



24 FEBBRAIO 2021

Cittadinanza europea e circolazione  
delle persone nell'Area Europea di  
Libero Scambio

di Umberto Lattanzi  
Dottore in Giurisprudenza  
Università di Pisa



# Cittadinanza europea e circolazione delle persone nell'Area Europea di Libero Scambio\*

di **Umberto Lattanzi**

Dottore in Giurisprudenza  
Università di Pisa

**Abstract [It]:** Il contributo discute la giurisprudenza della Corte di Giustizia degli Stati membri dell'Area Europea di Libero Scambio, in materia di libera circolazione delle persone. La Corte, assumendo una posizione radicalmente divergente da quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha affermato la possibilità di fondare sulla Direttiva europea 2004/38/EC (c.d. *Citizenship Directive*) diritti contro gli Stati di origine. Delineati i tratti fondamentali dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, incentrati intorno ai principi di omogeneità e di disomogeneità strutturale, si esamina la trasposizione della Direttiva nel contesto dell'AELS. In particolare si discute criticamente la giurisprudenza della Corte AELS relativa alla Direttiva, la quale presuppone, contro la volontà delle Parti dell'Accordo e le finalità dello stesso, la vigenza, in tale contesto, di un quadro normativo equivalente a quello proprio della cittadinanza europea.

**Abstract [En]:** The article discusses the case law of the Court of Justice of the EFTA States concerning the free movement of persons under the EEA Agreement. It is submitted that the Court departs from the established case law of the CJEU as it bases rights against the home State on the Directive 2004/38/EC (also known as Citizenship Directive). First, the fundamental traits of the EEA Agreement – including the principle of homogeneity and the principle of structural heterogeneity – will be discussed, focusing on the transposition of the Directive in the EFTA Pillar. The relevant case law of the EFTA Court will be then taken into critical consideration as it will be argued that it presupposes, against both the will of the Parties and the purpose of the Agreement, a normative framework equivalent to that of the EU Citizenship.

**Parole chiave:** Diritto SEE; libera circolazione delle persone; direttiva 2004/38/CE; principio di omogeneità; diritti di soggiorno derivato

**Keywords:** EEA law; Free movement of persons; Directive 2004/38/EC; Principle of homogeneity; Derived rights of residence for third countries nationals

**Sommario:** 1. Obiettivi del contributo. 2. L'architettura dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) e il principio di omogeneità. 3. La cittadinanza europea: un caso di disomogeneità strutturale. 4. La giurisprudenza della Corte AELS. 5. La cittadinanza europea nell'Associazione Europea di Libero Scambio tra ragioni dell'omogeneità e ragioni della differenza. 6. Conclusioni: la sostenibilità dell'estensione selettiva del diritto dell'Unione europea

## 1. Obiettivi del contributo

Il contributo si propone di discutere la giurisprudenza<sup>1</sup> in materia di libera circolazione delle persone che la Corte di Giustizia degli Stati membri dell'Area Europea di Libero Scambio (Corte AELS) ha sviluppato

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Corte AELS, sentenza del 13 maggio 2020, E-4/19, *Campbell*; sentenza del 26 luglio 2016, E-28/15, *Yankuba Jabbi v The Norwegian Government*; sentenza del 24 giugno 2014, E-26/13, *Íslenska ríkið v Atli Gunnarsson*; sentenza del 26 luglio 2011, E-04/11, *Arnulf Clauder*. Queste e le altre sentenze della Corte citate in questo lavoro sono reperibili all'indirizzo web <https://eftacourt.int/cases/>.

negli ultimi anni. Questa risulta di sicuro interesse nella misura in cui, dipartendo dall'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Corte GUE) della Direttiva 2004/38/EC (c.d. *Citizenship Directive*)<sup>2</sup>, la Corte AELS ha inteso fondare sulla Direttiva europea 2004/38/EC diritti di residenza per i familiari di cittadini di Stati AELS contro gli Stati di origine di questi.

Il presente contributo, premessi i cenni relativi all'architettura dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) necessari ai fini dell'inquadramento della questione, procede a un'analisi critica della giurisprudenza della Corte AELS. In particolare, si argomenterà, la Corte AELS adotta un indirizzo giurisprudenziale che, producendo nel Pilastro AELS dello SEE i medesimi risultati che, nel Pilastro UE, sono fondati sulle disposizioni in materia di cittadinanza europea, presuppone la vigenza di una «cittadinanza dello SEE». Tale esito, se appare, in prima battuta, soddisfare le esigenze del caso concreto, produce però una forte tensione con le finalità dell'Accordo SEE (estendere il mercato interno a Norvegia, Islanda e Liechtenstein, escludendoli, però, dal processo di sempre più stretta integrazione politica) e la volontà – espressa – delle Parti che, nel disporre la trasposizione della Direttiva 2004/38/CE in ambito AELS, avevano chiarito che il concetto di Cittadinanza dell'Unione non ha equivalenti nell'accordo SEE.

## **2. L'architettura dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) e il principio di omogeneità**

Al fine di discutere la giurisprudenza della Corte AELS in materia di libera circolazione delle persone, sembra necessario descrivere i tratti essenziali del contesto entro il quale questa si colloca, con particolare riferimento al principio di omogeneità, architrave dell'ordinamento SEE, e ai casi, che ne costituiscono il rovescio, di disomogeneità strutturale, tra i quali è sicuramente da annoverarsi il caso della cittadinanza europea.

Come è noto, nel 1992 alcuni Stati europei (Norvegia, Islanda e Liechtenstein), riuniti nell'Associazione Europea di Libero Scambio (AELS), conclusero con la (allora) Comunità Europea l'Accordo sullo Spazio

---

<sup>2</sup> Espressa, lo si anticipa sin d'ora, in CGUE, sentenza della Corte del 12 luglio 2018, C-89/17, *Banger*, § 23; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, § 20; sentenza della Corte (Grande Sezione) 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*, §§ 33-37; sentenza della Corte del 7 luglio 2017, C-133/15, *Chavez Vilchez*, § 53; sentenza della Corte del 12 marzo 2014, C-456/12, *O. e B.*, §§ 37-43; sentenza della Corte del 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*, §§ 31-40; sentenza della Corte dell'8 novembre 2012, C-40/11, *Iida*, §§ 61-64. V. anche, con ampia trattazione della questione, le Conclusioni dell'AG Sharpston in causa C-456/12, *O. e B.*, presentate il 12 dicembre 2013, §§ 71-83. Come è noto – e come si vedrà – nel contesto dell'Unione tali diritti sono ricavati dall'art. 21 TFUE e non dalla Direttiva.

economico europeo (SEE)<sup>3</sup>, con il quale perseguivano l'obiettivo di "promuovere il rafforzamento costante ed equilibrato delle relazioni commerciali ed economiche fra le Parti contraenti in pari condizioni di concorrenza e il rispetto delle stesse regole, nell'intento di instaurare uno Spazio economico europeo omogeneo" (art. 1 Accordo SEE).

L'obiettivo di "instaurare uno Spazio economico europeo omogeneo" consiste, fondamentalmente, nell'estensione del mercato interno (e delle relative regole) agli Stati AELS, con la conseguenza che agli operatori economici che si trovino ad operare all'interno dello SEE, indipendentemente dalla loro nazionalità, siano applicate le medesime regole: l'idea fondamentale è sempre quella del *level playing field*. Affinché i soggetti che operano nello SEE siano sottoposti alle medesime regole è necessario non solo che le disposizioni vigenti nei due Pilastri – *i.e.* gli Stati membri AELS da un lato e l'Unione europea dall'altro – siano le medesime ma anche che queste siano interpretate allo stesso modo. Non è quindi sufficiente l'omogeneità tra i due Pilastri quanto al diritto vigente, essendo necessario che questa sia assicurata anche (e soprattutto) sotto il profilo del diritto vivente. Ciò che rileva non è, infatti, l'omogeneità astratta dei *corpora* normativi, ma che il quadro normativo entro il quale si sviluppa la vita economica del mercato unico sia, in concreto, il medesimo.

È dunque possibile apprezzare il principio di omogeneità, in forza del quale le regole di mercato vigenti nei due Pilastri devono essere le medesime, in tre sue declinazioni.

La prima e più rilevante è quella che si potrebbe definire omogeneità di risultato: negli ambiti materiali del Trattato SEE devono essere assicurati i medesimi diritti agli operatori economici, senza alcuna discriminazione fondata sulla loro nazionalità; del pari rilevanti sono, inoltre, le implicazioni del principio in parola sul piano dell'accesso alla giustizia e dei rimedi assicurati dall'ordinamento<sup>4</sup>. Tale declinazione del principio di omogeneità appare fondamentalmente sovrapponibile al principio di reciprocità che ha al proprio cuore una logica di scambio reciproco, di speculari concessioni tra le Parti<sup>5</sup>.

Le altre due declinazioni del principio di omogeneità, poste in un rapporto di strumentalità rispetto alla prima, sono quelle dell'omogeneità legislativa e interpretativa: con la prima si fa riferimento all'esigenza

---

<sup>3</sup> Accordo sullo Spazio economico europeo, in GU delle Comunità europee n. L 1 del 03 gennaio 1994, p. 3. Per la storia dell'Accordo SEE, v. S. NORBERG – M. JOHANSSON, *The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Handbook of EEA Law*, Cham, 2016, p. 3.

