

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2022

LE PROCEDURE AUTORIZZATORIE PRE-INGRESSO DEI CITTADINI EXTRAUE: QUALE *GIUSTO PROCEDIMENTO*?

di Giulia Del Turco

***Abstract:** Muovendo dall'analisi del quadro normativo e della prassi applicativa, il contributo indaga sul concreto atteggiarsi del due process amministrativo nei procedimenti volti al rilascio delle autorizzazioni per l'ingresso nell'area Schengen: il visto d'ingresso e la nuova autorizzazione elettronica ETIAS per i viaggiatori esenti visto. L'obiettivo è evidenziare il peculiare equilibrio definito, nell'ambito di tali procedure, tra le garanzie procedurali, l'efficienza decisionale e la tutela delle esigenze di sicurezza e ordine pubblico.*

***Abstract:** Building on the analysis of the relevant legal framework and practice, this contribution examines the scope of the principle of administrative due process in the procedures aimed at issuing authorizations for entry into the Schengen area: the entry visa and the new electronic authorization ETIAS for visa-free travelers. The aim is to highlight the balance established within these procedures between procedural guarantees, decision-making efficiency and the protection of security and public order.*

LE PROCEDURE AUTORIZZATORIE PRE-INGRESSO DEI CITTADINI EXTRAUE: QUALE GIUSTO PROCEDIMENTO?

di Giulia Del Turco*

SOMMARIO: 1. Giusto procedimento e procedure autorizzatorie pre-ingresso. – 2. La regolamentazione dei visti: tra sovranità statale e condizionamenti di Schengen. – 3. Il sistema dei visti d'ingresso e il procedimento volto al loro rilascio. – 4. I punti di frizione con il *due process* amministrativo nel procedimento per il rilascio del visto d'ingresso. – 4.1. La portata dell'onere motivazionale. – 4.2. La valutazione della pericolosità del richiedente visto. – 4.3. La giustiziabilità del diniego che poggia sull'obiezione sollevata da un altro Stato membro. – 5. Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione ETIAS. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Giusto procedimento e procedure autorizzatorie pre-ingresso

Nato e sviluppatosi nel mondo giuridico anglo-americano, il principio del giusto procedimento rappresenta oggi un presidio irrinunciabile di garanzia degli amministrati: le pubbliche amministrazioni devono esercitare i propri poteri soltanto dopo aver svolto gli opportuni accertamenti e aver messo i privati interessati in condizione di esporre le proprie ragioni, sia a tutela dei propri interessi, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico¹. Il procedimento amministrativo viene di conseguenza reputato giusto nella misura in cui consenta un contraddittorio tra i destinatari dell'attività amministrativa e la pubblica amministrazione, assicuri la trasparenza al fine di permettere ai partecipanti di sapere come le decisioni sono state assunte, preveda un obbligo motivazionale in relazione ai provvedimenti emanati e garantisca il diritto a un giudice per la tutela degli interessi lesi.

Nel nostro sistema giuridico, il principio in esame per molto tempo non ha trovato accoglienza. Nonostante la Corte costituzionale faccia uso del termine sin dagli anni Sessanta del secolo scorso², è solo a partire dagli anni Novanta, con l'approvazione di una

* Dottoranda di ricerca in *Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti regolazione* presso l'Università degli Studi della Tuscia.

1. In generale, sul *due process* in diritto amministrativo si v. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 101; G. Della Cananea, *Due process of law beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016; G. Della Cananea, A. Sandulli (a cura di), *Global Standards for Public Authorities*, Napoli, 2012; S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press, Sevilla, 2012; Id., *A Global Due Process of Law?*, in G. Anthony, J.B. Auby, J. Morison, T. Zwart (eds.), *Values in Global Administrative Law*, London, Hart Publishing, 2011, pp. 17-60; D.J. Galligan, *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

2. *Ex plurimis* Corte cost., sent. 2.03.1963, n. 13; sent. 30.12.1972, n. 212; sent. 13.02.1974, n. 32. Secondo la Consulta, la regola del giusto procedimento, pur rappresentando un principio generale del nostro ordinamento, non è

legge generale sul procedimento amministrativo e grazie all'impulso della scienza giuridica³, che gli istituti del giusto procedimento ricevono piena ed effettiva consacrazione nell'ordinamento italiano. In particolare, la legge 7 agosto 1990, n. 241, nell'esprimere una generale esigenza di difesa sostanziale nei confronti della pubblica autorità, ha avuto l'indiscutibile merito di trasformare il *due process* da eccezione a regola generale delle dinamiche tra amministrazioni e amministrati nell'esercizio della pubblica funzione⁴.

Il giusto procedimento ha assunto oggi una dimensione multilivello in quanto rilevante non solo a livello statale, bensì anche a livello europeo e internazionale, seppur in declinazioni tra loro parzialmente differenti e secondo diversi gradi di intensità. A livello internazionale, si rinvergono singole norme che impongono la partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi nazionali, soprattutto in materie quali l'ambiente, la pesca o il commercio internazionale⁵, rafforzando le garanzie già riconosciute e disciplinate dalla normativa domestica. Pertanto, sul piano internazionale il *due process* è un principio emergente, pur non avendo valenza generale, in quanto non si tratta di un principio di diritto

desumibile dall'art. 97 né da altre norme costituzionali, sicché tale principio non può essere imposto all'attività amministrativa se non quando questa sia riconducibile a un'attività di tipo giurisdizionale. Questo indirizzo ha trovato adesioni anche nell'alveo della giurisprudenza amministrativa: si v., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, sent. 5.04.1968, n. 252, secondo cui «la garanzia costituzionale dei diritti della difesa prevista dall'art. 24 Cost., ha valore soltanto nei riguardi del procedimento giurisdizionale, ma non si estende al momento anteriore del procedimento di formazione dell'atto amministrativo, sicché in esso non sussiste una garanzia costituzionale del contraddittorio, ancorché gli atti relativi incidano nella sfera giuridica dei soggetti». Sul dibattito dottrinario in ordine alla natura e al rango del giusto procedimento, si rinvia a V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 142 ss.; G. Sciuillo, *Il principio del «giusto procedimento» fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986; G. Roeherssen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, n. 1.1987, p. 47 ss. Di recente, L. Buffoni, *Il rango costituzionale del «giusto procedimento» e l'archetipo del «processo»*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss.; M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, p. 1837 ss.

3. Il dibattito dottrinale sulla problematica della partecipazione si è difatti sviluppato assai prima dell'approvazione della legge n. 241 del 1990 e ha conosciuto una stagione di particolare rilievo a partire dalla metà degli anni Sessanta: si v., fra i tanti contributi, G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, p. 25 ss.; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 225 ss.

4. Si v., sul punto, G. Pastori (che, insieme a Mario Nigro, contribuì in misura significativa alla stesura del testo), *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 18-20 settembre 1989, p. 30 ss.; F. Patroni Griffi, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 59 ss.; A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993; S. Cognetti, «Qualità» e «quantità» della partecipazione, Milano, Giuffrè, 2000; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006.

5. Si v., ad es., la Convenzione di Aarhus del 1998 o la Convenzione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, tramite le quali i cittadini acquistano il diritto di avere accesso alle informazioni, di essere ammessi a partecipare ai processi decisionali e avere accesso alla giustizia in materia ambientale.

internazionale generalmente riconosciuto e la sua disciplina è affidata a una molteplicità di regimi autonomi. In proposito, non può non menzionarsi l'art. 6 della CEDU sull'equo processo. Tale disposizione, che espressamente si riferisce al solo processo civile e penale, ha progressivamente acquisito, grazie all'opera ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo, un'importanza fondamentale anche per le controversie pubblicistiche⁶. E ciò, nonostante i redattori della CEDU avessero convenuto, originariamente, di escludere la materia amministrativa dall'ambito di applicazione dell'art. 6, sulla base di pretese esigenze di specialità della stessa.

Senz'altro più pregnante, invece, il valore assunto dal principio del giusto procedimento nell'ambito dell'Unione europea. Nato come principio pretorio negli anni Novanta del secolo scorso, oggi esso trova espresso riconoscimento nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che nell'ambito del diritto a una buona amministrazione prevede, fra le altre, il diritto di ogni individuo a essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale pregiudizievole, nonché l'obbligo per le amministrazioni di motivare le proprie decisioni⁷. Negli anni, poi, la giurisprudenza europea ha potenziato la portata garantista del principio in esame, in particolare elevando il diritto di essere ascoltati, corollario del *due process* ed espressione del diritto di difesa, al rango di principio generale di diritto comunitario che trova perciò applicazione anche in assenza di specifiche previsioni normative⁸.

6. Tale operazione è stata realizzata attraverso una rilettura in chiave estensiva dell'art. 6 CEDU, che è stato dapprima trasformato in una norma, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, di diritto amministrativo sostanziale, riguardante, cioè, il procedimento amministrativo e, soltanto in un secondo momento, se ne è estesa l'applicabilità alla fase processuale. In proposito, e per la relativa giurisprudenza, si v. S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2006; F. Goisis, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1338 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2014; G. Greco, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 25 ss.; M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; M. Gnes, *The Application of the European Convention on Human Rights in Italian Administrative Law*, in *Eur. Rev. Publ. Law*, 2001, p. 529 ss.

7. Per una disamina approfondita del giusto procedimento nell'ordinamento europeo si rinvia a A. Weber, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 393 ss.; J.A. Usher, *The CE good administration of European Community law*, in *Current Legal Problems*, 1985, p. 269 ss.; K. Lenaerts, J. Vanhamme, *Procedural rights of private parties in the Community administrative process*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 531 ss.; H.P. Nehel, *Principles of administrative procedure in EC Law*, Oxford, Hart, 1999; A. Gil Ibanez, *The administrative supervision and enforcement of EC law powers. Procedures and limits*, Oxford, 1999; L. Ortiz Blanco, *European Community competition procedure*, Oxford, Clarendon press, 1996; C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, II ed., Padova, Cedam, 1993; J. Schwarze, *European administrative law*, Sweet and Maxwell, II ed., 2006; G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi della Comunità europea*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.

8. Sulla portata generale del diritto di essere sentiti, si v. Corte giust., sent. 23.10.1974, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74, per cui è principio generale quello secondo cui «qualora i provvedimenti della

Le pagine che seguono si propongono di analizzare quale sia la portata e come si traduca il principio del *due process* in una particolare tipologia di procedure che vedono coinvolti gli stranieri: le procedure autorizzatorie pre-ingresso.

Per creare uno spazio europeo in cui le persone possano muoversi liberamente e in sicurezza, gli Stati aderenti agli accordi di Schengen si sono impegnati nel controllo delle frontiere esterne, impedendo l'immigrazione irregolare e l'ingresso di persone considerate un rischio per l'ordine pubblico e la sicurezza. Per realizzare tale obiettivo, il legislatore europeo si affida sempre di più a strategie di esternalizzazione, che implicano l'anticipazione del controllo sugli ingressi in un momento che precede l'arrivo dei viaggiatori nell'area Schengen e lo svolgimento di quei controlli nei Paesi terzi di partenza.

Paradigmatico in tal senso è il regime dei visti⁹, considerato oggi il mezzo privilegiato di sorveglianza preventiva dell'immigrazione. Delocalizzando il controllo sull'ammissione presso le Ambasciate che operano nei Paesi di origine del richiedente, si permette agli Stati di filtrare i viaggiatori indesiderati ancor prima dell'inizio del viaggio, evitando così i costi di successive operazioni di respingimento e rimpatrio.

Sulla base del nuovo regolamento ETIAS¹⁰, poi, entro il 2023 controlli sistematici pre-ingresso saranno applicati altresì ai cittadini di Paesi terzi esenti dall'obbligo del visto, i quali dovranno ottenere un'autorizzazione elettronica di viaggio prima di accedere in area Schengen. In considerazione del prevedibile aumento degli attraversamenti delle frontiere esterne e del numero di cittadini di Paesi terzi a cui verrà riconosciuta l'esenzione dal visto, il legislatore europeo ha difatti ritenuto imprescindibile introdurre, anche nei confronti di questi viaggiatori, una valutazione preventiva di pericolosità¹¹.

Se le pratiche di controllo extraterritoriale dell'immigrazione in sé non rappresentano una novità nel panorama internazionale, le modalità con cui vengono trattate le domande sono problematiche sotto il profilo *due process* amministrativo. Come è stato osservato, la *ratio* di tali frizioni pare rinvenirsi nel marcato carattere di sovranità e nella amplificazione

pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese». Successivamente, Corte giust., sent. 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, causa 146/76; Corte giust., sent. 26.06.1980, *National Parasonic*, causa 136/79; Corte giust., sent. 17.12.1981, *R. Demond c. Commissione*, causa 115/80; Corte giust., sent. 12.02.1998, *Paesi Bassi c. Commissione*, C-48 e 66/90; Corte giust., sent. 14.02.1990, *Francia c. Commissione*, C-301/87.

9. Art. 4, co. 1, d.lgs. n. 286/1998 e art. 6, § 1, lett. b), codice frontiere Schengen. Oltre al possesso del visto, per entrare legalmente in Italia il cittadino extracomunitario deve: i) essere in possesso di un passaporto in corso di validità, o di un documento equipollente; ii) giustificare lo scopo del soggiorno e disporre di mezzi di sussistenza sufficienti sia per la durata del soggiorno che per poter far rientro nel Paese di origine; iii) non essere segnalato nel Sistema d'Informazione Schengen (SIS); iv) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri dell'UE.

10. Regolamento 2018/1240/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.09.2018 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS).

11. Proposta di regolamento del 16.11.2016, COM(2016) 731 final.

delle preoccupazioni inerenti al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna che connotano la disciplina sugli ingressi¹².

La trattazione si svilupperà in tre parti. La prima sarà dedicata a una sintetica ricostruzione del procedimento di rilascio del visto alla luce della pertinente legislazione europea e nazionale di riferimento (§§ 2 e 3). La seconda, invece, volgerà ad evidenziarne i profili critici dal punto di vista del *due process* amministrativo, con specifico riferimento alla portata dell'onere motivazionale nel provvedimento di diniego (§ 4.1), alla valutazione della pericolosità del richiedente visto (§ 4.2), nonché alla giustiziabilità del diniego che poggia su un'obiezione sollevata da un altro Stato membro (§ 4.3). La terza, infine, sarà diretta all'analisi della nuova procedura autorizzatoria ETIAS e al problema della trasparenza del processo decisionale algoritmico (§ 5). Merita precisare sin d'ora che in relazione a tale procedimento l'analisi si limiterà al solo dato normativo: pur essendo entrato in vigore nell'ottobre 2018, il regolamento ETIAS non è ad oggi applicabile, poiché devono ancora essere adottati alcuni atti delegati per la definizione degli aspetti tecnici di funzionamento del sistema. Nell'ultimo paragrafo (§ 6) si trarranno alcune conclusioni, di carattere generale, sulle problematiche emerse.

2. La regolamentazione dei visti: tra sovranità statale e condizionamenti di Schengen

La regolamentazione dei flussi migratori rappresenta un profilo essenziale della sovranità di ogni Stato, in quanto espressione del controllo delle frontiere e del territorio nazionale. Invero, sebbene numerosi strumenti, internazionali e non¹³, riconoscano il diritto di ciascun individuo di emigrare, a ciò non corrisponde – per quanto l'asimmetria possa sembrare contraddittoria – alcun obbligo per gli Stati di ammettere sul proprio territorio i non cittadini, fatta eccezione per alcuni casi per i quali valgono ordini più favorevoli¹⁴. Il principio della libertà degli Stati di ammettere o non ammettere gli stranieri è stato

12. Cfr. M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea*, in M.C. Amato (a cura di), *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, Torino, Giappichelli, 2018, cit., p. 257.

