SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea
4

CITTADINANZA, CITTADINANZE E NUOVI *STATUS*: PROFILI INTERNAZIONALISTICI ED EUROPEI E SVILUPPI NAZIONALI

Convegno interinale SIDI
Salerno
18-19 gennaio 2018

a cura di
Angela Di Stasi

EDITORIALE SCIENTIFICA

ES

SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

CITTADINANZA, CITTADINANZE E NUOVI *STATUS*: PROFILI INTERNAZIONALISTICI ED EUROPEI E SVILUPPI NAZIONALI

Convegno interinale SIDI
Salerno
18-19 gennaio 2018

a cura di
Angela Di Stasi

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno e della Cattedra Jean Monnet "Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice".

© Copyright maggio 2018 Editoriale Scientifica srl

Via San Biagio dei Librai, 39

Palazzo Marigliano

80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-378-2

INDICE-SOMMARIO

Abbreviazioni periodici 9

Presentazione 11
ANGELA DI STASI

Considerazioni introduttive in tema di cittadinanza 15
UGO VILLANI

PARTE I

Cittadinanza e cittadinanze: dinamiche evolutive tra flussi migratori e garanzia dei diritti fondamentali

ANGELA DEL VECCHIO
La perdita della cittadinanza come misura contro il terrorismo 25

PIETRO GARGIULO
La cittadinanza e la sua rilevanza nel diritto internazionale contemporaneo 49

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ
Cittadinanza, nazionalità e immigrazione 69

LINA PANELLA
Il diritto individuale ad una cittadinanza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 99

PARTE II

Cittadinanza e nuovi *status personae* e *familiae*

ROBERTA CLERICI
Il criterio della cittadinanza e lo statuto personale dell'individuo: ascesa, declino e resilienza 123

COSTANZA HONORATI
Maternità surrogata, *status* familiari e ruolo del diritto internazionale privato 137

MARIA CATERINA BARUFFI
Diritto internazionale privato e tutela degli *status* acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata 161

BRUNO BAREL
Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili 171

PARTE III

La cittadinanza europea: limiti di operatività e questioni aperte

RUGGIERO CAFARI PANICO
Identità nazionale e identità personale 215

CLAUDIA MORVIDUCCI
I diritti dei cittadini "statici" nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia 241

SUSANNA CAFARO
Cittadinanza e democraticità dell'Unione europea 263

SIMONE MARINAI
La perdita della cittadinanza dell'Unione europea: il caso Brexit 277

PARTE IV

Problematiche specifiche: realizzazioni e asimmetrie applicative

BERNARDO CORTESE
Autonomia, libera circolazione e diritto internazionale privato dei rapporti personali: una nuova dimensione per la cittadinanza dell'Unione? 311

DIANA MARÍN CONSARNAU
Once again with reverse discrimination in the case of dual citizens: from *McCarthy* to *Lounes* 335

FRANCESCA PERRINI
Status alternativi di cittadinanza per rifugiati e titolari di protezione sussidiaria 351

SUZANA PECIN
Questioning the existence of the EU Citizenship through the perspective of the Judicial Practice of the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights after Brexit 363

MARÍA TERESA SOLÍS SANTOS
The shape of the EU citizens' freedom of movement and residence rights 383

Conclusioni
PAOLO MENGOZZI
397

APPENDICE

Organi Direttivi SIDI 405

ABBREVIAZIONI PERIODICI

Austrian Journal of Public International Law	*Austr. J. Publ. int. L.R.*
British Yearbook of International Law	*BYIL*
Cahiers de droit européen	*Cah. dr. eur.*
Cambridge Yearbook of European Legal Studies	*CYELS*
Common Market Law Review	*CML Rev.*
Comunicazioni e studi	*Com. e studi*
Comunità internazionale (La)	*Com. int.*
Comparative Law Review	*CLR*
Corriere Giuridico	*Corr. giur.*
Cuadernos de Derecho Transnacional	*Cuad. Der. Transn.*
Diritti umani e diritto internazionale	*Dir. um. e dir. internaz.*
Diritto dell'Unione Europea (Il)	*Dir. Un. eur.*
Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)	*Dir. fam. e pers.*
Diritto di famiglia	*Dir. fam.*
Diritto, immigrazione e cittadinanza	*Dir. imm. citt.*
Diritto Pubblico	*Dir. Pubbl.*
Diritto Pubblico Comparato ed Europeo	*Dir. pubbl. comp. eur.*
Essex Human Rights Review	*EHRR*
European Human Rights Law Review	*EHRLR*
European Journal of International Law	*Eur. JIL*
European Journal of Migration and Law	*Eur. Jour. Migr. Law*
European Law Journal	*Eur. law journ.*
European Law Review	*ELR*
European Public Law	*Eur. Public Law*
Famiglia e diritto	*Fam. e dir.*
Foro Italiano (Il)	*Foro It.*
Freedom Security & Justice: European Legal Studies	*FSJ*
Giurisprudenza Costituzionale	*Giur. Cost.*
Giurisprudenza italiana	*Giur. it.*
Giustizia Civile	*Giust. civ.*
Groningen Journal of International Law	*Gron.JIL*
Guida al Diritto	*Guida dir.*
Human Rights Law Journal	*HRLJ*
Human Rights Law Review	*HRLR*
International & Comparative Law Quarterly	*ICLQ*
Journal de droit européen	*J.D.E.*
Journal des tribunaux Droit européen	*JTDE*
Journal du droit international (Clunet)	*Clunet*
Journal of Immigration Asylum and Nationality Law	*IANL*
Journal of Law and Administration	*JLA*
Journal of Private International Law	*JPIL*
Maastricht Journal of European and Comparative Law	*Maastricht JECL*
Michigan Journal of International Law	*Mich. JIL*
Netherlands International Law Review	*Netherlands ILR*
Nuova giurisprudenza civile commentata (La)	*Nuova giur. civ. comm.*
Nuove leggi civili commentate (Le)	*Nuove leggi civ. comm*.
Ordine internazionale e diritti umani	*Rivista OIDU*
Quaderni costituzionali	*Quaderni Cost.*
Queens Law Journal	*QLJ*
Questione giustizia	*Quest. giust.*

Questions of International Law	*Quest. Int. Law*
Quotidiano Giuridico (Il)	*Quotidiano giur.*
Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye	*R.A.D.I.*
Revista CIDOB d'afers internacionals	*Rev. CIDOB*
Revista de Derecho Comunitario Europeo	*Revista derecho com. eur.*
Revista Española de Derecho Internacional	*R.E.D.I.*
Revue critique de droit international privé	*Rev. crit. dr. intern. privé*
Revue Générale de Droit International Public	*RGDIP*
Revue Hellenique de Droit International	*Rev. hellenique dr. int.*
Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti	*Rivista AIC*
Rivista di diritto pubblico	*Riv. dir. pubbl.*
Rivista di diritto europeo	*Riv. dir. eur.*
Rivista di diritto internazionale	*Riv. dir. int.*
Rivista di diritto internazionale privato e processuale	*Riv. dir. int. priv. proc.*
Rivista internazionale dei diritti dell'uomo	*Riv. int. dir. uomo*
Rivista italiana di diritto pubblico comunitario	*Riv. it. dir. pubbl. com.*
Rivista trimestrale di diritto pubblico	*Riv. trim. dir. pubbl.*
Studi sull'integrazione europea	*Studi integr. eur.*
Sud in Europa: bollettino d'informazione sull'Unione europea	*Sud in Europa*
The American Journal of International Law	*Am.JIL*
Tulane Law review	*TLR*
Utrecht Law Review	*U.L.R.*
Yearbook of European Law	*Y.B.Eur.L.*
Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht	ZAöRV

PRESENTAZIONE

ANGELA DI STASI*

1. Il convegno interinale SIDI di Salerno riprende la prassi di svolgimento di un *midterm event*. L'iniziativa culturale – ideata insieme a Maria Caterina Baruffi e a Lina Panella – origina da un itinerario di ricerca sviluppato all'interno del Gruppo di interesse "Diritti fondamentali e cittadinanza nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" e sottoposto alla più ampia riflessione all'interno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea.

Se la cittadinanza costituisce un tema classico negli studi internazional-pubblicistici, internazional-privatistici ed europei, in ragione della spiccata internazionalizzazione delle comunità nazionali – anche per effetto delle conseguenze dei flussi migratori – e dell'emersione di nuovi modelli culturali e sociali di vita familiare, la parabola evolutiva che ne connota la sua dimensione muldimensionale risulta, negli ultimi tempi, notevolmente accentuata.

Essa risente, in maniera significativa, delle conseguenze della parziale erosione della sovranità dello Stato nel senso della tradizionale competenza esclusiva nell'attribuzione e nella revoca della cittadinanza, ma anche dell'incidenza "virtuosa", su tale processo, degli obblighi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo, come testimonia, in particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. All'interno di quest'ultima lo *status civitatis*, "pur in mancanza di espressa previsione normativa" nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha rinvenuto forme di tutela nella garanzia della vita privata e familiare, come contemplata dall'art. 8 della CEDU (v., in specie, la sentenza del 21 giugno 2016, *Ramadan c. Malta*).

Nondimeno le stesse Corti nazionali (in particolare la Corte Costituzionale italiana) hanno fornito un contributo rilevante rispetto alla garanzia di un complesso di diritti, per così dire, disarticolati dallo *status* di cittadino, nella direzione del ravvicinamento tra la condizione giuridica dei cittadini nazionali e quella dei cittadini dei paesi terzi soggiornanti di lungo periodo.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea e di Diritto Internazionale - Cattedra Jean Monnet "*Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice*", Università degli Studi di Salerno.

Ne risulta, dunque, che mentre la nozione di cittadinanza tende a liberarsi delle sue classiche connotazioni – in particolare statualità ed esclusività – con la propensione ad identificare una più ampia sfera di libertà e partecipazione democratica, come dimensioni ineludibili rispetto al pieno svolgimento della persona umana, gli *status* di cittadino nazionale e quello di cittadino europeo registrano la coesistenza di *status alii* (talora *de facto*, talora *de iure*). Si pensi, in particolare, a quello di soggiornante di lungo periodo, già oggetto di consacrazione normativa nel diritto dell'Unione europea ai sensi della direttiva CE 109/2003 e di continuo perfezionamento in via giurisprudenziale (v., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2017, *López Pasturano c. Delegación del Gobierno en Navarra*).

Con specifico riferimento alla cittadinanza europea, essa, prima di acquisire un rilievo pseudo-costituzionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha rinvenuto e continua a rinvenire, proprio nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, un fattore di consolidamento. Tale casistica giurisprudenziale, sebbene non priva di sensibili oscillazioni, fornisce un osservatorio privilegiato in merito alle delicate questioni legate al possibile iato tra cittadinanza europea e libera circolazione – sotto il profilo della distinzione tra cittadini stanziali e non stanziali – ma anche relative alla tutela dei soggetti "vulnerabili", nonché al rapporto tra cittadinanza e immigrazione.

D'altra parte l'*offerta*, ad opera dell'Unione europea, «*ai* cittadini *di uno* spazio di libertà, sicurezza e giustizia *in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone assieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*» (art. 3, n. 2 del Trattato sull'Unione europea) è all'origine, nell'ultimo periodo, di tendenze giurisprudenziali anche contrastanti. Se, in alcuni casi, la Corte di giustizia ha, infatti, "avallato" le istanze securitarie degli Stati, come è accaduto, ad esempio, nella nota sentenza della Grande Sezione del 31 gennaio 2017 (caso *Lounani*) in cui è stata fornita una interpretazione a maglie larghe delle disposizioni della direttiva 2004/83/CE sulle esclusioni dello *status* di rifugiato, è pur vero che la stessa Corte non ha comunque rinunciato ad esercitare il ruolo di garante dei diritti fondamentali, come testimonia la sentenza del 25 gennaio 2018 (*F.* c. *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) con il ritorno ad una giurisprudenza "propulsiva" nella direzione della tutela di soggetti potenzialmente vulnerabili, quali costituiscono i minori (sentenza *Chavez-Vilchez* del 10 maggio 2017).

Che l'istituto della cittadinanza rinvenga una parabola evolutiva non priva di contraddizioni è testimoniato *a fortiori*, per un lato, dal possibile rafforzamento della garanzia di alcuni diritti legati allo *status* di cittadino europeo (si pensi al recentissimo spirare del termine per la trasposizione della direttiva UE 2015/637 sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi); per l'altro, dagli inevitabili riflessi di un fatto nuovo come il recesso del Regno Unito di Gran Bretagna dall'Unione europea.

2. È muovendo da tali questioni aperte che i lavori del Convegno – introdotti dal Presidente della SIDI Prof. Villani e conclusi dall'Avvocato generale Prof. Mengozzi – hanno analizzato (nella prima sessione sotto la presidenza della Prof. Del Vecchio) le dinamiche evolutive della cittadinanza nel Diritto internazionale e gli effetti dell'incidenza, su tale processo, degli obblighi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Il tutto al di là della classica *querelle* di contenuto eminentemente teorico tra cittadinanza come rapporto giuridico e cittadinanza come *status* – laddove quest'ultimo valorizza l'appartenenza del soggetto ad una determinata comunità da cui derivano un complesso di diritti ed obblighi – e confrontandosi anche con soluzioni sperimentate in altri ordinamenti (si pensi alla "cittadinanza civica" utilizzata nel sistema spagnolo).

Nella seconda sessione dei lavori (sotto la presidenza della Prof. Clerici) il criterio della cittadinanza è stato analizzato con riferimento alla sua ascesa e al suo declino nella disciplina dello statuto personale e alla luce dei nuovi *status personae* e *familiae* (con le implicazioni inerenti alla maternità surrogata e alla disciplina di conflitto delle unioni civili).

Nella terza sessione (presieduta dal Prof. Ruggiero Cafari Panico) la riflessione si è incentrata sulle questioni più attuali e problematiche legate alla declinazione della cittadinanza europea e della libera circolazione tra identità nazionale e identità personale: sotto il profilo della distinzione tra cittadini stanziali e non stanziali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, del rapporto tra cittadinanza e democraticità dell'Unione, nonché della perdita dello *status* di cittadini europei da parte dei sudditi del Regno Unito, ecc.

Infine la tavola rotonda, animata da studiosi selezionati a mezzo di un *call for papers* e riconducibili a tradizioni culturali molto diversificate, ha approfondito realizzazioni e asimmetrie applicative da un angolo di osservazione pluri-focale.

I lavori, nel loro complesso, hanno realizzato una vivace riflessione di un nutrito gruppo di studiosi, ma anche di donne e uomini, figli di un momento storico in cui la tensione tra appartenenza ed esclusione è particolarmente forte e talora lacerante. Mentre lo testimonia il dibattito nazionale (sul piano politico solo temporaneamente attenuato con lo scioglimento delle Camere che ha interrotto l'esame del DDL 2092 e connessi) finalizzato alla definizione di ipotesi legislative ispirate al parziale superamento del ricorso ai criteri classici di attribuzione della cittadinanza a beneficio del cd. *ius culturae* e del cd. *ius soli*, al tempo stesso ulteriori conferme provengono dal dibattito scientifico sviluppato in ambiti europei ed internazionali. Si tratta, invero, di un momento storico in cui la cittadinanza si misura con un più ampio processo di attraversamento di confini culturali ed identitari ma anche di confini spaziali e temporali sotto la spinta di elementi di vario genere.

In un contesto così fluido l'auspicio – emerso dai lavori del Convegno e consegnato a questi Atti – è nel senso del perfezionamento di soluzioni normative e giurisprudenziali (tanto sul piano nazionale che su quello europeo) equilibrate, atte a declinare la cittadinanza alla luce di un adeguato bilanciamento tra i valori della solidarietà e dell'accoglienza e quelli della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, ma anche rispettose di un corretto contemperamento delle identità nazionali con una identità europea sempre più segmentata.

3. La realizzazione del Convegno interinale SIDI di Salerno è stata resa possibile in ragione del sostegno di vari enti e soggetti. Oltre al Dipartimento di Scienze Giuridiche, alla Scuola di specializzazione per le professioni legali e al Consiglio di amministrazione dell'Università di Salerno, il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, la Cattedra Jean Monnet "*Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice*" e l'Ordine degli avvocati di Salerno; ad essi si sono aggiunti gli editori Cacucci, Editoriale Scientifica, Giappichelli, Giuffrè e Wolters Kluwer-Cedam.

A tutti il mio grazie, come pure non è possibile non rivolgere un ringraziamento particolare ad Anna Iermano e a Rossana Palladino, a Francesco Buonomenna e a Monica Petrone per la messa a punto del testo finale degli Atti senza dimenticare il contributo di Francesco Campofreda alla revisione linguistica.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE IN TEMA DI CITTADINANZA

UGO VILLANI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della cittadinanza nel diritto internazionale pubblico. – 3. La cittadinanza dell'Unione europea. – 4. La cittadinanza nel dibattito sulla riforma del diritto internazionale privato.

1. *Premessa*

Mi sia consentito, anzitutto, di esprimere il più vivo compiacimento e il plauso della SIDI alle organizzatrici di questo convegno, che prova la vitalità dei gruppi di interesse e la loro rispondenza a una esigenza largamente sentita di collaborazione e di aggregazione su tematiche condivise di ricerca.

Il tema prescelto e l'articolazione delle relazioni mostrano, inoltre, l'intreccio tra le diverse discipline la cui conoscenza la nostra associazione si promuove di diffondere: il diritto internazionale pubblico, il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea. La cittadinanza, infatti, è materia trasversale alle tre "anime" scientifiche della SIDI. In ciascuna svolge un ruolo di centrale interesse, confermando, per altro verso, le reciproche e inevitabili connessioni esistenti fra le suddette discipline e, più in generale, la necessità, culturale e scientifica, di uno stretto e costante dialogo tra le stesse; dialogo in assenza del quale la ricerca e l'indagine in ciascuna delle discipline in discorso sono destinate a perdere ampiezza di respiro, profondità di visione e, fatalmente, a impoverirsi.

2. *L'evoluzione della cittadinanza nel diritto internazionale pubblico*

Il vivo interesse del tema della cittadinanza nel diritto internazionale pubblico emerge, particolarmente, dalla evoluzione normativa concernente la sua attribuzione e la sua perdita. Come è noto, la posizione originaria del diritto internazionale era di riconoscere una competenza in

* Presidente della SIDI - Professore emerito di Diritto Internazionale, Università di Bari "Aldo Moro".

materia pressoché esclusiva degli Stati. Abbiamo tutti studiato il celebre parere della Corte permanente di giustizia internazionale del 7 febbraio 1923 concernente la controversia tra la Francia e la Gran Bretagna relativa ai decreti francesi di nazionalità a Tunisi e in Marocco e la celebre formula ivi enunciata per definire il concetto giuridico di "*domestic jurisdiction*" (alla luce dell'art. 15, par. 8, del Patto della Società delle Nazioni) come comprensivo delle «*matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ses décisions*».

La Corte permanente di giustizia internazionale comprendeva in tale "*domaine réservé*" la materia della cittadinanza, ma avvertiva che la questione di sapere se una certa materia rientri o meno nel dominio riservato di uno Stato è una questione essenzialmente relativa: «*Elle dépend du développement des rapports internationaux*». Invero l'affermazione della Corte secondo la quale, in principio, la cittadinanza ricadeva nel "*domaine réservé*", era accompagnata dalla riserva "*dans l'état actuel du droit international*". E, nel caso sottoposto al suo esame, la Corte, premesso che la libertà di uno Stato di disporre liberamente in materia di cittadinanza può essere tuttavia limitata mediante accordi conclusi con altri Stati, con conseguente sottrazione delle questioni attinenti alla cittadinanza alla sfera del dominio riservato, concludeva che la controversia che opponeva la Francia alla Gran Bretagna non rientrava nella competenza esclusiva della prima, poiché essa aveva concluso al riguardo alcuni accordi. In definitiva, dal parere della Corte poteva desumersi che, all'epoca della sua emanazione, la materia della cittadinanza non era regolata dal diritto internazionale, da intendersi – alla luce della precisazione "*en principe*" – come diritto internazionale consuetudinario; pertanto ogni Stato era libero di stabilire le condizioni e le modalità per attribuire – così come per revocare – la propria cittadinanza. Tale libertà veniva meno nel caso in cui uno Stato avesse stipulato un accordo internazionale in materia e, ovviamente, nella misura degli obblighi assunti con tale accordo.