<sup>4</sup> V. C. BARNARD, *Reciprocity, homogeneity and loyal cooperation: dealing with recalcitrant National Courts?*, in BAUDENBACHER, C et al. (a cura di), *The EEA and the EFTA court*, cit., p. 155.

<sup>5</sup> V. R.O. KEOHANE, *Reciprocity in international relations*, in *International Organization*, n.1/1986, p. 8: «reciprocity refers to exchanges of roughly equivalent values in which the actions of each party are contingent on the prior actions of the others in such a way that good is returned for good, and bad for bad». V. anche, C. BAUDENBACHER, *Reciprocity*, in ID. (a cura di), *The Fundamental Principles*, cit., p. 35.

che le fonti rilevanti nei due Pilastri siano le medesime; la seconda esprime l'esigenza che le stesse ricevano la medesima interpretazione.

Dunque, se il principio di omogeneità nella sua prima declinazione opera sul piano dei diritti degli operatori, lo stesso, nelle sue altre due declinazioni, attiene invece ai meccanismi istituzionali; se la prima riguarda il risultato desiderato, le altre due riguardano i mezzi a tal fine preposti.

D'altro canto, i principi appena menzionati devono essere bilanciati con l'esigenza di garantire e preservare l'autonomia decisionale degli Stati AELS<sup>6</sup>. Questi, infatti, sin dalla conclusione dell'Accordo, non sono disposti a trasferire a un'organizzazione sovranazionale alcun potere espressione della sovranità statale, desiderando mantenere intatta la propria indipendenza e autonomia<sup>7</sup>.

Ne deriva, quanto all'architettura dell'Accordo SEE, un quadro istituzionale e procedurale piuttosto complesso, definito "bizantino"<sup>8</sup>, che in questa sede non si può ripercorrere se non nei tratti essenziali.

Quanto ai meccanismi preposti ad assicurare l'omogeneità legislativa tra i due Pilastri, è necessario distinguere tra il diritto vigente in ambito UE alla data della conclusione dell'Accordo SEE e quello successivamente approvato<sup>9</sup>.

Nel primo caso, infatti, nella misura in cui era rilevante ai fini del funzionamento del mercato interno, questo è stato direttamente riprodotto nell'Accordo: il diritto primario trova il proprio equivalente nell'articolato dell'Accordo, mentre gli Allegati allo stesso contengono, settore per settore, rinvii agli atti dell'Unione applicabili nel contesto del Pilastro AELS, ove necessario disponendo adattamenti di questi. Più articolata, invece, la questione relativa al diritto "nuovo" e ai meccanismi previsti dall'Accordo SEE al fine di aggiornarlo ai mutamenti normativi successivamente intervenuti. Risulta centrale, a tal riguardo, l'operato del Comitato Misto (artt. 92-94 Accordo SEE), il quale, composto da rappresentanti delle Parti contraenti (UE e Stati AELS), ha il compito di selezionare la legislazione rilevante ai fini SEE: quella legislazione, cioè, rispetto alla quale deve essere garantita l'omogeneità tra i due Pilastri in ragione della necessità di assicurare il corretto funzionamento del mercato.

---

<sup>6</sup> V. T. VAN STIPHOUT, *Homogeneity vs. Decision-Making Autonomy in the EEA Agreement*, in *European Journal of Law Reform*, n.3/2007, p. 431.

<sup>7</sup> Sulla possibilità e sulle modalità di un tale equilibrio, v. E.O. ERIKSEN – J.E. FOSSUM, (a cura di), *The European Union's Non-Members. Independence under hegemony?*, London-New York, 2015.

<sup>8</sup> M. CREMONA, *The "dynamic and homogeneous" EEA: Byzantine structures and various geometry*, in *European Law Review*, n.5/1994, p. 508.

<sup>9</sup> Si rinvia, per una trattazione più estesa, quanto ai profili relativi all'omogeneità legislativa a D.W. HOLTER, *Legislative Homogeneity*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Fundamental Principles*, cit., p. 1; G. BAUR, *Decision-Making Procedure and Implementation of New Law*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 45.

Una volta che il Comitato abbia raggiunto un accordo (decidendo all'unanimità), viene adottata una Decisione diretta a emendare le rilevanti disposizioni degli allegati all'Accordo prevedendo l'aggiunta di riferimenti alla nuova normativa europea e eventualmente l'eliminazione dei rinvii a quella abrogata.

Questi, in estrema sintesi, i meccanismi preposti alla realizzazione dell'omogeneità legislativa tra i due Pilastri.

Venendo, invece, ai meccanismi giurisdizionali preposti alla realizzazione dell'omogeneità interpretativa – e tralasciando, invece, in ragione del loro assai scarso utilizzo, i meccanismi *politici* di risoluzione delle controversie tra le Parti dell'Accordo (incentrati, ancora una volta, sull'organo del Comitato misto<sup>10</sup>) – si deve guardare all'operato della Corte AELS e ai rapporti di questa con la Corte di Giustizia<sup>11</sup>.

A valle delle note e complesse vicende culminate nei Pareri 1/91 e 1/92 della Corte di Giustizia<sup>12</sup>, relative alla prima versione dell'Accordo, che prevedeva, in buona sostanza, un meccanismo giurisdizionale monista, incentrato su una Corte di vertice, capace di vincolare l'attività interpretativa sia della Corte di Giustizia sia delle corti degli Stati AELS, si addivenne, anche al fine di assicurare l'omogeneità interpretativa, a una soluzione “a due Pilastri”. Così, la Corte di Giustizia interpreta l'Accordo nel Pilastro dell'Unione, mentre la Corte AELS espleta la medesima funzione in ambito AELS<sup>13</sup>; le due Corti, nonostante l'obbligo, per la Corte AELS, di tenere in debito conto la giurisprudenza della prima, non sono gerarchicamente ordinate. Per la precisione, la Corte AELS deve interpretare l'Accordo SEE, ove le disposizioni di questo siano identiche nella sostanza alle corrispondenti disposizioni vigenti nel Pilastro UE, in conformità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia precedente alla firma dell'Accordo (art. 6 Accordo SEE), dovendo, invece, quanto a quella successiva, più limitatamente, tenerne conto (art. 3,

---

<sup>10</sup> S. NORBERG, *Dispute settlement*, in ID. et al. (a cura di), *The European economic area. EEA law. A commentary on the EEA Agreement*, Stockholm, 1992, p. 274.

<sup>11</sup> P. SPEITLER, *Judicial Homogeneity as a Fundamental Principle of the EEA*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Fundamental Principles*, cit., p. 19; C. BAUDENBACHER, *The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union*, in ID. (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 179; H.H. FREDRIKSEN, *One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area*, in *Nordic Journal of International Law*, n.4/2010, p. 481; D. GALLO, *I rapporti tra Corte EFTA e Corte CE nell'ambito del processo di “cross-fertilization” tra le due giurisprudenze*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n.1/2007, p. 153.

<sup>12</sup> CGUE, Parere del 14 dicembre 1991, 1/91 e Parere del 10 aprile 1992, 1/92. V. M. CREMONA, *The “dynamic and homogeneous” EEA*, cit.; B. BRANDTNER, *The “Drama” of the EEA Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *European Journal of International Law* n.3/1992, p. 300; L. SEVON, *The EEA Judicial System and the Supreme Courts of the EFTA States*, *European Journal of International Law* n.3/1992, p. 329.

<sup>13</sup> Quanto alle competenze della Corte AELS (evidentemente modellate su quelle della Corte di Giustizia), è necessario fare riferimento all'Accordo fra gli Stati AELS sull'istituzione di un'Autorità di Vigilanza e di una Corte di Giustizia, in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, L 344, 31 dicembre 1994, p. 3 e, in particolare, agli artt. 31-37. Tra queste, in sintesi, si segnalano la formulazione di pareri sull'interpretazione dell'Accordo su rinvio di Tribunali nazionali degli Stati AELS, la dichiarazione di violazioni del diritto SEE da parte degli Stati AELS nell'ambito di procedure di infrazione iniziate dall'Autorità di Sorveglianza, oltre che la decisione di ricorsi contro atti dell'Autorità di Sorveglianza.

par. 2 dell'Accordo tra gli Stati AELS sull'istituzione di un'Autorità di Sorveglianza e di una Corte di Giustizia).

È stato osservato che la Corte AELS non ha mai sviluppato questa distinzione, preferendo, invece, seguire fedelmente la Corte di Giustizia anche con riguardo alla giurisprudenza successiva alla stipula dell'Accordo<sup>14</sup>.

Così, nonostante il pluralismo giurisdizionale che caratterizza i rapporti tra i due Pilastri dello Spazio economico europeo, ove operano due Corti reciprocamente autonome, seppure coordinate<sup>15</sup>, se si tiene presente la prassi che si è sviluppata nei quasi 30 anni passati, si può ritenere che l'Accordo si sia mostrato sorprendentemente resiliente<sup>16</sup>, riuscendo a garantire la necessaria omogeneità tra i due Pilastri. A tal riguardo – e nonostante la piena condivisibilità di autorevoli studi che hanno messo in luce l'influenza reciproca delle due Corti<sup>17</sup> – è stato osservato che, se finora il sistema appena abbozzato ha funzionato, questo è perché “the supreme authority on the interpretation of EEA law rests firmly with the ECJ, if not *de jure* then certainly *de facto*”<sup>18</sup>.