13. Cfr. a titolo d'esempio, l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 12 del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 22 della Convenzione interamericana sui diritti umani, l'art. 12 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e l'art. 2 del Protocollo 4 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Anche la nostra Costituzione, all'art. 16, co. 2, riconosce che «ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi».

14. Si fa riferimento in particolare al richiedente asilo, che vanta invece un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno sul territorio dello Stato, nonché allo straniero familiare di un italiano o di uno straniero soggiornante in Italia, per il quale il diritto al ricongiungimento familiare previsto dalle norme comunitarie tende a prevalere su altri interessi.

affermato in molte occasioni anche dalla giurisprudenza sovranazionale, in particolare della Corte EDU¹⁵.

La stessa Corte costituzionale ha da tempo affermato con nettezza l'inesistenza in capo allo straniero di un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale. Nelle parole della Suprema Corte, infatti, «la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni e, per lo più, per un periodo determinato»¹⁶. Inoltre, afferma la Corte, la disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione, da cui discende l'esistenza in capo al legislatore di un ampio margine di discrezionalità, il cui esercizio è sindacabile solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli¹⁷.

In questa ottica si collocano, ad esempio, quelle decisioni che hanno dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alle norme che prevedono quale causa ostativa al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno la condanna, a seguito di patteggiamento, per reati inerenti agli stupefacenti e senza alcuna valutazione in concreto della pericolosità del condannato¹⁸. Ed invero, secondo la Corte, la presunzione di pericolosità su cui si fonda l'automatismo legislativo non è indice di irragionevolezza, bensì «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione

15. Si v., *ex multis*, Corte EDU, sent. 25.06.1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, § 41; Corte EDU, sent. 8.12.2005, *Mahdid e Haddar c. Austria*, ric. n. 74762/01; Corte EDU, sent. 1.09.2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ric. n. 16483/12, § 119.

16. Corte cost., sent. 10.07.1974, n. 244. In senso analogo, Corte cost., sent. 19.06.1969, n. 104; Corte cost., sent. 10.02.1994, n. 62.

17. Corte cost., sent. 5.07.2010, n. 250. Sviluppano il medesimo ragionamento, *ex plurimis*, Corte cost., sent. 2.07.2012, n. 172; Corte cost., sent. 7.05.2008, n. 148; Corte cost., ord. 24.10.2007, n. 361; Corte cost., ord. 27.06.2007, n. 218; Corte cost., ord. 5.02.2007, n. 44; Corte cost., sent. 26.05.2006, n. 206. In argomento, C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in questa *Rivista*, n. 3.2012, p. 52 ss.; M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale* (Convegno scientifico 19-20 maggio 2016), Milano, Giuffrè, 2017, p. 165 ss.; Id., *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad.cost.*, 1, 2017, p. 41 ss.; M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Giappichelli, 2018, p. 3 ss. Più in generale, sulla giurisprudenza costituzionale in materia, si possono citare G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007; M. Cartabia, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016.

18. Corte cost., sent. 7.05.2008, n. 148. In senso analogo, si v. anche Corte cost., sent. 13.11.1997, n. 353; Corte cost., ord. 22.04.2002, n. 146.

e che costituisce presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa»¹⁹.

D'altro canto, questa quota di sovranità statale appare oggi condizionata e in parte erosa in conseguenza dell'appartenenza all'area Schengen. Negli ultimi venti anni, infatti, l'Unione europea ha sviluppato una politica comune sui visti, sottraendo ambiti di regolamentazione agli Stati²⁰. Tale risultato si lega alla soppressione dei controlli alle frontiere interne. Invero, la diversificazione dei regimi nazionali avrebbe potuto avere un impatto negativo sul livello di sicurezza dell'intero spazio coperto dalla libera circolazione delle persone, in particolare nel caso di afflusso incontrollato di immigrati illegali, costringendo l'introduzione di regole comuni in materia di mobilità extracomunitaria. Ad oggi, l'armonizzazione riguarda principalmente le procedure e le condizioni per il rilascio dei visti di breve durata (fino a tre mesi), per i quali la legislazione nazionale è stata del tutto sostituita da quella europea²¹, nonché l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono sottoposti all'obbligo del visto per oltrepassare le frontiere esterne dell'UE²².

19. Corte cost., sent. 7.05.2008, n. 148, cons. dir. n. 5, a commento della quale si v., tra gli altri, M. Savino, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in questa *Rivista*, n. 3.2013, p. 37 ss.; C. Corsi, *Il rimpatrio degli stranieri tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, Relazione, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Seminario di studio - Palazzo della Consulta - 26 ottobre 2012), in www.cortecostituzionale.it. In seguito, la Corte ha aperto a un sindacato di proporzionalità e ragionevolezza più incisivo sulla scelta del legislatore di prevedere tali automatismi, che tenga conto del necessario bilanciamento degli interessi in gioco: cfr., in particolare, Corte cost., sent. 11.07.2012, n. 172 e sent. 3.07.2013, n. 202. Sul punto, G. Sirianni, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, in *Giur. cost.*, n. 4.2013, p. 2835 ss.; R. Romboli, *Nota a Corte cost. 202/2013*, in *Foro it.*, n. 12.2013, p. 3381 ss. Più in generale sul tema, v. anche A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.diritticomparati.it; R. Cherchi, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it; M. Savino, *op. cit.*, pp. 46-47.

20. Art. 77, §§ 1 e 2, TFUE. Sulle origini e l'evoluzione della politica comune sui visti, si v. per tutti A. Meloni, *The Community Code on Visas: Harmonisation at last?*, in *European Law Review*, 2009, p. 671 ss.

21. Si v. il regolamento del Parlamento e del Consiglio del 13 luglio 2009, n. 810, che istituisce un codice comunitario dei visti e il regolamento del Consiglio del 29 maggio 1995, n. 1683 che istituisce un modello uniforme per i visti di breve durata. La disciplina di diritto secondario è integrata inoltre da due Manuali adottati dalla Commissione nel 2010 e contenenti istruzioni operative, buone prassi e raccomandazioni rivolte ai Consolati degli Stati membri. Entrambi possono essere consultati al seguente link: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2010\)1620](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2010)1620). I visti di lunga durata sono rimasti invece di competenza nazionale. Per la pertinente legislazione italiana, si v. il decreto interministeriale 11.05.2011, n. 850, recante la definizione delle tipologie dei visti d'ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento.

22. Regolamento (CE) del Consiglio del 15 marzo 2001, n. 539/2001, che adotta l'elenco dei cittadini che devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti. Il regolamento ha subito numerose modifiche nel corso degli anni: per la più recente versione, si v. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1806>.

3. Il sistema dei visti d'ingresso e il procedimento volto al loro rilascio

Tra i requisiti richiesti per l'accesso legale in Italia e nell'area Schengen del cittadino extracomunitario vi è il possesso del visto d'ingresso, un atto amministrativo rilasciato dalle Rappresentanze consolari italiane all'estero mediante il quale egli è autorizzato a transitare e soggiornare per un determinato periodo di tempo, variabile secondo le diverse tipologie di visto²³.

In generale, oltre ad essere un importante strumento di politica estera, il sistema dei visti è considerato, anzitutto, un efficace mezzo di controllo delle frontiere esterne, permettendo agli Stati di identificare e impedire l'accesso agli stranieri ritenuti a rischio dal punto di vista della sicurezza pubblica e dell'immigrazione irregolare prima ancora dell'inizio del loro viaggio, evitando così i costi di successive operazioni di respingimento e rimpatrio²⁴. L'obbligo del visto assolve inoltre a un'importante funzione deterrente nei confronti degli aspiranti immigrati, inclusi i potenziali richiedenti asilo²⁵. In primo luogo, costoro devono sostenere i costi e gli inconvenienti pratici della presentazione della domanda, ad esempio la distanza dal Consolato, i tempi di attesa per ricevere il servizio o la mancanza della documentazione richiesta per dimostrare il soddisfacimento delle condizioni d'ingresso. In secondo luogo, come vedremo, il Consolato può rifiutare la domanda senza fornire alcuna motivazione, senza contare che esiste anche l'eventualità che le autorità di frontiera dello Stato di destinazione impediscano l'ingresso al titolare di un visto valido.

23. Art. 6, codice frontiere Schengen e art. 4, co. 1, t.u. La disciplina europea distingue quattro tipi di visto: di tipo A per transito aeroportuale, di tipo B per transito con validità massima di 5 giorni, di tipo C per soggiorni di breve durata o viaggio, con validità massima di 90 giorni (che attribuiscono il diritto all'ingresso in tutti i Paesi dell'area Schengen, indipendentemente dal Paese che li ha rilasciati e per questo sono disciplinati dal codice comunitario dei visti) e i visti di tipo D per soggiorni superiori a 90 giorni, detti visti nazionali in quanto rilasciati sulla base della disciplina nazionale, che hanno effetto soltanto nel territorio dello Stato che li ha rilasciati. Rispetto a questi ultimi, il legislatore italiano è intervenuto con il decr. 12.07.2000 del Ministero degli affari esteri, recante definizione delle tipologie dei visti d'ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento, successivamente sostituito dal d.m. 11.05.2011, n. 850, che definisce i diversi tipi di visto a seconda dei motivi dell'ingresso: per adozione, affari, cure mediche, visto diplomatico, per familiare al seguito, per gara sportiva, per invito, per lavoro autonomo, lavoro subordinato, missione, motivi religiosi, reingresso, residenza elettiva, ricongiungimento familiare, studio, transito aeroportuale, transito, trasporto, turismo, vacanze-lavoro.

24. Cfr. J. Torpey, *Coming and going: On the state monopolization of the legitimate "means of movement"*, in *Sociological Theory*, vol. 16, 1998, p. 239 ss.; E. Guild, D. Bigo, *Policing at a distance: Schengen visa policies*, in *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, Ashgate, Farnham, 2005, pp. 203 ss.; V. Guiraudon, *Before the EU border: Remote control of the "huddled masses"*, in K. Groenendijk, E. Guild, P. Minderhoud (eds.), *In search of Europe's Borders*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 191 ss.; W. Walters, *Rethinking Borders Beyond the State*, in *Comparative European Politics*, 4, pp. 141 ss.; A.R. Zolberg, *The archaeology of 'remote control'*, in A. Fahrmeir, O. Faroun, P. Weil (eds.), *Migration control in the North Atlantic world. The evolution of state practices in Europe and the United States from the French revolution to the inter-war period*, New York, Berghahn, 2003, p. 195 ss.

25. Sottolinea questo aspetto E. Neumayer, *Unequal Access to Foreign Spaces: How States Use Visa Restrictions to Regulate Mobility in a Globalized World*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 31, no. 1, 2006, p. 72 ss.

Tuttavia, le restrizioni sui visti possono ostacolare e scoraggiare anche quella mobilità che gli Stati desiderano per ragioni economiche²⁶. Per questo motivo, molti Paesi hanno avviato regimi di esenzione dal visto volti a facilitare l'ingresso nel loro territorio ai titolari di passaporti di Paesi ad alto reddito per favorire gli investimenti esteri e preservare la propria attrattiva nel mercato, sempre più competitivo, del turismo di massa²⁷. Si pensi, poi, all'uso sempre più diffuso di programmi *Golden Visa*, che consentono a stranieri facoltosi di ottenere un permesso di soggiorno o addirittura la cittadinanza in un altro Paese semplicemente acquistandovi un immobile o facendo un investimento o una donazione relativamente consistente²⁸.

Il procedimento di rilascio prende avvio all'atto della presentazione della domanda da parte del richiedente, che avviene, di norma, non prima di sei mesi e non oltre quindici giorni dall'inizio del viaggio previsto²⁹, o presso la Rappresentanza diplomatico-consolare territorialmente competente per lo Stato di provenienza dello straniero o presso agenzie private convenzionate³⁰. L'art. 40, § 3, codice visti, prevede infatti che ogni Consolato possa avvalersi della collaborazione di un fornitore esterno per lo svolgimento di una serie di compiti connessi alla procedura di rilascio dei visti, tra cui la gestione degli appuntamenti,

26. Per un'analisi sull'effetto delle restrizioni sui visti sul commercio e sugli investimenti esteri, si v. E. Neumayer, *On the detrimental impact of visa restrictions on bilateral trade and foreign direct investment*, in *Applied geography*, 31 (3), 2011, p. 901 ss.

27. E. Neumayer, *Unequal Access to Foreign Spaces*, cit., p. 76; S. Mau, F. Gülzau, L. Laube, N. Zaun, *The Global Mobility Divide: How Visa Policies Have Evolved over Time*, in *Journal of Ethnic and Migration studies*, 41(8), 2015, p. 1192 ss.

28. L'Italia, ad esempio, ha lanciato nel 2017 il programma *Investor Visa*, che prevede una procedura di concessione di un visto veloce, semplificata e digitale a beneficio dei cittadini non UE che intendono effettuare un importante investimento o una donazione filantropica nel Paese. Si v., al seguente link, il primo rapporto di monitoraggio pubblicato dal Mise, con i dati aggiornati al 31 dicembre scorso: https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/1_Relazione_monitoraggio_Investor_Visa_Dicembre_2021.pdf.

29. Art. 9, § 1, codice visti, come modificato dall'art. 1, § 7, del reg. 2019/1155/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.06.2019, recante modifica del reg. 810/2009/CE che istituisce un codice comunitario dei visti (codice visti). Soltanto in casi eccezionali il visto può essere rilasciato alla frontiera, ossia per soggetti che non abbiano avuto la possibilità di chiedere un visto in precedenza, o per esigenze particolari come il pernottamento in zone adiacenti agli aeroporti, per visite brevi per motivi turistici – ed in ogni caso per periodi di tempo molto brevi (massimo dieci giorni per visti di ingresso e cinque per visti di transito). Si v. art. 5, d.p.r. e art. 4, comma 3, t.u.

30. In realtà, il reg. 2019/1155/UE ha reso possibile la presentazione delle domande di visto per via digitale (art. 1, §§ 8 e 9 e considerando 20), ma solo alcuni Stati membri hanno preso iniziative in tal senso, continuando la maggior parte di essi a dipendere in misura massiccia da procedure cartacee, con conseguenti aggravio di tempi e costi. La pandemia di COVID-19 ha causato un rallentamento delle operazioni relative ai visti Schengen, dovuto alla difficoltà di ricevere i richiedenti nelle sedi consolari, e questo ha indotto gli Stati membri a chiedere alla Commissione di accelerare i lavori di digitalizzazione delle procedure. Così, lo scorso 27 aprile la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento tesa a rendere la procedura di rilascio del visto Schengen completamente digitalizzata entro il 2025, con la sostituzione del visto adesivo e la possibilità di presentare la domanda online attraverso una piattaforma europea: si v. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i Regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009 e (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, i Regolamenti (CE) n. 1683/95, (CE) n. 333/2002, (CE) n. 693/2003 e (CE) n. 694/2003 del Consiglio e la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, per quanto riguarda la digitalizzazione della procedura di visto, COM(2022) 658 final.

il rilascio di informazioni, nonché, appunto, la raccolta e la successiva trasmissione delle domande ai Consolati, i quali mantengono in ogni caso la competenza esclusiva per l'esame delle domande e per le decisioni sul merito³¹. Il costante incremento delle richieste di visto per l'area Schengen, insieme ai rigidi vincoli di bilancio, ha portato gli Stati membri a ricorrere sempre più spesso a tale meccanismo di cooperazione, tanto che, ad oggi, circa il 90% delle domande di visto per soggiorni di breve durata sono presentate tramite fornitori esterni³².

