto interessato può presentar domanda di riesame (quindi un ricorso di tipo amministrativo) di fronte alla medesima autorità che non ha concesso il visto.

Il Sig. El Hassani propone riesame ai sensi dell'articolo 76 comma 1 della legge

¹⁹ Basti pensare che, nel riesame, all'autorità competente (solitamente la stessa che ha emanato l'atto) viene richiesto di rivalutare tra l'interesse pubblico e quello privato quale è prevalente, in maniera imparziale, anche se all'autorità competente è demandato per legge il perseguimento di quel fine pubblico che nel giudizio di riesame si trova a confronto con l'interesse privato.

²⁰ In merito si veda la sentenza C-406/16 – Fatti all'origine della controversia e questione pregiudiziale, punto 11.

sugli stranieri del 12 dicembre 2013 (ustawa o cudzoziemcach),²¹ ma, in data 27 gennaio 2015 si vede nuovamente rifiutato il visto consolare.

È bene precisare che la legge polacca, non prevede la possibilità di poter impugnare il rifiuto di un visto consolare di fronte ad un'autorità giurisdizionale. A tal proposito, il codice di procedura giurisdizionale amministrativa, all'articolo 5 punto 4, prevede espressamente che non rientra nella competenza del giudice amministrativo la materia del rilascio dei visti consolari, precludendo di fatto una tutela di tipo giurisdizionale in relazione a tale problematica.

Nonostante il limite della competenza del giudice amministrativo nel poter decidere in tema di visti, il Sig. El Hassani propone comunque ricorso di fronte al tribunale amministrativo polacco del voivodato di Varsavia, specificando che l'articolo 76 della legge sugli stranieri polacca non garantisce un livello di tutela conforme a quanto prescritto all'articolo 13 della CEDU, nonché dell'articolo 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nel proporre ricorso sottolineava come l'unico rimedio previsto in caso di diniego del visto consolare è di tipo amministrativo, mentre la legislazione degli altri stati membri dell'Unione Europea prevedano un rimedio di tipo giurisdizionale. Sulla base di tali dichiarazioni, il Sig. El Hassani chiede quindi al tribunale amministrativo di Varsavia di deferire alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale riguardo all'interpretazione dell'articolo 32, paragrafo 3, del regolamento sui visti, per stabilire se tale disposizione includesse nel suo ambito di applicazione altresì il diritto di proporre ricorso giurisdizionale contro le decisioni di diniego di visto o lasciava ampia libertà agli Stati membri nella scelta dello strumento di tutela ritenuto più idoneo.

Il tribunale amministrativo di Varsavia con ordinanza respinge il ricorso affermando che l'articolo 5, punto 4, del codice di procedura giurisdizionale amministrativa polacco, afferma che il giudice amministrativo non è competente nel decidere avverso il diniego di un visto Schengen. Conseguentemente, il medesimo

²¹ In particolare al punto primo del comma uno della legge sugli stranieri polacca si prevede che avverso la decisione di rifiuto di un visto Schengen adottata da un console, al soggetto interessato spetta il diritto di chiedere il riesame dinanzi alla stessa autorità.

tribunale, si rifiuta di deferire domanda di pronuncia pregiudiziale alla corte di giustizia.

In risposta, il Sig. El Hassani propone ricorso dinanzi alla corte suprema amministrativa della Polonia, adducendo i motivi pregressi e quindi anche la questione pregiudiziale.

Sul punto, la corte suprema amministrativa Polacca, ritenendo fondato il dubbio interpretativo, decide di deferire questione pregiudiziale alla corte di giustizia.²²

In particolare, la suprema corte precisa che, ai sensi della normativa polacca in tema di giurisdizione amministrativa, un rimedio giurisdizionale avverso il diniego di visto viene garantito esclusivamente ad un cittadino di un paese terzo che sia familiare di un cittadino di uno stato membro dell'Unione o di un paese membro dell'associazione europea di libero scambio che è parte all'accordo sul SEE o della confederazione svizzera. Ogni altro cittadino di paese terzo beneficia unicamente di un rimedio amministrativo, ossia di una domanda di riesame da parte della medesima autorità.