Nel 1923 i limiti internazionali alla libertà degli Stati derivavano solo da norme pattizie e si collocavano in una dimensione esclusivamente interstatale, risultando, appunto, dagli obblighi da essi volontariamente assunti reciprocamente. Da allora vi sono stati significativi sviluppi che hanno condotto, anzitutto, alla nascita di norme di diritto internazionale generale, in particolare per quanto riguarda i limiti dell'attribuzione della cittadinanza ai fini del diritto di protezione diplomatica, come nel celebre caso *Nottebohm*, oggetto della sentenza della Corte internazionale di

giustizia del 6 aprile 1955. Inoltre la cittadinanza è venuta in rilievo in un'ottica che riflette essenzialmente l'interesse dell'individuo all'attribuzione della cittadinanza o a non esserne privato. Infatti sono presenti, in atti o in accordi internazionali, norme che riconoscono un diritto umano in materia, così limitando sensibilmente la libertà dello Stato ai fini della tutela dell'individuo. Fondamentale è l'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, il quale proclama che ogni individuo ha diritto a una cittadinanza e che nessun individuo può essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza. Sempre a livello universale va ricordato l'art. 24, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, in base al quale ogni fanciullo ha il diritto ad acquistare una cittadinanza, diritto ribadito dall'art. 7, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. Pur non conferendo direttamente un diritto alla cittadinanza, limiti alla libertà degli Stati derivano anche dall'art. 5 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, in virtù del quale gli Stati contraenti si impegnano a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme e a garantire a ciascuno il diritto alla eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore e origine nazionale o etnica nel pieno godimento, tra gli altri, del diritto alla cittadinanza; nonché dall'art. 9 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 18 dicembre 1979, il quale dispone che gli Stati parti accordano alle donne diritti uguali a quelli degli uomini in materia di acquisto, mutamento e conservazione della cittadinanza e garantiscono, in particolare, che né il matrimonio con uno straniero, né il mutamento di cittadinanza del marito nel corso del matrimonio possa influire automaticamente sulla cittadinanza della moglie, sia rendendola apolide, sia trasmettendole la cittadinanza del marito. Obblighi in materia di attribuzione della cittadinanza derivano poi dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 30 agosto 1961 sulla riduzione dei casi di apolidia, la quale stabilisce, in via generale, che ogni Stato contraente concederà la propria cittadinanza a una persona nata nel suo territorio che sarebbe altrimenti apolide (art. 1).

Tra gli accordi regionali sui diritti umani un riconoscimento del diritto alla cittadinanza è contenuto nell'art. 20 della Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969 di San José de Costa Rica. Questo articolo non solo afferma che ogni persona ha il diritto a una cittadinanza e non può essere privato arbitrariamente della sua cittadinanza né del diritto di cambiarla, ma garantisce il diritto a una specifica cittadinanza, prescrivendo che ogni persona ha il diritto alla cittadinanza dello

Stato nel cui territorio è nato, se non ha diritto ad alcuna altra cittadinanza.

Non è contemplato, invece, un diritto alla cittadinanza nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950. Ma la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che un diniego o una privazione arbitrari della cittadinanza possono costituire, in determinate circostanze, una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8, giungendo, in alcuni casi, a "condannare" lo Stato in questione.

3. *La cittadinanza dell'Unione europea*

La cittadinanza ha conosciuto un particolare, significativo sviluppo nell'Unione europea, nella quale, a seguito del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, è stata istituita una cittadinanza dell'Unione che compete a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Essa scandisce l'avvenuta "mutazione genetica" della costruzione europea, dalla originaria connotazione essenzialmente economica, commerciale, mercantile, appena temperata da una sollecitudine sociale, a una entità di più vasto ed elevato respiro, fondata sui valori solennemente enunciati nell'art. 2 TUE consistenti nel rispetto della dignità umana, nella libertà, nella democrazia, nell'uguaglianza, nello stato di diritto, nel rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. In questa nuova dimensione il cittadino si pone al centro del processo d'integrazione europea e quale protagonista di quella democrazia rappresentativa sulla quale si fonda il funzionamento dell'Unione (art. 10 TUE) e nella quale i cittadini sono rappresentati, in maniera diretta, nel Parlamento europeo e, in maniera indiretta, nel Consiglio europeo e nel Consiglio, rispettivamente, dai Capi di Stato o di governo e dai governi, a loro volta democraticamente responsabili verso i parlamenti nazionali, espressione politica dei cittadini dei singoli Stati membri (o direttamente verso tali cittadini). La cittadinanza dell'Unione costituisce altresì l'anello di congiunzione tra la suddetta democrazia rappresentativa e quella partecipativa, prevista dall'art. 11 TUE. Lo stesso art. 10, infatti, al par. 3, dichiara che ogni cittadino ha diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione; e ribadisce la sua centralità nella vita dell'Unione prescrivendo che le decisioni siano prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini.

Se è vero che l'attribuzione della cittadinanza europea non avviene in base ad autonomi criteri, ma consegue alla cittadinanza nazionale, esi-

stono tuttavia dei limiti alla libertà degli Stati membri in materia di conferimento e, specialmente, di perdita della cittadinanza europea, poiché tali Stati devono esercitare le proprie competenze nel rispetto del diritto dell'Unione e quindi sono sottoposti al controllo della Corte di giustizia.

Eloquente, in questo senso, è la sentenza del 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*. In un caso di revoca della naturalizzazione, già concessa a uno straniero, a causa della sua condotta fraudolenta, la Corte ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione la revoca motivata da tale condotta. Tuttavia, in considerazione dell'importanza che il diritto dell'Unione annette allo *status* di cittadino, essa ha dichiarato che, ai fini della conformità della revoca al diritto dell'Unione, è necessario verificare, da parte del giudice nazionale, che la decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità, tenendo conto delle sue possibili conseguenze per l'interessato e, eventualmente, per i suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione e della possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine. Comincia così a emergere una autonomia della cittadinanza europea rispetto a quella nazionale.

La cittadinanza europea s'intreccia con la categoria dei diritti fondamentali; infatti i diritti del cittadino europeo sono inclusi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale dedica a essi l'intero Titolo V (articoli 39-46). Ancora più significativa è l'estensione di alcuni dei diritti del cittadino a stranieri. Ci riferiamo, anzitutto, al diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo che, ai sensi dell'art. 24, comma 2, TFUE, appartiene a ogni cittadino dell'Unione, ma che l'art. 227 TFUE (come l'art. 44 della Carta dei diritti fondamentali) attribuisce non solo ai cittadini, ma a ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro. In termini analoghi è formulato l'art. 228 TFUE (nonché l'art. 43 della Carta dei diritti fondamentali), che detta la disciplina specifica delle funzioni del Mediatore europeo, il quale è abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, laddove l'art. 24, comma 3, TFUE attribuisce il diritto di rivolgersi al Mediatore a ogni cittadino dell'Unione.

Ulteriori diritti, che pure sono elencati e disciplinati nel Titolo V, dedicato alla "cittadinanza", della Carta dei diritti fondamentali, competono non solo ai cittadini, ma a ogni persona residente o avente la sede sociale nel territorio di uno Stato membro o, semplicemente, a ogni persona. È il caso dell'art. 42, il quale dichiara che «*ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro*» ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Mentre l'art. 41,

avente a oggetto il diritto a una buona amministrazione della giustizia, dispone che "ogni persona", quindi a prescindere dalla sua residenza o sede sociale, ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (par. 1). Così pure il par. 3 stabilisce che "ogni persona" ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri (diritto risultante già dall'art. 340, comma 2, TFUE). Il par. 4, infine, dichiara che "ogni persona" può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei Trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua; mentre anche quest'ultimo diritto, nell'art. 24, comma 4, TFUE, è riferito a "ogni cittadino".

Ora, l'estensione a "stranieri" di diritti rientranti nello *status* giuridico della cittadinanza da un punto di vista logico non appare comprensibile. Tale estensione, al contrario, ben si può intendere (e apprezzare) se ci si pone nell'ottica dei diritti umani fondamentali; ed è questa, evidentemente, l'ottica nella quale si collocano i Trattati europei – e la Carta dei diritti fondamentali – nell'attribuire taluni diritti alle persone residenti o aventi la sede sociale nel territorio di uno Stato membro o addirittura, come si è rilevato, a ogni persona.

L'estensione a stranieri di un diritto attribuito esclusivamente ai cittadini europei, quale il diritto di circolazione e di soggiorno di cui all'art. 21 TFUE, emerge poi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Beninteso, nei casi in questione lo straniero è sempre il parente di un cittadino europeo, solitamente un genitore (o talvolta il coniuge), e il suo diritto non è autonomo, ma derivato da quello del cittadino; ed è riconosciuto dalla Corte affinché quest'ultimo (il più delle volte un minore), grazie alla presenza del parente (o del coniuge) straniero, possa usufruire in maniera reale ed effettiva dei propri diritti di cittadino europeo, in particolare di quello di soggiorno. Tuttavia questa giurisprudenza conferma la tendenza espansiva a favore di stranieri dei diritti ricompresi nello *status* di cittadino europeo.

4. *La cittadinanza nel dibattito sulla riforma del diritto internazionale privato*

La cittadinanza, infine, è fra i temi al centro del dibattito sulla opportunità di modificare la l. 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del diritto internazionale privato italiano.

In tale legge il criterio di collegamento manciniano della cittadinanza, sia pure con rilevanti temperamenti rispetto alle preleggi del codice civile del 1942, continua a essere il criterio principale di definizione della legge applicabile agli statuti personali, alla filiazione, al matrimonio, ai rapporti di famiglia, alle successioni. Sennonché, nell'impostazione di Mancini, la preferenza per la legge nazionale, rispetto, in particolare, a quella di residenza, rispondeva all'intento di mantenere vivi i legami con gli Italiani emigrati all'estero e determinava l'applicazione della legge italiana a situazioni e rapporti che si erano creati o che, quanto meno, si svolgevano all'estero. Oggigiorno il criterio di collegamento della cittadinanza, in un Paese di intensa immigrazione quale è diventato il nostro, non comporta più un ampliamento dell'applicazione extraterritoriale della legge italiana, ma, al contrario, un arretramento dell'ambito di tale legge a favore di molteplici e differenti leggi straniere applicabili in Italia; leggi, per di più, ispirate a modelli culturali, sociali, religiosi spesso molto distanti dai nostri, come nel caso più clamoroso della famiglia poligamica. Da ciò deriva una vasta frammentazione del diritto applicabile e una separatezza dei differenti gruppi etnici in Italia rispetto alla maggioranza italiana.

In considerazione delle materie, in specie i rapporti familiari, nelle quali il criterio della cittadinanza è destinato a operare, materie fortemente sensibili alle radici culturali e religiose dei diversi gruppi di immigrati, l'opzione in senso multiculturale insita, oggi, nella preferenza per il criterio della cittadinanza, può comportare un duplice rischio: da un lato, di chiusura dei gruppi etnici sia nei confronti della maggioranza della società italiana, sia nei loro reciproci rapporti; dall'altro, di pregiudizio per l'identità culturale della nostra stessa società, con l'ingresso di leggi o di istituti radicalmente differenti da quelli italiani. Rispetto a questo secondo rischio, beninteso, può operare il limite dell'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'art. 16 della l. n. 215 del 1995, il quale, peraltro, dovrebbe intervenire solo in via eccezionale e, in ogni caso, può precludere l'ingresso di una legge straniera solo se i suoi effetti – non già la legge stessa – sono contrari all'ordine pubblico. Un'altra via percorribile è quella del ricorso a norme di applicazione necessaria, come è accaduto nelle riforme di diritto internazionale privato successive alla l. n. 218 del 1995. È dubbio, tuttavia, che tale metodo possa utilmente applicarsi in maniera ampia, dato che, comunque, esprime un atteggiamento di chiusura verso i fenomeni giuridici stranieri, rompe quel rapporto di tendenziale eguaglianza tra la legge italiana e quelle straniere richiamate dalle norme di conflitto, risultante dalla riforma del 1995, può condurre, se spinto oltre certi limiti, a una sorta di arroccamento dell'ordinamento italiano su una propria visione nazionalistica.

Una svolta decisa potrebbe attuarsi, invece, con la sostituzione della residenza alla cittadinanza quale criterio di collegamento nelle materie considerate. Tale criterio condurrebbe all'applicazione della legge italiana agli stranieri immigrati, così evitando gli inconvenienti e i rischi segnalati e, principalmente, favorendo una loro piena integrazione nel nostro tessuto sociale. Il criterio della residenza presenterebbe l'ulteriore vantaggio di determinare, in principio, una coincidenza tra *forum* e *ius*, identificando nel giudice italiano quello competente in base alla residenza in Italia del convenuto e nella legge italiana quella regolatrice della fattispecie in questione. Si aggiunga che il criterio della residenza è oggi quello largamente usato nella legislazione dell'Unione europea di diritto internazionale privato, alla quale, così, il nostro ordinamento si uniformerebbe.

Tuttavia, anche la sostituzione del criterio dalla residenza a quello della cittadinanza non manca di presentare aspetti problematici. L'idea stessa, sottesa all'impiego della residenza, della integrazione degli immigrati nella società italiana, appare una sorta di assimilazione forzata a discapito delle proprie identità e di ogni apertura verso forme di multiculturalismo.

Di fronte all'emergere di un fenomeno massiccio di immigrazione l'alternativa tra integrazione e multiculturalismo, dei quali, sul piano del diritto internazionale privato, sarebbero espressione, rispettivamente, i criteri di collegamento della residenza e della cittadinanza, non può porsi, forse, in maniera rigida e di reciproca esclusione. L'integrazione, doverosa e irrinunciabile, è quella che riguarda il riconoscimento dei diritti fondamentali degli immigrati e, per converso, il rispetto, da parte loro, dei valori del Paese di accoglienza. Una volta assicurata questa soglia di integrazione, forme ulteriori di "assimilazione" degli stranieri, in nome di un modello di società "inclusiva", si risolverebbero, in realtà, in un annullamento delle culture, delle tradizioni, dei valori dei quali gli immigrati sono portatori e che, nel confronto e nel dialogo con la cultura e i valori della società di accoglienza, possono anch'essi contribuire all'arricchimento della civiltà di quest'ultima.

È evidente, poi, che nel dibattito in esame si inserisce la problematica concernente i modi di attribuzione della cittadinanza italiana, problematica che evoca la proposta legislativa di un più ampio riconoscimento del c.d. *ius soli*. Com'è noto, lo scioglimento delle Camere ha interrotto il già difficile cammino del disegno di legge ivi presentato, che riteniamo aveva, quanto meno, il merito di prendere coscienza di un problema sociale e morale, rilevante anche riguardo alla legge applicabile, ma di ben più ampio respiro, la cui soluzione non sembra più procrastinabile.

PARTE I

Cittadinanza e cittadinanze: dinamiche evolutive tra flussi migratori e garanzia dei diritti fondamentali

LA PERDITA DELLA CITTADINANZA COME MISURA CONTRO IL TERRORISMO

ANGELA DEL VECCHIO*

SOMMARIO: 1. La minaccia terroristica e l'evoluzione nel tempo della competenza esclusiva dello Stato in materia di cittadinanza. – 2. I problemi derivanti dai flussi migratori e dal terrorismo: la loro incidenza sul rapporto Stato-cittadino. – 3. La perdita della cittadinanza come misura nazionale di contrasto al terrorismo: esame dell'ordinamento italiano. – 4. La perdita della cittadinanza come misura nazionale di contrasto al terrorismo in altri ordinamenti. – 5. I limiti ai poteri di revoca della cittadinanza da parte degli Stati derivanti dal diritto internazionale convenzionale. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *La minaccia terroristica e l'evoluzione nel tempo della competenza esclusiva dello Stato in materia di cittadinanza*

Negli ultimi anni è andata sempre più crescendo nella comunità internazionale la preoccupazione causata dagli attacchi terroristici, organizzati in numerosi Paesi occidentali come ritorsione per l'intervento armato in Siria ed Iraq. A seguito infatti della perdita di territori e di risorse subita dall'autoproclamato Stato Islamico (ISIS o *Daesh*), uno dei maggiori pericoli è rappresentato dal rientro negli Stati d'origine dei reduci del *jihad*, addestrati ai combattimenti ed in grado di programmare azioni terroristiche di grande impatto nell'opinione pubblica per la loro imprevedibilità e violenza. I rimpatriati (*foreign fighters*) cercano, inoltre, di coinvolgere giovani emarginati delle grandi metropoli occidentali e di gestire cellule e strutture dormienti in Europa o in altre zone del mondo, con l'intento di compiere attacchi sanguinosi e spostare l'attenzione mediatica dai Paesi mediorientali al mondo occidentale. È stato difatti accertato che *foreign fighters* sono stati coinvolti in alcuni dei più gravi atti terroristici degli ultimi anni in Europa e negli Stati Uniti, talvolta insieme a giovani radicalizzati in patria, come avvenuto a Parigi e Bruxelles.

Per contrastare la minaccia costituita dal loro rientro, gli Stati occidentali stanno tentando di predisporre misure idonee ad evitare il ripetersi di tali azioni e, tra quelle di carattere più repressivo come il ritiro del

* Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università Luiss "Guido Carli" di Roma.

passaporto, il divieto di rientro per i reduci dal *jihad*, l'inizio di procedimenti penali per i reati commessi, stanno introducendo la revoca della cittadinanza. A tale riguardo, tuttavia, si è posto l'interrogativo sulla possibilità da parte dello Stato di disporre siffatta grave misura, senza violare gli obblighi internazionali contratti in materia di apolidia.

In epoche meno recenti la questione della competenza esclusiva dello Stato in materia di cittadinanza sarebbe stata facilmente risolta, perché secondo la teoria classica del diritto internazionale lo Stato gode di ampia libertà nell'attribuire la propria cittadinanza agli individui, nel determinarne i modi di acquisto e di perdita e nel riconoscere diritti ed imporre doveri connessi allo *status* di cittadino[1]. In considerazione di ciò, fino alla fine della seconda guerra mondiale, non essendosi ancora modificato il rapporto Stato-cittadino, la disciplina della cittadinanza era ritenuta materia rientrante nella competenza esclusiva dello Stato ed ogni intervento da parte di altri Stati era reputato un'illecita interferenza.

Tale tradizionale impostazione, ampiamente condivisa in dottrina[2], trovava del resto conferma nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale. In particolare, nel parere del 1923 relativo ai decreti sulla nazionalità della Tunisia e del Marocco, la Corte affermava che il trattamento dei cittadini rientrava nella sfera di competenza esclusiva degli Stati[3], anche se ammetteva la possibilità che in futuro la situazione potesse mutare, in quanto «*The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question*; it depends upon the development of international relations[4]. *Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain*».

Successivamente, anche la Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Nottebohm*[5] ha riconosciuto il dominio riservato dello Stato in

[1] Secondo H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 2004, p. 370, la cittadinanza è «*the right to have rights*».

[2] Si veda tra gli altri J.L. BRIERLY, *Matters of domestic jurisdiction*, in *BYIL*, 1925, p. 10 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1941, p. 343; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1976, p. 647; R. MONACO, *Manuale di Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1971, p. 425.

[3] Cfr. *Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Permanent Court of International Justice, 7 February 1923, p. 24 consultabile in www.refworld.org/cases, PCIJ,44e5c9fc4.html. Vedi, anche, il parere del 15 settembre 1923, *Acquisition of Polish Nationality* e quello del 21 febbraio 1925, consultabili in www.icj-cij.org/en/pcij-series-b.

[4] Non in corsivo aggiunto.

[5] Cfr. *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C. J. Reports 1955*, p. 20.

materia di cittadinanza e ha dichiarato che «*It is not necessary to determine whether international law imposes any limitations on its freedom of decision in this domain*», in quanto la cittadinanza produce i suoi effetti più immediati e più estesi e, per la maggior parte delle persone, gli unici effetti nell'ordinamento giuridico dello Stato nazionale dell'individuo. Nella sentenza citata la Corte continuava, precisando che «*Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound by the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals. This is implied in the wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State*».

Per lungo tempo gli Stati hanno seguito tale impostazione teorica e giurisprudenziale ed in proposito, a titolo di esempio, si può ricordare che diverse interrogazioni presentate alla Camera dei Comuni inglese per sollecitare un intervento nei confronti della Germania contro il trattamento degli ebrei, furono respinte, perché ritenute interferenze in questioni rientranti nella competenza esclusiva dello Stato tedesco.

Nondimeno, non va dimenticato che anche nel periodo storico in cui la sovranità degli Stati in materia era pienamente riconosciuta, la CPGI aveva prospettato la possibilità di una diversa configurazione del dominio riservato dello Stato in materia di cittadinanza, se si fossero modificati i rapporti tra gli Stati e tra essi e i loro cittadini. Un loro cambiamento in effetti è avvenuto nella seconda metà del XX secolo in seguito alle importanti convenzioni internazionali stipulate a livello universale e regionale per la tutela dei diritti umani, che hanno progressivamente prodotto l'erosione della sfera di competenza esclusiva dello Stato e portato a considerare l'individuo come persona e non solo come cittadino[6]. Tale nuova impostazione del rapporto cittadino-Stato non poteva non avere effetti sull'istituto della cittadinanza, in quanto le norme riguardanti la protezione dei diritti umani si sono andate gradualmente nel tempo sostituendo a quelle previste negli ordinamenti interni sia per il trattamento del cittadino, sia per il trattamento degli stranieri. Invero, esse vanno applicate nei confronti di qualsiasi individuo indipendentemente dallo *status* di cittadino o straniero e in quest'ultimo caso di immigrato regolare o irregolare.