### **3. L'altra faccia della medaglia: la disomogeneità strutturale. Il caso della cittadinanza europea.**

Se il principio di omogeneità è uno dei due cardini dell'Accordo SEE, il secondo di questi è il suo rovescio: il principio di disomogeneità strutturale. Questo vuole che, nelle materie non ricomprese nell'ambito materiale di applicazione dell'Accordo SEE, le Parti mantengano perfettamente inalterata la loro indipendenza.

A tal riguardo, se è vero che ci sono materie che sono sicuramente al di fuori dell'ambito dell'Accordo, è altresì vero che non mancano zone grigie. Vi sono infatti materie che, pur non ricomprese nell'Accordo, sono più o meno strettamente connesse al diritto SEE<sup>19</sup>: i casi più noti sono quelli relativi all'inoperatività

<sup>14</sup> P. HREINSSON, *General Principles*, in C. BAUDENBACHER, (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 351.

<sup>15</sup> V. H.H. FREDRIKSEN, *One Market, Two Courts*, cit., p. 482: «from an institutional perspective, it is undisputable that EEA law is *polycentric* in the sense that it is interpreted and applied by courts which do not stand in any formal hierarchical relationship to one another».

<sup>16</sup> H.H. FREDRIKSEN – C.N.K. FRANKLIN, *Of Pragmatism and Principles: the EEA Agreement 20 years on*, in *Common Market Law Review*, n.3/2015, p. 629.

<sup>17</sup> V. V. SKOURIS, *The role of the Court of Justice of the European Union in the Development of the EEA Single Market: Advancement through Collaboration between EFTA Court and the CJEU*, in C. BAUDENBACHER et al. (a cura di), *The EEA and the EFTA Court. Decentralized Integration*, Oxford – Portland, Oregon, 2014, p. 3; KOKOTT – J., DITTERT, D., *European Courts in Dialogue*, *ibidem*, p. 43; MENGOLZI, P., *The Advocates General and the EFTA Court*, *ibidem*, p. 53; GALLO, D., *I rapporti tra Corte EFTA e Corte CE*, cit.

<sup>18</sup> H.H. FREDRIKSEN, *One Market, Two Courts*, cit., p. 499.

<sup>19</sup> H.H. FREDRIKSEN – C.N.K. FRANKLIN, *Of Pragmatism and Principles*, cit., pp. 635-650.

in ambito AELS dei principi del primato e dell'effetto diretto<sup>20</sup> e della non applicabilità della Carta di Nizza<sup>21</sup>.

In entrambi i casi è sicuramente da rilevarsi un'asimmetria quanto al diritto vigente nei due Pilastri: da un lato la vigenza dei principi dell'effetto diretto e del primato nel Pilastro AELS è esplicitamente esclusa<sup>22</sup>; dall'altro la Carta di Nizza non è incorporata nell'Accordo. È dunque dirimente la differente natura dei Trattati: se i Trattati europei (TUE e TFUE) hanno l'ambizione di costituire “una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa” (art. 1 TUE), l'Accordo SEE si preoccupa «soltanto» di “promuovere il rafforzamento costante ed equilibrato delle relazioni commerciali ed economiche fra le Parti contraenti in pari condizioni di concorrenza e il rispetto delle stesse regole” (art. 1 Accordo SEE).

In questi casi pare corretto parlare, pertanto, di disomogeneità strutturale: la diversità del diritto tra i due Pilastri dello SEE non si produce “accidentalmente” (in ragione, ad esempio, di un ritardo nella trasposizione degli atti rilevanti ai fini SEE); al contrario, sono i presupposti dell'operatività del principio di omogeneità ad essere assenti: la disomogeneità nel diritto vigente tra i due Pilastri è necessaria conseguenza della differente natura e finalità dei rispettivi Trattati. Di qui la caratterizzazione come “strutturale”.

La questione diviene, piuttosto, se le diverse finalità tra i due Trattati siano idonee a giustificare discriminazioni tra soggetti appartenenti all'uno o all'altro Pilastro. In altre parole, l'inoperatività del principio di omogeneità sotto il profilo dell'omogeneità legislativa e interpretativa non sempre è idoneo ad escludere l'operatività del principio di omogeneità di risultato. Così, anche ove i soggetti operanti nel Pilastro AELS non abbiano a disposizione i medesimi strumenti operanti in ambito UE, ove ciò determini una discriminazione di questi rispetto ai loro corrispettivi nell'altro Pilastro, rilevante ai fini della realizzazione della parità di condizioni di mercato (e quindi ai fini del diritto SEE), il principio di

---

<sup>20</sup> V. Corte AELS, sentenza del 3 ottobre 2007, E-1/07, *Criminal proceedings against A*, §§ 36, ss.; sentenza del 10 dicembre 1998, E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, §§ 44, ss., particolarmente chiara: «since the case law is largely based on special characteristics of the Community legal order that are not found in the EEA Agreement, this case law is not transferable to the EEA Agreement by virtue of Article 6 EEA. Relevant differences between the EEA Agreement and the EC Treaty include the absence in the EEA Agreement of important principles of Community law such as transfer of legislative powers, direct effect and primacy of Community legislation». In dottrina, v. S. MAGNÚSSON – Ó.Í. HANNESSON, *State liability in EEA law: towards parallelism or homogeneity?*, in *European Law Review*, n.2/2013, p. 167.

<sup>21</sup> V., *funditus*, R. SPANÓ, *The EFTA Court and Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review* n.3/2017, p. 475; C. BAUDENBACHER, *Fundamental rights in the case-law of the EFTA Court*, in *Human Rights Law Journal* n.7-12/2016, p. 307.

<sup>22</sup> Cfr. art. 7 e Protocollo 35 dell'Accordo SEE.



omogeneità di risultato impone che in favore di questi siano previsti strumenti che, seppur diversi, siano idonei a porli in situazioni analoghe a quelle delle loro controparti nel Pilastro UE<sup>23</sup>.

Con riguardo ai casi poc'anzi menzionati, questi svolgono una rilevante funzione ai fini della definizione delle condizioni di svolgimento dell'attività degli operatori economici nel mercato interno: primato e effetto diretto assicurano l'effettività della normativa sovranazionale; i diritti fondamentali concorrono a integrare la normativa rilevante.

Conseguentemente, con riferimento alla questione dei diritti fondamentali, la Corte li ha considerati principi generali e non scritti del diritto SEE<sup>24</sup> e ciò le ha permesso una certa flessibilità nel loro utilizzo, favorita anche da ampi riferimenti al diritto e alla giurisprudenza CEDU, riuscendo a raggiungere esiti interpretativi comparabili a quelli raggiunti dalla Corte GUE, pur senza dovere riconoscere la vigenza, in ambito AELS, della Carta di Nizza. Quanto a primato e effetto diretto, nel Pilastro AELS sono operanti le dottrine del c.d. quasi-primato (che vuole la prevalenza delle disposizioni di rango legislativo di diritto SEE incorporate negli ordinamenti nazionali su contrastanti disposizioni di rango legislativo)<sup>25</sup> e del c.d. quasi-effetto diretto (in buona sostanza una responsabilità degli Stati per violazione del diritto SEE "rafforzata")<sup>26</sup>, con ciò offrendosi agli individui un livello di tutela soddisfacente, sia pure in presenza di premesse istituzionali radicalmente diverse.

Problematiche del tutto analoghe a quelle poc'anzi discusse sono sorte in relazione all'istituzione della Cittadinanza dell'Unione e, in particolare, alla trasposizione in ambito AELS della Direttiva 2004/38/CE, nota anche come *Citizenship Directive*.

Il punto di partenza del ragionamento è la sicura rilevanza ai fini SEE delle norme in materia di libera circolazione delle persone, le cui fonti, nel Pilastro UE, sono costituite da disposizioni sia di diritto primario, gli artt. 45-55 TFUE (riprodotte nell'Accordo), sia di diritto secondario (incorporate negli Allegati).

---

<sup>23</sup> Con riferimento alla questione dei diritti fondamentali, v. Corte AELS, sentenza del 28 giugno 2011, E-12/10, *Icelandic Posting of Workers Act*: v. spec. il relativo *Report for the Hearing*, § 125: «it would be unacceptable as a matter of both national policy and EEA law that workers be afforded less protection under EEA law than under EU law».

<sup>24</sup> Recentemente v. Corte AELS, sentenza del 19 aprile 2016, E-14/15, *Holsbip AS*; sentenza del 9 luglio 2014, Cause riunite E-3/13 e E-20/13, *Fra cura di Olsen*; sentenza del 28 aprile 2012, E-15/10, *Posten Norge AS*.

<sup>25</sup> Il Protocollo 35 all'Accordo SEE impone l'obbligo, per gli Stati AELS, di introdurre nel loro ordinamento una disposizione di rango legislativo in forza della quale sia garantita la prevalenza di una norma SEE che sia stata implementata nell'ordinamento nazionale su una contrastante disposizione di rango legislativo dello stesso.

<sup>26</sup> Corte AELS, sentenza del 10 dicembre 1998, E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*. In dottrina, v. C. BAUDENBACHER, *If Not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's Sveinbjörnsdóttir Ruling*, in *Chicago Journal of International Law*, n.1/2009, p. 333.