Indipendentemente dal luogo in cui è introdotta, la domanda deve essere redatta per iscritto su apposito modulo standard³³, sottoscritto dallo straniero e corredato dai propri identificatori biometrici (una fotografia e le impronte delle dieci dita). Al modulo di domanda lo straniero deve allegare un documento di viaggio valido, su cui sia materialmente possibile apporre il visto e, ove richiesta, la documentazione giustificativa³⁴. Oltre alla documentazione indicata nel codice visti, per i visti nazionali è richiesta quella

31. Art. 43, §§ 4, 5 e 6, codice visti. Restano inoltre di esclusiva competenza del personale consolare la stampa e l'apposizione del visto adesivo nonché l'accesso al VIS. L'elenco aggiornato dei fornitori esterni convenzionati con i consolati italiani è consultabile al seguente link: <https://vistoperitalia.esteri.it/Moduli/en/Fornitori%20esterni%20convenzionati%20di%20servizi%20di%20Ovisto.pdf>. In generale, sul ricorso all'esternalizzazione dei servizi consolari, si v. G. Beaudu, *L'externalisation dans le domaine des visas Schengen*, in *Cultures & Conflits*, n. 68.2005, p. 104 ss.; M. Wesseling, J. Boniface, *New Trends in European Consular Services: Visa Policy in the EU Neighbourhood*, in *Consular Affairs and Diplomacy*, Brill, 2011, p. 115 ss.; D. Hamilton, *The transformation of consular affairs: The United States experience*, in J. Melissen, A.M. Fernández (eds.), *Consular Affairs and Diplomacy*, Vol. 7, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

32. Si tratta, infatti, di una soluzione finanziariamente attraente per gli Stati membri, che trasferiscono sui fornitori esterni il costo di quei compiti di natura amministrativa non inerenti al processo decisionale sui visti, consentendo ai Consolati di trattare un maggior numero di domande a parità di budget e di organico. Peraltro, il reg. 2019/1155 ha incentivato il ricorso a questo meccanismo di cooperazione, avendo soppresso il previgente obbligo per gli Stati di avvalersene solo in presenza di particolari circostanze o motivi attinenti alla situazione locale e di mantenere la possibilità per i richiedenti di presentare la richiesta direttamente presso il Consolato (art. 1, §§ 13, lett. d) e 28, reg. 2019/1155/UE che sostituiscono, rispettivamente, gli artt. 17, § 5, e 28, codice visti). Quanto ai richiedenti, sebbene l'incremento di strutture deputate alla raccolta delle domande di visto possa talora risultare vantaggioso, nondimeno la partecipazione di un fornitore esterno alla procedura ha posto nella pratica alcune criticità. Si consideri, ad esempio, che nel 2019 la società VFS Global, leader mondiale nei servizi consolari e principale fornitore esterno degli Stati Schengen, è finita sotto i riflettori per le numerose denunce di clienti che hanno visto rifiutata la propria domanda a causa dei ritardi e degli errori amministrativi commessi dalla società nel disbrigo delle pratiche. VFS Global è stata inoltre accusata di pratiche commerciali scorrette, con molti richiedenti che hanno dichiarato di esser stati indotti a credere che la loro domanda non sarebbe stata elaborata fino a quando non fossero stati acquistati costosi servizi *premium*. Si v. M. Bulman, M. Gibbs, *How Home Office makes millions a week from outsourcing visas to Dubai-based firm accused of exploitation*, in *The Independent*, 17 August 2019; Id., *Missed flights, 'aggressive' sales and long delays: The reality of Britain's expensive visa extras*, in *The Independent*, 18 August 2019.

33. Per il visto uniforme Schengen, il modulo armonizzato è contenuto nell'All. I, codice visti. Quanto invece al visto nazionale, il modulo è consultabile al seguente link: <https://vistoperitalia.esteri.it/Moduli/it/Formulario%20Visto%20Nazionale.pdf>.

34. Artt. 14 e 15 del codice visti. Un elenco non esaustivo di documenti giustificativi che il Consolato può domandare al richiedente per verificare che soddisfi le condizioni d'ingresso è contenuto nell'Allegato II.

documentazione aggiuntiva ritenuta utile per la dimostrazione dei requisiti per la concessione del visto³⁵.

Stabilita la competenza a trattare la domanda e valutata la ricevibilità, l'autorità consolare verifica che il richiedente soddisfi le condizioni d'ingresso di cui agli artt. 6 del codice frontiere Schengen e 4 del t.u., ovvero: *a)* il possesso del passaporto o di altro documento di viaggio valido; *b)* il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel Paese di origine o per il transito verso un Paese terzo nel quale l'ammissione è garantita³⁶; *c)* l'inesistenza di alcuna segnalazione nel Sistema d'Informazione Schengen (SIS) ai fini della non ammissione; *d)* che il richiedente non sia considerato una minaccia per l'ordine, la sicurezza o la salute pubblica, o per le relazioni internazionali di uno degli Stati membri; *e)* che lo straniero non sia condannato – anche in via non definitiva – per determinati reati tassativamente individuati dal terzo comma dell'art. 4, t.u.³⁷.

Si tratta, come evidente, di un esame articolato, con valutazioni amministrative complesse, che includono tanto profili di attività vincolata quanto profili di discrezionalità amministrativa. A tal fine, il codice visti prevede la possibilità per l'autorità consolare di convocare lo straniero per un colloquio personale, ma solo «in casi giustificati»³⁸, che, secondo il Manuale per il trattamento delle domande di visto, comprende i casi in cui l'esame della domanda, sulla base delle informazioni e della documentazione disponibili, non consente di prendere una decisione definitiva circa il rilascio o meno del visto³⁹. Il diritto interno, invece, sottolinea l'importanza dell'intervista in relazione alla valutazione del

35. Si v. l'All. A del d.m. 11.05.2011, n. 850.

36. Ai sensi dell'art. 6, § 4, codice frontiere Schengen, la valutazione dei mezzi di sussistenza si effettua in funzione della durata e dello scopo del soggiorno e con riferimento ai prezzi medi vigenti nello e negli Stati membri interessati di vitto e alloggio in sistemazione economica, moltiplicati per il numero di giorni del soggiorno. Gli importi di riferimento e le prove dei mezzi di sussistenza sono stabiliti da ogni Stato. A tal fine, e sulla base dei criteri indicati nel Documento programmatico per le politiche migratorie, il Ministero dell'interno ha emanato, in data 1° marzo 2000, la Direttiva sulla definizione dei mezzi di sussistenza per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato (pubblicata sulla G.U. n. 64 del 17.03.2000).

37. Si v. altresì l'art. 6-*bis* del d.p.r. n. 394/1999. In particolare, ai sensi dell'art. 4, co. 3, t.u., non è ammesso in Italia lo straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, e anche se resa a seguito di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei seguenti reati: i) tutti i reati previsti dall'art. 380 c.p.p., cioè i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; ii) i reati inerenti gli stupefacenti; iii) i reati concernenti la libertà sessuale; iv) i reati di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina; v) i reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. È invece richiesta la sentenza di condanna definitiva per impedire l'ingresso allo straniero condannato per violazione della normativa sulla tutela dei diritti d'autore e degli artt. 473 (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi) e 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi).

38. Art. 21, § 8, codice visti.

39. Decisione della Commissione C(2010) 1620 del 19.03.2010, che istituisce il manuale per il trattamento delle domande di visto e la modifica dei visti già rilasciati (Manuale per il codice dei visti I), p. 72.

rischio di immigrazione illegale e dell'intenzione del richiedente di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto⁴⁰.

La decisione è adottata con provvedimento scritto in lingua comprensibile allo straniero e motivato nel termine di 15 giorni, prorogabili fino a 60 per i visti Schengen⁴¹ e fino a 90 per i visti nazionali⁴². Contro il diniego del visto, l'interessato può sempre proporre ricorso entro 60 giorni dalla notifica del provvedimento. Sotto il profilo del giudice competente, il t.u. (art. 30, co. 6) devolve espressamente all'autorità giudiziaria ordinaria i ricorsi avverso i provvedimenti in materia di diritto all'unità familiare, inclusi i visti d'ingresso, la cui cognizione spetta ora alla sezione specializzata del Tribunale ordinario⁴³, che decide secondo il rito sommario di cognizione di cui all'art. 20, d.lgs. 1.09.2011, n. 150. L'attribuzione al giudice ordinario delle controversie citate viene comunemente giustificata dalla indiscussa natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, alla quale corrisponderebbe l'assenza di discrezionalità amministrativa e la qualificazione del relativo provvedimento come atto dovuto⁴⁴. Quando invece il diniego del visto non intercetta l'interesse alla tutela dei legami familiari, nel silenzio della legge la giurisprudenza ha devoluto la competenza al giudice amministrativo – segnatamente al Tar Lazio con sede in Roma, trattandosi di provvedimenti emessi da un organo centrale dello Stato aventi efficacia su tutto il territorio nazionale⁴⁵ – per via della discrezionalità insita nella valutazione circa «l'idoneità del soggetto all'ottenimento del visto che esclude la configurabilità, analogamente a ciò che accade in tema di permesso di soggiorno, in capo allo straniero di una posizione di diritto soggettivo»⁴⁶.

4. I punti di frizione con il *due process* amministrativo nel procedimento per il rilascio del visto d'ingresso

L'applicazione del codice visti e del t.u. assicura dunque al richiedente visto un *corpus* minimo di garanzie procedurali, tra cui in particolare, come si è detto: l'obbligo per

40. Art. 4, d.m. n. 850/2011.

41. Art. 23, codice visti.

42. Art. 5, co. 8 del d.p.r. n. 394/1999.

43. Art. 3, co. 1, lett. e), del d.l. n. 13/2017.

44. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, n.2.2017, cit., p. 559, e giurisprudenza *ivi* citata. In generale, sui molteplici problemi che sussistono in tema di riparto di giurisdizione nell'ambito della tutela del migrante, si v. G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 141 ss.

45. Si v., ad es., Cons. St., sez. IV, ord. 30.05.2007, n. 2783.

46. Cass., SU, sent. 25.03.2005, n. 6426; Cass., SU, sent. 27.01.2004, n. 1417. Critica nei confronti di tale indirizzo giurisprudenziale è S. D'Antonio, *op. cit.*, p. 551, secondo la quale le decisioni sui visti si presentano talora come del tutto vincolate (ad es. nel caso di mancanza di idonea documentazione o di mezzi di sussistenza sufficienti *ex art. 4, co. 3, t.u.*).

l'amministrazione di svolgere un'attenta valutazione della situazione individuale e di effettuare, se del caso, anche un colloquio personale, il diritto del richiedente ad ottenere un provvedimento motivato e scritto in lingua a lui comprensibile, nonché il diritto di impugnare l'eventuale diniego.

I principali punti di frizione con il *due process* amministrativo riguardano tre aspetti: la portata dell'onere motivazionale nei provvedimenti di rigetto del visto (par. 4.1), la discrezionalità dell'autorità consolare nella valutazione di pericolosità del richiedente (par. 4.2.) e la giustiziabilità dei dinieghi che poggiano sull'obiezione sollevata da un altro Stato membro (par. 4.3.).

4.1. La portata dell'onere motivazionale

Il dovere di motivazione riveste un ruolo di primaria importanza nell'attività amministrativa. Oltre a realizzare la conoscibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa, la motivazione permette al giudice di controllare la legittimità della decisione e di fornire all'interessato le indicazioni sufficienti per stabilire se la stessa sia fondata o inficiata da un vizio⁴⁷. A tal fine, l'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) ha recepito l'istanza volta alla generalizzazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, a esclusione dei soli atti normativi e quelli a contenuto generale, dettando puntuali indicazioni sulla struttura e i contenuti della stessa. In primo luogo, essa deve indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche» del provvedimento; in secondo luogo, da essa devono emergere «le risultanze dell'istruttoria». Si vuole, dunque, non solo che la motivazione, come parte dell'esternazione del provvedimento, vi sia, ma anche che essa corrisponda a quanto emerso nel corso del procedimento⁴⁸. La giurisprudenza, peraltro, aveva riconosciuto tale obbligo anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990. Inoltre, con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni diviene presupposto

47. Sul carattere polifunzionale della motivazione, si rinvia al contributo di V.G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Monduzzi Editore, 2005, p. 531 ss. Si v. altresì R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 276 ss.

48. Per una disamina approfondita di questi temi si rinvia a A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo, ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, UTET, 1997, p. 683 ss.; R. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999; G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, Agg., 2001, p. 774 ss.; B.G. Mattarella, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in *Diz. Dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3748 ss.

imprescindibile per il soddisfacimento del diritto del cittadino a una buona amministrazione⁴⁹.

Nella disciplina sui visti, l'art. 4, comma 2, t.u. contiene una deroga espressa al generale obbligo di motivazione. La norma prevede infatti che il visto d'ingresso possa essere negato allo straniero per motivi di sicurezza o di ordine pubblico senza alcuna motivazione, salvo quando riguarda le domande di visto presentate per motivi di lavoro, ricongiungimento familiare, studio e cure mediche, il cui diniego deve sempre essere motivato⁵⁰.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di censurare l'illegittimità dei dinieghi immotivati nei casi in cui l'autorità consolare non abbia ragionevolmente dimostrato in giudizio la presenza di tali ragioni riconducibili ai motivi di ordine pubblico, soprattutto per quanto attiene al c.d. rischio migratorio. Secondo l'ormai consolidato orientamento del Tar Lazio, infatti, la sussistenza di ragioni attinenti all'ordine pubblico, sebbene non debba essere motivata nel provvedimento di rigetto, deve essere in ogni caso sindacata dal giudice al fine di assicurare al richiedente la pienezza della tutela giurisdizionale avverso atti potenzialmente arbitrari adottati dall'amministrazione. La deroga introdotta dall'art. 4 t.u. è dunque da intendersi non già nel senso che la predetta norma abbia legittimato l'amministrazione ad agire arbitrariamente, ma nel senso che nei casi in cui il visto può essere legittimamente negato, il diniego può non essere motivato, fermo restando il potere del giudice di indagarne la legittimità e quindi il dovere dell'autorità consolare di fornire in giudizio le motivazioni che hanno condotto all'adozione del provvedimento negativo⁵¹.

49. In generale, sul diritto a una buona amministrazione, si v. F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 49 ss.; R. Bifulco, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 284 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto a una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 819 ss.

50. La deroga, introdotta dalla legge 30.07.2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini), attirò sin da subito le critiche di parte della dottrina, poiché ritenuta potenzialmente lesiva del diritto di difesa dello straniero per il fatto di conferire all'autorità amministrativa un'assoluta discrezionalità nella concessione del visto e di svincolare così l'esercizio di tale potere dal controllo giurisdizionale che può esercitarsi sulla motivazione del provvedimento. Si v., in particolare, C. Corsi, *Le nuove disposizioni del testo unico sull'immigrazione*, in *Foro amm., C.d.S.*, n. 11.2002, p. 3047 ss.; R. Finocchi, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1.2003, p. 5 ss., secondo il quale la disposizione solleva dubbi di legittimità anche in relazione ai principi di ragionevolezza e uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., ritenendo l'Autore alquanto problematico individuare una solida ragione per distinguere gli stranieri che richiedono una determinata tipologia di visto (es. per cure mediche), per i quali permane l'obbligo di motivazione del diniego, da altri (es. richiedenti il visto per turismo), per i quali l'obbligo non sussiste. In realtà, la ragione può rinvenirsi nel «minor rilievo morale e sociale che caratterizza il visto richiesto per motivi di turismo», come peraltro affermato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa: si v., ad es., Tar Lazio, sez. I-*quater*, sent. 5.06.2007, n. 5163.