Ma, oltre alle norme internazionali stipulate per la tutela dei diritti

[6] In proposito vedi *ex plurimis*: L. PANELLA, *Immigrazione e cittadinanza nazionale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, p. 184; ID., *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008; P. GARGIULO, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012.

umani, le modifiche apportate alla competenza degli Stati in materia di cittadinanza si devono anche ai fenomeni evolutivi osservati nella società internazionale, che hanno imposto di riconsiderare, almeno nel mondo occidentale, alcuni principi ritenuti basilari fino a tempi recenti come la disparità di trattamento tra uomo e donna nell'attribuzione della cittadinanza *iure sanguinis* e *iure matrimonii* o la perdita della cittadinanza a causa dell'acquisto *iure matrimonii* di un'altra cittadinanza.

Va, inoltre, segnalata l'evoluzione della cittadinanza prodotta dall'abbattimento delle frontiere tra gli Stati membri di organizzazioni di integrazione economico-politica non solo europee, ma, sia pure in misura minore, anche americane ed africane[7], che ha permesso agli individui di spostarsi con facilità e di cambiare residenza, lavoro, attività, rapporti sociali. Ciò ha indubbiamente favorito l'acquisto di doppie o plurime cittadinanze *iure sanguinis* da parte di padre e di madre, o *iure soli* o *iure matrimonii* o *iure domicilii*.

Senza considerare poi che in alcuni sistemi di integrazione economica regionale, in particolare nell'Unione europea, l'istituto della cittadinanza ha subito modifiche in conseguenza del fatto che alla cittadinanza dello Stato membro di appartenenza si è aggiunta la cittadinanza dell'Unione con ulteriori diritti e doveri, come indicato nell'art. 9 del Trattato sull'Unione europea e ribadito nell'art. 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In quest'ultimo articolo vengono, infatti, elencati alcuni specifici diritti dei cittadini dell'Unione, che si sommano a quelli attribuiti dallo Stato di appartenenza, quali il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli altri Stati membri; il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; il diritto di godere, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. I medesimi diritti dei cittadini europei sono stati, altresì, ripresi e riaffermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 39, 40, 41, comma 4, e da 43 a 46[8].

[7] Sui diversi sistemi di integrazione economica regionale si veda, tra gli altri, P. PENNETTA, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, 2009; A. DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2015.

[8] La Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede anche il diritto ad una buona amministrazione (art. 41) e il diritto di accesso ai documenti (art. 42).

È pur vero che la cittadinanza europea[9] è strettamente connessa con quella di uno Stato membro e non ne può prescindere, ma si coglie bene l'importanza da essa assunta nel sistema dell'Unione e i mutamenti introdotti negli ordinamenti interni degli Stati, quando si esamina la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Infatti, sin dalla sentenza del 7 luglio 1992 riguardante il caso *Micheletti*, la Corte, dopo aver riconosciuto che la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, ha precisato che tale competenza deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario[10]. Sono stati posti così, oltre ai limiti imposti dalla norme in vigore per la tutela dei diritti umani, altri limiti alla libertà degli Stati membri derivanti dal diritto dell'Unione europea, soprattutto allorché si dichiara che l'esercizio della competenza statale in materia può essere sottoposto al controllo della Corte di Giustizia UE[11]. A tale proposito va, infatti, segnalato che la Corte UE nel caso *Rottman*, dopo aver riconosciuto che gli Stati membri sono competenti a determinare i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza, ha fissato «*il principio in virtù del quale, quando si tratti di cittadini dell'Unione, l'esercizio di tale competenza – qualora leda i diritti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione, come in particolare nel caso di una decisione di revoca della naturalizzazione (...) può essere sottoposto a un controllo giurisdizionale condotto alla luce del diritto dell'Unione*».

[9] Sulla cittadinanza europea esiste un'ampia letteratura, si veda tra i tanti: M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE (a cura di), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; R. CLERICI, *Freedom of States to Regulate Nationality: European versus International Court of Justice?*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honor of Tullio Treves*, Berlin, 2013, p. 839; B. NASCIMBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionale. Vers de nouveaux statuts de résidents?*, in *R.A.D.I*, 2014, t. 367, p. 253; S. CARRERA NUÑEZ, G.-R DE GROOT (eds.), *European Citizenship at the Crossroad. The role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, 2015; S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017, in particolare p. 146 ss.; U. VILLANI, *Cittadinanza dell'Unione europea, libertà di circolazione e di soggiorno e diritti fondamentali*, in AA.VV., *L'integrazione europea sessant'anni dopo i Trattati di Roma*, Milano, 2018, p. 48 ss.; A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, *European Citizenship*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL].

[10] Cfr. sentenza Corte di giustizia, 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, punto 10. Vedi, anche, sentenze 11 novembre 1999, causa C-179/98, *Mesbah*, punto 29; 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 37.

[11] Cfr. Corte di giustizia, 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, punto 48.

Come già detto, si tratta di diritti complementari alla cittadinanza nazionale, che per la prima volta sono concessi alle persone non dallo Stato di appartenenza, ma da un'organizzazione internazionale, per la garanzia dei quali il potere degli Stati appare limitato dal diritto dell'Unione.

In conseguenza, quindi, delle trasformazioni avvenute nella comunità internazionale e dei fenomeni evolutivi descritti la disciplina della cittadinanza ha subito progressivamente modifiche e non appare più sostenibile la teoria della competenza esclusiva dello Stato in materia.

2. *I problemi derivanti dai flussi migratori e dal terrorismo: la loro incidenza sul rapporto Stato-cittadino*

Oltre ai fenomeni sopra osservati, nella fase attuale altri eventi incidono, talvolta fortemente, sul rapporto Stato-cittadino e sulla disciplina della cittadinanza. Tra essi grande importanza va attribuita ai flussi migratori causati sia dalle gravi crisi economiche verificatesi in numerosi Stati africani ed asiatici, sia dalle guerre che divampano in molteplici zone geografiche mondiali. Le ondate migratorie non controllate di milioni di persone, che si spostano dal Sud al Nord del mondo sono, infatti, ben note conseguenze di conflitti etnici e religiosi, nonché del divario economico tra Paesi ricchi e Paesi poveri. É evidente, infatti, che la sperequazione della distribuzione delle risorse economiche mondiali ha reso più grave la situazione dei Paesi poveri o in via di sviluppo, dando origine a migrazioni, nella grande maggioranza dei casi incontrollate e clandestine, di cui nell'ultimo decennio si è avvertita tutta la gravità in ogni Stato industrializzato. Ma, accanto alle crisi economiche, anche le guerre scoppiate per motivi etnici, religiosi, sociali e politici in Africa, Asia, Medio Oriente, America latina spingono milioni di persone a fuggire dai propri Paesi per evitare persecuzioni e morte, alla ricerca della pace e della sicurezza per sé e per le proprie famiglie.

Di fronte alle massicce ondate migratorie gli Stati appaiono generalmente incapaci di adottare norme in grado di regolamentare un fenomeno così complesso, che pone problemi riguardanti l'intera comunità internazionale e che, quindi, nessun governo o parlamento nazionale è in grado di risolvere da solo in maniera adeguata. Nonostante ciò, nella ricerca di soluzioni immediate, ogni Stato tenta di trovare soluzioni in maniera autonoma sulla base della tradizionale impostazione del rapporto Stato-cittadino, senza tenere in alcun conto che la gravità del problema vanifica ogni tentativo di disciplina statale e mette talvolta in discussione

anche principi ritenuti fondamentali nel diritto internazionale, quali ad esempio il principio del *non-refoulement* ed il diritto di asilo.

Ad aggravare la difficile situazione prodotta dagli enormi problemi posti dai milioni di emigranti che si muovono per sfuggire alla povertà o trovare tregua dalle guerre, gli Stati si trovano oggi ad affrontare un'ulteriore gravissima difficoltà: la minaccia del terrorismo. Infatti, in mezzo alla massa di migranti, che tentano di entrare regolarmente o irregolarmente in uno Stato, si mescolano con facilità individui impegnati in attività terroristiche e in conseguenza di ciò nell'opinione pubblica dei Paesi industrializzati si è andato creando un collegamento tra il fenomeno migratorio e il terrorismo di matrice islamista.

Inoltre, nella lotta contro il terrorismo, gli Stati hanno dovuto constatare che i pericoli alla sicurezza nazionale non derivano solo da attività compiute da cittadini stranieri immigrati nel loro territorio ma, come si è detto all'inizio, anche da propri cittadini, che hanno partecipato ai conflitti in Iraq, Syria, Yemen, Somalia, Libia, ecc. e rientrano poi in patria. Essi, secondo il Consiglio di Sicurezza «*may pose a serious threat to their States of origin, the States they transit and the States to which they travel, as well as States neighbouring zones of armed conflict*»[12]. In proposito è stato calcolato che circa il 21% dei combattenti stranieri è cittadino europeo ed in particolare è francese, inglese o tedesco[13].

Per ostacolare le attività dei propri cittadini che hanno combattuto all'estero accanto alle forze dell'ISIS, molti Stati occidentali stanno elaborando nuove norme interne nel tentativo di impedirne l'ingresso nel territorio nazionale. Tuttavia, mentre risulta più facile prevedere restrizioni e divieti nei confronti degli stranieri, che chiedono l'ingresso in uno Stato diverso da quello di appartenenza, è molto più difficile limitare e controllare i propri cittadini che, approfittando della libertà di rientro e

[12] Cfr. United Nations, Security Council Resolution 2178 (2014), S/RES/2178, 24 September 2014.

[13] Secondo R. BARRETT, *Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the Threat of Returnees*, The Soufan Group, ottobre 2017, pp. 10-13, la mobilitazione di combattenti stranieri è stata a livello globale di circa 42.000 individui, in particolare quella europea di circa 5.000 individui. Il fenomeno ha colpito gli Stati membri dell'Unione europea in maniera non omogenea e più in particolare quattro Stati, ossia Francia (circa 1.900 unità), Germania (oltre 900), Regno Unito (circa 850) e Belgio (circa 480 unità). I *foreign terrorist fighters* partiti dall'Italia sarebbero 125. Cfr., in proposito, anche Institute for Economic and Peace, *Global Peace Index 2015*, Trends in Peace, p. 49, consultabile in http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/06/Global-Peace-Index-Report-2015_0.pdf. e B. SCHUURMAN, L. VAN DER HEIDE, *Foreign Fighter Returnees & the Reintegration Challenge*, RAN Issue Paper, Radicalization Awareness Network Centre of Excellence, novembre 2016.

di circolazione nel territorio nazionale, intendono minacciare gravemente la sicurezza interna, intraprendendo o facilitando azioni terroristiche. Al riguardo le difficoltà da affrontare sono rilevanti, perché si tratta di persone che, essendo cittadini, si muovono liberamente nel territorio dello Stato, si spostano con i mezzi di trasporto commerciali ed è anche difficile provare la loro partecipazione a gruppi terroristici, perché sovente sui loro passaporti non compaiono visti che dimostrino che essi hanno viaggiato e vissuto nei territori conquistati dal *Daesh*.

In tale situazione le autorità di controllo statali hanno effettivamente pochi strumenti per controllare i terroristi propri cittadini ed impedire loro l'ingresso nello Stato o espellerli dal territorio statale. Un meccanismo di difesa talvolta utilizzato è quello di limitare il diritto al passaporto a persone sospettate di terrorismo o di vicinanza a gruppi estremistici e l'altro molto più grave, una volta accertata la loro responsabilità, è quello di restringere il diritto alla cittadinanza stessa, fino alla perdita della cittadinanza. Ma a tale riguardo viene a porsi la questione se lo Stato sia libero di revocare la propria cittadinanza e, in caso di risposta positiva, se si tratti di un potere ampio o limitato da norme internazionali.

3. *La perdita della cittadinanza come misura nazionale di contrasto al terrorismo: esame dell'ordinamento italiano*

Per rispondere alla questione prospettata va premesso che la revoca della cittadinanza non è una misura statale nuova, ma era utilizzata di frequente in passato ed in particolare nel XX secolo, dopo la rivoluzione russa e i mutamenti territoriali conseguenti ai Trattati di pace conclusi dopo la prima guerra mondiale, nei confronti dei traditori, dei dissidenti politici, delle persone appartenenti a minoranze (minoranze alloglotte, ebrei, ecc.).

Nello stesso periodo storico anche l'Italia nella legge 31 gennaio 1926, confermata dalla legge 25 novembre 1926 sulla difesa dello Stato, dispose nei confronti di alcuni cittadini la perdita della cittadinanza come sanzione per determinati reati politici indicati nel diritto fascista. In particolare, in base alla legge del 31 gennaio 1926, la perdita della cittadinanza, insieme eventualmente al sequestro e alla confisca dei beni, era prevista per colui che «*commette, o concorre a commettere, all'estero un fatto, diretto a turbare l'ordine pubblico nel regno, o da cui possa derivare danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non costituisca reato*».

Nella successiva legge del 25 novembre 1926 venne stabilita la perdita

della cittadinanza come pena accessoria irrogata a colui che, imputato di aver diffuso o comunicato «*fuori del territorio dello stato, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello stato all'estero*» o di avere svolto «quocumque modo *un'attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali*» non compaia nel giudizio promosso davanti ad un tribunale speciale[14].

Le due leggi fasciste furono, come è ben noto, applicate nei confronti dei c.d. fuoriusciti, i dissidenti politici, tra cui Gaetano Salvemini e Giuseppe Donati[15], come strumento di repressione politica ed anche come misura discriminatoria nei confronti dei cittadini definiti "di razza ebraica"[16].

Sempre dello stesso periodo il r.d.l. 10 gennaio 1926, n. 16 dispose al primo comma dell'articolo unico che, a chi aveva acquistato la cittadinanza italiana in base ai Trattati di pace poteva essere «*in ogni tempo revocata la concessione della cittadinanza avvenuta in seguito ad opzione a norma dei trattati di pace, quando chi acquistò la cittadinanza se ne dimostri indegno per la sua condotta politica*».

Al temine della seconda guerra mondiale, in reazione alla legislazione del periodo fascista, in tema di cittadinanza nella Costituzione vennero inseriti sia l'art. 3, che sancisce che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, sia più specificatamente l'art. 22 in base al quale «*Nessuno può essere privato, per motivi politici (...) della cittadinanza*». L'adozione di quest'ultima norma da parte dell'Assemblea costituente fu – soprattutto in merito all'espressione "motivi politici" – oggetto di un ampio dibattito[17], dal quale emersero in modo chiaro le due esigenze che si era cercato di far valere e cioè «*escludere la perdita della cittadinanza per motivi politici e stabilire che soltanto la legge possa sancire la perdita della cittadinanza*»[18].

[14] Cfr. art. 5, legge 25 novembre 1926, n. 2008.

[15] Vedi F.L. FERRARI, *Il regime fascista*, Roma, 1983, p. 151.

[16] Cfr. art. 3, r.d.l. 7 settembre 1938, n. 1381 che disponeva: «*Le concessioni di cittadinanza italiana comunque fatte a stranieri ebrei posteriormente al 1° gennaio 1919 s'intendono ad ogni effetto revocate*». Nel r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728 recante provvedimenti per la difesa della razza italiana, all'art. 23 la stessa disposizione venne poi ripetuta. Le revoche delle concessioni di cittadinanza in questione vennero successivamente dichiarate nulle, con reintegrazione delle persone colpite dalla denazionalizzazione con il r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 26, art. 2.

[17] Vedi in proposito U. DE SIERVO, *art. 22*, in U. DE SIERVO, A. FEDELE, *Rapporti civili, Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna, 1978, p. 3 ss.

[18] Vedi A. MORO, *Atti Ass. Cost.*, Comm. per la Cost., Prima Sott., p. 101.

Anche nella legge sulla cittadinanza del 1992[19] non è stata introdotta nessuna norma che preveda la perdita della cittadinanza per le persone sospette di atti contrari alla sicurezza dello Stato, quale oggi il crimine di terrorismo, ma solo per i cittadini che, avendo accettato un impiego pubblico od una carica pubblica da uno Stato o ente pubblico estero o da un ente internazionale cui non partecipi l'Italia, o prestato servizio militare per uno Stato estero, non ottemperino, alla richiesta del Governo italiano di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare.

Prima del periodo attuale, infatti, in Italia il problema della perdita della cittadinanza è stato preso in considerazione nell'ottica di regolamentare i rapporti con i cittadini che emigravano e di permettere loro di mantenere i legami con il Paese e non certo in quella di affrontare situazioni causate dagli attuali flussi migratori incontrollati e dalla minaccia del terrorismo.

Di conseguenza, nell'ordinamento italiano non esiste nessuna norma che permetta di contrastare il terrorismo attraverso uno strumento punitivo quale la perdita della cittadinanza, anche se per un'eventuale futura modifica normativa, una particolare attenzione potrebbe essere prestata a quanto fu sostenuto in Assemblea costituente in Sottocommissione da Marchesi e cioè: «*dire che nessuno può essere escluso dalla perdita della cittadinanza per motivi politici, implica che la cittadinanza stessa può essere perduta per altri motivi disposti dalla legge*»[20]. Sarebbe forse possibile far valere tale dichiarazione per escludere l'incostituzionalità di una eventuale norma che, in contrasto con gli artt. 3 e 22 della Costituzione, disponesse la perdita della cittadinanza per cittadini italiani responsabili di atti terroristici.

4. *La perdita della cittadinanza come misura nazionale di contrasto al terrorismo in altri ordinamenti*

Diversamente dall'Italia, altri Paesi europei ed extra-europei hanno recentemente previsto nei loro ordinamenti interni la revoca della cittadinanza per motivi quali la partecipazione attiva volontaria in attività militare all'estero in aiuto a gruppi armati organizzati.

Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione europea, in particolare il Belgio nel suo Codice della cittadinanza all'art. 23 (2) stabilisce genericamente la perdita della cittadinanza per quei cittadini che «*man-*

[19] Cfr. legge 5 febbraio 1992, n. 91, art. 12.
[20] Cfr. *Atti Ass. Cost.*, Comm. per la Cost., Prima Sott., p. 100.

quent gravement à leurs devoirs de citoyen belge»[21], senza fare specifico riferimento al compimento di atti terroristici o alla partecipazione a gruppi terroristici e senza distinguere tra cittadini per nascita e naturalizzati.

Molto più esplicitamente l'Austria, nel testo modificato della legge sulla cittadinanza del 30 luglio 1985 all'art. 33 (2), stabilisce che un cittadino, che in un conflitto armato prende volontariamente parte attiva in gruppi armati organizzati, sarà privato della cittadinanza, salvo che ciò non ne comporti l'apolidia[22]. Al riguardo va notato che anche nella legge austriaca non si fa distinzione tra cittadini per nascita o naturalizzati, ma solo tra cittadini con una sola cittadinanza e cittadini con doppia cittadinanza.

Un chiaro e specifico riferimento al crimine di terrorismo è, invece, rinvenibile nel *Nationality Act* dei Paesi Bassi all'art 14(2)(b), in cui è disposta la perdita dalla cittadinanza per chiunque abbia commesso o facilitato il compimento di atti di terrorismo[23]. Anche in questa legge, come nelle precedenti, non viene prevista distinzione tra cittadini per nascita o per naturalizzazione.

A sua volta, un altro Stato membro dell'UE, la Danimarca, nel *Nationality Act* 2003 alla sezione 8B prevede che: «*A person convicted of violation of one or more provisions of Parts 12 and 13 of the Criminal Code may be deprived of his or her Danish nationality by court order unless this will make the person concerned stateless. Where a person is punished abroad for an act which may, under subsection hereof, lead to deprivation of Danish nationality, such person can be deprived of his or her nationality pursuant to section 11 of the Criminal Code*».

Nella Parte 13 del Codice penale danese, richiamata dal *Nationality Act*, viene sanzionato non solo il compimento di un atto terroristico, ma anche il finanziamento di gruppi terroristici, l'incitamento a commettere attacchi terroristici e la partecipazione ad organizzazioni militari illega-

[21] Cfr. anche L 2006-12-27/32, art. 387. In proposito vedi P.R. WAUTELET, *Priver les djihadistes de leur nationalité belge: les gard-fous à respecter*, in *JTDE*, 2015, p. 183 ss.

[22] Cfr. Federal Law concerning Austrian Nationality (1985 Nationality Act) - unofficial consolidated version 2013, art. 33 (2).

[23] L'art. 14(2)b dispone la perdita della cittadinanza olandese per chiunque abbia commesso un reato ai sensi degli artt. 83 (crimine di terrorismo) e 205 (sul reclutamento di personale militare o per conflitto armato) del Codice penale olandese. L'art. 134(a) del Codice penale olandese prescrive: «*Any person who intentionally obtains or attempts to obtain for himself or another person means or information for the commission of a terrorist offence or a serious offence for the preparation or facilitation of a terrorist offence, or gains knowledge or skills for that purpose or imparts this knowledge or these skills to another person, shall be liable to a term of imprisonment not exceeding eight years or a fine of the fifth category*».

li[24], reati tutti che in base alla sezione 8B della legge sulla cittadinanza sopra riportata comportano la perdita della cittadinanza solo però da parte di chi possiede una doppia cittadinanza.