Fino all'approvazione della Direttiva 2004/38/CE il sistema dell'accordo SEE non aveva mostrato particolari criticità con riferimento alla materia della circolazione delle persone. Il processo di trasposizione della Direttiva in ambito AELS si dimostrò, invece, piuttosto problematico.

In sintesi, infatti, se per un verso la Direttiva è un riferimento normativo imprescindibile in materia di libera circolazione delle persone dal momento che sostituisce la normativa previgente (di qui la necessità di trasporla in ambito AELS), per altro verso è pacifico che questa realizza un grado di integrazione che trascende gli obiettivi di integrazione economica perseguiti dall'Accordo SEE, essendo informata alla logica costituzionale della cittadinanza europea, destinata "ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"<sup>27</sup>.

D'altro canto, e più in radice, proprio guardando alla libera circolazione delle persone, è facilmente osservabile (ancora più che con riferimento ad altre materie) la divergenza, anzitutto di finalità, tra i due ordinamenti: nel Pilastro dell'Unione, infatti, tale materia è stata fortemente influenzata dall'introduzione della Cittadinanza dell'Unione<sup>28</sup>, che non ha un equivalente in ambito SEE.

Come si è detto, infatti, l'Accordo SEE (con ciò qui intendendo l'Accordo in senso stretto, il testo principale dello stesso e non anche i relativi Protocolli e Allegati) riproduce le rilevanti disposizioni dei Trattati europei nella loro versione «pre-Maastricht». Per «aggiornarlo» non è possibile utilizzare la procedura sopra delineata, la quale, invece, è limitata ai soli Allegati; l'emendamento dell'Accordo può realizzarsi solo mediante l'ordinaria procedura di revisione dei Trattati internazionali, ad oggi mai posta in essere dalle Parti contraenti. Per canto suo la Corte AELS ha escluso (correttamente) di poter colmare il divario tra i due Pilastri in via interpretativa, applicando direttamente o per analogia disposizioni che non siano state incorporate nell'Accordo SEE<sup>29</sup>.

Conseguentemente, per quanto qui rileva, le disposizioni sulla Cittadinanza europea, così come l'art. 79 TFUE (in materia di politica comune di immigrazione, all'interno della quale ricadono anche le norme sul ricongiungimento familiare) non hanno un loro corrispettivo nell'ambito dell'Accordo SEE. Ciò, peraltro, pare del tutto coerente con la diversa natura e finalità della cooperazione, nonché con il minor grado di integrazione perseguito dagli Stati membri dell'AELS. Non stupisce allora che il processo di trasposizione della Direttiva si sia dimostrato piuttosto travagliato, tanto che l'Unione arrivò, come

---

<sup>27</sup> CGUE, sentenza della Corte del 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve*, §31.

<sup>28</sup> A. TRYFONIDOU, *The impact of Union citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford and Portland, Oregon, 2016, p. 79.

<sup>29</sup> V. Corte AELS, sentenza del 24 gennaio 2003, E-01/02 - *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway*; sentenza del 22 febbraio 2002, E-1/01, *Einarsson*. In dottrina v. H.H. FREDRIKSEN, *Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area*, in *European Law Journal*, n.6/2012, p. 871.

misura di salvaguardia, a sospendere parzialmente l'Accordo<sup>30</sup>; particolarmente critiche risultavano le disposizioni della direttiva rivolte ai familiari dei cittadini europei<sup>31</sup>.

Al fine di risolvere il conflitto che si era creato in seno al Comitato misto, le Parti si risolsero allora ad adottare una Decisione con la quale la Direttiva veniva trasposta in ambito AELS, premettendole però la seguente Dichiarazione

“il concetto di Cittadinanza dell'Unione introdotto dal trattato di Maastricht [...] non ha equivalenti nell'accordo SEE. L'integrazione della direttiva 2004/38/CE nell'accordo SEE non pregiudica la valutazione della pertinenza ai fini del SEE della futura legislazione dell'UE e della futura giurisprudenza della Corte di giustizia europea basate sul concetto di Cittadinanza dell'Unione. L'accordo SEE non costituisce una base giuridica per i diritti politici dei cittadini del SEE.

Le Parti contraenti convengono che la politica di immigrazione non rientra nell'accordo SEE. I diritti di soggiorno dei cittadini di paesi terzi esulano dal campo di applicazione dell'accordo, fatta eccezione per i diritti concessi dalla direttiva ai cittadini di paesi terzi familiari di un cittadino o di una cittadina del SEE che esercita il suo diritto alla libera circolazione a norma dell'accordo SEE, poiché questi diritti sono un corollario del diritto alla libera circolazione dei cittadini del SEE. Gli Stati EFTA riconoscono che, per i cittadini del SEE che si avvalgono del loro diritto alla libera circolazione, è importante che i loro familiari ai sensi della direttiva che hanno la cittadinanza di un paese terzo godano anch'essi di diritti derivati come quelli di cui agli articoli 12, paragrafo 2, 13, paragrafo 2, e 18. Ciò non pregiudica né l'articolo 118 dell'accordo SEE né il futuro sviluppo dei diritti indipendenti dei cittadini di paesi terzi che non rientrano nel campo di applicazione dell'accordo SEE”<sup>32</sup>.

Ora, la Dichiarazione appena richiamata non è di facilissima lettura: se sicuramente la Direttiva non è “una base giuridica per i diritti politici dei cittadini del SEE”, né comporta l'ampliamento *ratione materiae* dell'Accordo al diritto in materia di immigrazione (salvo contenere previsioni in tale ambito, da inquadrarsi quali eccezioni alla regola), più incerta è la portata normativa dell'affermazione secondo la quale “il concetto di Cittadinanza dell'Unione non ha equivalenti nell'accordo SEE”.

L'idea generale, però, è che in ambito AELS il livello di integrazione tra gli Stati membri in materia di libera circolazione delle persone (in particolare economicamente inattive) sia inferiore a quello raggiunto

---

<sup>30</sup> J. JONSDOTTIR, *Europeanization and the European Economic Area*, London, 2013, Cap. 5, *European citizenship and free movement of persons*, p. 96.

<sup>31</sup> V. K.B. BJORGVINSSON, *Free Movement of Persons*, in C. BAUDENBACHER, (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 473.

<sup>32</sup> Decisione del Comitato misto SEE del 7 dicembre 2007, n. 158/2007 in GU dell'Unione europea, L 124 del 8 maggio 2008, p. 20.

nell'altro Pilastro e che, nell'ambito in parola, gli Stati membri siano meno inclini a subire limitazioni alla propria sovranità.

A cercare di specificare ulteriormente questa prima conclusione, pare potersi argomentare che il paradigma normativo di riferimento nell'ambito della libera circolazione delle persone rimanga, salve specifiche disposizioni, quello vigente, nell'Unione, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. In estrema sintesi, ciò comporta: accesso illimitato al mercato del lavoro, piena applicazione del principio di non discriminazione, estensione della libera circolazione anche agli individui economicamente inattivi, piena libertà degli Stati membri quanto alla definizione delle condizioni di concessione e revoca della cittadinanza, necessità dell'elemento transfrontaliero e conseguente inapplicabilità del diritto sovranazionale alle situazioni meramente interne<sup>33</sup>.

Una prima lettura della Decisione citata, pertanto, indurrebbe a postulare la necessità, per la Corte AELS, di interpretare restrittivamente la Direttiva e di vagliare attentamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia, al fine di escludere le evoluzioni di questa che più rispondono alla logica costituzionale della Cittadinanza europea, come detto estranea all'ambito materiale dell'Accordo SEE.

Sarebbe il caso, in una parola, che la Corte AELS compisse una minuziosa e rigorosa opera interpretativa, coerentemente, peraltro, con quanto dalla stessa affermato: “the principle of homogeneity leads to a presumption that provisions framed in the same way in the EEA Agreement and EC law are to be construed in the same way. However, differences in scope and purpose may under specific circumstances lead to a difference in interpretation between EEA law and EC law”<sup>34</sup>.

Un'analisi più attenta della giurisprudenza della Corte AELS restituisce, invece, un'immagine diversa.

#### 4. La giurisprudenza della Corte AELS

La Corte AELS si è occupata della Direttiva in cinque casi: *Wabl* (anche noto come *Hells Angels*)<sup>35</sup> *Clauder*<sup>36</sup>, *Gunnarsson*<sup>37</sup>, *Jabbi*<sup>38</sup> e, da ultimo, *Campbell*<sup>39</sup>. Di questi, il primo è di scarso interesse, dal momento che, vertendo in tema delle eccezioni al diritto di ingresso (in particolare per motivi di ordine pubblico), non

---

<sup>33</sup> Su cui, v. D. KOCHENOV – R. PLENDER, *EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text*, in *European Law Review*, n.3/2012, p. 369; F. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, in *European Law Journal*, n.1/2011, p. 1.

<sup>34</sup> Corte AELS, sent. dell'8 luglio 2008, Cause riunite E-09/07 e E-10/07, *L'Oréal* § 27. v. anche Corte AELS, E-03/98, *Rainford-Towning*, del 10 dicembre 1998, § 21.

<sup>35</sup> Corte AELS, sentenza del 22 luglio 2013, E-15/12, *Jan Anfinn Wabl v the Icelandic State*.

<sup>36</sup> Corte AELS, sentenza del 26 luglio 2011, E-04/11, *Arnulf Clauder*.