51. Cfr., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, sent. 15.03.2012, n. 2533; Id., sent. 16.05.2011, n. 4199; Id., sent. 9.03.2005, n. 1778. Di recente, Tar Lazio, sez. IV, sent. 13.05.2022, n. 6135; Tar Lazio, sez. IV, sent. 13.05.2022, n. 6123; Tar Lazio, sez. IV, sent. 25.03.2022, n. 3729.

L'orientamento è apparentemente favorevole al ricorrente, in quanto tenta di circoscrivere il rischio di arbitrio amministrativo, ma, in realtà, legittimando interventi d'integrazione postuma, finisce per compromettere la portata garantista della motivazione, costringendo l'interessato ad attivare la tutela giurisdizionale per conoscere le vere ragioni che ostano all'ottenimento del visto, con un aggravio di costi e tempo, oltre che un aumento del carico giudiziale, in spregio al principio di economicità processuale⁵².

Se dal dato normativo si passa poi all'analisi della prassi amministrativa, emerge come di frequente la motivazione offerta dall'autorità consolare si risolva in formule standardizzate, che si limitano a indicare il motivo formale del rifiuto, e dunque prive del benché minimo riferimento alla vicenda concreta⁵³.

Considerato l'enorme numero di domande che ogni giorno le autorità consolari devono trattare, l'utilizzo di moduli standard per motivare i rifiuti è comprensibile⁵⁴. Tuttavia, al

52. Il tema dell'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione è tra i più dibattuti del diritto amministrativo. La giurisprudenza tradizionale ha a lungo escluso la sanatoria *ex post* del difetto di motivazione, anche in ipotesi di attività vincolata, costituendo la motivazione del provvedimento l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, *ex art. 21-octies*, comma 2, l. n. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti (si v., *ex multis*, Cons. St., sez. II, sent. 6.05.2020, n. 2860; Cons. St., sez. V, sent. 27.01.2016, n. 279; Cons. St., sez. VI, sent. 7.08.2015, n. 3909; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, sent. 23.06.2015, n. 1504; Cons. St., sez. III, sent. 30.04.2014, n. 2247). Altre pronunce, invece, riconoscendo alla motivazione natura formale e facendosi scudo della previsione del citato art. 21-octies, hanno affermato che è ben possibile che nel corso del giudizio amministrativo instaurato per l'annullamento del provvedimento affetto da difetto di motivazione il vizio possa essere sanato (*ex pluribus*, Cons. St., sez. IV, sent. 7.07.2015, n. 3417; Cons. St., sez. IV, sent. 4.03.2014, n. 1088; Cons. St., sez. V, sent. 31.03.2012, n. 1907). Parte della giurisprudenza, poi, ammette l'integrazione postuma anche al di fuori dei casi di attività vincolata: i) tutte le volte in cui l'omissione di motivazione non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; ii) a condizione che le ragioni sottese alla decisione assunta fossero comunque emerse nel corso del procedimento (si v., da ultimo, Tar Campania, Napoli, sez. VII, sent. 11.03.2020, n. 112). Anche la giurisprudenza sovranazionale ha preso una posizione critica sul controverso istituto in esame. La Corte di giustizia ritiene infatti inammissibile qualsiasi intervento postumo sulla motivazione: è, per l'appunto, la funzione garantista propria dell'istituto che ne impedirebbe l'esternazione per la prima volta durante il giudizio. La motivazione è un vizio sostanziale e, come tale, comporta sempre l'annullabilità del provvedimento (si v., ad es., Corte giust., sent. 8.05.2013, *Eni SpA*, C-508/11; Corte giust., sent. 28.06.2005, *Dansk Rorindustri*, cause riunite C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02). In dottrina, si richiama A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, spec. p. 47 ss.; G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, II ed., p. 310 ss.; M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti a iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm.*, 2003, p. 522 ss.; B. Mattarella, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. Dir. pubbl.*, 2006, p. 3751 ss.

53. Si v. da ultimo Tar Lazio, sez. IV, sent. 13.05.2022, n. 6143; Tar Lazio, sez. IV, sent. 13.05.2022, n. 6135; Tar Lazio, sez. IV, sent. 25.03.2022, n. 3729; Tar Lazio, sez. IV, sent. 25.03.2022, n. 3487; Tar Lombardia, sez. VI, sent. 4.08.2021, n. 1885; Tar Lazio, sez. III-ter, sent. 7.08.2018, nn. 8844 e 8843.

54. Si consideri, ad esempio, che nel 2019 i Consolati degli Stati Schengen hanno ricevuto quasi 17 milioni di domande di visti di breve durata (cfr. le statistiche pubblicate dalla Commissione UE al seguente link: <https://statistics.schengenvisainfo.com/2019-schengen-visa-statistics-for-consulates/>). Di queste, circa 2,1 milioni sono state trattate dalle sedi consolari italiane, per un totale di 2.040.175 di visti rilasciati, di cui 148.400 per soggiorni di lunga durata (VN). Per i dati completi, si v. l'Annuario statistico 2020 del MAECI consultabile a questo link: https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2021/05/annuario_statistico_2020_04052021_web.pdf.

richiedente che desidera contestare la decisione dovrebbero essere fornite indicazioni più precise circa le ragioni del rifiuto piuttosto che il solo richiamo a una formula standard, altrimenti gli sarebbe impossibile valutare se la decisione si basa su motivi legittimi e su una sufficiente base fattuale. Ciò vale in particolare per quei dinieghi giustificati dalla presunta pericolosità sociale del richiedente o dalla sussistenza del rischio migratorio, in considerazione della genericità di tali motivi di rigetto e dell'ampia discrezionalità riconosciuta in questi casi all'amministrazione⁵⁵.

Sul punto, indicazioni importanti si ricavano dalla giurisprudenza europea. La pronuncia *Fahimian*⁵⁶, ad esempio, riguarda il caso di una studentessa iraniana che si era vista rifiutare dall'Ambasciata tedesca di Teheran il visto per svolgere un dottorato di ricerca in Germania per motivi di sicurezza pubblica. Adita in via pregiudiziale, la Corte ha ribadito l'ampio margine discrezionale di cui dispongono le autorità consolari nel valutare l'esistenza di una minaccia, da cui consegue un sindacato giurisdizionale limitato, per quanto attiene a tale valutazione, all'assenza di errore manifesto. Tuttavia, secondo la Corte, è importante che tale sindacato verta anche sul rispetto delle garanzie procedurali. Ciò include l'obbligo per le autorità di esaminare attentamente e imparzialmente tutti gli elementi pertinenti della vicenda in questione, nonché «l'obbligo di motivare la loro decisione in modo sufficiente per consentire al giudice nazionale di accertare la sussistenza degli elementi di fatto e di diritto da cui dipende l'esercizio del potere discrezionale»⁵⁷.

Va inoltre osservato che nel caso di visto Schengen è lo stesso modulo uniforme di diniego contenuto nel codice visti a non assicurare una puntuale esposizione dei motivi che hanno indotto l'autorità consolare a rigettare la richiesta⁵⁸. Il modulo presenta infatti una serie di caselle che riportano i motivi di diniego elencati all'art. 32 e l'autorità consolare si limita a porre una crocetta in corrispondenza del motivo contemplato nel modulo senza fornire alcuna informazione sul modo in cui lo Stato membro che rifiuta la domanda è giunto alla sua valutazione.

A tal proposito, rileva la pronuncia della Corte di giustizia resa nei casi *R.N.N.S e K.A.*⁵⁹, riguardanti un cittadino egiziano e una cittadina siriana ai quali i Paesi Bassi

55. Su questi profili, cfr. M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare*, p. 267 ss.

56. Corte giust., sent. 4.04.2017, *Fahimian c. Bundesrepublik Deutschland*, C-544/15. Per un commento alla pronuncia, si v. K. Eisele, *Public Security and Admission to the EU Foreign Students: Fahimian*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 279 ss.

57. *Fahimian*, §§ 45-46.

58. V. allegato VI del codice visti.

59. Corte giust., sent. 24.11.2020, *R.N.N.S. e K.A. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, cause riunite C-225/19 e C-226/19. Per un commento, si v. F.L. Gatta, *Politica dei visti e stato di diritto: il difficile equilibrio tra sovranità e garanzie procedurali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *European Papers*, n. 6.2021, p. 599 ss.; E. Frasca, *No objection without substantiation? The Visa applicant's right to an effective remedy in the case of consultation procedures*, in *Cahiers de l'EDEM*, December 2020; P. Dumas, *Strengthening the procedural rights of visa applicants by extending*

avevano negato il visto Schengen in virtù di una valutazione di pericolosità resa da altri Stati membri nell'ambito della procedura di consultazione preliminare di cui all'art. 22 del codice visti⁶⁰. Qui la Corte ha anzitutto collegato l'obbligo di motivazione alle garanzie derivanti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, sottolineando che affinché il controllo giurisdizionale sia effettivo, è necessario che l'interessato conosca i motivi su cui si basa la decisione adottata nei suoi confronti⁶¹.

Quanto alle modalità con cui questi motivi sono stati portati all'attenzione dei ricorrenti nel caso in esame, la Corte ha rilevato che sono stati comunicati a mezzo del modulo standard, che non include alcuna casella che indichi il tipo di minaccia rappresentata da un individuo, né tantomeno l'identità dello Stato membro che ha sollevato un'obiezione⁶². Diversamente dall'Avvocato generale⁶³, la Corte non ha ritenuto che spetti allo Stato membro che prende la decisione finale decidere se includere o meno queste informazioni nella sezione «Osservazioni» del modulo. Interpretando l'art. 32, §3 del codice alla luce dell'art. 47 della Carta, la Corte ha concluso che il diritto a un ricorso effettivo richiede che il richiedente a cui è stato negato il visto a causa di un'obiezione sollevata da uno Stato membro per uno dei motivi di cui all'art. 32, § 1, lett. a), n. vi) del codice, sia autorizzato a conoscere il motivo specifico del rifiuto alla base di tale decisione, nonché l'identità dello Stato membro che ha sollevato l'obiezione⁶⁴.

In linea generale emerge dunque chiaramente il tentativo della Corte di giustizia di rimediare alle lacune procedurali presenti nella disciplina sui visti. In un'ottica di equilibrio con l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati in materia di visti, il giudice europeo, infatti, non si accontenta di quel minimo di informazioni che il legislatore europeo ha considerato sufficiente per il rispetto dell'obbligo di motivazione di una decisione di diniego, ma pretende uno standard motivazionale più stringente a garanzia della correttezza

the integration of national administrative and judicial systems: R.N.N.S. and K.A., in *Common Market Law Review*, 58, 2021, p. 1547 ss.

60. A norma dell'art. 22 del codice visti, infatti, gli Stati membri possono chiedere di essere consultati prima della decisione su una domanda di visto presentata da cittadini di determinati Paesi terzi. Laddove ritengano che il richiedente rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza, la salute pubblica o le relazioni internazionali, gli Stati consultati potranno opporsi al rilascio del visto, che verrà così negato dallo Stato membro destinatario della domanda. Si v. *amplius* par. 3.3.

61. *R.N.N.S. e K.A.*, § 43.

62. Se il motivo del rifiuto si basa sul punto 6 del modulo standard, allora il richiedente leggerà che «la Sua presenza rappresenta, secondo uno o più Stati membri, una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica [...] o per le relazioni internazionali di uno o più Stati membri». Ciò significa che il richiedente non saprà su quale di questi quattro motivi, sostanzialmente molto diversi fra loro, poggia il rifiuto, e tantomeno l'identità dello Stato che ha formulato l'obiezione.

63. Si v. le conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe, §§ 45 ss.

64. *R.N.N.S. e K.A.*, § 46. Si v. anche le recenti pronunce del Tar Lazio, sez. III-ter, sent. 10.05.2021, n. 5429 e sent. 3.12.2021, n. 12521, che accolgono i ricorsi in conformità della giurisprudenza europea in *R.N.N.S. e K.A.*

procedurale e della effettiva possibilità per il richiedente di attivare i meccanismi di ricorso⁶⁵. D'altronde, sembra andare in questa direzione anche il legislatore europeo, che con la riforma al codice visti del 2019 ha modificato, da un lato, il modulo uniforme, separando in tre caselle distinte i motivi di rifiuto di cui all'art. 32, § 1, lett. a), n. vi) del codice, e, dall'altro, il considerando 15 del codice, da cui risulta che «la notifica del ricorso dovrebbe contenere *informazioni dettagliate* sui motivi di rifiuto»⁶⁶. Si constata, dunque, la volontà del legislatore di adeguare lo *status* giuridico del richiedente visto al fine di meglio rispondere ai requisiti di trasparenza imposti dal diritto a un giudice.

Quanto alla giurisprudenza domestica, è senza dubbio significativo l'orientamento del giudice amministrativo sulla deroga all'onere motivazionale di cui all'art. 4 t.u. Obbligando l'autorità consolare a rendere la motivazione in sede di impugnazione giudiziale, viene posta un'argine alla possibilità di negare il visto in modo arbitrario. Permane, in ogni caso, un *vulnus* al giusto procedimento in quanto solo i richiedenti visto che hanno la possibilità economica e geografica di rivolgersi al Tar Lazio avranno la possibilità di conoscere le ragioni sottese al rigetto.

4.2. *La valutazione della pericolosità del richiedente visto*

Il secondo profilo che occorre esaminare riguarda, come anticipato, il margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali allorché adottano una decisione di rigetto del visto per ragioni connesse all'ordine pubblico e alla sicurezza degli Stati membri⁶⁷.

La c.d. clausola (o eccezione) di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, invocabile dagli Stati membri come deroga agli obblighi comunitari in favore di principi e funzioni statali fondamentali⁶⁸, rappresenta la massima espressione della sovranità che gli Stati hanno

65. Si noti, peraltro, che la pronuncia va letta anche alla luce delle modifiche apportate al modulo dal reg. 2019/1155/UE. Come sottolineato dall'Avvocato generale Pikamäe nelle sue conclusioni, tale revisione legislativa ha apportato rilevanti modifiche, in quanto il nuovo modulo separa in tre caselle distinte le tre categorie di minaccia (sicurezza interna e ordine pubblico, salute pubblica, relazioni internazionali). Si v. altresì il considerando 15 del codice visti come rinnovato dal presente regolamento, da cui risulta che la «notifica del rifiuto dovrebbe contenere informazioni dettagliate sui motivi di rifiuto e sulle procedure di ricorso».

66. Reg. 2019/1155/UE.

67. Ai sensi dell'art. 32, § 1, lett. a), n. vi) del codice visti, il visto è rifiutato quando il richiedente «sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica, quale definita all'articolo 2, paragrafo 19, del codice frontiere Schengen, o per le relazioni internazionali di uno degli Stati membri e, in particolare, sia segnalato nelle banche dati nazionali degli Stati membri ai fini della non ammissione per gli stessi motivi».