Le norme danesi sopra riportate hanno trovato concreta applicazione per la prima volta l'8 giugno 2016 nei confronti di Said Mansour, in possesso della doppia cittadinanza marocchina e danese ed accusato di avere combattuto in Siria e compiuto diversi crimini, tra cui la propaganda a favore di Al-Qaeda. Nei suoi confronti la Corte suprema danese ha potuto, quindi, disporre la perdita della cittadinanza danese[25], senza violare il divieto di apolidia. Il secondo caso in cui la Corte Suprema danese ha deciso la perdita della cittadinanza riguarda un cittadino danese per nascita, ma in possesso di doppia cittadinanza turca, che aveva sempre vissuto, studiato e lavorato in Danimarca prima di andare in Siria a combattere per l'ISIS[26]. Come è possibile notare, in entrambi i casi, trattandosi di due persone con una doppia cittadinanza, revocando loro la cittadinanza, non veniva violata la disposizione inserita nella sezione 8B del *Nationality Act*, che sancisce il divieto di apolidia.

Dall'esame delle leggi degli Stati membri dell'UE sopra citate si evince che per la perdita della cittadinanza non è prevista distinzione tra i cittadini per nascita e i naturalizzati, ma solo tra cittadini con una o con doppia cittadinanza. Tale distinzione si osserva invece negli ordinamenti di alcuni Paesi di *common law*, tra cui Regno Unito, Canada e Australia, nei quali esistono particolari forti preoccupazioni per i pericoli derivanti dai numerosi cittadini, che rientrano in patria, dopo aver partecipato accanto all'ISIS ai conflitti in Siria, Iraq, Yemen[27]. Del resto nel Regno Unito, Canada ed Australia, la revoca della cittadinanza come misura sanzionatoria di alcuni crimini era già stata utilizzata nella I e II guerra mondiale e nel periodo immediatamente successivo a tali guerre nei confronti delle persone che avevano tradito il proprio Paese[28], ma non era stata più applicata negli anni successivi alla fine della guerra fredda.

Mutata la situazione politica mondiale, negli Stati citati si è ritenuto op-

[24] Cfr. 8 § Bekendtgørelse af lov om dansk indfødsret [Act on Danish Citizenship], LBK No. 422 of June 7, 2004, in www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=28974.

[25] Cfr. Supreme Court Verdict (8 June 2016), Case No. 211/2015, parr. 6-7.

[26] Høejesterets dom (Supreme Court Verdict) (Nov. 14, 2017), case No. 119/2017, in www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/119-17.pdf.

[27] Vedi L. VIDINO, A. SNETKOV, L. PIGONI, *Foreign Fighters: An Overview of Responses in Eleven Countries*, Zurich Centre for Security Studies, March 2014, n. 4.

[28] Vedi M. GIBNEY, *The Deprivation of Citizenship in the United Kingdom: A Brief History*, in *JANL*, 2014, p. 326 ss.; S. PILLAI, G. WILLIAMS, *Twenty-First Century Banishment: Citizenship Stripping In Common Law Nations*, in *ICLQ*, 2017, pp. 521-555.

portuno riconsiderare la perdita della cittadinanza come sanzione contro la partecipazione attiva a gruppi armati terroristici, anche se essa non viene sempre prevista nei confronti di tutti i cittadini, ma si distingue talvolta tra cittadini per nascita e naturalizzati, e tra i naturalizzati con una o due cittadinanze.

Per quanto riguarda in particolare il Regno Unito le norme sulla cittadinanza sono state modificate dopo gli attacchi terroristici subiti. Infatti, nell'emendamento del 2002 del *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 1981, approvato dopo l'attentato compiuto l'11 settembre 2001 a New York, per la prima volta il potere di privare della cittadinanza è stato sancito non solo nei confronti dei cittadini naturalizzati, ma anche dei cittadini per nascita. Infatti, nell'*Act* emendato nel 2002 si disponeva generalmente la perdita della cittadinanza per chiunque avesse arrecato «*seriously prejudicial to the vital interests of the UK or a British overseas territory*», senza distinzione tra cittadini per nascita e naturalizzati[29].

In esso si stabiliva però che potessero perdere la cittadinanza solo i cittadini inglesi, nati o naturalizzati, con una doppia cittadinanza, che avessero pregiudicato gli interessi vitali dello Stato. In altri termini, solo una persona con doppia cittadinanza poteva essere privata della propria cittadinanza[30], evitando in tal modo di violare l'art. 8 della Convenzione contro l'apolidia, ratificata del Regno Unito.

È stata poi reintrodotta, come inizialmente previsto nel testo del 1981, la disparità di trattamento tra cittadini per nascita e naturalizzati negli emendamenti al *Nationality Act* del 2014, anche in conseguenza del fatto che alcuni individui sospettati di terrorismo e dotati di doppia cittadinanza, per evitare di perdere la cittadinanza inglese, rinunciavano all'altra cittadinanza. Per contrastare tale fenomeno nel 2014 la *section* 40(4A) del *Nationality Act* è stata modificata, stabilendo che una persona naturalizzata inglese (*the citizenship status results from the person's naturalisation)*, può essere privata della propria cittadinanza, se si ritiene che «*the deprivation is conducive to the public good because the person, while having that citizenship status, has conducted him or herself in a manner which is seriously prejudicial to the vital interests of the United Kingdom, any of the Islands, or any British overseas territory*» e se si reputa che esistano buone possibilità che quella persona possa divenire cittadino di un altro Stato[31] .

[29] Cfr. Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, new subsection 40 (2).

[30] Cfr. Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, section 4, amending British Nationality Act 1981, section 40 (4).

[31] Cfr. www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/section/40.

Come detto, con tale modifica del *Nationality Act* viene, dunque, reintrodotta la disparità di trattamento tra cittadini, in quanto solo i cittadini naturalizzati possono perdere la cittadinanza, anche nel caso non vi sia certezza che non rimangano privi di cittadinanza, perché il Segretario di Stato deve solo avere «*reasonable grounds for believing that the person is able, under the law of a country or territory outside the United Kingdom, to become a national of such a country or territory*».

Ne consegue che quest'ultima disposizione, rimettendo al giudizio discrezionale del Segretario di Stato la possibilità per l'individuo di acquistare un'altra cittadinanza, indebolisce fortemente la protezione contro l'apolidia ed introduce elementi di variabilità nella condizione dei cittadini inglesi. Con essa si prospetta un'interpretazione diversa della cittadinanza, in qualche modo vincolata alla fedeltà allo Stato, che solo in cambio di tale fedeltà assicura la propria protezione.

Sull'idea generale che la cittadinanza non debba essere considerata un diritto, bensì un privilegio si è dibattuto a lungo in Canada e dopo una prima riforma dello *Strengthening Canada Citizenship Act* (SCCA) compiuta nel 2014 basata sul concetto di privilegio, nell'ultima riforma del 2017 inserita nel Bill C-6[32] si è tornati a preferire il principio di certezza nella cittadinanza e di uguaglianza tra i cittadini.

Tuttavia, anche se nel Bill C-6 è mutata l'impostazione di fondo, per quanto riguarda specificatamente la perdita della cittadinanza nella subsection 10.4(1)[33] viene disposta la possibilità di revoca solo per i cittadini in possesso di una doppia cittadinanza. Infatti, nell'applicare tale norma, al fine di evitare di violare l'art. 8 della Convenzione contro l'apolidia, il ministro competente deve avere «*reasonable grounds to believe that the person is a citizen of another country before pursuing revocation under these grounds*». Nondimeno, nella subsection 10.4(2) della legge sulla cittadinanza è previsto che «*the onus rests with the individual to prove, on a balance of probabilities, that they are not a citizen*

[32] Il *Bill* C-6 è stato approvato in Parlamento e ha ricevuto il consenso reale il 19 giugno 2017.

[33] Nel *Bill* C-6 si conferma che «*Citizenship could be revoked if a person (who is a dual citizen), was convicted of terrorism, high treason, treason spying offences, depending on the sentence received, or who were a part of an armed force of a country or organized group engaged in armed conflict with Canada*». Cfr. il sito web: www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/canadian-citizenship/acquisition-loss/revocation.html. Si veda, in dottrina, A. MACKLIN, *Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien* 2014, in *QLJ*, 2014, pp. 1-54.

of another country», lasciando così all'individuo il problema di provare di non avere un'altra cittadinanza.

L'altro Stato di *common law*, in cui, come detto, è molto avvertito il pericolo rappresentato dal rientro in patria dei propri cittadini combattenti all'estero, è l'Australia, che ha modificato in maniera estremamente severa la propria legge sulla cittadinanza. Infatti, l'*Australian Citizenship* (*Allegiance to Australia*), Bill 2015, partendo dalla premessa che il numero dei *foreign fighters* nel mondo è in aumento, così come è in aumento il numero dei simpatizzanti e dei potenziali terroristi[34] e che il rapporto tra Stato e cittadini deve fondarsi sulla lealtà, ha previsto tre procedure di perdita automatica della cittadinanza senza intervento né di organi esecutivi, né di organi giurisdizionali e senza alcuna distinzione tra chi ha acquistato la cittadinanza per nascita e chi per naturalizzazione. Nondimeno, in specifiche circostanze di seguito indicate, in base alla sezione 33AA del *Bill* 2015, è disposto che solo il terrorista con due cittadinanze può essere privato di quella australiana, nel rispetto della Convenzione contro l'apolidia. Si tratta, quindi, di una misura che, non potendo essere applicata al cittadino in possesso di un'unica cittadinanza, determina disparità di trattamento per i doppi cittadini.

Dunque in base alla prima procedura prevista nel *Bill* 2015 perde automaticamente la cittadinanza chi, agendo in maniera incompatibile con gli obblighi di fedeltà con l'Australia, sia: «*engaging in international terrorist activities using explosive or lethal devices; engaging in a terrorist act; providing or receiving training connected with preparation for, engagement in, or assistance in a terrorist act; directing the activities of a terrorist organisation; recruiting for a terrorist organisation; financing terrorism; financing a terrorist; engaging in foreign incursions and recruitment*».

In base alla seconda procedura perde la cittadinanza australiana chi presta servizio nelle forze armate di uno Stato in guerra con l'Australia o chi combatte a fianco o è al servizio di un'organizzazione terroristica[35]. L'espressione "essere al servizio" è stata oggetto di dibattito, perché secondo un'interpretazione[36], potrebbe anche essere applicata a tutti coloro

[34] Vedi www.legislation.gov.au/Details/C2015B00116/Download.

[35] Cfr. *Australian Citizenship Amendment (Allegiance to Australia) Act 2015*, section 35AA.

[36] Vedi in proposito l'*Australian Citizenship Amendment* (*Allegiance to Australia*) *Bill* 2015, *Explanatory Memorandum*: «*In this context the term, "in the service of" is intended to cover acts done by persons willingly and is not meant to cover acts done by a person against their will (for example, an innocent kidnapped person) or the unwitting supply of goods (for example, the provision of goods following online orders by innocent*

che forniscono supporto di ogni tipo da quello logistico, medico o assistenziale in genere ad organizzazioni terroristiche[37].

Infine, secondo la terza procedura prevista nel *Bill* 2015 perde automaticamente la cittadinanza chi è condannato per atti direttamente o indirettamente connessi con il terrorismo, elencati in maniera dettagliata nel Codice penale[38].

Un ulteriore aspetto, che contraddistingue la legge australiana per la grande severità e per l'attenzione a tutte le possibili attività connesse con il terrorismo, riguarda la potenziale revoca da parte del Ministro per l'immigrazione della cittadinanza anche ai figli minori di coloro che hanno perduto automaticamente la cittadinanza in base alle tre procedure indicate[39]. È una misura molto grave, stabilita solo in base ai rapporti familiari, che trova la propria motivazione nel fatto che i minori, sovente, sono stati sottoposti ad un profondo processo di indottrinamento e sono stati fortemente condizionati contro i Paesi di origine.

Questa e le altre disposizioni sopra riportate sono indicative del rigore con cui l'Australia affronta il problema dei propri cittadini, sia pure solo di quelli in possesso di un'altra cittadinanza, che coinvolti in attività terroristiche, abbiano mancato agli obblighi di lealtà nei confronti dello Stato. Trova in tal modo in Australia pieno accoglimento la teoria secondo la quale la cittadinanza si fonda sul dovere di lealtà da parte del cittadino allo Stato, il quale in cambio riconosce diritti e concede protezione. Il mancato rispetto di tale dovere giustifica la perdita della cittadinanza[40].

Le leggi esaminate hanno, secondo alcuni[41], riportato in uso o almeno modernizzato concetti come "bando" o "esilio" appartenenti ad epoche storiche lontane. Nell'antica Grecia e nel Medioevo, infatti, l'esilio era una puni-

persons). A person may act in the service of a declared terrorist organisation if they undertake activities such as providing medical support, recruiting persons to join declared terrorist organisations, providing money or goods, services and supplies to a declared terrorist organization». Vedi, anche, S. PILLAI, G. WILLIAMS, *Twenty-First Century Banishment: Citizenship Stripping in Common Law Nations*, cit., p. 545.

[37] Tale previsione molto ampia della legge sulla cittadinanza australiana è, secondo fonti australiane giustificata dal fatto che per i *foreign fighters* è in alcuni casi difficile dimostrarne attività di tipo terroristico e che nella maggior parte dei casi i rimpatriati dichiarano di aver "prestato assistenza umanitaria" o eventualmente di aver fornito "supporto logistico", negando di aver partecipato a combattimenti o aver ricevuto un addestramento paramilitare.

[38] Cfr. Section 100.1 Criminal Code.

[39] Cfr. Section 36 of the Australian Citizenship Act 2007.

[40] Per una critica della legge Australiana vedi S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza,* cit., pp. 33-36.

[41] Vedi A. MACKLIn, *Citizenship Revocation*, *the Privilege to Have Rights*, cit., p. 5.

zione alternativa all'esecuzione, mentre nel XVIII e nel XIX secolo i criminali inglesi e francesi venivano deportati ed esiliati nelle colonie, costretti ai lavori forzati, per punirli dei loro comportamenti contrari alle leggi dello Stato.

Le recenti modifiche introdotte dagli Stati nelle leggi sulla cittadinanza, nell'intento di proteggere i propri cittadini contro il terrorismo, hanno in realtà privato di alcune garanzie i cittadini, soprattutto i doppi cittadini, per i quali esiste la possibilità della revoca della cittadinanza, in alcuni Stati addirittura automatica (Australia), come conseguenza del compimento di determinate azioni.

5. *I limiti ai poteri di revoca della cittadinanza da parte degli Stati derivanti dal diritto internazionale convenzionale*

Dall'esame sinora compiuto delle leggi di alcuni Stati occidentali emerge distintamente che la giustificazione della lotta contro il terrorismo non rende gli Stati pienamente liberi di revocare la propria cittadinanza. Essi, in realtà, mostrano consapevolezza dei limiti imposti dalle norme internazionali dirette ad impedire l'apolidia, allorché introducono nelle loro leggi sulla cittadinanza una disposizione in base alla quale la privazione della cittadinanza è prevista solo nei confronti dei cittadini colpevoli di terrorismo in possesso di doppia cittadinanza, in modo da evitarne l'apolidia.

Tale atteggiamento è del resto in linea anche con le norme internazionali, di carattere universale o regionale, emesse per tutelare l'individuo come persona e garantire i suoi diritti contro eventuali abusi commessi dagli Stati. Si tratta, come è ben noto, di norme che hanno modificato fortemente il tradizionale atteggiamento dello Stato non solo nei confronti dei propri cittadini, ma anche degli stranieri[42].

In particolare, tra le Convenzioni che a livello universale vanno rispettate dagli Stati in tema di privazione della cittadinanza, la prima da ricordare è la Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dell'apolidia del 1961, costantemente citata nelle leggi statali sopra esaminate. In essa l'art. 8.1 stabilisce che uno Stato Contraente non può pri-

[42] Si veda quanto sostenuto in generale dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica.* Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A No. 4, parr. 32-34: «*contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that area, and that the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed within their sole jurisdiction; those powers of the state are also circumscribed by their obligations to ensure the full protection of human rights*».

vare una persona della propria cittadinanza, se tale decisione ne comporti l'apolidia, a meno che al momento della firma o della ratifica lo Stato non abbia specificato che intende conservare tale possibilità in alcune circostanze, tra cui quella in cui l'individuo si sia comportato in modo da recare grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato[43]. Ne consegue, quindi, che lo Stato, se non ha apposto tale riserva, non può privare della propria cittadinanza gli individui colpevoli di atti terroristici, che non posseggano un'altra cittadinanza. La mancanza di una doppia cittadinanza impedisce, in base alla Convenzione del 1961, la perdita della cittadinanza.

Sempre a livello universale il divieto di apolidia è contenuto anche nella Convenzione relativa allo status di rifugiato del 1951[44], ma, rispetto al tema in esame va in essa considerata con attenzione la norma in cui si dichiara che la Convenzione non si applica alle persone delle quali si abbiano fondate ragioni per credere che abbiano commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità, gravi crimini non politici o siano colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite. Le stesse eccezioni al divieto di apolidia sono inserite poi nella Convenzione sullo status degli apolidi del 28 settembre 1954, che all'art. 1, par. 2(iii) esclude che essa sia applicabile alle persone per le quali esistano serie ragioni di credere che abbiano commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità o che si siano rese colpevoli di atti contrari agli scopi ed ai principi delle Nazioni Unite[45].

Resterebbe, peraltro, da accertare se il terrorismo rientri tra i crimini per i quali esiste l'eccezione al divieto di apolidia, presente nelle Convenzioni del 1951 e del 1954 sopra citate. In proposito va considerato che, mentre secondo alcuni il terrorismo non può essere considerato come un crimine di guerra, né un crimine contro l'umanità e non è stato del resto inserito tra i crimini elencati negli artt. 7-8 dello Statuto della Corte penale internazionale, non può tuttavia negarsi che esso sia un crimine contro la pace, né che si tratti di un atto contrario agli scopi e ai principi che regolano le Nazioni Unite[46], come si ricava chiaramen-

[43] Cfr. Art. 8. 3(a)(ii) United Nations Convention on the Reduction of Statelessness.

[44] Cfr. art. 1 (F) (a-c) della Convention relating to the Status of Refugees del 1951, consultabile in www.unhcr.org/3b66c2aa10. La Convenzione è stata integrata dal Protocollo relativo allo status dei rifugiati, concluso a New York il 31 gennaio 1967.

[45] Cfr. Convention relating to the Status of Stateless Persons, consultabile in www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf.

[46] In moltissime Risoluzioni delle Nazioni Unite il terrorismo è ritenuto contrario agli scopi e ai fini dell'Organizzazione: tra le tante Risoluzioni emesse in materia di con-

te da numerose Risoluzioni dell'Assemblea generale e del Consiglio di Sicurezza.

A livello regionale, invece, va considerata la Convenzione europea sulla nazionalità adottata il 6 novembre 1997 dal Consiglio d'Europa, volta in generale a limitare le possibilità di perdita della cittadinanza e ad impedire la revoca arbitraria della stessa. In tale Convenzione però, l'art. 7, nn. 1 e 3, della Convenzione europea sulla cittadinanza «*non vieta ad uno Stato contraente di privare taluno della sua cittadinanza, quand'anche questi diventi in tal modo apolide, nel caso in cui tale cittadinanza sia stata ottenuta dall'interessato mediante una condotta fraudolenta, fornendo false dichiarazioni oppure dissimulando un fatto rilevante*»[47].

Viene in tal modo data grande rilevanza al fatto che la cittadinanza sia stata ottenuta con l'inganno o con false informazioni e che, quindi, sia mancata la lealtà dell'individuo nei confronti dello Stato. La Convenzione europea, dunque, attesta che la lealtà nei confronti dello Stato di appartenenza è uno dei doveri fondamentali di un cittadino e il mancato rispetto di siffatto dovere autorizza la perdita della cittadinanza, anche laddove ne derivi l'apolidia[48].

Va aggiunto che in linea di principio non si contrappongono a tale impostazione convenzionale né la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, né il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966. Infatti, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo l'art. 15 afferma, molto genericamente, che ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza e non ne può essere arbitrariamente privato. Si nota tuttavia che il previsto diritto ad una cittadinanza non indica la cittadinanza di uno Stato specifico, ad esempio di nascita o di residenza, ma solo una qualunque generica cittadinanza. Tale divieto, che non ha

trasto al terrorismo. Si veda, ad esempio, AIRES/49/60 Annex (1994); S/RES/1566 (2004) e più recentemente A/RES/70/291 (2016) in cui nel Preambolo si legge: «*Reaffirming that the acts, methods and practices of terrorism in all its forms and manifestations are activities aimed at the destruction of human rights, fundamental freedoms and democracy, at threatening territorial integrity and the security of States and at destabilizing legitimately constituted Governments, and that the international community should take the necessary steps to enhance cooperation to prevent and combat terrorism in a decisive, unified, coordinated, inclusive and transparent manner*».

[47] Cfr. par. 3 dell'art. 7, in cui è stabilito: «*A State Party may not provide in its internal law for the loss of its nationality under paragraphs 1 and 2 of this article if the person concerned would thereby become stateless, with the exception of the cases mentioned in paragraph 1, sub-paragraph b, of this article*».