<sup>37</sup> Corte AELS, sentenza del 24 giugno 2014, E-26/13, *Íslenska ríkið v Atli Gunnarsson*.

<sup>38</sup> Corte AELS, sentenza del 26 luglio 2016, E-28/15, *Yankuba Jabbi v The Norwegian Government*.

<sup>39</sup> Corte AELS, sentenza del 13 maggio 2020, E-4/19, *Campbell*.

pone questioni attinenti al rapporto tra i due ordinamenti. Con le parole della Corte, infatti, la circostanza che il concetto della Cittadinanza europea e le politiche in materia di immigrazione non siano incluse nell'Accordo non ha “material impact on the present case. Nevertheless, the impact of the exclusions must be assessed on a case-by-case basis and may vary accordingly”<sup>40</sup>.

Quanto agli altri casi, è possibile distinguere *Clauder* dagli altri tre: se il primo è inerente diritti contro Stati diversi da quello d'origine, non così negli altri, ove vengono in rilievo pretese, fondate sulla Direttiva 2004/38/CE avanzate contro gli Stati (AELS) di origine.

Brevemente il fatto in *Clauder*: il sig. Clauder è un cittadino tedesco, titolare di un permesso di soggiorno permanente in Liechtenstein. Egli è economicamente inattivo e, non avendo risorse sufficienti al proprio mantenimento, beneficia di prestazioni sociali erogategli dal Liechtenstein. Avendo contratto matrimonio con una cittadina tedesca, il 1° febbraio 2010, il sig. Clauder fa richiesta all'*Immigration Office* del Liechtenstein di un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare per sua moglie, la quale pure era economicamente inattiva, con la conseguenza che, in caso di accoglimento, l'ammontare delle prestazioni assistenziali dovute dallo Stato del Liechtenstein al nucleo familiare del sig. Clauder sarebbe aumentato. L'*Immigration Office* rigetta la domanda del sig. Clauder che ricorre contro la stessa<sup>41</sup>: nell'ambito del procedimento giurisdizionale la Corte AELS viene investita della questione se la Direttiva, e in particolare il suo articolo 16, letto congiuntamente all'art. 7, fonda il diritto di soggiorno per la moglie del sig. Clauder.

La risposta della Corte è affermativa. L'argomentazione, almeno sul piano logico, parte dalla considerazione che l'art. 7, co. 1, lett. d) attribuisce il diritto di soggiorno in uno Stato membro a un cittadino dell'Unione che sia un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione, alla condizione che quest'ultimo sia economicamente attivo ovvero comunque economicamente autosufficiente, il che escluderebbe la possibilità di concedere il permesso di soggiorno alla sig.ra Clauder: la Corte pare riconoscere questo principio di diritto al § 42. La norma, dunque, che disciplina la situazione della sig.ra Clauder non sembra poter fondare un diritto di soggiorno in suo favore.

La Corte, tuttavia, ritiene rilevante, ai fini della soluzione del caso, l'art. 16, che, invece, regola la condizione del sig. Clauder (beneficiario di un diritto di soggiorno permanente): la Corte ritiene che insito in quel diritto non può non esservi quello del ricongiungimento con la propria consorte, pena il

<sup>40</sup> Corte AELS, sentenza del 22 luglio 2013, E-15/12, *Wahl*, § 75.

<sup>41</sup> Quanto al diritto interno rilevante, si faccia riferimento all'art. 41 della legge del 20 novembre 2009 (*Personenfreizügigkeitsgesetz*, PFZG), congiuntamente all'art. 21 della stessa, in forza dei quali, affinché un permesso di soggiorno sia concesso a un cittadino di uno Stato SEE a fine di ricongiungimento familiare, è necessario che sia provata la sussistenza di mezzi sufficienti al mantenimento del nucleo familiare, oltre che di un'assicurazione sanitaria – la legge è reperibile all'indirizzo web: <https://www.gesetze.li/konso/2009.348>. V. in ogni caso, la relazione d'udienza del Giudice relatore Per Christiansen in Causa E-04/11, *Clauder*, §§ 12-17.

pregiudizio dell'effettività e della pienezza del diritto di soggiorno del sig. Clauder. Di qui il riconoscimento del diritto – derivato – di soggiorno permanente della sig.ra Clauder.

A ben vedere, dunque, il diritto di soggiorno alla sig.ra Clauder non è fondato su un diritto della stessa: al contrario, questo è derivato dal diritto di soggiorno del sig. Clauder, che, altrimenti, avrebbe ricevuto una tutela meno che piena.

L'interpretazione della Corte è dunque teleologicamente orientata a garantire la piena effettività del diritto del sig. Clauder e fa ampio affidamento sul contesto della Direttiva e, per la precisione, sul contesto in cui è inserita la Direttiva nel Pilastro europeo dello SEE, che, però, è caratterizzato dalla vigenza della cittadinanza europea<sup>42</sup>.

Sviluppi ulteriori di questa tendenza della Corte si osservano in *Gunnarsson, Jabbi* e, ancora di più, come si dirà, in *Campbell*. Come si è anticipato, questi casi sono accomunati, al netto di alcune differenze, dalla circostanza che tutti vertono sulla medesima questione di diritto: può la Direttiva 2004/38/CE fondare diritti contro lo Stato di origine fuori dai casi di cui al Capo II della stessa? La Corte di Giustizia è costante nell'escluderlo<sup>43</sup>.

In *Gunnarsson*, veniva in rilievo il caso dei sigg. Gunnarsson, cittadini islandesi, risiedenti in Danimarca dal 2004 al 2009. Il diritto tributario islandese prevede taluni benefici in favore delle coppie di cittadini islandesi sposate (nello specifico, la possibilità per un coniuge di avvalersi del residuo del credito di imposta dell'altro, nel caso in cui questi non l'abbia integralmente utilizzato), ma solo a condizione che risiedano in Islanda: conseguentemente i sigg. Gunnarsson ne erano esclusi<sup>44</sup>.

Veniva allora riferita alla Corte AELS la questione della compatibilità di tale discriminazione con il diritto SEE e, in particolare, con l'art. 7 della Direttiva 2004/38/CE; si chiedeva inoltre se la circostanza che nel Pilastro AELS non fosse vigente una disposizione equivalente all'art. 21 TFUE fosse di qualche rilievo per la soluzione della controversia.

Per vero, i sigg. Gunnarsson hanno ottenuto originariamente il diritto di soggiorno in forza della Direttiva 90/365/CEE, la cui sostanza sarebbe stata, secondo la Corte (e condivisibilmente), trasposta nella Direttiva 2004/38/CE.

---

<sup>42</sup> Si vedano in particolare i riferimenti effettuati (§§ 34, 35) a CGUE, sentenza della Corte del 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock*. Sarà appena il caso di notare che anche in *Metock* la Corte GUE afferma che la Direttiva 2004/38/CE trova applicazione ove un cittadino di uno Stato membro si rechi in uno Stato *diverso* da quello di cui ha la cittadinanza (§ 54).

<sup>43</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>44</sup> V., con riguardo al rilevante diritto islandese, il c.d. *Income Tax Act* – legge del 7 maggio 2003, n. 90 (una cui traduzione in inglese, ancorché non ufficiale, è reperibile sul sito del Governo islandese, all'indirizzo web: [https://www.government.is/media/fjarmalaraduneyti-media/media/Act\\_no\\_90\\_2003\\_01022012.pdf](https://www.government.is/media/fjarmalaraduneyti-media/media/Act_no_90_2003_01022012.pdf)), artt. 67 e 70. V. in ogni caso, la relazione d'udienza del Giudice relatore Per Christiansen in Causa E-26/13, *Gunnarsson*, §§ 10-14.

La Corte risolve il caso affermando che è implicito nel diritto di residenza in un altro Stato il divieto, per lo Stato di origine, di opporvi ostacolo, quale la discriminazione quanto al regime fiscale tra cittadini residenti all'estero e non.

Non sfugge alla Corte che, come si è detto, nell'Unione situazioni quali quelle dei sigg. Gunnarsson sarebbero risolte non già in base alla Direttiva 2004/38/CE, bensì in forza dell'art. 21 TFUE, sul quale la Corte AELS non può, però, fondare le proprie decisioni dal momento che quello non è parte del diritto SEE.

La Corte affronta il problema affermando che il caso dei sigg. Gunnarsson sarebbe governato non già dalla Direttiva 2004/38/CE, bensì dalla Direttiva 90/365/CEE, che a differenza della prima (secondo la Corte AELS) prevederebbe diritti contro gli Stati d'origine, con la conseguenza che “individuals cannot be deprived of rights that they have already acquired under the EEA Agreement before the introduction of Union Citizenship in the EU. These established rights have been maintained in Directive 2004/38” (§80).

L'assenza di giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto viene spiegata così: «as the ECJ was called upon to rule on the matter only after a right to move and reside freely was expressly introduced in primary law, there was no need to interpret secondary law in that regard» (§81).