Inoltre, nell'ordinanza di rinvio, la suprema corte evidenzia l'assenza di competenza dei giudici amministrativi per le cause relative ai visti rilasciati dai consoli, come previsto dall'articolo 5, punto 4, del codice di procedura giurisdizionale amministrativa e che, tale carenza, può violare l'articolo 32, paragrafo 3, del regolamento sui visti, in combinato disposto con l'articolo 47, primo comma, della carta dei diritti fondamentali dell'U.E., che garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

È bene precisare che, attraverso il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi sull'esatta interpretazione dei trattati, degli atti compiuti dalle istituzioni europee o dagli organismi dell'Unione.²³

Tramite tale strumento, la Corte di giustizia collabora con gli organismi

²² Si precisa che il giudice di ultima istanza, ai sensi dell'articolo 267 del TFUE ha l'obbligo, in caso di dubbio interpretativo vertente su una disposizione del diritto dell'Unione Europea, di deferire questione pregiudiziale alla stessa.

²³ Sul punto art 267 paragrafo 1 del TFUE.

giurisdizionali degli stati membri, al fine di garantire la corretta applicazione, effettiva ed omogenea, del diritto europeo. Il rinvio pregiudiziale ha quindi come oggetto di causa non la risoluzione di una controversia, infatti quest'ultima spetterà esclusivamente al giudice nazionale del rinvio, ma, invece, oggetto del ricorso è il dubbio interpretativo di una normativa europea.

Sempre in virtù del rinvio pregiudiziale, alla Corte di giustizia è chiesto di interpretare anche le disposizioni del diritto dell'Unione Europea che sono oggetto di rinvio diretto da parte della normativa nazionale. Qui, si ha che il diritto dell'Unione trova applicazione non in vigore proprio, ma in virtù della disposizione di diritto interno che contiene il rinvio alla normativa europea. Si viene così a creare una situazione che può o deve costringere il giudice nazionale ad adire la Corte di giustizia affinché quest'ultima interpreti in via pregiudiziale una disposizione di diritto interno, seppur contenente il rinvio ad una disposizione europea.

È bene precisare che una simile situazione, che trova ragione d'essere nella sua eccezionalità, non può far pensare che il giudice europeo possa essere adito, seppur indirettamente, ad interpretare una disposizione di diritto interno, anche se, non può dubitarsi, di come il rinvio pregiudiziale possa essere strumento utile alla Corte che le permette di azionare un controllo indiretto della compatibilità delle norme interne con quelle dell'ordinamento dell'Unione Europea.

Di tale avviso è anche la Corte di cassazione, la quale infatti precisa che lo strumento del rinvio pregiudiziale svolge l'importante funzione di verifica della legittimità di una norma nazionale, di un atto emesso dalla autorità amministrativa o una prassi amministrativa in relazione al diritto europeo.²⁴

In merito al diritto della questione, la corte di giustizia risolve il dubbio interpretativo affermando che «l'articolo 32, paragrafo 3, del regolamento n. 810/2009 del parlamento europeo e del consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti, come modificato dal regolamento (UE) n. 610/2013 del parlamento europeo e del consiglio, del 26 giugno 2013, letto alla luce dell'articolo 47

²⁴ Si guardi, sul punto, Cassazione. n. 13603/2011.