[48] Così interpreta la Corte di giustizia, sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, punto 52.

peraltro valore obbligatorio, perché contenuto in una Dichiarazione generale e non in un trattato, non ha peraltro in seguito trovato conferma nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, in cui un accenno alla cittadinanza è contenuto nell'art. 24(3), che stabilisce soltanto per i bambini il diritto ad acquistare una cittadinanza e nulla viene detto riguardo alla perdita della cittadinanza o al divieto di apolidia.

Analogamente poi a livello regionale non sono stati previsti espressamente limiti al potere discrezionale dello Stato di privare un proprio cittadino della cittadinanza, neanche ad esempio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, al riguardo non va trascurata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in diverse occasioni ha riconosciuto che la privazione o il rifiuto della cittadinanza possano rientrare indirettamente nell'ambito di applicazione dell'art. 8, a causa delle possibili conseguenze nella vita privata dell'individuo[49].

Neppure la Carta araba sui diritti umani del 2004 prevede limiti al potere degli Stati di revocare la propria cittadinanza, in quanto l'art. 29 riconosce, solo in linea di principio, ad ogni individuo il diritto alla cittadinanza e a non esserne privato in modo arbitrario o illegale[50]. Giustificando adeguatamente dal punto di vista giuridico il provvedimento di revoca della cittadinanza, lo Stato risulta pertanto libero di privare della propria cittadinanza un individuo.

Anche la Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969 all'art. 20 stabilisce soltanto per ogni persona il diritto alla cittadinanza e più in particolare, in mancanza di altra cittadinanza, il diritto alla

[49] Vedi, tra gli altri, il caso *Karassev c. Finlandia*, n. 31414/96, par. 1, lett. *b*) e il caso *Petropavlovskis c. Lettonia*, n. 44230/06, par. 73 e 85. Più recentemente nei casi *Ramadan c. Malta*, sentenza 21 giugno 2016, n. 76136/12, par. 85 e *K2 c. Regno Unito*, sentenza del 7 febbraio 2017, n. 42387/13 la Corte EDU ha affermato che la lesione alla vita privata tutelata dall'art. 8 della Convenzione può derivare anche dalla perdita di una cittadinanza già attribuita. Per un ampio esame della giurisprudenza della Corte EDU in materia di cittadinanza vedi L. PANELLA, *La cittadinanza e la CEDU: affermazione di un diritto individuale o ampliamento del margine di apprezzamento degli Stati?* in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 291 ss.

[50] Cfr. Carta araba sui diritti umani del 2004, art. 29. Riguardo al divieto di privazione della cittadinanza in modo arbitrario o illegale può essere interessante ricordare che la Corte UE nel caso *Janko Rottman c. Freistaat Bayern* citato, al punto 53 ha affermato che una decisione di revoca della cittadinanza è «*conforme al principio di diritto internazionale generale secondo cui nessuno può essere arbitrariamente privato della propria cittadinanza, il quale viene ripreso all'art. 15, n. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 4, lett. c), della Convenzione europea sulla cittadinanza. Infatti, allorché uno Stato priva una persona della sua cittadinanza a motivo della condotta fraudolenta, legalmente accertata, da essa posta in essere, una simile privazione non può essere considerata come un atto arbitrario*».

cittadinanza dello Stato in cui è nato. In essa, come nella Carta araba, è stabilito che nessuno possa essere arbitrariamente privato della propria cittadinanza o, si aggiunge, del diritto di cambiarla.

Particolare interesse in materia di cittadinanza riveste nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo il caso *Yean and Bosico v. Repubblica Dominicana*[51]. In esso la Corte ha innanzitutto dichiarato che «*nationality is a juridical expression of a social fact that connects an individual to a State*» e che «*nationality is a fundamental human right enshrined in the American Convention, and other international instruments*». La Corte poi si è pronunciata in maniera esplicita contro l'apolidia, sostenendo: «*States have the obligation not to adopt practices or laws concerning the granting of nationality, the application of which fosters an increase in the number of stateless persons. This condition arises from the lack of a nationality, when an individual does not qualify to receive this under the State's laws, owing to arbitrary deprivation or the granting of a nationality (…) Statelessness deprives an individual of the possibility of enjoying civil and political rights and places him in a condition of extreme vulnerability*»[52].

Da ciò non si ricavano particolari limiti al potere di revoca della cittadinanza da parte dello Stato, ma soltanto il recepimento nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del divieto di apolidia sancito dalle Convenzioni di carattere universale sopra citate che, del resto, gli Stati occidentali nelle loro leggi interne mostrano di rispettare anche nei confronti di individui ritenuti colpevoli di atti terroristici non in possesso di una doppia cittadinanza.

[51] La Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha avuto occasione di pronunciarsi sul diritto di cittadinanza sancito dall'art. 20 in numerosi casi, tra cui il caso *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A No. 4, parr. 32-35. Nel citato caso *Yean and Bosico v. Repubblica Domenicana*, Judgment of September 8, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), la Corte ha affermato al par. 139: «*The American Convention recognizes both aspects of the right to nationality: the right to have a nationality from the perspective of granting the individual a "minimal measure of legal protection in international relations through the link his nationality establishes between him and the State in question; and second the protection accorded the individual against the arbitrary deprivation of his nationality, without that are tied to the nationality of the individual*». Sulla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo in materia si veda, tra gli altri, S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali*, cit., p. 98.

[52] Cfr. case *Yean and Bosico v. Repubblica Dominicana*, par. 142.

6. *Osservazioni conclusive*

Concludendo, dall'esame compiuto volto a verificare se lo Stato attualmente disponga del potere di privare della propria cittadinanza individui colpevoli di atti terroristici è emerso che esso conserva tale potere, sia pure limitato dalle norme internazionali che vietano l'apolidia. Si è, infatti, rilevato che nell'esercizio della propria competenza in materia lo Stato mostra di voler rispettare le convenzioni concluse a livello universale per ridurre l'apolidia e, quindi, prevede nelle leggi interne disciplinanti la materia, la perdita della cittadinanza solo nei confronti di individui in possesso di doppia cittadinanza. Anche in quest'ultimo caso è stato notato però che nelle convenzioni citate sono previste alcune eccezioni importanti, che potrebbero essere fatte valere nei confronti dei terroristi con un'unica cittadinanza.

Per quanto riguarda le Convenzioni regionali stipulate in materia non si è, invece, notata nessuna particolare attenzione al problema. In effetti, la Convenzione europea sulla nazionalità del 1997 prevede addirittura che gli Stati possano, sia pure eccezionalmente, privare un individuo della cittadinanza, quando questa sia stata acquistata con operazioni fraudolente o false informazioni, anche se ciò ne possa comportare l'apolidia[53].

In conclusione, dall'analisi compiuta si evince che lo Stato, pur avendo perduto la competenza esclusiva nella disciplina del rapporto con i propri cittadini, in casi di grave pericolo per la sicurezza della popolazione e del territorio, può esercitare poteri che risalgono ad epoche antiche ed allontanare dai propri confini e dal proprio contesto sociale persone in possesso di doppia cittadinanza, che si siano rese colpevoli di gravissimi comportamenti, come la partecipazione e l'organizzazione di azioni terroristiche. Né le Convenzioni internazionali dirette a ridurre i casi di apolidia, né quelle più generali stipulate per la tutela dei diritti umani, proibiscono tale comportamento, anzi proprio in alcune di esse sono previste talune eccezioni che potrebbero valere per privare della cittadinanza anche i terroristi in possesso di un'unica cittadinanza. Si osserva, pertanto, rispetto al terrorismo o a volte più genericamente rispetto alla mancanza di lealtà verso lo Stato di origine, l'esistenza del convincimento, sostenuto anche a livello convenzionale internazionale, della legittimità del comportamento dello Stato che, nell'intento di garantire la sicurezza nazionale, sanziona con la perdita della cittadinanza i colpevoli

[53] Vedi *supra* nota 50.

di attacchi terroristici. È, infatti, «*legittimo che uno Stato (...) voglia proteggere il particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra esso e i propri cittadini, nonché la reciprocità di diritti e di doveri, che stanno alla base del vincolo di cittadinanza*»[54].

[54] Così afferma la Corte UE, sentenza 2 marzo 2010, C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, punto 51.

LA CITTADINANZA E LA SUA RILEVANZA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE CONTEMPORANEO

PIETRO GARGIULO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cittadinanza e diritto internazionale classico: la libertà degli Stati di determinare i propri cittadini e i limiti a tale libertà. Il criterio della cittadinanza reale o effettiva. – 3. Lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani e l'emergere di un diritto a una cittadinanza. Contenuto e limiti di tale diritto. – 4. Il diritto a una cittadinanza nella successione tra Stati. – 5. Il diritto di accedere a una determinata cittadinanza. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Molti fattori hanno contribuito, negli ultimi decenni, ad attirare l'attenzione di giuristi di diversi ambiti disciplinari sul tema della cittadinanza[1]. Tra questi, un posto di rilievo riveste quello delle migrazioni di

* Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Teramo.

[1] È davvero impossibile indicare, sia pure sommariamente, l'ampia letteratura che affronta il tema della cittadinanza nei vari ambiti giuridici di riferimento, per cui ci limiteremo a indicare alcuni degli studi che più di altri hanno aiutato chi scrive nelle sue riflessioni sul tema della cittadinanza (interna, europea e internazionale): D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, 1997; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 751 ss.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010; L. MONTANARI, *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, in *Rivista AIC*, 2012/II, p. 1 ss.; R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza europea*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 622 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Filippo Panzera*, Bari, 1995; M.C. BARUFFI, *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; A.F. PANZERA, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Napoli, 1984; J.F. REZEK, *Le droit International de la nationalité*, in *R.A.D.I.*, 1986, III, t. 198, p. 337 ss.; M.R. MAURO, *Immigrati e cittadinanza: alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *Com. int.*, 2007, p. 351 ss.; C. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008; L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, III ed., Milano, 2011; L. PILGRAM, *International Law and European Nationality Laws*, EUDO CITIZENSHIP OBSERVATORY, March 2011 (http://eudo-citizenship.eu); A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, Abingdon-New York, 2013; L. BONFIELD, G. CATALDI, N. PARISI, P. VENTURI (a cura di), *Immigrazione e diritto alla cittadinanza. Immigration and the Right to Nationality*, Napoli, 2015.

massa verso i Paesi economicamente sviluppati, che costituisce un dato costante dell'era della globalizzazione caratterizzata non solo da profondi squilibri nella distribuzione della ricchezza, ma anche da un livello di conflittualità internazionale e interna senza precedenti. Una migrazione che ha assunto sempre più la fisionomia della permanenza nel Paese di destinazione ed è accompagnata, quindi, da una crescente richiesta di accesso alla cittadinanza[2].

Era questo il contesto che faceva da sfondo a un'ampia ricerca svolta alcuni anni fa nella quale l'obiettivo principale che mi ponevo era quello di studiare natura e contenuti della cittadinanza europea, per capirne gli eventuali effetti sulla cittadinanza nazionale. Per ragioni di completezza dell'indagine alla quale mi accingevo ritenni, tuttavia, necessario estendere la ricerca anche ai profili del diritto internazionale[3].

Tale prospettiva di analisi mi sembrava indispensabile, considerata l'opinione ampiamente diffusa in dottrina secondo la quale lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani, molto spesso ricollegato a mutamenti strutturali dell'ordinamento internazionale indotti dalla globalizzazione e dal deperimento della sovranità statale, avrebbe inciso sulla tradizionale libertà degli Stati di attribuire la propria cittadinanza, promuovendo l'emergere, da un lato, di un *diritto alla cittadinanza* e, dall'altro, di un *diritto di accesso alla cittadinanza*[4].

Nel caso del diritto alla cittadinanza si tratterebbe del diritto di ogni individuo di acquisire una cittadinanza, un vero e proprio diritto fondamentale della persona umana; anche se poi risulta difficile, per gli stessi autori che sostengono tale tesi, individuare regole generali del diritto internazionale che impongano agli Stati di attribuire la propria cittadinanza o che permettano di individuare lo Stato nei confronti del quale tale diritto

[2] Cfr. le osservazioni di D. ZOLO, *Migrazione, cittadinanza, globalizzazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, p. 1 ss.; G. ROMEO, *Citizenship in the Age of Globalization*, in *CLR*, 2011, n. 2, p. 1 ss.

[3] P. GARGIULO (con la collaborazione di L. MONTANARI), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012.

[4] Tra gli studiosi del diritto internazionale che accolgono l'una o l'altra, o entrambe, le prospettive indicate si segnalano: J.M.M. CHAN, *The Right to a Nationality as a Human Right: The Current Trend towards Recognition*, in *HRLR*, 1991, p. 1 ss.; R. PLENDER, *The Right to a Nationality as Reflected in International Human Rights Law and the Sovereignity of States in Nationality Matters*, in *Austr. J. Publ. int. L.R.*, 1995, p. 43 ss.; M.R. MAURO, *Immigrati e cittadinanza: alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *Com. int.*, 2007, p. 351 ss.; C. PANELLA, *op. cit.*; P. J. SPIRO, *A New International Law of Citizenship*, in *Am.JIL*, 2011, p. 694 ss.; S. FORLATI, *Nationality as a Human Right*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *op. cit.*, p. 18 ss.

possa essere esercitato. In verità, il diritto alla cittadinanza sul piano dell'ordinamento internazionale si sostanzia (soprattutto) nel diritto di ciascun individuo di essere protetto dall'apolidia e nell'obbligo degli Stati di evitare l'apolidia[5]. Quello che mi preme mettere in rilievo in questa premessa è che, così inteso, il diritto alla cittadinanza non è altro che l'evoluzione di una tendenza già presente nel diritto internazionale connessa all'esigenza di risolvere questioni che potevano rappresentare una minaccia agli interessi degli Stati sia singolarmente considerati sia sul piano delle loro relazioni internazionali. Oggi questa tendenza troverebbe un nuovo punto di riferimento nel diritto internazionale dei diritti umani e sarebbe, quindi, prevalentemente indirizzata a tutelare interessi individuali.

Nel caso del diritto di accesso alla cittadinanza si tratterebbe invece di una regola che pone il diritto di acquisire (ma anche conservare e trasmettere), senza discriminazioni, una determinata cittadinanza, quella dello Stato nel quale si risiede normalmente. In questo secondo caso l'influenza del diritto internazionale dei diritti umani sugli assetti giuridici nazionali in tema di cittadinanza sarebbe ancora più marcata, in quanto porterebbe all'affermarsi del modello della cittadinanza civica/civile o anche territoriale[6] nel quale l'accesso alla cittadinanza è garantito sulla base della residenza ed è necessario per la piena realizzazione dei diritti dell'individuo. Anche sull'affermarsi di questo modello ritengo che sia lecito nutrire dei dubbi, nonostante qualche timida testimonianza della prassi internazionale.

È su questi due profili che mi soffermerò nel prosieguo di questo lavoro, con l'avvertenza che lo stesso tiene conto della necessità di non invadere temi affidati alla riflessione di altri contributi presenti in questo volume.

2. *Cittadinanza e diritto internazionale classico: la libertà degli Stati di determinare i propri cittadini e i limiti a tale libertà. Il criterio della cittadinanza reale o effettiva*

Il punto di partenza di questa riflessione, sia pure espresso in termini

[5] Sotto questo profilo tra gli interventi più recenti v. N. AHMAD, *The Right to a Nationality and the Reduction of Statelessness – The Responses of the International Migration Law Framework*, in *Gron.JIL*, 2017, n. 1, p. 1 ss.

[6] Sulla cittadinanza civica/civile o territoriale sia consentito il rinvio a P. GARGIULO, *L'idea della cittadinanza civile*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 103 ss.

ultra sintetici, è costituito dal ruolo della cittadinanza nel diritto internazionale classico, cioè prima dell'affermazione del diritto internazionale dei diritti umani.

Per il diritto internazionale classico la cittadinanza è una manifestazione della sovranità dello Stato e pertanto costituisce, in linea generale, una materia rientrante nella sua competenza domestica. Nella sostanza è lo Stato che ha la competenza a stabilire i criteri sulla base dei quali accordare o revocare la propria cittadinanza. Questo principio ha trovato conferma nella prassi degli Stati e nella giurisprudenza internazionale (oltre ad essere confermato dalla dottrina[7]). Tuttavia, proprio la giurisprudenza internazionale, nel contribuire a cristallizzare il principio in questione, ne ha ridimensionato la portata stabilendo che la libertà degli Stati incontrava dei limiti, sia pure circoscritti, imposti dal diritto internazionale. In proposito è classico il richiamo al celebre parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale del 1923, nel caso relativo ai decreti di nazionalità promulgati nel 1921 in Tunisia e Marocco. Senza entrare nei dettagli, è possibile indicare che la Corte, pur riconoscendo la discrezionalità degli Stati di determinare chi sono i propri cittadini, afferma che la stessa può essere limitata da obblighi che gli Stati stessi possono aver assunto nei confronti di altri Stati[8].

Se si guarda alla prassi convenzionale dell'epoca si ha modo di rilevare che i limiti posti alla libertà degli Stati in tema di cittadinanza riguardano tre regimi normativi: l'apolidia, la doppia (o multipla) cittadinanza e gli effetti in materia di cittadinanza dei trasferimenti di territori.

Per comprendere la portata delle regole rilevanti negli ambiti indicati, si è soliti fare riferimento alle convenzioni in tema di cittadinanza adottate nell'ambito della Conferenza di codificazione dell'Aja promossa dalla Società delle Nazioni nel 1930: la Convenzione relativa ad alcune questioni in tema di conflitti di legge sulla cittadinanza; il Protocollo relativo a un caso di apolidia; e il Protocollo speciale relativo

[7] Quasi tutti gli studi che si occupano della cittadinanza dal punto di vista del diritto internazionale citati in precedenza fanno riferimento all'istituto in questione dal punto di vista del diritto internazionale classico. A questi si può aggiungere, tra gli studi più datati, M. GIULIANO, *La sudditanza degli individui e il suo rilievo nell'ordinamento internazionale*, in *Com. e studi*, 1956, VII, p. 36 ss.; R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, *Appendice*, Torino, 1980, p. 1265 ss. e, tra quelli più recenti, A. CATALDI, *Immigrazione e diritto alla cittadinanza nell'ordinamento internazionale: aspetti generali*, in L. BONFIELD, G. CATALDI, N. PARISI, P. VENTURI (a cura di), *op. cit.*, p. 225 ss., spec. p. 226 ss.

[8] *Tunis and Morocco Nationality Decrees Case*, *Advisory Opinion of 7 February 1923*, P.C.I.J., Serie B, n. 4, p. 4 ss.

all'apolidia[9]. Si tratta di strumenti importanti, in quanto costituiscono il primo tentativo di codificazione nella materia e, nonostante siano stati ratificati da un numero esiguo di Stati, costituiscono un punto di riferimento per ragionare sul ruolo che all'epoca il diritto internazionale svolgeva in tema di cittadinanza.

In sintesi, la Convenzione muove dal presupposto che «*ogni persona deve avere una cittadinanza e una sola*», quindi, l'obiettivo è quello di procedere verso l'eliminazione delle situazioni di apolidia e di doppia cittadinanza. Per raggiungere tale obiettivo vengono indicati alcuni principi generali nella materia che vale la pena ricordare. Anzitutto, ciascuno Stato è libero di determinare con proprie leggi la sfera dei propri cittadini e le stesse costituiscono il fondamento per risolvere qualsiasi questione concernente la determinazione in capo a un individuo della cittadinanza di un determinato Stato. Tali leggi devono essere conformi al diritto internazionale. Tuttavia, ciò non significa che si riconosca l'esistenza di obblighi generali nella materia, quanto piuttosto il fatto che la cittadinanza concessa da uno Stato e riconosciuta dagli altri Stati costituisce il presupposto per far sorgere in capo ai secondi gli obblighi inerenti il trattamento dello straniero e dei suoi beni previsti dal diritto internazionale generale e i corrispondenti diritti soggettivi a favore del primo[10].

In tema di doppia (o multipla) cittadinanza è stabilito che l'individuo che presenta tale condizione possa essere considerato come proprio cittadino da ciascuno Stato e che nessuno degli stessi può esercitare la protezione diplomatica contro l'altro. Lo Stato terzo deve, invece, trattare l'individuo con doppia cittadinanza come se ne avesse una sola considerando come tale la cittadinanza dello Stato nel quale risiede o con il quale le circostanze del caso indicano che è più strettamente connesso. Considerata la tendenza all'epoca prevalente, di evitare la doppia cittadinanza, la Convenzione consente all'individuo che ha acquisito tale condizione senza il concorso della sua volontà di rinunciare a una delle due previa l'autorizzazione dello Stato interessato. Quest'ultima non può essere negata se l'individuo risiede principalmente e abitualmente all'estero e soddisfa le altre condizioni eventualmente previste dalla legge.

Gli aspetti materiali della disciplina proposta dalla Convenzione riguardano l'apolidia e in proposito è stabilito, anzitutto, che l'espatrio quando previsto dal diritto nazionale non può comportare la perdita della cittadinanza a meno che l'individuo interessato non ne possieda un'altra

[9] I testi sono reperibili sul sito www.unhcr.org.
[10] Cfr. M. GIULIANO, *op. cit.*, p. 55.

o ne acquisisca una nuova. Ci sono poi disposizioni dedicate alla donna sposata e al bambino. Per la prima si tratta di norme volte a rimediare alle palesi disuguaglianze nei confronti della donna in tema di cittadinanza; per il secondo, invece, si tratta di norme volte a favorire l'acquisizione o il mantenimento di una cittadinanza da parte del bambino nato da genitori apolidi, sconosciuti, trovatello, adottato, etc.