Ora, a parte che la Corte GUE sembra fare ricorso alle disposizioni dei Trattati solo ove il diritto di soggiorno non possa essere accordato in base a disposizioni di diritto secondario<sup>45</sup>, è comunque da osservarsi che, sebbene la Corte GUE non si sia mai esplicitamente pronunciata sul punto, l'AG Léger, nelle sue Conclusioni in *Turpeinen*, affermava che “la direttiva prevede [...] espressamente un obbligo solo a carico dello Stato membro ospitante e riguarda unicamente il diritto di soggiorno in tale Stato”<sup>46</sup>. Peraltro, come ammette la Corte AELS, la Direttiva 2004/38/CE sostituisce la Direttiva 90/365/CEE ampliandola e rafforzando i diritti accordati agli individui che si avvalgono della libera circolazione. Pare difficile sostenere, allora, che la seconda conferisse diritti contro gli Stati d'origine e che la Direttiva 2004/38/CE, sostituendola, sia «tornata indietro» sul punto.

Per questi motivi, pare potersi ritenere che la Direttiva 90/365/CEE non fosse idonea a fondare diritti contro gli Stati di origine, al pari della Direttiva 2004/38/CE: a fondamento di tali diritti, nel Pilastro UE è invece posto l'art. 21 TFUE.

Il confronto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ben più diretto in *Jabbi* e in *Campbell*.

In *Jabbi* veniva in considerazione il caso del sig. Jabbi, un cittadino del Gambia: il 1° febbraio 2012 egli si sposa in Spagna con una cittadina norvegese; i due risiedono assieme in Spagna dal settembre 2011

---

<sup>45</sup> Cfr. CGUE, sentenza del 30 giugno 2016, C-115/15, *NA*, §81.

<sup>46</sup> CGUE, Conclusioni dell'AG Léger, presentate il 18 maggio 2006, in Causa C-520/04, *Turpeinen*, § 33.

all'ottobre 2012, periodo nel quale la sig.ra Jabbi non esercita attività lavorativa. Nel novembre 2012 la sig.ra Jabbi torna in Norvegia e, conseguentemente, il sig. Jabbi fa richiesta per il permesso di soggiorno in Norvegia in qualità di familiare di un cittadino di uno Stato membro dello SEE, che gli viene rifiutata<sup>47</sup>. Nell'ambito del procedimento giurisdizionale iniziato su ricorso del sig. Jabbi viene riferita alla Corte AELS la seguente questione: “does Article 7(1)(b), cf. Article 7(2), of Directive 2004/38/EC confer derived rights of residence to a third country national who is a family member of an EEA national who, upon returning from another EEA State, is residing in the EEA State in which the EEA national is a citizen?».

Il punto di partenza dell'argomentazione della Corte AELS è il caso *O. e B.*<sup>48</sup>, in cui la Corte GUE aveva esplicitamente negato che dalla Direttiva 2004/38/CE potessero essere tratti diritti contro lo Stato d'origine diversi da quelli di cui al Capo II, affermando in particolare che “da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni della direttiva 2004/38 risulta che le stesse non consentono di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore di cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possieda la cittadinanza”<sup>49</sup>: il caso, fattualmente simile a quello qui discusso, era stato invece risolto sulla base dell'art. 21 TFUE.

A tal proposito, la Corte AELS afferma: “the case at hand must be distinguished from *O. and B.* to the extent that that judgment is based on Union citizenship. Therefore, it must be examined if homogeneity in the EEA can be achieved based on an authority included in the EEA Agreement” (§68).

La Corte AELS, rivendicando la propria indipendenza dalla Corte GUE, prosegue citando *Gunnarsson* e afferma che “since Article 7(1)(b) confers on an EEA national the right to move freely from the home EEA State and take up residence in another EEA State, an EEA State may not deter its nationals from moving to another EEA State in the exercise of the freedom of movement under EEA law” (§75).

Conseguentemente, nel caso in cui un cittadino di uno Stato AELS abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione e abbia risieduto in uno Stato dello SEE, il suo Stato di origine non può opporgli ostacoli al ritorno e, in particolare, deve consentire il ritorno del cittadino, assieme alla sua famiglia,

---

<sup>47</sup> V., con riguardo al rilevante diritto norvegese, il c.d. *Immigration Act* – legge del 15 maggio 2008, n. 35 (una cui traduzione a cura del Ministero di Giustizia norvegese, ancorché non ufficiale, è disponibile all'indirizzo web: [https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2008-05-15-35/\\*](https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2008-05-15-35/*)), Cap. 13 (§§ 109-125), che regola *inter alia* le condizioni di ottenimento di un permesso di soggiorno di lunga durata per i familiari di cittadini norvegesi che rientrano in Norvegia dopo aver esercitato la libertà di circolazione verso altri Stati SEE, richiedendo che sia provata (ove il richiedente sia economicamente inattivo) la sussistenza di sufficienti risorse economiche per il mantenimento del nucleo familiare (nel caso dei sigg. Jabbi l'amministrazione norvegese aveva ritenuto non integrato tale requisito). V. in ogni caso, la relazione d'udienza del Giudice relatore Páll Hreinsson in Causa E-28/15, *Jabbi*, §§ 17-19.

<sup>48</sup> CGUE, sentenza della Corte del 12 marzo 2014, C-456/12, *O. e B.*

<sup>49</sup> Ivi, § 37.



indipendentemente dalla nazionalità dei componenti di questa: ciò comporta che, nel caso di specie, il sig. Jabbi ha diritto ad ottenere un permesso di soggiorno in Norvegia.

Si è detto che la Corte AELS «distingue» *O. e B.* sul presupposto che quest'ultima sentenza è resa nel contesto della Cittadinanza europea, non presente nell'ambito dell'Accordo SEE. L'argomento non appare particolarmente conferente. Posto infatti che, come si è detto, l'assenza delle disposizioni in materia di cittadinanza dovrebbe condurre, nel Pilastro AELS, ad esiti interpretativi più restrittivi, la non vigenza nel Pilastro AELS delle disposizioni in tema di cittadinanza non sembra comunque costituire un fattore dirimente. La Corte GUE, infatti, conclude per l'inidoneità della direttiva a fondare un diritto di soggiorno derivato a favore di cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di origine di questi senza prendere in considerazione le disposizioni in materia di Cittadinanza: l'art. 21 TFUE viene in considerazione, in questi casi, solo dopo che la rilevanza della Direttiva è stata esclusa; né pare fondato affermare che la Corte GUE giunga a tale esito interpretativo con riguardo alla Direttiva solo perché «sa già» di poter fondare il diritto in questione sull'art. 21 TFUE. A rigore, dunque, la Corte AELS dovrebbe interpretare la Direttiva nel senso dell'inidoneità di questa a fondare diritti contro gli Stati d'origine.

Ad ogni modo, anche ove si escludesse l'obbligo per la Corte AELS di seguire la Corte GUE nell'interpretazione della Direttiva, rimarrebbe comunque che la lettera della stessa è piuttosto chiara nell'escludere la possibilità di fondare su di essa diritti contro lo stato d'origine. L'art. 3 della Direttiva 2004/38/CE, infatti, limita l'applicazione della stessa "a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro *diverso* da quello di cui ha la cittadinanza": non anche al cittadino che faccia ritorno nello Stato membro di cui ha la cittadinanza. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'art. 7, che attribuisce "il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un *altro* Stato membro" (corsivi miei).

La questione dell'inidoneità della Direttiva a fondare diritti di soggiorno derivato a favore di cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, contro lo Stato d'origine di tale cittadino viene riesaminata in *Campbell*, caso fondamentalmente analogo a *Jabbi*: anche qui, infatti, si tratta di una coppia, in cui uno dei coniugi è un cittadino SEE e l'altro no, che, avendo risieduto, senza ivi esercitare attività lavorativa, in uno Stato SEE diverso da quello di origine del cittadino SEE e avendovi contratto matrimonio, vuole fare ritorno nello Stato d'origine (in questo caso, come in *Jabbi*, la Norvegia), ma si scontra con il rifiuto, da parte di questo, di concedere il permesso di soggiorno al coniuge<sup>50</sup>. Identica,

---

<sup>50</sup> Quanto al diritto interno rilevante, oltre a rinviare alla nt. 47 e alla relazione d'udienza del Giudice relatore Bernd Hammermann in Causa E-4/19, *Campbell*, §§ 16-21, si segnala la Circolare AI-2017 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali norvegese (reperibile al link <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/instruks-i-saker-om->

peraltro, è anche la soluzione offerta dalla Corte, che non si distacca dal proprio precedente stabilito in *Jabbi*, facendovi, anzi, pieno affidamento. Da questo punto di vista, quindi, niente di nuovo.

La rilevanza della sentenza è, invece, apprezzabile sotto il profilo dei rapporti tra i due ordinamenti: ciò nella misura in cui la Corte GUE, anche dopo *Jabbi*, era ritornata – e con più pronunce<sup>51</sup> – sulla questione dell’(in)idoneità della Direttiva 2004/38/CE a fondare diritti contro lo Stato d’origine, confermando le proprie decisioni precedenti.

La Corte AELS, invitata, sul presupposto dell’intervenuta giurisprudenza europea, a rivedere la propria posizione sia dal giudice *a quo* (la Corte Suprema di Norvegia), sia dal Governo norvegese (i quali forse facevano affidamento, nel chiedere un «*overruling*» dei precedenti, sull’intervenuto mutamento della composizione e della Presidenza della Corte), rileva: “in the context of EEA law, the fact that no parallel to Article 21 TFEU exists in EEA law entails that the Directive must be interpreted differently in the EEA, in order to realise the objective of the Directive, which is, above all, to facilitate and strengthen the exercise of the primary and individual right to move and reside freely within the territory of the EEA States. [...]”