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso fa obbligo agli stati membri di prevedere una procedura di ricorso contro le decisioni di diniego di visto, le cui modalità siano definite dall'ordinamento giuridico del singolo Stato membro nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Tale procedura deve garantire, a un dato stadio del procedimento, un ricorso giurisdizionale».²⁵

A conferma di tale conclusione, la Corte afferma che l'articolo 47 della Carta, che ribadisce il principio della tutela giurisdizionale effettiva, richiede, al suo primo comma, che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente e imparziale.²⁶ Il rispetto di tali requisiti, non sempre può essere soddisfatto dal rinvio della decisione demandata ad un'autorità amministrativa.²⁷

L'unico organo idoneo a garantire il rispetto di tali principi è quello giurisdizionale. Infatti, la nozione di indipendenza, intrinseca alla funzione giurisdizionale, implica innanzitutto che l'organo interessato si trovi in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso.²⁸

6. Conclusioni.

Il diritto "umano" alla libertà di movimento dentro e fuori i confini di uno stato, nonché di residenza entro i confini dello stesso è universalmente riconosciuto, garantito e tutelato dagli Stati sovrani?

Si è potuto notare come il diritto di migrare, nonostante la sua elevazione a diritto umano, nel momento in cui entra in contrasto con interessi ritenuti rilevanti per la sopravvivenza dello stato, quale la sicurezza pubblica o l'incolumità della nazione, subisce una compressione tale da parte della stessa entità (lo stato) che è chiamata a

²⁵ Sul punto si vedano le conclusioni della sentenza della Corte di giustizia numero 403 del 2016.

²⁶ In merito a ciò si veda il punto 38 della sentenza C403/16, nonché sentenza del 19 settembre 2006, Wilson, C506/04 punto 49 e sentenza del 17 dicembre 2015, Tall, C239/14, punto 51.

²⁷ Seppur la stessa, nel momento in cui si trova a riesaminare la richiesta agisca rispettando il principio di imparzialità.

²⁸ Si precisa, che la Corte usa l'espressione "terzietà", ma che ben può sostituirsi la stessa con l'espressione neutralità.

garantirlo ed attuarlo.

Tale situazione apparentemente paradossale deve essere letta anche alla luce del lento mutamento che la comunità internazionale sta subendo. L'emersione dell'individuo, all'interno della stessa, seppur non come soggetto di diritto, ma come centro d'imputazione di diritti, inevitabilmente erode il concetto di sovranità statale facendolo quasi apparire obsoleto.

Inoltre, l'emersione di alcune problematiche quali i flussi migratori, i cambiamenti climatici, ma ancor di più la tutela effettiva ed universale dei diritti umani, hanno mostrato come i confini statali siano labili.

Tali problematiche, lungi dall'essere risolte con azioni plurime prese univocamente dai singoli stati, necessitano di soluzioni all'interno di strutture in grado di canalizzare le pretese statali e di mettere a confronto le stesse non solo fra di esse ma, anche, con le pretese avanzate da altri soggetti che non siano i singoli stati, quali le parti private, le organizzazioni non governative, la comunità scientifica e perché no, l'individuo persona come tale.

Seppur l'ONU sembra essere la sede adatta nella quale attuare questo (o, perlomeno, sotto la sua egida), la conferenza di Marrakech del 10 e 11 dicembre 2018, dove è stato ufficialmente adottato il *Global compact on safe, orderly and regular migration* (nella quale, tra l'altro, hanno preso parte anche le parti private), ha mostrato come gli stati siano ancora restii a scendere a compromessi sulla tutela effettiva di alcuni diritti che possono entrare in conflitto con la propria sovranità.

Sarebbe auspicabile, quindi, che sul piano internazionale venga adottata una normativa pattizia che riesca a tutelare e garantire in maniera effettiva ed uniforme il diritto di migrare, che spesso risulta essere il presupposto per la tutela del diritto alla vita e l'integrità psico-fisica: basti pensare al migrante richiedente asilo o altra forma di protezione cui viene negato il visto d'ingresso.

Tale obiettivo, seppur lontano nel tempo, può essere perseguito nel breve periodo attraverso la buona volontà politica degli stati, incanalando la stessa in atti di *soft law*. Strumenti quest'ultimi che, seppur non vincolanti dal punto di vista giuridico, possono vincolare ideologicamente e politicamente l'agire politico degli stati membri della

comunità internazionale ed i governi interni ad essi presenti, nonché tracciare una strada da percorrere per quelli futuri.