È al bambino che si rivolge, d'altra parte, l'unica disposizione del Protocollo relativo a un caso di apolidia stabilendo l'obbligo per le Parti contraenti in cui non opera il criterio dello *ius soli* di attribuire la cittadinanza al bambino nato sul territorio da madre che possiede la sua cittadinanza e da padre apolide o di cittadinanza sconosciuta.

Irrilevanti appaiono, invece, le disposizioni del Protocollo speciale sull'apolidia, sia perché tale strumento non è mai entrato in vigore, sia perché si occupava di una fattispecie assolutamente particolare prevedendo un regime di favore per l'apolide che aveva già posseduto una cittadinanza obbligando lo Stato dell'ultima cittadinanza ad accoglierlo qualora fosse divenuto un soggetto indesiderato in un altro Stato a causa di indigenza permanente o condanna penale.

Gli strumenti ai quali abbiamo fatto riferimento, in particolare la Convenzione, non contengono alcun riferimento alla questione della cittadinanza rispetto ai mutamenti di sovranità territoriale tra Stati. Evidentemente, all'epoca, l'esercizio di codificazione su tale aspetto fu ritenuto non praticabile considerata l'inidoneità della prassi degli Stati a definire regole generali chiare e precise nella materia. Va segnalato, tuttavia, che il progetto di convenzione sulla cittadinanza elaborato dalla *Harvard Law School* in preparazione della Conferenza di codificazione prevedeva una disposizione ritenuta dalla dottrina una soluzione soddisfacente e conforme ai principi generalmente seguiti dagli Stati nella specifica materia[11]. In sostanza si stabiliva, per quanto concerne i mutamenti *totali* di sovranità territoriale, che i cittadini dello Stato predecessore acquisissero la cittadinanza dello Stato successore, mentre, in relazione ai mutamenti *parziali* di sovranità territoriale, era stabilito che i cittadini dello Stato che continuavano ad avere la loro residenza abituale nella parte di territorio che subiva il mutamento di sovranità perdevano la cittadinanza originaria e divenivano – salvo disposizioni pattizie contrarie – cittadini dello Stato successore, a meno di non rinunciare alla stessa in conformità alle leggi di tale Stato. In ogni caso è opportuno segnalare che gli studi che più si sono dedicati all'analisi della prassi all'epoca seguita dagli

[11] *Ibidem*, p. 61 ss.

Stati evidenziano la difficoltà di ricostruire una regola generale ai termini della quale i cittadini dello Stato predecessore dovessero acquisire la cittadinanza dello Stato successore e che al più si può parlare dell'esistenza nel diritto internazionale di indizi che lo Stato successore dovrebbe, attraverso norme interne, conferire la sua cittadinanza ai cittadini dello Stato predecessore. In sostanza, tenuto conto della prassi non univoca seguita dagli Stati nel conferimento della cittadinanza in caso di successioni di Stati, una sintesi efficace delle regole tradizionali applicabili nella materia può essere nel senso che, in assenza di disposizioni contrarie, le persone abitualmente residenti nel territorio dello Stato successore acquisiscono la cittadinanza di detto Stato e perdono la loro cittadinanza precedente, fermo restando il diritto dello Stato successore di determinare più specificamente la sfera dei propri cittadini[12].

D'altra parte, il criterio della residenza abituale è la prova più chiara dell'esistenza di un legame reale ed effettivo tra lo Stato e la sua popolazione tale da giustificarne l'applicazione ai problemi relativi alla cittadinanza anche nel caso del fenomeno della successione tra Stati.

Collegata a quanto appena indicato è l'ultima questione che ritengo necessario affrontare per chiudere le riflessioni sull'approccio del diritto internazionale classico alla questione della cittadinanza. In effetti, dall'esame della prassi internazionale giurisprudenziale e convenzionale sviluppatasi a partire dalla fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento è possibile rinvenire, quale limite alla libertà degli Stati in tema di cittadinanza, il principio della cittadinanza effettiva, che indica la necessità di un vincolo reale, effettivo appunto, tra l'individuo e lo Stato. Vincolo effettivo la cui ricostruzione è legata a elementi di fatto e di diritto che consentono la valutazione dell'inserimento prevalente di un individuo all'interno di una determinata comunità statale. Tra gli elementi di fatto un rilievo particolare viene attribuito alla residenza stabile o abituale. In questo senso assume rilievo la nota sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm* del 1955[13]. Non mi dilungo sul caso e mi limito a osservare che la Corte, dovendo decidere se il Liechtenstein fosse legittimato ad agire in protezione diplomatica per il Nottebohm – cittadino tedesco, per lungo tempo residente in Guatemala, che aveva acquisito, prima dello scoppio della seconda guerra mondiale, la cittadinanza del Liechtenstein per naturalizzazione – nella sentenza parte, anzitutto, dal dato incontestabile della competenza di ciascun Stato sovrano a

[12] Cfr. J.M.M. CHAN, *op. cit.*, pp. 11-12.
[13] V. *Nottebohm Case (second phase)*, in I.C.J. *Reports* 1955, p. 4 ss.

determinare le regole relative all'acquisto originario della propria cittadinanza o del conferimento della stessa attraverso naturalizzazione. La Corte si applica poi a verificare se la cittadinanza per naturalizzazione del Nottebohm fosse opponibile al Guatemala e se questo fosse tenuto a riconoscerne gli effetti. Su questo punto la Corte – sulla base dell'esame della prassi degli Stati, della giurisprudenza e della dottrina – ritenne che il principio rilevante applicabile nella materia fosse quello della cittadinanza effettiva in quanto, da un lato, non si poneva in contraddizione con la libertà di ogni Stato di disciplinare con proprie regole i requisiti per l'acquisto della cittadinanza e, dall'altro, imponeva agli Stati di riconoscerne l'effetto internazionale – il diritto di agire in protezione diplomatica – solo se tali regole erano conformi «*with [the] general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State*...»[14]. Per la Corte, ciò si giustifica pienamente considerato che per il diritto internazionale «*nationality is a legal bound having at its basis a social factor of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as a result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State*»[15]. Non è superfluo aggiungere che, per valutare l'effettività della cittadinanza, la Corte fa riferimento a una serie di fattori tra i quali primeggia quello della residenza abituale dell'individuo interessato e che sulla base della valutazione di tali elementi nel caso specifico nega la legittimazione del Liechtenstein ad agire in protezione diplomatica in quanto la naturalizzazione del Nottebohm «*was not based on any real prior connection with Liechtenstein, nor did it in any way alter the manner of life of the person upon whom it was conferred in exceptional circumstances of speed and accomodation*»[16].

In sostanza, ci sembra di poter dire che la Corte tratta il principio del legame reale ed effettivo come una regola di carattere generale che limita la libertà degli Stati in materia di attribuzione della cittadinanza e che sulla base di tale principio gli Stati sono tenuti a riconoscere la cittadinanza di un individuo se essa si fonda su un legame reale e effettivo tra lo Stato che l'attribuisce e l'individuo a cui è attribuita[17].

[14] *Ibidem*, p. 23.
[15] *Ibidem*, p. 23.
[16] *Ibidem*, p. 26.
[17] Cfr. sul punto M.R. MAURO, *op. cit.*, p. 355.

3. *Lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani e l'emergere di un diritto a una cittadinanza. Contenuto e limiti di tale diritto*

Come già indicato in precedenza, l'emergere e l'affermarsi del diritto a una cittadinanza sono collegati alla rilevanza assunta nell'ordinamento internazionale, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, dalla promozione e protezione dei diritti umani sui piani sia universale, sia regionali. È opinione diffusa, infatti, che lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani abbia inciso sull'approccio tradizionale del diritto internazionale in tema di cittadinanza attenuando la prevalenza degli interessi degli Stati a vantaggio di quelli dell'individuo. A sostegno di tale tesi si fa riferimento soprattutto a atti e strumenti internazionali a partire dal ben noto art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU) del 1948 nel quale si afferma che «*1. Ogni individuo ha diritto a una cittadinanza; 2. Nessun individuo potrà essere privato arbitrariamente della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza*».

Al di là della "simpatia" che tale disposizione suscita in quanto contenuta nell'atto costitutivo del diritto internazionale dei diritti umani, il suo merito, a parere di chi scrive, è soprattutto quello di avere indicato gli ambiti rispetto ai quali il diritto a una cittadinanza può venire in rilievo e che riguardano l'*acquisizione*, il *mantenimento* e il *cambiamento* della cittadinanza da parte di un individuo. È su questi aspetti che concentro l'attenzione di seguito, valutando primariamente le norme internazionali, soprattutto convenzionali, che vengono in rilievo.

Per quanto riguarda il *diritto di acquisire una cittadinanza*, anzitutto merita un commento il par. 1 dell'art. 15 della DUDU. In effetti, la disposizione ha un carattere piuttosto vago e privo di effettività, visto che non indica lo Stato destinatario dell'obbligo corrispondente al diritto enunciato. Essa deve essere, quindi, vista soprattutto come una formulazione positiva dell'obbligo degli Stati di evitare l'apolidia o come un principio ispiratore delle regole sostanziali in materia di apolidia.

Sotto questo profilo un rilievo specifico assume la *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia* del 1961 il cui obiettivo è quello di stabilire il quadro giuridico di riferimento in tema di conferimento e di privazione della cittadinanza per evitare l'apolidia. La Convenzione meriterebbe un esame che qui non posso fare. Mi limiterò a richiamare, tra i principi generali nella stessa affermati, l'obbligo per lo Stato parte di concedere la cittadinanza alla persona nata sul suo territorio e che altrimenti risulterebbe apolide (art. 1, par. 1, *a*), la presunzione di nascita sul territorio e da genitori della nazionalità dello Stato parte per il trovatello (art. 2), l'obbligo per lo Stato parte di concedere la propria cittadinanza alla per-

sona nata fuori dal suo territorio, che altrimenti risulterebbe apolide, se uno dei genitori al momento della nascita è suo cittadino (art. 4). Considerato che questa Convenzione è ritenuta il primo strumento internazionale che fornisce un contenuto materiale al diritto a una cittadinanza di cui all'art. 15 della DUDU, mi corre l'obbligo di segnalare, ciò per evidenziare la resistenza degli Stati a intromissioni nella loro competenza domestica, che essa ha ricevuto un numero di ratifiche oggettivamente basso per l'obiettivo che si pone, solo 70.

Il diritto a una cittadinanza quale principio ispiratore della lotta all'apolidia trova conferma in diversi altri strumenti internazionali che si occupano della protezione di soggetti più vulnerabili quali i *bambini* e la *donna*.

Per quanto riguarda i primi, faccio riferimento, anzitutto, al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 che, pur non contenendo alcuna disposizione generale sul diritto alla cittadinanza, all'art. 24, par. 3, afferma che «*ogni bambino ha diritto di acquisire una cittadinanza*». Sul punto è opportuno aggiungere che il Comitato dei diritti umani, organo di controllo dell'attuazione del Patto, nel suo Commento generale sull'articolo 24 ha chiarito che lo scopo di tale disposizione è quello di prevenire l'apolidia del bambino in quanto *status* che comporta una minore protezione da parte dello Stato e della società[18]. Tuttavia ha, altresì, indicato che la disposizione non pone agli Stati l'obbligo di dare la propria cittadinanza a tutti i bambini nati sul loro territorio, quanto piuttosto di adoperarsi per l'adozione di misure interne e di cooperazione con altri Stati affinché ogni bambino abbia una cittadinanza alla nascita[19]. La stessa *ratio* ritengo accompagni disposizioni simili contenute in altri strumenti internazionali sia universali sia regionali (la *Convenzione sui diritti del bambino* del 1989, la *Convenzione internazionale sulla protezione di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* del 1990, la *Carta africana sul diritto e il benessere del bambino* del 1990, il *Patto sui diritti del bambino nell'Islam* del 2005).

In relazione alla donna viene in rilievo la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne* del 1979, uno strumento diretto, come è ampiamente noto, ad affermare l'uguaglianza dei diritti tra donne e uomini nella società e nella famiglia. Per l'aspetto che qui rileva, la Convenzione cerca di ovviare al fatto che spesso la cittadinanza della donna è stata collegata al matrimo-

[18] V. Comitato dei diritti umani, *General Comment n. 17 (article 24)*, adottato il 29 settembre 1989, punto 8.

[19] *Ibidem.*

nio e, quindi, resa dipendente dalla cittadinanza del marito. L'art. 9 della Convenzione stabilisce che gli Stati contraenti devono garantire alle donne diritti uguali a quelli degli uomini per quanto concerne l'acquisto, la conservazione e il mutamento della cittadinanza e assicurare, in particolare, che né il matrimonio con uno straniero, né il mutamento della cittadinanza del marito durante il matrimonio comportino il mutamento automatico della cittadinanza della moglie, l'apolidia o l'acquisizione forzata della cittadinanza del marito.

Il diritto di acquisire una cittadinanza nei termini che ho sin qui indicato trova conferma anche negli strumenti regionali di protezione dei diritti umani che se ne occupano, con qualche eccezione, o nelle convenzioni regionali che specificamente si occupano della cittadinanza.

Per quanto riguarda i primi, segnalo, senza analizzarlo in quanto oggetto di una specifico lavoro in questo volume[20], il ruolo della *Convenzione europea dei diritti umani* del 1950.

Per quanto concerne, invece, la *Carta araba dei diritti umani* (rivista) del 2004 e la *Convenzione sui diritti umani e le libertà fondamentali della Comunità degli Stati indipendenti* (CSI) del 1995 entrambi gli strumenti ripropongono disposizioni simili a quella contenuta nella DUDU.

C'è poi la *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969 nella quale il diritto a una cittadinanza ha una portata più ampia e costituisce, quindi, l'unica eccezione rispetto alla tendenza sin qui descritta. L'art. 20 della Convenzione, infatti, dopo aver stabilito il diritto di ogni persona a una cittadinanza, impone agli Stati parte l'obbligo di garantire la cittadinanza alle persone nate sul loro territorio e che altrimenti sarebbero apolidi. Certamente la formulazione dell'art. 20 costituisce un avanzamento rispetto alle precedenti formulazioni del diritto a una cittadinanza, probabilmente dovuta alla preferenza riscontrabile negli Stati del continente americano per lo *ius soli* quale criterio per l'attribuzione della cittadinanza. Inoltre, sulla base dell'interpretazione della disposizione in questione la Corte inter-americana dei diritti umani ha pronunciato una notissima opinione consultiva nel 1989, relativa alla proposta di emendamenti alla Costituzione del Costa Rica in materia di naturalizzazione, nella quale, da un lato, viene ampiamente ridimensionata la competenza domestica in tema di cittadinanza in ragione degli obblighi che gli Stati hanno assunto di garantire la piena protezione dei diritti umani e,

[20] V. C. PANELLA, *Il diritto individuale ad una cittadinanza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume, p. 99 ss.

dall'altro, si afferma che la cittadinanza è un diritto naturale di tutti gli esseri umani, non solo in quanto requisito fondamentale per l'esercizio dei diritti politici, ma anche perché svolge un ruolo fondamentale rispetto alla capacità giuridica degli individui[21].

Per quanto riguarda le convenzioni regionali specifiche sulla cittadinanza merita un breve riferimento la *Convenzione europea sulla cittadinanza* del 1997. Anche in questo strumento il diritto a una cittadinanza è strettamente connesso all'obbligo degli Stati di evitare l'apolidia; Stati ai quali, comunque, viene riconosciuta la libertà di determinare con proprie norme chi sono i loro cittadini, fermo restando che le stesse devono essere accettate dagli altri Stati in quanto conformi con il diritto internazionale[22].

Come già detto in precedenza il diritto a una cittadinanza implica anche *il diritto di conservare la cittadinanza*. Questo si sostanzia nel divieto di privazione arbitraria della cittadinanza[23]. Un tema che ha acquisito di recente una particolare attenzione in relazione al fenomeno della lotta al terrorismo[24]. Anche qui, mi limito a brevi considerazioni. A partire dall'art. 15, par. 2, della DUDU, tutti gli strumenti internazionali, universali e regionali, di protezione dei diritti umani riconoscono il divieto in questione[25]. A questi possiamo aggiungere anche i trattati relati-

[21] V. *Re Amendments to the Naturalization provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion of 19 January 1984, OC-4/84, in *HRLJ*, 1984, p. 161 ss.

[22] V. *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, p. 5, consultabile sul sito www.coe.int.

[23] Il tema è oggetto di particolare attenzione nell'ambito delle Nazioni Unite da parte del Consiglio dei diritti umani. In particolare v. i rapporti UN Doc. A/HRC/10/34 del 26 gennaio 2009 e A/HRC/13/34 del 14 dicembre 2009.

[24] Negli ultimi anni è stata crescente la tendenza degli Stati a utilizzare la cittadinanza quale strumento di lotta al terrorismo. In prima linea in questo senso diversi Stati occidentali tra cui il Canada e il Regno Unito. Le politiche di privazione della cittadinanza nei confronti di soggetti implicati nel terrorismo pongono particolari problemi di compatibilità sotto il profilo del diritto internazionale quali l'obbligo di evitare l'apolidia e il divieto di privazione arbitraria della cittadinanza. Si v., *ex multis*, C. CIPOLLETTI, *La privazione della cittadinanza nel contrasto ai "foreign terrorist fighters" e il diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 117 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Deprivation of Nationality: In Defence of a Principled Approach*, in *Quest. Int. Law*, 2016, p. 5 ss.; L. VAN WAAS, *Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and International Law Implications*, in A. DE GUTTRY, F. CAPONE, CH. PAULUSSEN (eds.), *Foreign Fighters under International law and Beyond*, 2016, p. 469 ss.

[25] Per fare alcuni esempi si possono citare: la Convenzione sui diritti del bambino che prevede l'impegno degli Stati parti a rispettare il diritto del bambino di conservare, tra l'altro, la cittadinanza, così come riconosciuto dalla legge, senza interferenze illegali (art. 8, par. 1); la Convenzione americana sui diritti umani (art. 20, par. 3); la Convenzione europea sulla cittadinanza (art. 4, lett. *c*). Gli strumenti indicati rispecchiano fedelmente la terminologia dell'art. 15, par. 2, della Dichiarazione universale.

vi a specifiche forme di discriminazione e i trattati per la lotta all'apolidia.

Per quanto concerne i primi un richiamo particolare merita la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* del 1965 che prevede l'impegno degli Stati parti a vietare e eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme e a garantire il diritto di ogni persona all'uguaglianza di fronte alla legge senza distinzioni di razza, colore o origine nazionale o etnica, nel pieno godimento di una serie di diritti, tra i quali è espressamente indicato quello alla cittadinanza (art. 5 lett. *d*, punto iii). In proposito va segnalato che secondo l'organo di controllo della Convenzione – il Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale (CERD) – la privazione della cittadinanza sulla base della razza, del colore, della discendenza e dell'origine nazionale o etnica costituisce una violazione degli obblighi di garantire il godimento non discriminatorio del diritto alla cittadinanza[26]. In verità, è forse il caso di fare qui un accenno al fatto che il principio di non discriminazione ha una specifica rilevanza in tema di cittadinanza per il ruolo più generale che lo stesso svolge nel diritto internazionale dei diritti umani. È in base a tale principio, riconosciuto in molti dei trattati che abbiamo in precedenza menzionato, che gli Stati hanno l'obbligo di rispettare e assicurare a tutti gli individui i diritti riconosciuti nelle convenzioni sui diritti umani pertinenti, senza alcuna distinzione fondata sulla razza, sul colore, sul sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o altre, l'origine nazionale e sociale, la proprietà, la nascita o altri *status*.

In relazione ai trattati in materia di apolidia viene in rilievo la già richiamata Convenzione del 1961 che all'art. 8, nell'affrontare in termini generali la causa primordiale del fenomeno dell'apolidia, stabilisce l'obbligo per gli Stati parti di non privare un individuo della sua cittadinanza se ciò ha la conseguenza di renderlo apolide. Tale regola è accompagnata da alcune eccezioni che riguardano l'acquisizione della cittadinanza attraverso dichiarazioni false o altro modo fraudolento, la mancata lealtà verso lo Stato, i comportamenti pregiudizievoli per gli interessi essenziali dello Stato o di manifesta fedeltà verso un altro Stato. L'esistenza di tali eccezioni sembra essere confermata da una prassi internazionale che il Consiglio dei diritti umani sta osservando da diversi anni con particolare attenzione. Tale prassi mette in rilievo che le circostanze più frequenti sulla base delle quali gli Stati pongono fine al lega-

[26] Cfr. *General Recommendation No. 30: Discrimination Against Non Citizens* del 1° ottobre 2004.

me di cittadinanza, pur producendo l'apolidia, riguardano l'acquisizione della cittadinanza attraverso false dichiarazioni o comportamenti fraudolenti e la commissione di atti da parte del cittadino che pregiudicano gravemente gli interessi vitali dello Stato.