Recent case law of the ECJ referred to in the Supreme Court of Norway’s request has upheld relevant findings of the judgment in O. and B. However, none of these judgments concern the interpretation of the Directive in the context of the EEA Agreement. The Court finds that the EEA legal context remains unaltered since *Jabbi*” (§§ 57, 58).

Viene dunque confermato il proprio precedente indirizzo, il quale, tuttavia, è sicuramente problematico, in ragione del fatto che gli Stati AELS, che avevano acconsentito alla trasposizione della Direttiva solo dopo aver ricevuto garanzie in merito alla non vigenza di una «cittadinanza SEE», si trovano ora, in virtù dell’operazione interpretativa della Corte, proprio nella situazione che avevano inteso escludere.

## **5. La cittadinanza europea nell’Associazione Europea di Libero Scambio tra ragioni dell’omogeneità e ragioni della differenza**

Come si è visto discutendo la giurisprudenza della Corte AELS, questa ha assunto un indirizzo interpretativo “vigorosamente teleologico”<sup>52</sup>, tutto volto, come reso esplicito dalla stessa Corte, a dare piena efficacia al principio di omogeneità nella sua declinazione di omogeneità di risultato. Per tale via,

---

familiegenforening-etter-eos-regelverket/id2555377/), ove si conferma, imponendo all’amministrazione concedente di accertarne la sussistenza, il requisito della sussistenza di sufficienti risorse economiche (anche in questo caso l’amministrazione norvegese aveva ritenuto tale requisito non integrato).

<sup>51</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>52</sup> Così T. BURRI – B. PIRKER, *Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area*, in *Yearbook of European Law*, n.1/2013, p. 207, 219.

però, si è mostrato, la Corte sembra sorvolare sui limiti interpretativi che le deriverebbero da una lettura rigorosa della lettera del dato normativo e dall'altrettanto puntuale ricostruzione dell'architettura istituzionale dell'Accordo, in particolare per quanto riguarda la questione della cittadinanza europea. In effetti, la Corte AELS raggiunge, sia pure mediante un'operazione interpretativa non troppo rigorosa i medesimi risultati prodotti, nel Pilastro UE, da un quadro normativo radicalmente diverso, informato alla logica costituzionalistica della cittadinanza europea.

A tal riguardo si è osservato, nel trattare il concetto di disomogeneità strutturale e nel ripercorrerne i casi più rilevanti, che in relazione ad essi è necessario verificare se vi sia effettivamente una discriminazione di trattamento tra cittadini UE e cittadini di Stati membri AELS e, in tale caso, se tale discriminazione si rifletta sulle condizioni alle quali essi accedono e operano nel mercato interno: in questa eventualità, infatti, sarà necessario trovare soluzioni per le quali dette condizioni siano perequate, sia pure in ragione di soluzioni non necessariamente identiche nei due Pilastri.

Calando tali ragionamenti nei casi sopra esposti, ci si accorgerà che l'attuazione del principio di omogeneità non richiede che anche nel Pilastro AELS gli individui abbiano, in virtù del diritto SEE, diritti contro gli Stati d'origine. Per accorgersene basterà costruire il caso reciproco, per così dire specularmente, al caso del sig. Jabbi: lo si indicherà come «Jabbi<sup>UE</sup>», con ciò volendo indicare appunto la specularità dell'ipotesi che si andrà a costruire rispetto al caso sopra discusso, specularità data dalla fondamentale fattuale identità della vicenda e, allo stesso tempo, dalla diversità di contesto in cui questa si svolge (il Pilastro UE dell'Accordo).

Il sig. Jabbi<sup>UE</sup>, è un cittadino gambiano che incontra in Norvegia la futura sig.ra Jabbi<sup>UE</sup>, cittadina spagnola economicamente inattiva legalmente residente nel Paese. I due si sposano e, poco tempo dopo, la sig.ra Jabbi<sup>UE</sup> torna in Spagna e il sig. Jabbi<sup>UE</sup>, volendola accompagnare, fa richiesta di un permesso di soggiorno in qualità di coniuge di un cittadino europeo che aveva esercitato la propria libertà di circolazione. Quale la soluzione da darsi al caso appena descritto?

Anche in questo caso, la questione di diritto è inerente il fondamento di diritti vantati da un individuo che ha esercitato la propria libertà di circolazione contro il proprio Stato di origine.

Anzitutto, si noterà che il caso verrà deciso nel Pilastro UE dello SEE, in particolare dalle autorità spagnole (amministrative prima e giudiziarie in caso di appello contro un provvedimento delle prime) e, in caso di rinvio pregiudiziale, dalla Corte GUE.

Conseguentemente, in questo contesto (vale a dire, nel Pilastro europeo), pare doversi escludere che il caso del sig. Jabbi<sup>UE</sup> possa essere deciso sulla base della Direttiva 2004/38/CE, dal momento che, con

ogni verosimiglianza, la sua applicabilità al caso in discussione verrà esclusa in base a *O. e B.*, confermata, come si ricorderà, da sentenze della CGUE successive alla pronuncia della Corte AEELS in *Jabbi*<sup>53</sup>.

A ben vedere, il caso non verrà risolto nemmeno in ragione delle disposizioni sulla Cittadinanza europea. Anzitutto, quanto all'art. 21 TFUE, sarà opportuno notare come gli Stati AEELS, ai fini della Cittadinanza europea, non possono essere considerati Stati membri, dovendo, invece, essere considerati Stati terzi: “gli Stati membri”, all'interno dei quali l'art. 21 TFUE garantisce la libera circolazione, sono gli Stati membri dell'Unione europea, non anche dello Spazio economico europeo.

Ma nemmeno un altro argomento, sempre finalizzato ad accordare al sig Jabbi<sup>UE</sup> il diritto di soggiorno in Spagna, avrebbe maggior fortuna. L'argomento cui qui ci si riferisce è l'argomento alla base di *Ruiz Zambrano*: quello, cioè, secondo il quale “l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione”<sup>54</sup>. A tal riguardo, la Corte ha escluso che una normativa nazionale che non riconosca il diritto di soggiorno al coniuge di un cittadino dell'Unione privi quest'ultimo (costringendolo ad abbandonare il territorio dell'Unione) del godimento della sostanza dei diritti conferitigli dallo *status* di cittadino europeo<sup>55</sup>.

Alla situazione dei sigg. Jabbi<sup>UE</sup>, pertanto, si applicherebbe solamente il diritto nazionale (nel caso di specie, spagnolo); non così nel pilastro AEELS, ove essi, invece, trovano tutela giuridica anche in forza del diritto SEE, così come interpretato dalla Corte AEELS.

Ma allora, se gli esiti decisori in *Jabbi* e in *Jabbi*<sup>UE</sup> sono opposti non solo quanto alla tutela accordata agli individui, ma anche al riparto verticale di competenze così realizzato, sembra potersi sostenere che il principio di omogeneità non è idoneo a sorreggere l'operazione interpretativa intrapresa dalla Corte AEELS.

Piuttosto, ci si rende facilmente conto che la Corte, seguendo questa linea interpretativa, ha di fatto introdotto una “cittadinanza SEE”<sup>56</sup>. Infatti il risultato raggiunto dalla Corte è identico a quello che si

---

<sup>53</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>54</sup> Corte GUE, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, dell'8 marzo 2011, § 42.

<sup>55</sup> CGUE, Sentenza della Corte del 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*; v. anche, più recentemente, Sentenza della Corte del 27 febbraio 2020, C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*; Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'8 maggio 2018, C-82/16, K.A. In dottrina, v. K. LANAERTS, ‘Civis Europaeus Sum?': *From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union*, in P. CARDONNEL – A. ROSAS – N. WAHL (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 213, spec. pp. 229-232.

<sup>56</sup> Come osservato in occasione di commenti ai vari casi qui richiamati da J.B. BIERBACH, *The reality test of residence goes through the looking glass: Court of Justice of the European Free Trade Association States (EFTA Court), judgment of 26 July 2016, Case E-28/15, Yankuba Jabbi v The Norwegian Government, represented by the Immigration Appeals Board*, in *European Constitutional Law Review*, n.2/2017, p. 383; C. BURKE – Ó.Í. HANNESSON, *Citizenship by the back door?* Gunnarsson, in *Common Market Law Review*, n.4/2015, p. 1111; T. BURRI – B. PIRKER, *Constitutionalization by Association?*, cit., p. 220; M. JAY, *Homogeneity*,

avrebbe, nel Pilastro UE, nel caso di un cittadino (ad esempio) spagnolo che si recasse in Francia, ivi si sposasse con una cittadina di uno stato terzo e volesse poi fare rientro in Spagna. In questo caso troverebbe applicazione l'art. 21 TFUE e alla moglie del cittadino spagnolo spetterebbe un diritto di soggiorno. Tuttavia, altra cosa è la circolazione di un cittadino dell'Unione tra Stati membri della stessa, altra cosa è la circolazione, ad esempio, di un cittadino norvegese verso l'Islanda o il Liechtenstein (o anche uno Stato membro dell'Unione europea). Ciò in ragione delle diverse finalità dei due progetti di integrazione, peraltro riconosciute dalla stessa Corte AELS (“the depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty”<sup>57</sup>).