68. Sebbene nei Trattati non sia presente una definizione di *public policy* o di *public order*, all'interno del TFUE vi sono molteplici disposizioni contenente l'eccezione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza. L'art. 36 sui divieti e restrizioni all'importazione, al transito e all'esportazione, l'art. 45 sulle limitazioni alla circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione e l'art. 52 sulla libertà di stabilimento e conseguenti regimi particolari per i cittadini stranieri, affermano che tali misure possono essere giustificate, tra l'altro, da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Anche

preferito non rimettere in capo all'Unione europea⁶⁹, lasciando ad essi ampia discrezionalità in materia, sulla base di una nozione di ordine e pubblica sicurezza che varia da Stato a Stato e, oltretutto, da un'epoca all'altra⁷⁰. Detto altrimenti, ogni qual volta il Trattato fa riferimento alla clausola di ordine pubblico, è il diritto interno a riemergere e ad utilizzare in ambito sovranazionale il significato statale della nozione come eccezione al caratteristico regime comunitario di libera circolazione.

Tuttavia, il timore che gli Stati potessero avvalersi della clausola in maniera arbitraria, ha spinto la Corte di giustizia ad interpretarla in maniera restrittiva, procedendo a una disamina dettagliata delle ipotesi in cui la stessa potesse essere applicata dai singoli Stati membri⁷¹. In particolare, in merito alla possibilità di invocare ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza in relazione alla libera circolazione dei cittadini dell'UE e dei loro familiari cittadini di Paesi terzi, la Corte, sin dalla nota pronuncia *Bouchereau*⁷², ha inteso inquadrare rigorosamente il potere attribuito alle autorità nazionali, introducendo precise garanzie sostanziali e procedurali per il soggetto destinatario della misura⁷³.

L'impianto garantista delineato dalla Corte ha poi trovato espressa codificazione nella direttiva 2004/38/CE, il cui art. 27 sancisce che ogni restrizione alla fondamentale libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico e sicurezza non può essere disposta sulla base di ragioni di prevenzione generale, né prevedendo come sola giustificazione una precedente condanna penale, ma, al contrario, deve essere adottata esclusivamente in ragione del

l'art. 65 sulla libera circolazione di capitali tra Stati membri prevede la possibilità che le stesse misure possano essere giustificate dallo stesso ordine di motivi qualora sia necessario a impedire violazioni della legislazione nazionale. Con specifico riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'art. 72 consente l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

69. Art. 4, § 2, TUE, ai sensi del quale «L'Unione [...] rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

70. Così Corte giust., sent. 4.12.1974, *Van Duyn*, causa 41/74, p.to 18. Sulla problematica autonomia della nozione di ordine pubblico comunitario, si v., ampiamente, F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam, 2007 e C. Kessedjian, *Public order in European law*, in *Erasmus Law Review*, n. 1.2007, p. 26 ss.

71. Corte giust., sent. 28.10.1975, *Rutili*, 36/75, p.to 27; sent. 19.01.1999, *Calfa*, causa C-348/96, p.to 23.

72. Corte giust., sent. 27.10.1977, *Bouchereau*, causa 30/77, ove la Corte ha dichiarato per la prima volta che l'esistenza di una condanna penale poteva essere presa in considerazione, ai fini dell'attuazione di una limitazione alla libera circolazione dei cittadini degli Stati membri per motivi di ordine pubblico, solo in quanto le circostanze che avevano portato a tale condanna provassero «un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico» (p.to 28).

73. Si v., *ex multis*, Corte giust., sent. 26.02.1975, *Bonsignore*, C-67/74; sent. 18.05.1982, *Adoui e Cornuaille*, C-115/81, p.ti 6 ss.; sent. 10.02.2000, *Nazli*, causa C-340/97, p.to 59; sent. 31.01.2006, *Commissione c. Spagna*, C-503/03, p.ti 45 ss.; sent. 29.04.2004, *Orfanopoulos e Olivieri*, cause riunite C-482/01 e C-493/01, p.ti 66 e 67; sent. 10.07.2008, *Jipa*, C-33/07, p.ti 23 e 24. In dottrina, C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, 2017, p. 270 ss.; S. Peers, V. Moreno-Lax, M. Garlick, E. Guild (eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, vol. 3, 2015, p. 592 ss.; M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolamentazione amministrativa dei flussi migratori*, 2012, p. 140 ss.

comportamento personale dell'interessato, che deve rappresentare una *minaccia reale, attuale e sufficientemente grave* per un interesse fondamentale della società⁷⁴.

Rispetto al contesto dei visti, la giurisprudenza europea ha invece adottato un approccio diverso. Invitata nella sentenza *Fahimian* a interpretare il motivo di pubblica sicurezza nel contesto della dir. 2004/114⁷⁵, la Corte ha difatti escluso che le autorità consolari debbano accertare la sussistenza della «minaccia reale, attuale e sufficientemente grave» per rigettare una domanda di visto, essendo al contrario sufficiente che il richiedente costituisca una *minaccia anche solo potenziale* per la sicurezza pubblica⁷⁶. Viene inoltre specificato come siffatta valutazione possa essere sviluppata tenendo conto *non solo del comportamento personale* del richiedente, ma anche di altri elementi relativi, in particolare, alla sua carriera professionale⁷⁷. Richiamando il precedente *Koushkaki*⁷⁸, la Corte ha precisato infatti come l'esame della domanda di visto comporti «analisi complesse fondate, in particolare, su una valutazione della personalità di tale richiedente, sul suo inserimento nel paese in cui risiede,

74. Art. 27, §2 della dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Si segnala, inoltre, che l'art. 28 prevede standard di tutela rafforzati per i titolari di un diritto di soggiorno permanente e i cittadini che abbiano soggiornato nello Stato ospitante nei precedenti dieci anni. I primi, infatti, potranno essere allontanati solo «per gravi motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza», gli altri, invece, solo «per motivi *imperativi* di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro». Tuttavia, la definizione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» offerta dalla Corte di giustizia in alcune più o meno recenti decisioni è stata criticata per la sua ampia portata ed è stata ritenuta tale da compromettere la protezione rafforzata che l'art. 28, § 3 della dir. 2004/38 intende conferire ai residenti di lungo periodo. Si v., in particolare, Corte giust., sent. 23.11.2010, *Tsakouridis*, causa C-145/09, e, soprattutto, sent. 22.05.2012, *P.I.*, causa C-348/09, ove la Corte riconosce agli Stati membri ampio margine per includere nell'eccezione anche reati il cui effetto sulla sicurezza dell'intera popolazione, o almeno di una parte di essa, è incerto. Per un commento a tali pronunce, cfr. P. Koutrakos, *Public Security Exceptions and EU Free Movement Law*, in P. Koutrakos, N. Nic Shuibhne, P. Syrpis (eds), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Bloomsbury, 2019, p. 190 ss.; V. Stehlík, *Metamorphosis of Public Security Exception in the EU Internal Market and EU Citizens' Rights*, in A. Bien-Kacata, L. Csink, T. Milej, M. Serowanec (ed.), *Liberal constitutionalism – between individual and collective interests*, Torun, 2017, p. 201 ss.; D. Kostakopoulou-Dochery, N. Ferreira, *Testing Liberal norms: the Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship*, in *Columbia Journal of European Law*, 167, 2014, p. 20 ss.; D. Kochenov, B. Pirker, *Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-347/09, P.I.*, in *Columbia Journal of European Law*, 19, 2013, p. 369 ss.

75. Si rammenta, infatti, che il caso *Fahimian* verteva sull'interpretazione dell'art. 6, § 1, della dir. 2004/114/CE – relativa alle condizioni d'ingresso di cittadini di Paesi terzi per motivi di studio – ai sensi del quale «Il cittadino di un Paese terzo che chiedi di essere ammesso per i motivi specificati agli articoli da 7 a 11 deve rispondere ai seguenti requisiti: [...] d) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica».

76. Corte giust., sent. 4.04.2017, *Fahimian*, causa C-544/15, p.to 40.

77. La domanda di visto presentata dalla signora *Fahimian* era stata difatti respinta non sulla base della sua effettiva condotta, bensì per il timore che le conoscenze eventualmente maturate nel corso dei suoi studi in Germania potessero poi essere impiegate impropriamente dal proprio Paese di origine. Secondo le informazioni in possesso delle autorità tedesche, infatti, il governo iraniano lavorava da tempo a un progetto informatico di ampia portata, finalizzato ad ottenere l'accesso a informazioni riservate nell'ambito aeronautico e aerospaziale nonché in quello proprio dell'industria bellica. Centrale nell'ambito della vicenda risultava poi la posizione dell'iraniana Sharif University of Technology, presso la quale la signora *Fahimian* aveva conseguito il diploma di *Master of Science*, ritenuta soggetto attivo nell'ambito dei programmi di ricerca militare dell'Iran e nei confronti della quale vigono misure restrittive a livello europeo.

78. Corte giust., sent. 19.12.2013, *Koushkaki*, causa C-84/12, p.ti 56-57.

sulla situazione politica, sociale ed economica di quest'ultimo, nonché sull'*eventuale minaccia* che rappresenterebbe, per la sicurezza pubblica, l'ammissione di tale richiedente [...] nel territorio dello Stato membro interessato [...]»⁷⁹.

Sembrerebbe dunque delinearci un diverso standard di tutela a seconda che rilevi il contesto della libera circolazione o quello dell'immigrazione, ovvero se il destinatario della misura sia o meno cittadino dell'Unione. Nel primo caso, prevale una interpretazione restrittiva della clausola di pubblica sicurezza, e dunque una minore intensità dell'ingerenza delle autorità. Nell'altro, invece, viene imposto alle autorità competenti il rispetto di standard sostanziali e procedurali nettamente meno rigorosi in considerazione dello *status* giuridico «debole» del cittadino di Paese terzo rispetto allo Stato e ai suoi interessi fondamentali⁸⁰.

Il criterio della cittadinanza non pare tuttavia dirimente ai fini dell'applicazione degli standard dell'art. 27 della dir. 2004/38/CE. Nella sua giurisprudenza, la Corte ha infatti più volte riprodotto l'approccio garantista in materia di asilo. È il caso, ad esempio, della sentenza *T.*, in cui la Corte ha escluso che uno Stato possa fondarsi, al fine di privare un rifugiato del suo permesso di soggiorno per motivi di ordine pubblico, sulla mera circostanza del sostegno di costui a un'organizzazione terroristica, poiché, in un caso del genere, non sarebbe garantita una valutazione individuale di fatti specifici⁸¹. Successivamente, nella sentenza *N.*, ha imposto il raggiungimento della soglia della «minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della società» in relazione al

79. *Fahimian*, p.to 41.

80. L'Avvocato generale Szpunar ha sviluppato tale argomento nelle sue conclusioni nella causa *Fahimian*, chiarendo che «il contesto specifico del diritto dell'immigrazione dell'Unione comporta che un cittadino di un Paese terzo non gode degli stessi diritti di un cittadino di uno Stato membro, ossia di un cittadino dell'Unione» (p.to 59). Inoltre, l'AG ha sottolineato – dopo aver affermato che la direttiva 2004/114/CE ha come fondamento giuridico l'art. 79 TFUE, che è contenuto nel Titolo V, parte 3, del TFUE – che la concezione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza nella normativa sulla libera circolazione differisce rispetto a quella sull'immigrazione. In tale contesto, egli ha fatto riferimento all'art. 72 TFUE, che fa salva la responsabilità incumbente agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (p.to 61). Questa tesi è sostenuta anche da K. Hailbronner, S. Gies, *Council Directive 2004/114/EC of 13 December 2004 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service*, in K. Hailbronner, D. Thym (eds.), *EU Immigration and Asylum Law – A Commentary*, 2nd ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, Art. 6, point 7, pp. 592-593. *Contra*, S. Peers, *Chapter 7*, in S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcarazo, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, (eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2nd (rev.) ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 202, il quale ritiene che non vi sia un riferimento nel testo o nel preambolo della dir. 2004/114/CE all'articolo 72 TFUE, il che implica, secondo questa tesi, che un'interpretazione restrittiva dell'eccezione di ordine pubblico sosterebbe la finalità della legislazione di attrarre studenti nell'Unione europea.

81. Corte giust., sent. 24.06.2015, *T.*, C-373/13, spec. p.to 77, ove la Corte è stata invitata ad interpretare il motivo di ordine pubblico nel contesto della dir. 2004/83/CE. In tal senso, si v. anche Corte giust., sent. 11.06.2015, *Zh. e O.*, C-554/13.

trattenimento, per ragioni di ordine pubblico, del richiedente protezione internazionale⁸². Interessante anche la più recente sentenza *G.S. e V.G.*, in cui la Corte, pur non venendo in rilievo il diritto d'asilo, ha sì rifiutato l'automatica trasposizione della soluzione *Bouchereau* nel contesto del procedimento di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno, ma, al tempo stesso ha puntualizzato che la mera constatazione di una qualsiasi condanna penale non è sufficiente per respingere automaticamente la domanda di ingresso di un cittadino di Paese terzo per ricongiungimento familiare⁸³. Al contrario, in tale contesto le decisioni di cui trattasi devono rispettare il giusto equilibrio tra i diversi interessi presenti, ossia, da un lato, il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita familiare e, dall'altro, la tutela dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati. A tal fine, la Corte ha definito una serie di criteri guida che le autorità nazionali devono prendere in considerazione nell'esame della domanda (in particolare, la gravità o il tipo di reato, la necessità di una minuziosa valutazione individualizzata della situazione della persona interessata, nonché una rigorosa interpretazione del principio di proporzionalità) e che possono influenzare in maniera sostanziale la discrezionalità degli Stati membri e gli esiti dei procedimenti⁸⁴.

La Corte, dunque, non traccia una distinzione categorica tra il contesto della libera circolazione e quello dell'immigrazione. Si nota, piuttosto, che il rigore dei criteri imposti alla discrezionalità amministrativa nazionale nel determinare le minacce alla pubblica sicurezza è proporzionale alla gravità con cui una decisione negativa può colpire il cittadino extracomunitario⁸⁵: più la situazione giuridica dell'interessato risulta consolidata (integrazione nello Stato ospitante, sviluppo della vita familiare, ecc.), più assume importanza la protezione contro misure statali coercitive e più saranno elevati gli standard procedurali e sostanziali a limitazione del margine di discrezionalità degli Stati membri.

In quest'ottica, si comprende come il sistema dei visti non possa giustificare l'applicazione della soluzione risultante dalla sentenza *Bouchereau*. Il primo ingresso di cittadini di Paesi terzi finalizzato alla migrazione legale è un ambito in cui gli Stati nazionali godono di un'ampia discrezionalità. Perciò, oltre a non intrattenere nessun legame con il territorio dell'Unione, il richiedente visto non vanta alcun diritto di entrare o risiedere nel

82. Corte giust., sent. 15.02.2016, *N.*, C-601/15.

83. Corte giust., sent. 12.12.2019, *G.S. e V.G.*, cause riunite C-381/18 e C-382/18, p.ti 62 ss.

84. Si v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, spec. p.to 55, il quale richiama la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU, in particolare Corte EDU, sent. 2.08.2001. *Boultif c. Svizzera*, ric. n. 54273/00, §48; sent. 18.10.2006. *Üner c. Paesi Bassi*, ric. n. 46410/99, §57; sent. 9.04.2019, *I.M. c. Svizzera*, ric. n. 23887/16, §§ 69 e 70.