Infine, il diritto a una cittadinanza implica anche il *diritto a cambiare la cittadinanza*, un diritto che trova esplicita menzione nell'art. 15 della DUDU e che muove dalla *ratio* che la volontà individuale è uno dei fattori rilevanti rispetto alla decisione di rinunciare a quel particolare legame che caratterizza la cittadinanza di un individuo con un determinato Stato per stabilirne un altro. Si tratta di un diritto, è facile intuirlo, che ha una particolare rilevanza in relazione al fenomeno migratorio. Considerato che il tema è affrontato in un altro lavoro in questo volume[27] mi limito a una breve osservazione sulla base della prassi internazionale. Questa mostra, in particolare, che l'esercizio di tale diritto è condizionato dalle soluzioni di carattere normativo che gli Stati adottano in relazione al problema della doppia (o multipla) cittadinanza e a quello dell'apolidia. In sostanza, il diritto di cambiare la cittadinanza può essere legittimamente condizionato da alcune restrizioni che riguardano in particolare la perdita della cittadinanza precedente e le misure ritenute necessarie per evitare l'apolidia. Ciò trova conferma, tra l'altro, nella Convenzione sull'apolidia del 1961 e nella Convenzione europea sulla cittadinanza.

4. *Il diritto a una cittadinanza nella successione tra Stati*

Come già accennato in precedenza, le conseguenze sulla cittadinanza dei mutamenti del territorio costituiscono una delle questioni più controverse dal punto di vista del diritto internazionale. In tali situazioni, infatti, la determinazione della cittadinanza della popolazione oggetto del mutamento territoriale cessa di essere una questione di competenza esclusiva di un solo Stato per divenire oggetto di interesse di due o più Stati. Inoltre, la questione è per forza di cose attratta nell'orbita d'influenza delle regole internazionali relative ai trasferimenti di territorio che, come è noto, sono caratterizzate da un elevato livello di complessità e hanno dato origine a non poche controversie tra gli Stati e opinioni divergenti della dottrina[28].

[27] V. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Cittadinanza, nazionalità immigrazione*, in questo volume, p. 69 ss.

[28] Sul tema della cittadinanza nella successione tra Stati v. per l'essenziale J.L.

Considerato che si è già illustrato l'approccio del diritto internazionale tradizionale nella materia[29], concentreremo l'attenzione qui di seguito sulla disciplina proposta dalla Commissione del diritto internazionale (CDI) nel progetto di articoli sulla cittadinanza delle persone fisiche in relazione alla successione tra Stati[30], ciò in ragione del fatto che, per ammissione della stessa CDI, le proposte di articolo sono state formulate anche tenuto conto dell'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani che ha imposto un superamento dell'approccio fondato sulla prevalenza dell'interesse degli Stati su quello degli individui[31]. Sotto tale profilo l'approccio della Commissione è particolarmente significativo in quanto diretto a stabilire una cornice di regole capaci di garantire i diritti di tutte le persone la cui cittadinanza risulta influenzata da un fenomeno di successione tra Stati, indipendentemente dal luogo nel quale esse hanno la loro residenza abituale.

Il principio fondamentale dal quale discendono tutte le altre regole è contenuto nell'art. 1 del progetto che riconosce il diritto a una cittadinanza nel contesto della successione tra Stati nei seguenti termini: «*Ogni individuo che alla data della successione, ha la cittadinanza dello Stato predecessore, ha il diritto alla cittadinanza di almeno uno degli Stati interessati, in conformità al presente progetto di articoli*». In effetti, la Commissione, pur riconoscendo, in generale, la difficoltà di individuare lo Stato destinatario dell'obbligo corrispondente al diritto a una cittadinanza, ritiene che nei casi di successione tale Stato sia sempre identificabile, vuoi in quello successore (o successori nel caso in cui siano più di uno) vuoi in quello predecessore. In sostanza, l'individuazione dello Stato obbligato ad attribuire la propria cittadinanza dipende dal tipo di successione e dalla natura dei legami (residenza, familiari, professionali) della persona interessata con uno o più degli Stati coinvolti nella successione[32]. Nel progetto di articoli non si esclude, quindi, che la persona possa avere legami con due o più Stati coinvolti nella successione. In tal caso è la volontà della persona che prevale potendo la stessa optare tra una singola o doppia (multipla) cittadinanza.

BLACKMAN, *State Succession and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality under International Law*, in *Mich. JIL*, 1998, p. 1141 ss. e, più di recente, F. COSTAMAGNA, *Statelessness in the Context of State Succession. An Appraisal under International Law*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *op. cit.*, p. 37 ss.

[29] V. *supra* par. 2.

[30] V. il commentario sul progetto in questione in *Yearbook of International Law Commission*, 1997, vol. II (I), p. 20 ss.

[31] *Ibidem*, p. 24.

[32] *Ibidem*, p. 25.

Tale possibilità certamente costituisce un indizio di cambiamento rispetto al passato considerato che il diritto internazionale tradizionale tendeva ad escludere la doppia (o multipla) cittadinanza per i problemi che la stessa poteva generare nelle relazioni tra gli Stati. Tuttavia, sarebbe errato ricavare da tale approccio un cambiamento assoluto e definitivo. Infatti, diverse altre disposizioni del progetto di articoli attestano la volontà di lasciare alla discrezionalità degli Stati se favorire una simile tendenza oppure optare per una politica che privilegi la soluzione di una singola cittadinanza[33].

Se ne può ricavare che l'intento della Commissione è più indirizzato a proporre disposizioni volte a stabilire un equilibrio tra gli interessi degli individui e quelli degli Stati coinvolti nel fenomeno di successione, riconoscendo ai secondi la facoltà di prevedere misure legislative dirette a ridurre o eliminare la doppia (o multipla) cittadinanza, ma ciò solo quando le stesse non producono l'apolidia delle persone interessate.

Anche l'art. 4 del progetto mette in rilievo l'importanza di quest'ultima questione stabilendo l'obbligo per gli Stati coinvolti nella successione di prevenire il verificarsi dell'apolidia delle persone interessate quale conseguenza logica del loro diritto a una cittadinanza. Così anche l'art. 5 del progetto che, al fine di evitare che le persone coinvolte in una situazione di successione possano divenire apolidi nel periodo tra la data della successione e l'adozione delle pertinenti normative nazionali o la conclusione di accordi tra gli Stati interessati, stabilisce che le persone abitualmente residenti nel territorio oggetto della successione si presume che acquisiscano la cittadinanza dello Stato successore.

È opportuno qui richiamare altre due disposizioni di carattere generale del progetto in quanto confermano il ruolo di due principi fondamentali rispetto al diritto a una cittadinanza. Il primo è l'art. 15 che riguarda il principio di non discriminazione e che pone il divieto di discriminazioni su qualsiasi base che portino al diniego per la persona inte-

[33] L'art. 8 del progetto dichiara l'assenza di un obbligo in capo allo Stato successore di attribuire la propria cittadinanza a persone che risiedono abitualmente nel territorio di un altro Stato o che hanno anche la cittadinanza di quest'ultimo o quella di qualsiasi altro Stato. L'art. 9 del progetto a sua volta prevede la facoltà per lo Stato successore di chiedere la rinuncia alla cittadinanza di un altro Stato quale condizione per l'attribuzione della sua. Tale condizione non può essere applicata se rende la persona interessata apolide sia pure temporaneamente. L'art. 10 consente, infine, allo Stato predecessore di prevedere la perdita della propria cittadinanza rispetto alla persona che volontariamente acquisisce la cittadinanza dello Stato successore. Lo stesso vale per lo Stato successore nei confronti della persona che ha acquisito la sua cittadinanza e che volontariamente acquisisce la cittadinanza di un altro Stato successore o mantiene quella dello Stato predecessore.

ressata del mantenimento o dell'acquisizione di una cittadinanza o del diritto di opzione nel contesto di una successione tra Stati. La formula così ampia utilizzata nel progetto di disposizione è un chiaro segnale della volontà della CDI di porre un argine a tutte quelle pratiche nazionali che condizionano la garanzia della cittadinanza alla presenza di requisiti discriminatori nei confronti di parti della popolazione che hanno un chiaro legame con lo Stato successore[34].

Il secondo è l'art. 16 che prevede il divieto della privazione arbitraria della cittadinanza nelle situazioni di successione di Stati. La disposizione stabilisce, da un lato, il divieto del ritiro arbitrario della cittadinanza da parte dello Stato predecessore e il divieto del rifiuto arbitrario dello Stato successore nei confronti delle persone che hanno titolo rispettivamente a mantenere o acquisire la relativa cittadinanza e, dall'altro, il divieto della privazione arbitraria del diritto di opzione di una persona quale espressione del diritto di cambiare la propria cittadinanza nel contesto di una successione tra Stati.

In effetti, il diritto di opzione degli individui che permette loro di scegliere la propria cittadinanza tra quella dello Stato predecessore e quella dello Stato successore (o degli Stati successori) è stabilito, in termini generali, nell'art. 11 del progetto di articoli. Tale disposizione, attribuendo un particolare rilievo alla volontà dell'individuo, è quella che maggiormente rispecchia l'influenza dello sviluppo dei diritti umani in tema di cittadinanza. Tuttavia, la CDI stessa avverte che ciò non significa che qualsiasi acquisizione della cittadinanza nell'ambito della successione di Stati deve avere una base consensuale e che il diritto di opzione può svolgere un ruolo utile in quelle situazioni nelle quali la competenza ad attribuire la cittadinanza spetta a più Stati coinvolti nella situazione di successione.

Infine, un cenno merita l'art. 18 del progetto di articoli che obbliga gli Stati interessati a cooperare attraverso lo scambio di informazioni e la consultazione al fine di identificare, mitigare o eliminare gli effetti negativi sulla cittadinanza di determinate successioni. L'apolidia è l'effetto negativo più importante al quale la CDI fa riferimento, senza tralasciare, comunque, questioni quali la doppia cittadinanza, il mantenimento dell'unità familiare, gli obblighi militari e i benefici di carattere sociale.

[34] V. il commentario al progetto di articoli della CDI cit. *supra* alla nota 30, p. 37.

5. *Il diritto di accedere a una determinata cittadinanza*

Così come indicato in premessa, l'ultimo aspetto che prendo in esame riguarda il diritto di accedere a una determinata cittadinanza. L'emergere di questo diritto è sostenuto da alcuni studiosi per ragioni legate al consolidarsi di un fenomeno migratorio di enormi proporzioni e alla scelta di molti migranti di rimanere in via permanente nel paese di immigrazione. Per non invadere campi affidati ad altri mi limito a tracciare un quadro molto generale. Secondo gli studiosi ai quali faccio riferimento, questo nuovo diritto imporrebbe, da un lato, l'accesso alla cittadinanza dei residenti abituali e dei loro figli e, dall'altro, la possibilità di mantenere la doppia cittadinanza[35].

Gli ambiti normativi ai quali questi studiosi fanno riferimento come fondamento delle loro tesi sono i seguenti.

Anzitutto il ruolo del principio di non discriminazione rispetto alla tutela del diritto a una cittadinanza. Si fa riferimento, in proposito all'art. 5, lett. *d*, punto iii), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale e alle raccomandazioni dell'organo di controllo della Convenzione, il Comitato contro le discriminazioni razziali (CERD), il quale sottolinea che è compito degli Stati di vigilare affinché gruppi particolari di non cittadini non subiscano discriminazioni nell'accesso alla cittadinanza o alla naturalizzazione e in particolare invita gli Stati a prestare la necessaria attenzione a eventuali ostacoli alla naturalizzazione dei residenti di lunga durata o di quelli permanenti[36]. In verità il CERD è intervenuto anche per quanto concerne la privazione della cittadinanza e in materia di misure rivolte a evitare l'apolidia.

Un secondo ambito normativo di riferimento per il diritto di accesso alla cittadinanza è costituito dalla Convenzione europea sulla cittadinanza. Un primo riferimento all'art. 5 dove è stabilito l'obbligo per gli Stati parti di far sì che le loro regole in materia di cittadinanza non prevedano distinzioni o prassi discriminatorie fondate sul sesso, la religione, la razza, il colore, l'origine nazionale o etnica. Una regola questa che mi sembra in linea con altre disposizioni internazionali che indicano le discriminazioni vietate in materia di cittadinanza. Vale la pena sottolineare su questa disposizione che il rapporto esplicativo della Convenzione non esclude la possibilità per gli Stati di stabilire trattamenti preferenziali nel determinare i criteri di accesso alla propria cittadinanza[37]. Un secondo riferimento riguarda i para-

[35] Cfr. in particolare P.J. SPIRO, *op. cit.*, p. 718.
[36] V. la *General Recommendation*, cit. *supra* a nota 26.
[37] V. il documento cit. *supra* a nota 22.

grafi 3 e 4 dell'art. 6. Il par. 3 pone agli Stati parti l'obbligo di stabilire nei loro ordinamenti regole che consentano la naturalizzazione degli stranieri legalmente e abitualmente residenti sul loro territorio. Il periodo di residenza che legittima la presentazione della richiesta non può essere superiore a 10 anni. Agli Stati è anche consentito di stabilire altre condizioni ai fini della naturalizzazione, in particolare se dirette a stabilire l'integrazione delle persone interessate e, quindi, l'esistenza di un legame sociale tra persona e comunità politica di riferimento. Tutto sommato mi pare che ci troviamo di fronte a condizioni che sono previste diffusamente negli ordinamenti interni degli Stati. Il par. 4, invece, elenca alcune categorie di persone per le quali lo Stato può prevedere delle facilitazioni per l'acquisizione della cittadinanza: il coniuge del cittadino; i bambini; le persone nate sul territorio e ivi residenti legalmente e abitualmente e quelle che risiedono alle stesse condizioni per un periodo di tempo prima del compimento dei 18 anni; i rifugiati e gli apolidi legalmente e abitualmente residenti. Anche in questo caso ci troviamo di fronte a condizioni che pure sono presenti negli ordinamenti di diversi Stati.

A proposito dei rifugiati e degli apolidi va detto che anche la Convenzione sullo *status* degli apolidi e la Convenzione sullo *status* di rifugiati, entrambe del 1954, costituiscono dei regimi normativi cui i sostenitori del diritto di accesso a una determinata cittadinanza rivolgono la loro attenzione in quanto sollecitano gli Stati parti a facilitare, per quanto possibile, l'integrazione e la naturalizzazione attraverso procedure spedite e dai costi accessibili.

Infine, il diritto di accesso alla cittadinanza promuove un cambiamento di indirizzo anche in relazione alla doppia cittadinanza, in quanto il non poterla mantenere costituisce un ostacolo alla naturalizzazione degli immigrati. I riferimenti in questo caso sono, da un lato, alla Convenzione europea sulla cittadinanza, le cui soluzioni sono comunque ritenute alquanto deboli (qui viene in rilievo la lettura congiunta degli articoli 14, 15 e 16) e, dall'altro, la prassi del CERD che è solito condannare gli Stati che prevedono nei loro ordinamenti l'obbligo di rinunciare alla doppia cittadinanza in quanto costituisce un ostacolo per l'accesso alla cittadinanza delle persone nate sul territorio e dei residenti di lungo termine. Su questo punto ritengo che non si possa dire che la fase di sviluppo attuale del diritto internazionale dei diritti umani riconosca il diritto al mantenimento della doppia cittadinanza ma al più che tale *status* è tollerato o riconosciuto dagli Stati in determinate circostanze.

Lo stesso vale a mio parere anche per il diritto di accesso a una cittadinanza. L'analisi sviluppata su questo aspetto mostra che la prassi internazionale alla quale si fa riferimento evidenzia esclusivamente

l'esistenza di norme volte a stabilire trattamenti preferenziali in contesti particolari e che sul piano del contenuto non prospettano niente di più avanzato di quanto già previsto in diversi ordinamenti interni.

6. *Conclusioni*

In conclusione si ritiene opportuno sottolineare che l'obiettivo dell'analisi svolta in precedenza non era quello di mettere in dubbio il ruolo che lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani ha avuto anche in relazione al tema della cittadinanza. Tuttavia, ci sembra di poter rilevare che l'analisi delle norme pertinenti, come pure la prassi attuativa delle stesse, indicano in modo piuttosto chiaro che l'incidenza del diritto internazionale, ivi compreso quello sui diritti umani, sul carattere pressoché esclusivo della competenza statale in tema di cittadinanza è spesso sopravvalutata e non sembra apportare significativi sviluppi alla tutela degli individui in tema di cittadinanza. È opinione di chi scrive che spesso non si colgono le difficoltà che ancora oggi incontra l'affermazione del carattere universale dei diritti umani e, soprattutto, lo scarso grado di tutela di tali diritti, almeno sul piano dei meccanismi previsti a livello internazionale/universale. Insomma, la valutazione dell'evoluzione del diritto internazionale in tema di cittadinanza non può non tenere in debita considerazione i limiti di un sistema giuridico che, nonostante la globalizzazione e il (preteso) ridimensionamento della sovranità statale, rimane indirizzato a tutelare prevalentemente gli interessi degli Stati sovrani.

CITTADINANZA, NAZIONALITÀ E IMMIGRAZIONE

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cittadinanza e nazionalità nel diritto internazionale. – 3. Cittadinanza europea: né nazionalità né cittadinanza. – 4. La situazione particolare di alcuni cittadini non aventi nazionalità degli Stati membri dell'UE quanto al loro regime giuridico come cittadini europei. – 5. Gli immigrati soggiornanti permanenti, i familiari privi di cittadinanza europea. – 6. L'esclusione dalla cittadinanza europea dei familiari non comunitari dei cittadini europei. – 7. Alcune proposte per reinterpretare la cittadinanza europea. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

È interessante notare che, quando si discute delle tematiche di nazionalità e condizione giuridica dello straniero, sovente si è inclini a ritenere che ci si stia riferendo a materie attribuite alla competenza del diritto internazionale pubblico[1]. Tuttavia, ciò non corrisponde alla realtà; ed invero, il diritto internazionale pubblico difficilmente si occupa della suddetta materia. A tal riguardo, alcuni autori ritengono che la materia della nazionalità sia il risultato di una delega di poteri dal diritto internazionale al diritto nazionale[2], la qual cosa si palesa incerta, stante l'inesistenza di un testo giuridico internazionale che definisca la nozione di "straniero" e, di conseguenza, cosa debba intendersi per "cittadino di uno Stato".

La base storica della nazionalità come uno *status* personale si radica nel diritto romano, dove lo *status civitatis* dimostra la capacità giuridica dell'individuo, unitamente allo *status libertatis* e allo *status familiae*[3]. Il

* Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico e Relazioni Internazionali, Università di Siviglia.

[1] Questo lavoro è svolto nell'ambito del Progetto di Eccellenze RASEGUR (DER2015-65906-P) e degli Azioni di Dinamizzazione di Carattere Internazionale "*Europa Investigación*" 2017 (EUIN2017-85437), entrambi finanziati dall'*Agencia Estatal de Investigación* e *FEDER*.

[2] H. BONNEAU, *Le retrait de nationalité en droit des gens*, in *RGDIP* 1948, vol. 52, p. 69. Si veda anche J. BURLET, *De l'importance d'un droit international coutumier de la nationalité*, in *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1978, n. 67, p. 305.

[3] F. ESPITIA GARZÓN, *Historia del Derecho Romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, V ed., 2016, pp. 305-333.

medesimo rappresenta un concetto giuridico introdotto nella scienza contemporanea attraverso il diritto civile[4].

Di seguito, si stabilì una dipendenza territoriale della persona (*glebae adstricti*) essendo la stessa considerata, altresì, come *fructus terrea*[5].

Orbene, come ha riconosciuto Aguilar Navarro, fu con lo Statonazione che si produsse il passaggio dal concetto di cittadinanza locale o di domicilio alla cittadinanza[6] e, pertanto, «*arrivarono i conflitti spaventosi di nazionalità, apolidia e doppia nazionalità, che erano circostanze patologiche che hanno fortemente turbato la vita internazionale*»[7]. A quanto precede, probabilmente, è attribuibile la confusione storica, come Kerikmäe riconosce essere avvenuta, tra i termini cittadinanza e nazionalità che, a volte, sono stati usati come sinonimi[8].

In ogni caso, nel secolo XVIII[9] e agli inizi del secolo XIX «*la nazionalità è stata studiata come l'oggetto di una normativa più o meno dettagliata ed è solo in questo momento che la nazionalità ha acquisito importanza nella vita giuridica moderna*»[10] e non solo per l'esercizio dei diritti, ma anche per l'assolvimento di doveri, come, ad esempio, il servizio militare[11].

Questi temi rappresentano il punto di partenza per lo studio della dimensione attuale della cittadinanza europea riguardo alla nazionalità e all'immigrazione, le quali richiedono ulteriori risposte rispetto a quelle offerte dall'attuale legislazione dell'Unione europea.

2. *Cittadinanza e nazionalità nel diritto internazionale*

Il termine "cittadinanza" si riferisce alla parola "città" e potrebbe essere definita come la qualità di una persona "nativa di" o "residente in" una città.

[4] A.N. MAKAROV, *Règles du droit de la nationalité*, in *RCADI*, 1949, 1, n. 74, p. 280.