D'altro canto, interrogandosi sulla legittimità della disparità di trattamento tra i due Pilastri che risulterebbe dall'operazione interpretativa opposta a quella della Corte, si verifica una differenza del caso in esame dagli esempi di disomogeneità strutturale sopra discussi: mantenendo le disposizioni in materia di cittadinanza all'esterno dell'ambito materiale del diritto SEE non sembrano pregiudicarsi le finalità dell'Accordo SEE e, cioè, il funzionamento del mercato interno.

All'asimmetria tra i due Pilastri per quanto riguarda la Cittadinanza dell'Unione, che deriverebbe dall'attuazione di un indirizzo giurisprudenziale più rigoroso e, quindi, dall'esclusione della cittadinanza dall'ambito materiale dell'Accordo SEE, conseguirebbe, infatti, «soltanto» che la Corte AELS non sarebbe in grado di dare piena tutela ai diritti umani di alcuni ricorrenti, dovendo, in talune circostanze, limitarsi a riconoscere che il diritto SEE nulla dispone in riferimento al caso *sub iudice*. Si noterà, tuttavia, che, seguendo la via interpretativa più rigorosa, il diritto SEE non determinerebbe, bensì, più limitatamente, non impedirebbe discriminazioni, le quali potrebbero, invece, essere rimosse tramite altri rimedi: il processo democratico interno a ciascuno Stato, la giustizia costituzionale interna e, infine, il ricorso alla Corte EDU<sup>58</sup>.

La vicenda qui esposta, che è segnata, in buona sintesi, dall'estensione delle finalità dell'Accordo SEE (che appaiono, almeno nel campo della libera circolazione delle persone, non più limitate all'integrazione economica ma inclusive anche della tutela dei diritti fondamentali delle stesse), al netto delle criticità sopra rilevate, risulta dunque indicativa di un problema di fondo proprio del diritto dell'Accordo SEE e, almeno in parte, del fenomeno della differenziazione esterna. Ci si riferisce alla difficoltà di selezionare, all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, un determinato nucleo di norme e di disporre la trasposizione, isolandole dal contesto nel quale erano originariamente poste, in un altro contesto ordinamentale,

---

*the free movement of persons and integration without membership: Mission Impossible?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n.8/2012, p. 77.

<sup>57</sup> Corte EFTA, sentenza del 10 dicembre 1998, E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, § 59.

<sup>58</sup> Sulla questione si rinvia sinteticamente a K. LANAERTS, *'Civis Europaeus Sum'*, cit.

caratterizzato da finalità differenti, tendenzialmente più limitate di quelle proprie dell'Unione europea e, nello specifico, confinate al perseguimento della sola integrazione dei mercati.

Non è difficile allora spiegarsi il verificarsi di casi, quali quelli qui discussi, nei quali un tale sistema istituzionale, precipitato nel concreto del dispiegarsi delle relazioni economiche e sociali degli individui, determini una sottoprotezione dei diritti fondamentali degli stessi. Tali casi presentano dunque l'alternativa, della cui soluzione sono in ultima battuta investiti organi giurisdizionali, tra la salvaguardia della «purezza» dell'Accordo e, quindi, della natura limitata e ristretta delle finalità dell'integrazione sovranazionale da un lato e la protezione dei diritti fondamentali degli individui dall'altro. In questa alternativa è necessario tuttavia tenere in debita considerazione anche le esigenze di prevedibilità (in questo caso) del diritto dell'Accordo SEE per le Parti dello stesso e, in particolare, degli Stati AELS. Questi, in effetti, subiscono, in relazione ad ampie porzioni dei loro ordinamenti, la “egemonia”<sup>59</sup> del diritto europeo, sulla cui formazione sono in grado influire solo marginalmente<sup>60</sup>. In questo quadro, dunque, il diritto SEE ricava gran parte della propria legittimazione nel Pilastro AELS dalla fiducia che gli Stati AELS ripongono nell'efficacia selettiva dei meccanismi istituzionali previsti dall'Accordo per la trasposizione del rilevante diritto dell'Unione e, in ultima analisi, quindi, nel grado di prevedibilità dell'integrazione che lo stesso realizza.

Il rischio è dunque quello che, in ragione di una marcata imprevedibilità dei risultati prodotti dai meccanismi dell'Accordo e vedendosi imposte norme alle quali non pensavano di aver consentito (si ricorderà la Decisione 158/2007, con la quale le Parti dell'Accordo SEE avevano escluso che “il concetto di Cittadinanza dell'Unione introdotto dal trattato di Maastricht [... avesse] equivalenti nell'accordo SEE”), con quanto ne deriva in termini di sfiducia delle Parti verso il suo corretto funzionamento, queste ricorrano a più rigide garanzie «a monte», che assicurino un maggior controllo delle Parti sul diritto cui sono sottoposte, con la probabile conseguenza, ulteriore rispetto a quella di un pregiudizio del dinamismo dell'Accordo, di una minore protezione degli interessi degli individui.

Un chiaro esempio di questo rischio è quello costituito, proprio in tema di circolazione delle persone, dalla bozza – in corso di negoziazione – di Accordo istituzionale regolante i rapporti tra Unione e Svizzera<sup>61</sup>: qui, probabilmente anche in ragione degli sviluppi intervenuti nel contesto dell'Accordo SEE, se in un primo momento era stato ritenuto possibile adottare una soluzione sul modello dell'Accordo

---

<sup>59</sup> La questione, comune a fondamentalmente tutti i casi di differenziazione esterna, è ben rappresentato in E.O. ERIKSEN – J.E. FOSSUM (a cura di), *The European Union's Non-Members*, cit.

<sup>60</sup> V. G. BAUR, *Decision-making procedure and implementation of new law*, cit.

<sup>61</sup> “Accordo che facilita le relazioni bilaterali tra l'Unione europea e la Confederazione svizzera nelle parti del mercato interno alle quali la Svizzera partecipa” – bozza reperibile all'indirizzo web [https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/it/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte\\_it.pdf](https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/it/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_it.pdf).

SEE, includendo, cioè, una dichiarazione esplicita atta ad escludere la rilevanza della cittadinanza europea ai fini dell'Accordo<sup>62</sup>, questa prospettiva risulta ora da escludersi<sup>63</sup> e, anzi, la posizione ufficiale della Svizzera è di escludere la trasposizione, ancora prima che della cittadinanza europea, della Direttiva 2004/38/EC<sup>64</sup>.

## 6. Conclusioni

Nel corso di questo contributo si è voluto discutere la giurisprudenza della Corte AELS in materia di libera circolazione delle persone, in particolare con riferimento alle situazioni di individui economicamente inattivi. Si è cercato di mostrare come la stessa sia piuttosto problematica. Infatti, l'interpretazione che la Corte AELS dà della Direttiva 2004/38/CE – ritenuta idonea a fondare diritti contro gli Stati d'origine –, introducendo, di fatto, una sorta di «cittadinanza SEE», si pone in tensione con il quadro istituzionale dell'Accordo SEE, sia sotto il profilo per il quale la Corte AELS dovrebbe seguire l'interpretazione della Corte di Giustizia (mentre, invece, se ne discosta radicalmente), sia sotto quello dell'esclusione della rilevanza della cittadinanza europea nell'ambito del Pilastro AELS.

Si è parimenti argomentato come la questione, risolta come si è appena ricordato dalla Corte, ponesse quest'ultima di fronte all'alternativa tra la piena protezione dei diritti degli interessati (nello specifico – salvo in *Gunnarsson* –, il diritto alla vita privata e familiare nella sua declinazione del diritto al ricongiungimento familiare) e il mantenimento rigoroso della natura limitata delle finalità e dell'ambito materiale dell'Accordo SEE.

Si è visto come la Corte ha risolto l'alternativa.

Tuttavia, si suggerisce, la Corte, estendendo implicitamente le finalità dell'Accordo alla tutela dei diritti fondamentali degli individui (almeno limitatamente all'ambito della libera circolazione delle persone) e ampliando, in maniera parimenti implicita, l'ambito materiale dell'Accordo introducendovi il concetto di «cittadinanza SEE», esplicitamente escluso dalle Parti, raggiunge un esito interpretativo che, se si tengono presente le dinamiche proprie della differenziazione esterna, è idoneo, nella misura in cui accresce il grado di imprevedibilità del diritto SEE da parte degli Stati AELS, a pregiudicare la fiducia degli stessi nel corretto funzionamento dell'Accordo e, con essa, la legittimazione dello stesso.

---

<sup>62</sup> C. TOBLER, *Bikers Are(n't) Welcome. (Jan Anfinn Wahl v. The Icelandic State, EFTA Court, Judgment of 22 July 2013, E-15/12)*, in *European Law Reporter*, 2013, p. 250, spec. p. 254.

<sup>63</sup> C. TOBLER, *Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle*, in *European Papers*, n.3/2018, p. 1429, spec. p. 1450.

<sup>64</sup> Cfr. Letter from the Federal Council to the President of the European Commission del 7 giugno 2019, reperibile all'indirizzo [https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/en/documents/bericht\\_konsultationen\\_insta/20190607\\_Lettre-CF-President-Commission-europeenne\\_en.pdf](https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/en/documents/bericht_konsultationen_insta/20190607_Lettre-CF-President-Commission-europeenne_en.pdf).