85. Deve allora ritenersi condivisibile quella dottrina secondo cui il criterio di applicazione delle garanzie condensate nell'art. 27 della dir. 2004/38/CE dipenderebbe non tanto dalla cittadinanza (europea o non europea) del destinatario della misura, quanto piuttosto dalla natura (fondamentale o meno) del diritto in gioco: cfr. M. Savino, *Aspiranti Leviatani e diritto dell'Unione: la ricollocazione dei richiedenti asilo come minaccia alla sicurezza?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5.2020, p. 642 ss.

territorio di un Paese determinato. Inoltre, allorché le autorità controllano il rispetto delle condizioni di ingresso in occasione del rilascio del visto, le informazioni a loro disposizione concernenti l'individuo sono limitate. Esigere da tali autorità che esse fondino la propria decisione su una valutazione sistematica e precisa del comportamento personale dell'interessato e imponere loro di dimostrare l'esistenza della minaccia reale, attuale e sufficientemente grave rischierebbe di porle dinanzi a una sfida impossibile da sostenere, non consentendo più alle medesime di adottare decisioni negative e compromettendo la sicurezza dello spazio di libera circolazione⁸⁶. Basti pensare, ad esempio, che nel caso *Fahimian*, ai fini dell'accertamento dei rischi relativi alla pubblica sicurezza tedesca, la Corte ha ritenuto necessarie valutazioni e indagini relative alla «situazione politica, sociale ed economica del paese di origine»⁸⁷, che implicano l'utilizzo delle strutture di intelligence interna ed esterna per valutare la capacità di penetrazione e di influenza dello Stato terzo, i piani di sviluppo militare dello Stato di provenienza del richiedente, nonché lo stato dei rapporti internazionali.

In materia di visti viene dunque riconosciuto alle autorità nazionali un potere discrezionale più ampio rispetto agli altri settori dell'immigrazione per valutare l'esistenza di una minaccia. Restano comunque garanzie procedurali minime a delimitare il loro terreno, tra le quali l'obbligo in capo a tali autorità di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi, nonché l'obbligo di motivare la loro decisione in modo da consentire al giudice nazionale di accertare in sede di ricorso se esistano tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale⁸⁸.

4.3 *La giustiziabilità del diniego che poggia sull'obiezione sollevata da un altro Stato membro*

La valutazione di pericolosità del richiedente visto può essere resa da un altro Stato membro nell'ambito della procedura di consultazione preliminare prevista dall'art. 22 del codice visti. Al fine di verificare la condizione d'ingresso di cui all'art. 32, § 1, lett. a), n. vi), il Legislatore europeo ha infatti previsto che gli Stati membri possano chiedere alle autorità consolari competenti alla trattazione di essere consultati prima della decisione su una domanda di visto presentata da cittadini di determinati Paesi terzi⁸⁹. Laddove ritengano che il richiedente rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza, la salute

86. Cfr. le Conclusioni dell'AG Pitruzzella dell'11 luglio 2019 presentate nella causa *E.P.*, C-380/18, p.to 28.

87. *Fahimian*, § 41.

88. *Fahimian*, p.to 50.

89. Ai sensi dell'art. 53 del codice visti, gli Stati membri devono informare la Commissione europea circa i Paesi terzi per i quali richiedono una consultazione preliminare nel contesto di una domanda di visto. La Commissione è poi tenuta a pubblicare l'elenco contenente questi Paesi d'origine. Nella versione attuale, i richiedenti soggetti a consultazione preliminare sono per lo più cittadini di Stati africani, asiatici e di lingua araba. Anche gli apolidi e i rifugiati, indipendentemente dalla loro nazionalità, sono inclusi nella lista.

pubblica o le relazioni internazionali, gli Stati consultati possono opporsi al rilascio del visto, su questa base negato dallo Stato membro destinatario della domanda.

Si tratta di una forma di cooperazione frequentemente utilizzata dagli Stati per un gran numero di domande di visto. Benché non si disponga di statistiche complete su scala europea a causa della riservatezza mantenuta dagli Stati membri, sappiamo, ad esempio, che le sole autorità consolari tedesche tra il 2011 e il 2012 hanno dovuto consultare altri Stati membri circa 1.400.000 volte, portando al rifiuto di quasi 2.300 domande di visto Schengen. Nello stesso periodo, le stesse sono state consultate oltre 1.500.000 volte da altri Stati, che si sono opposti al rilascio del visto in circa 3.000 casi⁹⁰.

In relazione a tale contesto, è sorta nella prassi la questione dell'effettività della tutela giurisdizionale, sotto il profilo del giudice competente a conoscere del ricorso⁹¹.

In assenza di puntuali indicazioni ricavabili dal codice, è toccato alla Corte di giustizia chiarire tale aspetto. Nella pronuncia resa nel caso *R.N.N.S. e K.A.*⁹², il giudice europeo ha riconosciuto anzitutto che il diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE impone che al ricorrente sia garantita la possibilità di contestare l'obiezione al rilascio del visto sollevata da un altro Stato membro. A suo avviso, tuttavia, occorre distinguere tra, da un lato, il controllo sulla legittimità della decisione finale di rifiuto e, dall'altro, il controllo circa la fondatezza dell'obiezione al rilascio per motivi di pubblica sicurezza. Il primo, infatti, deve essere esercitato dai giudici dello Stato che ha adottato la decisione finale e si limita a verificare la corretta attuazione della procedura di consultazione e, in particolare, che il richiedente sia stato correttamente identificato come destinatario dell'opposizione in questione e che le garanzie procedurali siano state rispettate. Al contrario, tali giudici non possono controllare la legalità sostanziale dell'opposizione dell'altro Stato membro, che spetta, invece, alle autorità nazionali di tale altro Stato membro⁹³. Ciò implica che i richiedenti dovranno prima contestare la fondatezza dell'obiezione dinanzi al Tribunale dello Stato oppositore, per poi rivolgersi al Tribunale dello Stato che ha adottato il diniego per ottenerne l'annullamento.

90. Cfr., per questi dati, Drucksache 17/11016, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 17. Oktober 2012, p. 9, richiamato da Migration Law Clinic, *Access to Legal Remedies Against a Visa Refusal Based on an Objection of Another Member State*, University of Amsterdam, 2019, pp. 12-13.

91. L'art. 32, §3 del codice visti prevede infatti che «i ricorsi sono proposti nei confronti dello Stato membro che ha adottato la decisione definitiva in merito alla domanda». Chiaramente, il codice concede un diritto di ricorso solo contro la decisione finale dello Stato membro che rifiuta il visto, senza nulla disporre con riguardo ai rimedi giuridici contro l'obiezione sollevata nel corso della procedura di consultazione preliminare.

92. Corte giust., sent. 24.11.2020, *R.N.N.S. e K.A.*, cause riunite C-225/19 e C-226/19.

93. *R.N.N.S. e K.A.*, p.ti 50-52.

La soluzione della Corte, diametralmente opposta a quella suggerita dall'Avvocato generale Pikamäe nelle sue conclusioni⁹⁴, appare, per certi versi, comprensibile. Come sottolineato nel precedente paragrafo, il motivo di rifiuto invocato, cioè la minaccia per la pubblica sicurezza, è molto difficile da valutare se non si dispone di tutte le informazioni rilevanti. Non è quindi irragionevole, in questo contesto, limitare la portata del sindacato giurisdizionale del giudice dello Stato che ha adottato la decisione finale, il quale, difficilmente potrebbe pronunciarsi sulla legittimità di una valutazione di pubblica sicurezza di uno Stato vicino⁹⁵.

Nondimeno, nella sua dimensione pratico-applicativa tale approccio determina un *vulnus* alla concreta praticabilità del ricorso da parte del richiedente visto denegato. Costui, infatti, è costretto a contestare l'opposizione in uno Stato membro estraneo al rapporto amministrativo instaurato con la domanda e che non costituisce la destinazione del viaggio, di cui probabilmente non conosce la lingua, il sistema giuridico e le procedure, senza il supporto dei familiari o dell'avvocato che lo ha precedentemente assistito a causa della distanza geografica, e sostenendo spese procedurali aggiuntive.

Si consideri, poi, che in alcuni casi l'*iter* per il ricorso è persino più complesso. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui, nel corso della procedura di consultazione, l'obiezione venga sollevata da più di uno Stato membro: in questo caso il richiedente dovrà rivolgersi incidentalmente a più Tribunali di diversi Stati membri. Il problema si riproduce poi negli stessi termini, ma con esiti paradossali, anche quando la richiesta di consultazione è rivolta a uno Stato membro che agisce in virtù di un accordo di rappresentanza bilaterale concluso ai sensi dell'art. 8 del codice visti⁹⁶. Così, il destinatario della decisione negativa si troverà

94. Conclusioni dell'Avvocato generale P. Pikamäe del 9 settembre 2020, *R.N.N.S. e K.A.*, causa C-680/17, p.to 128, secondo cui la formulazione dell'art. 32, § 3, del codice visti deve essere interpretata alla luce principio dell'*una tantum* sancito dal considerando 7 del codice, che permetterebbe al richiedente di espletare un unico ricorso dinanzi al giudice dello Stato che ha adottato la decisione finale. A suo parere, infatti, questa soluzione riflette al meglio il principio della tutela giurisdizionale effettiva, in quanto evita al richiedente di dover adire le autorità giudiziarie di uno Stato membro con il quale probabilmente non ha alcun legame e che non corrisponde alla destinazione unica o principale di viaggio.

95. Invero, non sono mancati casi in cui la Corte di giustizia ha aperto al giudice territorialmente competente la possibilità di sindacare nel merito l'atto presupposto emesso da un'autorità amministrativa straniera. *Leading case* in materia è rappresentato dalla nota sentenza del 16.05.2017, *Berlioz*, causa C-682/15, relativa al settore della cooperazione amministrativo-tributaria tra Stati membri (si v. anche la più recente Corte giust., sent. 6.10.2020, *État luxembourgeois c. B.*, causa C-245/19). In questi casi, tuttavia, l'approccio della Corte si spiega proprio in ragione dell'esistenza di norme comuni, segnatamente di origine europea, che possono essere utilizzate come punto di riferimento per controllare la legittimità di decisioni transnazionali. Su questi profili, v. E. Chevalier, O. Dubos, *The Notion of "Transnationality" in Administrative Law: Taxonomy and Judicial Review*, in *German Law Journal*, n. 22.2021, p. 325 ss.

96. La *ratio* di tali accordi è quella di facilitare l'accesso dei richiedenti visto ai Consolati competenti. Non sempre, infatti, nei Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto ogni Stato membro dispone di proprie amministrazioni consolari. Per non costringere il richiedente a recarsi in un altro Paese per la presentazione della domanda, il legislatore europeo ha previsto che «uno Stato membro può accettare di rappresentare un altro Stato membro che sia competente [...] ai fini dell'esame delle domande e del rilascio dei visti per conto di tale Stato». In tal modo, il richiedente

a dover contestare la fondatezza dell'obiezione nello Stato che l'ha sollevata, e la legittimità della decisione finale davanti ai giudici dello Stato che agisce in rappresentanza, anche se la destinazione del viaggio è lo Stato rappresentato⁹⁷.

È naturale allora che, di fronte a simili ostacoli, il richiedente potrebbe rinunciare a impugnare un siffatto diniego.

Per questi motivi, la Corte, nel tentativo di colmare il *deficit* di tutela nei confronti del richiedente, ha invitato gli Stati membri a introdurre meccanismi di cooperazione amministrativa – *e.g.* la richiesta di informazioni alle autorità degli Stati membri oppositori o l'intervento di questi ultimi nell'ambito del procedimento giurisdizionale – che garantiscano che un'impugnazione contro una decisione di rifiuto del visto emanata a seguito di un'obiezione non possa essere definitivamente respinta senza aver dato al destinatario di tale decisione la «possibilità concreta di esercitare i propri diritti»⁹⁸. I vantaggi per la tutela del richiedente sono evidenti, tanto più che ciò gli risparmierebbe lo sforzo di dover intraprendere azioni presso varie amministrazioni nazionali, ciascuna operante secondo norme diverse, consentendogli di avere un unico interlocutore e di espletare tutte le formalità in un solo luogo.

Si tratta di un passaggio molto significativo. Nell'ambito dello spazio Schengen, il rafforzamento in chiave garantista della cooperazione amministrativa è emerso sin dalla nota sentenza *Commissione c. Spagna*.⁹⁹, con riguardo, tuttavia, ai soli cittadini extracomunitari familiari di cittadini europei. Il caso *R.N.N.S. e K.A.* sembra invece estendere detto approccio allo straniero *tout court*, indipendentemente dai suoi possibili legami con beneficiari del diritto dell'Unione. Per di più, i meccanismi suggeriti dalla Corte non si limitano alla semplice cooperazione tra autorità amministrative nazionali, ma si spingono fino a includere forme di cooperazione tra un'autorità amministrativa di uno Stato membro e un'autorità giudiziaria di un altro, o tra le magistrature di diversi Stati membri. Interessante, peraltro, il riferimento alla possibilità di un intervento dello Stato obiettore

può presentare la richiesta di visto *in loco*, anziché percorrere lunghe distanze per raggiungere il Consolato più vicino dello Stato membro competente.

97. Anche in relazione ai provvedimenti di diniego emessi da uno Stato membro che agisce in virtù di un accordo di rappresentanza erano difatti sorte questioni analoghe a quelle sollevate nel caso *R.N.N.S. e K.A.* Nella sentenza del 29.07.2019, *Vethanayagam*, causa C-680/17, la Corte ha stabilito che la responsabilità della decisione finale sulla domanda di visto, e quindi anche della trattazione dell'eventuale ricorso, spetta allo Stato rappresentante quando l'accordo bilaterale conferisce tale potere decisorio.

98. Cfr. *R.N.N.S. e K.A.*, cit., p.to 54. Si v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale, spec. p.to 130.

99. Corte giust., sent. 31.01.2006, *Commissione c. Spagna*, causa C-503/03, p.ti 55 ss., in cui la Corte ha ritenuto che la segnalazione di una persona nel sistema SIS non è di per sé idonea a giustificare un diniego automatico di ingresso. A suo avviso, infatti, in queste situazioni, le autorità nazionali dovrebbero avvalersi della rete SIRENE per consultare lo Stato di emissione della segnalazione e ottenere «le informazioni complementari che gli consentano di valutare concretamente l'importanza della minaccia che la persona segnalata può rappresentare».

nel procedimento giurisdizionale, in ordine al quale, invece, diversi Stati membri, nella loro risposta ai quesiti della Corte, avevano espresso riserve alla luce del principio di uguaglianza sovrana degli Stati. C'era quindi da aspettarsi che la Corte non ne richiedesse l'attuazione, ma che lasciasse invece agli Stati membri la scelta del meccanismo che ritenevano più appropriato.

Analoga soluzione potrebbe allora prospettarsi anche per le ipotesi di diniego del visto fondato sull'esistenza di una segnalazione nel SIS¹⁰⁰. È vero, infatti, che il regolamento SIS II consente agli interessati di ricorrere avverso una segnalazione dinanzi ai giudici di qualsiasi Stato membro, indipendentemente dal fatto che tale Stato abbia inserito la segnalazione¹⁰¹. Tuttavia, considerato l'ampio margine di discrezionalità degli Stati membri nel segnalare cittadini di Paesi terzi, soprattutto quando rilevano motivi di ordine pubblico e sicurezza¹⁰², i giudici nazionali potrebbero essere riluttanti o praticamente impossibilitati, in assenza di adeguate informazioni, nel valutare la legittimità delle valutazioni formulate dalle autorità di altri Stati.

5. Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione ETIAS

Come si è già avuto modo di accennare, il 9 ottobre 2018 è entrato in vigore il regolamento (UE) 2018/1240 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS)¹⁰³. Una volta operativo, per i cittadini di Paesi terzi esenti dall'obbligo di visto non sarà più sufficiente il solo documento di viaggio per accedere in area Schengen, ma dovranno munirsi di un'autorizzazione prima del loro arrivo alle frontiere esterne¹⁰⁴.

L'idea di introdurre a livello europeo un sistema in grado di identificare anticipatamente i rischi legati alla sicurezza e alla migrazione irregolare anche per questa categoria di

100. Art. 32, § 1, lett. a), n. v) del codice visti.

101. Art. 43, reg. 1987/2006/CE.

102. Conformemente all'art. 24, reg. 1987/2006/CE, una persona può essere segnalata come inammissibile nel SIS II, in primo luogo, se è considerata una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale (ad es., quando la persona è condannata per un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno). In secondo luogo, una segnalazione SIS può essere basata sul fatto che la persona è oggetto di una misura restrittiva volta a impedire l'ingresso o il transito nel territorio degli Stati membri.

103. Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226.

104. Circa l'ambito soggettivo di applicazione, si v. l'art. 2. Sono infatti esenti dall'obbligo di visto non solo i cittadini dei Paesi elencati nell'allegato I del reg. 539/2001/CE, ma anche le categorie di soggetti di cui all'art. 4 del medesimo regolamento e i cittadini di Paesi terzi che siano esenti dall'obbligo e che siano familiari di un cittadino UE o di un cittadino di Paese terzo che gode del diritto alla libera circolazione nei Paesi membri e che non siano titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno.

cittadini extracomunitari emerse per la prima volta nel 2008 insieme ad altre proposte che miravano alla modernizzazione della gestione delle frontiere Schengen¹⁰⁵. Nel 2011, tuttavia, il progetto veniva accantonato a causa delle perplessità sorte riguardo alla sua effettiva necessità¹⁰⁶. L'esigenza di rafforzare i controlli sui viaggiatori esenti da visto si riaffermò pochi anni più tardi, in conseguenza dell'aumento dei flussi migratori e degli attacchi terroristici di Parigi e Bruxelles, inducendo la Commissione a presentare una proposta di regolamento per la creazione di un sistema di autorizzazione al viaggio, definitivamente approvata nell'aprile del 2018.

In generale, come per i visti, la nuova soluzione riflette la tendenza verso l'esternalizzazione e la privatizzazione dei controlli alle frontiere, ma si caratterizza per un elevato grado di digitalizzazione e semplificazione della procedura di richiesta, che la avvicina maggiormente ai sistemi di autorizzazione elettronica sviluppati, ad esempio, negli Stati Uniti e in Australia¹⁰⁷.

La domanda viene compilata dal richiedente tramite apposito portale web o applicazione mobile «con sufficiente anticipo rispetto al viaggio previsto»¹⁰⁸. Nel modulo devono essere inseriti i dati anagrafici del viaggiatore e del documento di viaggio in suo possesso, nonché le informazioni relative al grado d'istruzione, all'occupazione attuale e sullo Stato dove il viaggiatore intende soggiornare. Il richiedente è inoltre tenuto a comunicare se abbia subito condanne per reati gravi o per reati connessi al terrorismo, se sia stato destinatario di un provvedimento di espulsione nei dieci anni precedenti e se, nel medesimo arco temporale, abbia soggiornato in zone di guerra¹⁰⁹. Peraltro, nella proposta originale della Commissione,

105. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 13 February 2008, *Preparing the next steps in border management in the European Union*, COM(2008) 69 final. Su questi aspetti, cfr. N. Vavoula, *European Travel Information and Authorisation System (ETIAS): A flanking measure of the EU's visa policy with far reaching privacy implications*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper 2017, no. 256, cit. p. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2928082.

106. Si v. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 25 October 2011, *Smart borders – options and the way ahead*, COM(2011) 680 final, spec. p. 7, ove si legge che alla luce dei risultati dello studio commissionato «*the Commission considers that the establishment of an ETA for visa-exempted third country nationals should be discarded at this stage as the potential contribution to enhancing the security of the Member States would neither justify the collection of personal data at such a scale nor the financial cost and the impact on international relations*».

107. Illustra questi profili M. Cesarz, *A new type of EU visa? The legal nature of a travel permit issued under the European Travel Information and Authorization System (ETIAS)*, in *Studia Prawnicze KUL*, (4), 2021, pp. 7-27.

108. Art. 15.

109. Art. 17.

al viaggiatore era richiesto altresì di indicare se fosse stato affetto da malattie con potenzialità epidemica, ma la voce è stata eliminata dalla versione finale del regolamento¹¹⁰.

Compilato il modulo ed effettuato il pagamento dei diritti richiesti, inizia la fase di valutazione della domanda per il filtraggio dei viaggiatori a rischio. La prima fase della procedura è del tutto automatizzata. Il sistema centrale ETIAS effettua un controllo incrociato delle informazioni fornite dal richiedente con:

110. Si v., in proposito, il parere negativo espresso dal Garante europeo della protezione dei dati, consultabile al seguente indirizzo: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-05-23_opinion_etias_ex_summ_en.pdf.

i) i dati già presenti in altri sistemi europei d'informazione¹¹¹, in particolare SIS¹¹², EES¹¹³, VIS¹¹⁴, Eurodac¹¹⁵, Europol¹¹⁶, e nelle banche dati Interpol SLTD e TDAWN¹¹⁷;

111. Art. 20, §2.

112. Fulcro delle misure compensative per l'abolizione dei controlli alle frontiere interne, il SIS è stato concepito nel 1987 ed è divenuto operativo nel 1995 come strumento di supporto per le autorità nazionali per preservare la sicurezza pubblica e facilitare la circolazione delle persone. Le sue funzionalità sono state nel tempo potenziate, tanto da arrivare all'istituzione di un Sistema d'Informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), entrato in vigore nel 2013. Di recente, poi, le funzionalità, nonché l'ambito di applicazione del sistema sono stati ulteriormente ampliati, segnatamente sotto il profilo delle categorie di dati conservabili e delle possibilità di accesso alle segnalazioni SIS a livello nazionale ed europeo. In generale, attraverso le cosiddette segnalazioni, gli Stati membri inseriscono nel SIS i dati relativi a persone ricercate per l'arresto a fini di estradizione, persone scomparse, testimoni o persone citate a comparire davanti alle autorità giudiziarie o a scontare una pena e, soprattutto, cittadini di Paesi terzi ai quali va rifiutato l'ingresso o il soggiorno nello spazio Schengen per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza o perché già oggetto di precedente espulsione, rifiuto d'ingresso o allontanamento. Per una panoramica dettagliata sul SIS, si v. E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff, 2008.

113. L'Entry/Exit System (EES) è stato istituito dal regolamento n. 2017/2226, ma la sua piena operatività è prevista per la prima metà del 2022. Esso è progettato per monitorare i movimenti di tutte le persone che entrano ed escono dall'area Schengen e per calcolare automaticamente il tempo di permanenza, estendendo il controllo biometrico di identificazione a tutti i non cittadini, anche coloro che sono esenti dall'obbligo di visto. L'obiettivo principale è quello di identificare gli *overstayers*, ma il sistema sarà utilizzato altresì per facilitare l'automazione dei controlli alle frontiere attraverso la conservazione dei dati biometrici e l'utilizzo di *e-gates* ai valichi di frontiera.

114. Il Sistema d'Informazione Visti (VIS), istituito con la decisione 2004/512/CE del Consiglio dell'8 giugno 2004, è un sistema di scambio di dati relativi ai visti di breve durata per l'ingresso in area Schengen. L'istituzione del VIS costituisce una delle iniziative principali nell'ambito delle politiche dell'Unione europea volte a creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne. Il suo funzionamento è disciplinato dal regolamento (CE) 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008. Il sistema consta di una banca centrale a livello europeo alla quale sono connesse le interfacce nazionali delle autorità degli Stati Schengen competenti per i visti. Per consentirne il funzionamento, anche gli uffici consolari e i valichi di frontiera esterni degli Stati sono collegati al VIS tramite le interfacce nazionali. Gli scopi principali del VIS sono: *i*) agevolare le procedure relative alle domande di visto; *ii*) facilitare i controlli ai valichi di frontiera esterni e all'interno dei territori nazionali; *iii*) rafforzare la sicurezza dei Paesi UE. Il VIS previene altresì il c.d. *visa shopping* ed assiste gli Stati membri nella lotta contro le frodi.

115. Introdotto con regolamento 2725/2000/CE del Consiglio dell'11.12.2000, l'European Dactyloscopie (Eurodac) è il primo database biometrico introdotto a livello europeo. Si tratta di un sistema informativo centralizzato e informatizzato di conservazione delle impronte digitali dei richiedenti asilo e dei cittadini non appartenenti allo Spazio economico europeo che agevola l'applicazione del regolamento Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro. A ogni persona di età non inferiore ai 14 anni richiedente protezione internazionale e a coloro che sono fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna, sono rilevate le impronte digitali e i relativi dati sono inseriti in Eurodac. Confrontando le impronte con i dati presenti nel sistema, gli Stati membri possono verificare se il richiedente protezione o lo straniero irregolare abbia già presentato una domanda di protezione in un altro Stato membro o se lo stesso sia entrato irregolarmente sul territorio dell'UE. Per un approfondimento, anche sugli attuali ulteriori utilizzi di Eurodac, si v. V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in questa *Rivista*, n. 2.2017, p. 1 ss.

116. Il Sistema d'Informazione Europol (EIS) è il database centrale di *intelligence* criminale di Europol volto a rafforzare il coordinamento delle indagini tra le competenti autorità degli Stati membri in ordine alle fattispecie delittuose di competenza di Europol, incluso il terrorismo. Nel sistema sono conservati i dati relativi a tre categorie di persone (c.d. *targets*): quelle già condannate, quelle sospettate di aver commesso un reato di competenza dell'Europol e quelle in ordine alle quali si può presumere, in presenza di determinate circostanze, che ne commetteranno in futuro. In ragione della funzione perseguita, la piattaforma di dati ammessi agli archivi può essere estesa a ulteriori categorie di soggetti, quali i potenziali testimoni o le persone offese dal reato. La tipologia di dati identificativi oggetto di trattamento è tuttavia differenziata in relazione all'inerenza del dato all'una o all'altra categoria soggettiva. Il sistema permette anche

ii) l'elenco di controllo ETIAS¹¹⁸, contenente i dati relativi a persone sospettate di aver commesso o partecipato a un reato di terrorismo o altro reato grave o persone riguardo alle quali vi sono indicazioni concrete o fondati motivi, sulla base di una valutazione globale della persona, per ritenere che possano commettere un reato di terrorismo o altri gravi reati¹¹⁹;

iii) le regole di esame ETIAS¹²⁰, ovvero un algoritmo che permette la profilazione¹²¹ sulla base di specifici indicatori di rischio predefiniti relativi a rischi di sicurezza, immigrazione illegale o salute pubblica¹²².

Se dal processo automatizzato non emergono riscontri positivi, il sistema rilascia automaticamente e in poco tempo l'autorizzazione di viaggio, che avrà validità di tre anni o limitata alla scadenza del documento di viaggio se inferiore a tre anni.

Nel caso, invece, di riscontri positivi, il sistema centrale ETIAS trasferisce la pratica all'unità centrale ETIAS per un primo *check* manuale¹²³. Se l'*alert* si rivela un falso positivo, l'autorizzazione viene rilasciata, altrimenti il fascicolo è trasmesso all'unità nazionale responsabile della trattazione che effettuerà un ulteriore controllo manuale prima di assumere la decisione¹²⁴. L'eventuale diniego è notificato via e-mail per mezzo di un modulo standard contenente indicazioni sui motivi di rifiuto e sulle modalità di ricorso.

l'immagazzinamento e il controllo incrociato automatico di dati biometrici e relativi al crimine informatico. In proposito, si v. G. Calesini, *European Police Law*, Roma, Laurus Robuffo, 2007, p. 130 ss.

117. I database SLTD e TDAWN di Interpol sono archivi globali contenenti informazioni circa i documenti di viaggio rubati, smarriti o associati a segnalazioni. Attualmente contiene più di 40 milioni di *record* ed è a disposizione delle forze di polizia e delle autorità di frontiera dei 190 Paesi membri di Interpol attraverso i loro rispettivi uffici centrali nazionali (NCB). Il Segretariato Generale di Interpol amministra il database, che è diventato operativo nel luglio 2002 sulla scia degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti.

118. Art. 20, § 4.

119. Cfr. Art. 34.

120. Art. 20, § 5.

121. L'art. 4, § 4, del regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.04.2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, definisce profilazione «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

122. Cfr. art. 33. La procedura di definizione degli indicatori di rischio è piuttosto complessa. Innanzitutto, la Commissione adotta un atto delegato, previa consultazione degli esperti degli Stati membri, per meglio definire i rischi di sicurezza, immigrazione illegale e di carattere epidemico sulla base di diversi strumenti, tra cui: *i)* le statistiche generali dal sistema *Entry Exit* su tassi anomali di respingimento alla frontiera o di *overstayers*; *ii)* le statistiche generate dall'ETIAS stesso su tassi anomali di rifiuto delle autorizzazioni; *iii)* le informazioni su alti rischi epidemici fornite da altri Stati membri. Una volta definiti in maniera più approfondita i rischi, la Commissione interviene ulteriormente con atto di esecuzione, per adottare norme di dettaglio concernenti la sicurezza, l'immigrazione illegale e le epidemie, sulle quali si devono basare gli indicatori di rischio quali la fascia di età, il sesso, la cittadinanza, l'occupazione attuale. Il regolamento specifica poi che l'unità centrale ETIAS è tenuta a valutare, rivedere ed aggiornare periodicamente gli indicatori di rischio.

123. Art. 22.

124. Art. 26. L'individuazione dello Stato competente alla trattazione manuale del fascicolo nel caso di riscontro positivo è piuttosto complessa (art. 25). Nella versione originale del regolamento, il criterio individuato era quello del Paese di primo ingresso. In altri termini, la trattazione della domanda avrebbe dovuto essere di competenza del Paese

Venendo ora ai profili di tensione con il *due process*, il principale snodo problematico risulta quello relativo al trattamento automatizzato della domanda di autorizzazione al viaggio. Se da un lato, infatti, il procedimento algoritmico offre evidenti vantaggi in termini di riduzione di tempi e costi dell'azione amministrativa, dall'altro, invece, tale incremento di efficienza è accompagnato da una perdita di trasparenza del ragionamento informatico: la decisione viene infatti adottata tenendo conto di un numero talmente elevato di dati e parametri da rendere praticamente impossibile la ricostruzione della sequenza procedimentale seguita dal sistema, e quindi della motivazione della predizione, con ovvi riflessi sul diritto di difesa di chi si ritenesse pregiudicato¹²⁵.

Peraltro, come si è osservato, proprio tra le pieghe dell'opacità dell'algoritmo ETIAS si celerebbe il duplice rischio che il procedimento sia condizionato da errori di calcolo o di programmazione¹²⁶, e che produca esiti discriminatori: se, ad esempio, i dati inseriti segnalano che i terroristi provengono da determinati Paesi, hanno determinate caratteristiche fisiche o professano una determinata religione, l'attenzione e il sospetto che il sistema prescriverà nei confronti di persone con quelle caratteristiche risulterà superiore¹²⁷.

attraverso le cui frontiere il viaggiatore avrebbe segnalato di voler fare ingresso in area Schengen. Tale soluzione, tuttavia, determinava non pochi problemi, specialmente laddove la domanda fosse destinata alla trattazione manuale per una segnalazione inserita da uno Stato diverso da quello di primo ingresso. All'esito delle discussioni, pertanto, è stata adottata una soluzione differenziata, in forza del numero e dell'origine degli *alert* emessi.

125. In generale, sul problema della trasparenza nei processi decisionali algoritmici, si v. M. Zalnieriute, L. Bennet Moses, G. Williams, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, in *Modern Law Review*, 82, 2019, p. 425 ss.; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, n. 1.2019, p. 43 ss.; F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-MA, 2015; S. Barocas-A.D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *Cal. L. Rev.*, 104, 2016, p. 671 ss.; D. Keats Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 1, 2014, p. 4 ss.; J. Burrell, *How the Machine "Thinks": Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Society*, 3, 2016, p. 1 ss.

126. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Fundamental Rights and Interoperability of EU Information Systems: Borders and Security*, 2017, p. 30; Id., *Under Watchful Eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, 2018, pp. 81-94. Si v. altresì la relazione della Corte dei conti europea, *I sistemi di informazione dell'UE a supporto delle verifiche di frontiera costituiscono uno strumento potente, ma occorre maggiore attenzione alla completezza e attualità dei dati*, 2019, p. 30 ss., che evidenzia come in SIS la scarsa qualità dei dati costituisca un problema frequente e ricorrente.

127. Come rileva N. Vavoula, *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism*, in *European Journal of Migration and Law*, 23(4), 2021, p. 457 ss., sebbene il regolamento disponga che l'algoritmo non debba basarsi su criteri quali, ad esempio, la razza, le opinioni politiche, la religione o l'orientamento sessuale di una persona, ciò, tuttavia, potrebbe non ridurre completamente il rischio di discriminazione. Ai sensi dell'art. 33, § 4, infatti, i dati utilizzati per addestrare gli indicatori di rischio specifici comprenderanno, tra gli altri, la nazionalità, il Paese e la città di residenza di un richiedente, così come il sesso e l'occupazione attuale. Si tratta, come è evidente, di informazioni che indirettamente possono richiamare proprio quei criteri di cui si vieta l'utilizzo. Preoccupazioni in tal senso erano state formulate anche dal Garante europeo della protezione

Il rischio di arbitrio pare tuttavia limitato. Anzitutto, come abbiamo visto, il trattamento automatizzato è sempre seguito da un doppio riesame manuale della decisione algoritmica. In questa fase, peraltro, si prevede che l'unità nazionale ETIAS competente, quando permangono seri dubbi sulle informazioni fornite dal richiedente, possa instaurare con quest'ultimo un momento di contraddittorio, di regola cartaceo, ma, in casi eccezionali, anche orale¹²⁸.

Inoltre, come per il visto, anche l'autorizzazione in esame può essere negata solo sulla base dei motivi tipizzati e tassativamente inclusi nel regolamento¹²⁹, sebbene non manchi chi sottolinea l'ampia discrezionalità di cui gode l'unità nazionale nel valutare la sussistenza di alcuni di questi motivi (in particolare, il rischio per la sicurezza o di immigrazione irregolare)¹³⁰.

Più in generale, poi, il sistema ETIAS sembra soddisfare nel suo complesso quei principi di legalità procedurale algoritmica elaborati dalla più recente giurisprudenza – europea, ma anche nazionale – in un ricco dialogo con la scienza giuridica¹³¹.

dei dati: si v. European Data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 3/2017, *EDPS Opinion on the Proposal for a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS)*, 6 March 2017, pp. 10-12. Si v. altresì E. Guild, N. Vavoula, *Travel authorization in the EU: automated processing and profiling*, in openDemocracy, <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/travel-authorization-eu-automated-processing-and-profiling/>. In generale, in ordine ai rischi di discriminazione insiti nell'utilizzo di meccanismi decisionali automatizzati, si v. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 84 ss.; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in federalismi.it, 2019, p. 19 ss.; P. Savona, *Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution*, in federalismi.it, 2018, p. 22 ss.

128. Cfr. art. 27, spec. § 4 ss., i quali prevedono regole di dettaglio sul colloquio con il richiedente, che può aver luogo anche mediante mezzi remoti di comunicazione audio e video.

129. Ai sensi dell'art. 37, l'autorizzazione deve essere negata quando il richiedente: *i*) ha utilizzato un documento di viaggio segnalato come smarrito, rubato, altrimenti sottratto o invalidato nel SIS; *ii*) presenta un rischio di immigrazione illegale; *iii*) presenta un alto rischio epidemico; *iv*) è oggetto di segnalazione nel SIS; *v*) non risponde a una richiesta di informazioni o documenti aggiuntivi entro i termini di cui all'art. 27; *vi*) non si presenta al colloquio di cui all'art. 27, §4. L'autorizzazione è inoltre rifiutata se, al momento della presentazione della domanda, sussistono ragionevoli e seri dubbi circa l'autenticità dei dati, l'affidabilità delle dichiarazioni presentate dal richiedente, i documenti giustificativi presentati dal richiedente o la veridicità del loro contenuto.

130. Cfr. W. Tiekstra, *Free movement threatened by terrorism: an analysis of measures proposed to improve EU border management*, ICCT Policy Brief, October 2019, p. 7.

131. Dopo un iniziale atteggiamento di chiusura, nella giurisprudenza nazionale più recente è emerso un *favor* per la digitalizzazione, che va realizzata prevedendo debite condizioni di garanzia procedurale per i cittadini. In questo percorso, mentre si ammette l'ingresso dell'algoritmo nel cuore della decisione pubblica, il giudice amministrativo, in particolare il Consiglio di Stato, ha fissato le tre condizioni di ammissibilità delle decisioni algoritmiche: a) la piena conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi aspetti; (b) la non esclusività della decisione algoritmica, e quindi la presenza nel processo decisionale di un contributo umano capace di controllare il risultato automatizzato; infine, (c) la non discriminazione algoritmica, che impegna il titolare del trattamento ad utilizzare procedure statistiche appropriate e a mettere in atto misure per correggere eventuali inesattezze ed errori, al fine di impedire effetti discriminatori. Si v., per tutti, Cons. St., sent. 8.04.2019, n. 2270; sent. 13.12.2019, n. 8472. Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, si v., soprattutto, Corte giust., parere 1/15 del 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592, nonché Corte giust., sent. 6.10.2020, *La*

Accanto al successivo controllo umano, infatti, il regolamento garantisce, anzitutto, la piena conoscibilità del contenuto e della logica seguita dall'algoritmo nel pervenire alla decisione, consentendo così, per un verso, l'intervento attivo dell'interessato, per altro, la possibilità di esercitare un sindacato effettivo sugli esiti provvedimenti algoritmici¹³².

Inoltre, con specifico riferimento ai c.d. *bias* discriminatori dell'algoritmo, è prevista l'istituzione di una Commissione *ad hoc* che avrà, tra gli altri, il compito di svolgere valutazioni periodiche e formulare raccomandazioni sull'impatto dell'utilizzo dell'algoritmo sui diritti fondamentali, in particolare per quanto concerne la non discriminazione¹³³.

Nel complesso, dunque, la soluzione proposta sembra rappresentare un buon compromesso tra la necessità di garantire gli istituti del *due process* e l'esigenza di assicurare l'economicità e la speditezza dell'azione amministrativa. Non si dimentichi, infatti, che il sistema ETIAS gestirà il movimento transfrontaliero dei cittadini di 62 Paesi terzi (tra cui gli Stati Uniti, l'Australia o la Nuova Zelanda), corrispondente a una popolazione di circa un miliardo e mezzo di persone che attualmente possono viaggiare senza previa valutazione di pericolosità e il cui afflusso in area Schengen è in costante aumento. In quest'ottica, dunque, il ricorso a procedure algoritmiche informatiche per l'assunzione della decisione autorizzatoria risulta l'unica condizione di sostenibilità di questo nuovo meccanismo di filtro.

Al contempo, non si possono certamente ignorare le considerazioni critiche sollevate con riguardo al profilo della trasparenza della decisione algoritmica. Se è vero, infatti, che il regolamento garantisce la conoscibilità del ragionamento informatico, resta da vedere se

Quadrature du Net e a. c. Premier ministre e a., cause riunite C-511/18, C-512/18, C-520/18. In dottrina, cfr., *ex multis*, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2.2020, p. 273 ss.; A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4.2019, p. 1149 ss.; S. Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa algoritmica*, in *Dir. soc.*, n. 2.2020 p. 281 ss.; F. Laviola, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Biolaw Journal*, n. 3.2020, p. 389 ss.; A. Valsecchi, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice (nota a Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881)*, in iusinitinere.it, settembre 2020; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in federalismi.it, 15 aprile 2020.

132. Si v. gli artt. 38 e 64 che richiamano espressamente la disciplina europea in materia di dati personali, in particolare, l'art. 15 del regolamento 2016/679/UE sul diritto di accesso dell'interessato.

133. Si tratta della Commissione di orientamento sui diritti fondamentali dell'ETIAS prevista dall'art. 10 del regolamento. Essa è composta dal responsabile dei diritti fondamentali dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, da un rappresentante del Forum consultivo sui diritti fondamentali dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, da un rappresentante del Garante europeo della protezione dei dati, da un rappresentante del Comitato europeo per la protezione dei dati istituito dal reg. 2016/679/UE e da un rappresentante dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Si consideri, inoltre, che l'art. 33 prevede espressamente che gli indicatori di rischio siano periodicamente valutati, modificati, rivisti o all'occorrenza eliminati dall'unità centrale ETIAS.

le soluzioni operative che al riguardo verranno adottate riusciranno a fornire adeguate garanzie, anche sul piano della effettività del sindacato giurisdizionale.

6. Considerazioni conclusive

Benché il giusto procedimento amministrativo sia ormai un irrinunciabile presidio di garanzia nei confronti dell'azione amministrativa, quando si volge lo sguardo alle procedure autorizzatorie pre-ingresso emerge una situazione insoddisfacente. Pur non mancando disposizioni volte a fornire garanzie procedurali per gli interessati, il rilievo assunto in tale contesto dalle esigenze di sicurezza e ordine pubblico e da quelle di celerità decisionale dà vita a un diritto amministrativo speciale per lo straniero extracomunitario, caratterizzato da numerose deviazioni a livello legislativo, giurisprudenziale e amministrativo rispetto ai principi generali.

Anzitutto, con riferimento al rilascio del visto, spicca la questione della motivazione del provvedimento di diniego (§ 4.1), il cui obbligo, in presenza di ragioni di sicurezza e ordine pubblico, viene meno per espressa previsione di legge. Peraltro, l'orientamento pretorio che mira a rimediare in sede giudiziale il *gap* di tutela nei confronti del richiedente è limitato sia in termini qualitativi, sia in termini quantitativi. Per un verso, infatti, ammettendo un'integrazione postuma dell'atto nella parte della motivazione si costringe lo straniero ad adire il giudice per conoscere le ragioni che osterebbero all'ottenimento del bene della vita cui aspira, con un aggravio di costi, di tempo e del carico giudiziale. Poiché la motivazione assolve alla funzione di rendere intellegibile l'operato dell'amministrazione, essa deve costituire un *prius* e non essere integrata, quasi fosse una formula vuota, da una motivazione postuma prospettata *ad hoc* dall'amministrazione resistente nel corso del giudizio. Per altro, la promessa di tutela in sede giudiziale rischia di rivelarsi fallace, considerate le difficoltà di impugnazione dall'estero (come noto, la procura al legale deve essere conferita con firma autenticata dall'autorità preposta e legalizzata dai competenti uffici consolari), cui va aggiunto il disincentivo legato ai tempi di definizione del ricorso e ai relativi costi.

Più complesso è il profilo relativo all'ampia discrezionalità riconosciuta alle autorità consolari nella valutazione di pericolosità dello straniero (§ 4.2). Ancor più che in altri settori del diritto dell'immigrazione, qui le nozioni di sicurezza e ordine pubblico risultano del tutto disancorate dai principi dello Stato di diritto, potendo gli Stati fondarsi su indizi generici e presunzioni per opporsi al rilascio del visto, prescindendo da una valutazione complessiva e in concreto del comportamento personale dell'interessato. Una siffatta interpretazione poggia sul consolidamento di quel paradigma preventivo che orienta il pubblico potere in senso escludente nei confronti dei soggetti che minacciano la coesione

economica e sociale della comunità¹³⁴ e che si riflette sul complesso delle garanzie partecipative, comprimendole e restituendoci «un'immagine del richiedente quale soggetto in una posizione sostanzialmente debole»¹³⁵ nei confronti dello Stato.

Quando, poi, il visto è negato all'esito di una procedura preliminare di consultazione tra Stati membri, il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale si accentua, dovendo il richiedente proporre due diversi ricorsi: uno per impugnare il diniego del visto nello Stato membro di destinazione e l'altro dinanzi alle autorità giudiziarie di uno Stato membro diverso (§ 4.3).

Quanto, invece, alla nuova autorizzazione elettronica all'ingresso da Paesi terzi esenti dall'obbligo di visto (ETIAS), come si è visto (§ 5), il problema principale riguarda la scarsa trasparenza della procedura automatizzata, anche se la previsione di un *double-check* umano, insieme alla possibilità per l'interessato di accedere ai dati algoritmici sembrano ridurre al minimo il rischio di arbitrarietà decisoria. Qui, d'altronde, la logica del sospetto che connota la disciplina sugli ingressi recede, applicandosi la procedura agli stranieri provenienti da Paesi terzi esenti visto, considerati a basso rischio dal punto di vista della sicurezza e dell'immigrazione illegale.

In un tale contesto, si inserisce poi la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, con una delicata opera di bilanciamento tra l'interesse sovrano dello Stato al controllo dei propri confini e la garanzia delle posizioni giuridiche dello straniero, tenta talvolta di colmare alcuni vuoti di tutela: per un verso, facendo obbligo ai Consolati di fornire informazioni più dettagliate sui motivi di rigetto e sulle procedure cui attenersi in caso di ricorso; per altro, sollecitando gli Stati a introdurre meccanismi procedurali *ad hoc* al fine di non rendere illusorio l'accesso al giudice, come nel caso della procedura preliminare di consultazione.

Nonostante questi meritori tentativi della Corte, e nei limiti derivanti dal rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, il quadro giuridico descritto impone una riflessione circa l'opportunità di un intervento legislativo che rafforzi le garanzie del richiedente per riequilibrarne la posizione al cospetto dell'autorità consolare¹³⁶. Fermo restando che rispetto al primo ingresso finalizzato alla migrazione legale il potere dello Stato è sovrano, l'esercizio di tale potere non può sfuggire ai principi generali della funzione amministrativa, tra i quali rientrano le garanzie del giusto procedimento, a loro volta strumentali a un corretto esercizio del potere di ammissione. Anche in questo ambito del diritto amministrativo, sia pure di frontiera, per riprendere la metafora dell'Avvocato

134. Cfr. M. Savino, *La libertà degli altri*, spec. p. 352 ss.

135. F.L. Gatta, *op cit.*, cit., p. 606.

136. Non essendo possibile soffermarsi sul tema in questa sede, si rinvia a M. Di Filippo, *op. cit.*, pp. 269-270.

generale Bobek, «sebbene non abbia diritto al risultato sostanziale della gara, il concorrente ha diritto, per il solo fatto di parteciparvi, a un gioco leale»¹³⁷.

137. Conclusioni dell'Avvocato generale M. Bobek, presentate il 7 settembre 2017, causa C-403/16, *El Hassani*, p.to 104.