[5] P. ANDERSON, *Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo*, Madrid, 2002.

[6] Per un'analisi storica più approfondita, si veda J.M. PÉREZ COLLADO, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1993.

[7] M. AGUILAR NAVARRO, *Reglamentación internacional del derecho de la nacionalidad*, in *R.E.D.I.*, 1957, n. 10, p. 335.

[8] T. KERIKMÄE, *European Convention on Nationality and States' Competence: the issues of Human Rights*, in *Jur. Int.*, 1997, vol. I, p. 25.

[9] M. RAPPORT, *Nationality and Citizenship in Revolutionary France. The Treatment of Foreigners 1789-1799*, London, 2000.

[10] A.N. MAKAROV, *op. cit.*, p. 277.

[11] *Ibidem*, p. 278.

Troppo spesso si tende a identificare l'espressione "cittadinanza" con nazionalità, riferendosi alle persone che sono membri attivi di uno Stato e detentori di diritti politici.

Ciò si verifica, ad esempio, in molti comuni in cui si conferiscono i titoli onorifici di "cittadini onorari" o nelle comunità politiche, come nel caso di una comunità autonoma della Spagna, di uno Stato federale in Germania o di una Regione in Italia o in Portogallo, che concedono diritti e impongono obblighi ai cittadini nati o stabiliti nel loro territorio. Si considerino, a titolo esemplificativo, i cittadini andalusi, per nascita o in virtù di un vincolo successorio diretto con gli stessi che vivono all'estero, godendo di diritti che non spetterebbero ai catalani o ai madrileni, e viceversa.

Quanto precede, però, è cosa diversa dalla "cittadinanza civile", *perché va oltre*. Secondo la legge spagnola, la cittadinanza civile determina l'oggetto di un diritto civile comune o speciale, chiamato *derecho foral*; essa si può acquisire con la residenza continuativa di due anni, come vedremo in seguito.

La cittadinanza si basa sullo *ius sanguinis,* ma prende in considerazione anche lo *ius soli*; ciò si manifesta, ad esempio, nella previsione secondo cui un catalano, per esercitare il diritto degli andalusi di sottoporsi ad operazione chirurgica per il cambiamento del sesso con spese a carico della sanità pubblica, debba essere iscritto all'Anagrafe della Popolazione Residente o stabilirsi nel territorio dell'Andalusia.

Pertanto, da ciò si desume che questa identificazione non è nemmeno ipotizzabile all'interno dello Stato.

Secondo il diritto internazionale, la pratica degli Stati indica l'identificazione tra cittadinanza e nazionalità, poiché esige alcuni elementi di collegamento tra la persona che è titolare dei diritti politici e lo Stato, ossia il fondamento dell'esistenza di un rapporto giuridico che identifica la persona come parte della popolazione di uno Stato.

Senza alcun intento di essere esaustivi o di compiere un'analisi approfondita al riguardo, potremmo considerare che la nazionalità[12], come dice Niboyet, è «*il legame giuridico-politico che collega un individuo a uno Stato*»[13], meglio definito da Arellano, il quale afferma che la nazio-

[12] Esistono diverse teorie sulla nazionalità: la teoria sociologica, la teoria dello *status*, la teoria del contratto, la teoria dello Stato, il problema del carattere di diritto pubblico della nazionalità, della nazionalità formale o della nazionalità funzionale, ecc. Vedi F. DE CASTRO, *La nationalité, la double nationalité et la supranationalité*, in *RCADI*, 1961, pp. 546-555.

[13] J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho Internacional Privado*, tradotto da ANDRÉS

nalità «*è l'istituto giuridico attraverso il quale una persona fisica o giuridica è collegata allo Stato, in ragione dell'appartenenza, in sé o in funzione delle cose, in modo originale o derivato*»[14]. Quel che è certo è che, come dice Reizek, «*la nazionalità,* stricto sensu*, è un attributo della persona umana*»[15] nonostante, ovviamente, la finzione giuridica che attribuisce la nazionalità alle cose.

A tal riguardo, vi sono due elementi di base che hanno rilevanza per il diritto internazionale: il primo, è che si tratti di un istituto giuridico e il secondo, è che vi sia il collegamento con uno Stato.

In alcuni casi, ad esempio per ottenere lo *status* giuridico di rifugiato, il diritto internazionale può accettare che una persona che subisca persecuzioni nel territorio in cui risiede possa domandare "rifugio" in un altro Stato, senza richiedere la residenza nel territorio di cui è cittadino, ottenendo garanzia di tutti i diritti dei cittadini, compresi quelli relativi alla protezione diplomatica e consolare. Possono essere previste, tuttavia, talune esclusioni nel campo dei diritti politici i quali, in alcune giurisdizioni, sono persino soggetti a limitazioni per i cittadini stessi. Si considerino, ad esempio, i requisiti per la presidenza degli Stati Uniti, laddove si prevede, come necessario, l'essere nati nel territorio nordamericano o da genitori nordamericani ed essere cittadini d'origine, oltre che avere un'età superiore ai 35 anni[16]. Pertanto, i cittadini non d'origine ma per acquisizione della nazionalità o maggiorenni, ma di età inferiore ai 35 anni, sono soggetti a restrizioni nei loro diritti politici.

Ed ancora, in Spagna, come in altri Stati, ad esempio, i cittadini d'origine non possono mai perdere la loro nazionalità, mentre quelli non d'origine la possono perdere sulla base di una sentenza definitiva[17]. Quest'ultima rappresenta, senz'altro, una differenza importante.

Orbene, la nazionalità determina lo *status* giuridico delle persone rispetto allo Stato; per tale motivo, la sua disciplina appartiene al "dominio riservato" degli Stati, come stabilito nella Convenzione dell'Aja del 12 aprile 1930, nel suo articolo 1, quando afferma che spetta a ciascuno Stato «*stabilire attraverso la propria legislazione quali individui siano considerati suoi cittadini*». Tuttavia, ci sono delle eccezioni in cui si tiene conto della cittadi-

RODRÍGUEZ RAMÓN, II ed., México, 1965.

[14] C. ARELLANO GARCÍA, *Derecho Internacional Privado*, XI ed., México, 1998.

[15] J. REIZEK, *Le droit international de la nationalité*, in *RCADI*, 1986-III, n. 198, p. 345.

[16] G. R. LEE, *U.S. Presidents: Past &Present*, USA, 2010, p. 1.

[17] L. VIDAL DE MARTÍN SANZ, *Nacionalidad española: adquisición, pérdida y recuperación: nuevo procedimiento, formularios, jurisprudencia y legislación*, Madrid, 2016.

nanza locale o della cittadinanza *tout court*. Al riguardo, Francisco Colom González parla di due riferimenti di lealtà politica[18]. Questo non è il caso dell'UE, nel cui ambito sono identificate la nazionalità e la cittadinanza europea, fatte salve alcune eccezioni di cui si darà conto in seguito.

Per quanto riguarda la cittadinanza nella successione fra gli Stati, ha costituito una pratica diffusa quella secondo cui lo Stato successore applicasse il criterio della residenza abituale per l'attribuzione della nazionalità[19]. Così, la Commissione di Diritto Internazionale ha riaffermato l'importanza del criterio della residenza abituale e ha deciso di ricorrere alla "cittadinanza" di un'unità costitutiva di uno Stato solo per quanto riguarda le persone che risiedono al di fuori del territorio di un determinato Stato successore. Allo stesso modo, il paragrafo A della disposizione 8 della Dichiarazione di Venezia conferma la regola che, in tutti i casi di successione fra Stati «*lo Stato successore concede la nazionalità a tutti i cittadini dello Stato predecessore che risiedano permanentemente nel [suo] territorio*»[20].

L'articolo 64 del trattato di Saint-Germain-en-Laye del 10 settembre 1919 recitava: «*L'Austria riconosce e dichiara che acquisiscono automaticamente la cittadinanza austriaca senza necessità di formalità alcuna le persone che alla data di entrata in vigore del presente trattato abbiano diritto di cittadinanza (pertinenza) nel territorio austriaco e che non siano cittadini di un altro Stato*»[21].

Questa espressione italiana usata nel testo inglese, non necessariamente coincide con la residenza abituale ed è un concetto proveniente dal diritto amministrativo austriaco (*Staatsbürgerschaft*)[22]. In questo senso, Ester Capuzzo l'ha spiegato nel modo seguente:

«*Estranea alle norme del diritto italiano, la pertinenza nell'ambito*

[18] F. COLOM GONZÁLEZ, *Razones de identidad: pluralismo cultural e integración política*, Barcelona, 1998, p. 203 ss.

[19] Informe de la CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1999, p. 47.

[20] *Ibidem*.

[21] Il testo inglese originale dice: «*Austria admits and declares to be Austrian nationals ipso facto and without the requirement of any formality all persons possessing at the date of the coming into force of the present Treaty rights of citizenship within Austrian territory who are not nationals of any other State*» (http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/3.html). Nel testo francese, l'espressione pertinenza appare come *indigénat* («*L'Autriche reconnaît comme ressortissants autrichiens, de plein droit et sans aucune formalité, toutes les personnes ayant l'indigénat (pertinenza) sur le territoire autrichien à la date de la mise en vigueur du présent Traité et qui ne sont pas ressortissants d'un autre État*»).

[22] R. HORNEK, *Die österreichischen Heimat- und Armengesetze*, Wiener Magistart, Wien, 1917, IV, pp. 120-142; G. SEMERARO, *La cittadinanza italiana nelle Nuove Provincie*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, XIII, pp. 403-404.

*dell'Impero asburgico era del tutto distinta dalla cittadinanza (*Staatsbu□rgerrecht*) e si definiva come un vincolo che legava ogni individuo a un dato comune, una sorta d'indigenato locale. La pertinenza, qualificante, appunto, l'appartenenza dell'individuo al nesso comunale e distinta sia dal domicilio (sede principale dei propri affari e interessi) sia dalla residenza (dimora abituale), si acquisiva iure loci con la nascita (14),* iure sanguinis *per via paterna, per il matrimonio con un pertinente, o in conseguenza di speciali rapporti con le istituzioni comunali che comportavano l'obbligo della residenza nel territorio del Comune stesso*»[23].

Da parte sua, la Risoluzione 55/153 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla nazionalità delle persone fisiche in relazione alla successione fra Stati, del 12 dicembre 2000 all'articolo 5, intitolato Presunzione di nazionalità, afferma: «*Fatte salve le disposizioni di questi articoli, si presume che gli interessati che hanno la loro residenza abituale nel territorio interessato dalla successione di Stati acquisiscono la cittadinanza dello Stato successore alla data di tale successione*».

L'articolo 4 della Convenzione europea sulla nazionalità, del Consiglio d'Europa, 6 novembre 1997, afferma che né il matrimonio, né lo scioglimento dello stesso, né il mutamento di nazionalità di uno dei coniugi può produrre effetti sulla nazionalità dell'altro coniuge[24], con il ricorso ad un criterio diverso da quello adottato nella Risoluzione 55/153 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che conserva l'unità familiare in questa materia.

Questa è un'ulteriore prova del fatto che ciò che il diritto internazionale riconosce è la nazionalità, e identifica la nazionalità e la cittadinanza.

La successione fra gli Stati in materia di nazionalità non ha costituito, in ogni caso, oggetto d'interesse per gli Stati, per questa ragione la Commissione l'ha ritirata dall'ordine del giorno.

Pertanto, dobbiamo chiederci se, in materia di immigrazione, la cittadinanza europea, dinanzi alla natura esclusiva della nazionalità, non debba operare, per meglio adattarsi ai diritti politici, sociali, economici e culturali delle persone.

[23] E. CAPUZZO, *Dalla Pertinenza Austriaca alla Cittadinanza Italiana*, in *Atti Acc. Rov. Agiati*, a. 260 (2010), ser. VIII, vol. X, A, fasc. II, p. 68.

[24] *Incidences de la succession d'État su la nationalité*, CDL-INF (97), 1, 10 febbraio 1997, pp. 4-6.

3. *Cittadinanza europea: né nazionalità né cittadinanza*

La cittadinanza europea è stata una delle più grandi conquiste dell'Unione europea. Ci sono eccellenti studi che hanno affrontato l'analisi di questo istituto, ai quali rimando[25]; qui ciò che conta è il bilancio di quanto è stato raggiunto e stabilito e le questioni che hanno a che fare con la sua possibile interpretazione[26].

Quando nel 2004 il Consiglio europeo ha adottato il cosiddetto Programma pluriennale dell'Aia per rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea[27], ha stabilito 10 priorità. Di queste solo due sono direttamente collegate ai cittadini europei, ossia quella di rafforzare i diritti fondamentali della cittadinanza e di garantire un autentico spazio europeo di giustizia. Le altre, invece, hanno ad oggetto l'immigrazione, il crimine, la vita privata e la sicurezza o la lotta al terrorismo che concernerebbero indistintamente i cittadini europei e non europei.

Tale circostanza mostra che la cittadinanza europea non è un concetto già consolidato, chiuso e limitato. I diritti ad essa connessi, benché si determinino sotto la spinta delle prassi, vanno configurandosi poco a poco.

Per quanto riguarda il rafforzamento dei diritti fondamentali dei cittadini, su di esso ha inciso la Carta dei diritti fondamentali giacché, dal momento in cui è stata elevata al rango primario dei Trattati, ha prodotto un innalzamento del livello di protezione[28].

Ciò nonostante, tale rango giuridico non basta perché la Carta è applicabile agli Stati soltanto nella misura in cui diano attuazione al diritto dell'Unione europea e, inoltre, l'UE deve ancora aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – nonostante il mandato del Trattato di Lisbona e il progetto di accordo esistente a tal fine, che è stato redatto

[25] Tra i tanti, si veda C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea – Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014; E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011. Ugualmente, W. MAAS, *Creating European Citizens*, Cambridge, 2007. Per un'analisi giurisprudenziale sulla libera circolazione dei cittadini dell'UE vedi N. REICH, *The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union*, in *Eur. law journ.*, 2005, n. 6, pp. 675-698.

[26] Per uno studio completo, con ampia giurisprudenza e bibliografia si rinvia a S. CARRERA, M. MERLINO, *State of the Art on the European Court of Justice and Enacting Citizenship*, in *CEPS* Special Report, April 2009.

[27] Piano d'azione del Consiglio e della Commissione che attua il programma dell'Aia sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea (GUUE C 198 del 12.8.2005).

[28] Si può vedere un commento, articolo per articolo, nel lavoro di M. ARACELI MANGAS (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008.

nel giugno 2011 – per ragioni interne ed esterne che sono sufficientemente conosciute[29].

D'altro canto, la cooperazione giudiziaria transfrontaliera in materia civile e penale ha ricevuto un forte impulso: un impulso che, invero, è dato registrare più in materia civile che in materia penale. Pertanto, riguardo alla libera circolazione dei cittadini europei, non sono date priorità. Ciò può essere dovuto al fatto che questa libertà è considerata, di per sé, una conquista per i cittadini europei. Questo, naturalmente, potrebbe essere vero. Tuttavia, ci sono alcuni aspetti che possono essere collegati a questi due precedenti punti citati e che richiederebbero una riflessione e una regolamentazione: ad esempio, in riferimento alle misure di sicurezza stabilite negli aeroporti, suscettibili di violare i diritti fondamentali (non solo dei cittadini europei), le quali possono tradursi in ostacoli alla libera circolazione o ai trattamenti inumani o degradanti. È in corso un dibattito a livello europeo al riguardo, poiché risulta necessario combinare minacce reali, con la sicurezza dell'aviazione e con i diritti fondamentali[30], ma non è questo lo spazio per dar conto di tale discussione.

Un altro problema aperto potrebbe essere quello della regolamentazione uniforme dei diritti dei coniugi dei cittadini europei, a parità di condizioni. Fino ad oggi, dipende dalla discrezionalità degli Stati ammettere, per esempio, il coniuge nel quadro di un matrimonio omosessuale tra un cittadino europeo e un cittadino non-europeo, poiché il quadro normativo dei singoli Stati membri dell'UE è molto vario e genera situazioni d'ingiustizia e disuguaglianza[31].

Un altro problema limitativo della libera circolazione delle persone potrebbe essere costituito dalle restrizioni esistenti sul riconoscimento delle qualifiche professionali per esercitare la professione in qualsiasi Stato dell'UE. È vero che tale questione è una tematica più legata al mercato interno stesso, ma, indirettamente, influisce sulla libertà di circolazione[32], pertanto, dovrebbe essere posta maggiore enfasi sul completamento di questa disciplina.

[29] F. KORENICA, *The EU Accession to the ECHR: Between Luxemburg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*, Switzerland, 2015.

[30] O. TEJERINA RODRÍGUEZ, *Seguridad del Estado y Privacidad*, Madrid, 2014, specialmente p. 350.

[31] O. TEJERINA RODRÍGUEZ, *Seguridad del Estado y Privacidad*, cit., specialmente p. 350.

[32] A questo proposito, si veda E. BONIFAY, *La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l'adoption du règlement 'documents publics*', in *Clunet*, 2017, n. 2, pp. 515-527.

Un'ulteriore questione legata alla libera circolazione dei cittadini europei è l'emarginazione delle comunità rom, che colpisce molti Stati dell'UE[33]. Quest'ultima rappresenta una delle sfide più importanti in questo settore.

È indubbio che gli Stati abbiano il diritto di espellere cittadini comunitari o di limitare il loro diritto di soggiorno a determinate condizioni rigorose e chiare, ma queste condizioni sono definite nella direttiva europea sulla libera circolazione del 2004. Di conseguenza, tutti i cittadini dell'Unione europea hanno il diritto di trasferirsi e stabilirsi in un altro Paese dell'UE e il diritto a non essere discriminati.

Ciò ha significato l'inizio di una procedura avviata dalla Commissione contro la Francia, per l'espulsione di cittadini europei di origine rom, nell'estate del 2010[34]. La Francia ha modificato i suoi regolamenti interni; occorre, dunque, garantire più efficacemente mediante standard europei che questi problemi non si ripetano.

Da ultimo, giova menzionare che la causa fondamentale del Brexit non è altro che la libera circolazione dei cittadini europei.

Per tutte le questioni sopraesposte sarebbe saggio reinterpretare la stessa nozione di cittadino europeo.

4. *La situazione particolare di alcuni cittadini non aventi nazionalità degli Stati membri dell'UE quanto al loro regime giuridico come cittadini europei*

Il Regno Unito nel suo Trattato di adesione alla CEE nel 1972 ha allegato una Dichiarazione, poi modificata nel 1982, a proposito della nazionalità, in cui riconosce che il diritto europeo interessa «*i cittadini dei territori di dipendenza britannica che acquisiscono la cittadinanza in virtù di un legame con Gibilterra*».

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Matthews* contro *Regno Unito* del 18 febbraio 1999, ha rilevato che quest'ultimo aveva privato la signora *Matthews* del suo diritto di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo[35]. Per la prima volta, la Corte EDU giudica

[33] S. HEREDIA HERNÁNDEZ, *La discriminación hacia el pueblo gitano y la necesidad de programas de sensibilización. El caso de Fakali*, in *CIFETS*, 2016, specialmente p. 4 e ss.

[34] C. BERTOSSI, *Francia y la expulsión de la comunidad romaní: ¿cómo hemos llegado hasta aquí*, in *ARI*, n. 146, 2010.

[35] Un'analisi del caso può essere vista in F. FABBINI, *Fundamental Rights in Europe – Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, 2014, pp. 96-140.

la compatibilità di una norma di diritto primario dell'UE e la sua compatibilità con la CEDU[36]; come è noto tale posizione non è stata condivisa da una parte della dottrina che ha sollevato alcune critiche, parlando di "cattivo esempio" delle decisioni della Corte EDU nel quale si è ecceduto senza considerare le specificità del modello giuridico-politico britannico e il rischio di screditare la sua stessa giurisprudenza[37].

La Corte EDU parla del diritto della signora Matthews, residente a Gibilterra, di partecipare alle elezioni al Parlamento europeo, riservate ai cittadini dell'UE. Le conseguenze di questa sentenza hanno indotto il Regno Unito e la Spagna a concordare sul fatto che il Regno Unito si adeguasse alla CEDU e al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in modo tale da consentire a Gibilterra di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo.

In questo modo, il Regno Unito, il 18 febbraio 2002, ha dichiarato che «*... garantirà che siano apportate le modifiche necessarie per consentire all'elettorato di Gibilterra di votare alle elezioni al Parlamento europeo come parte di una circoscrizione esistente nel Regno Unito e alle stesse condizioni dell'elettorato di quella circoscrizione, al fine di garantire il rispetto dell'obbligo del Regno Unito di attuare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in* Matthews v. Regno Unito*, in conformità con il diritto dell'Unione europea*»[38].

Il Regno Unito utilizza la categoria di "cittadino di Gibilterra" (residente a Gibilterra, di età superiore ai 18 anni, non incapace e cittadino del Commonwealth o cittadino europeo) per garantire il diritto di partecipazione politica alle elezioni al Parlamento europeo[39].

La Commissione europea, nel procedimento amministrativo precedente alla proposizione da parte della Spagna di un ricorso contro il Regno Unito dinanzi alla CGUE, riconosce che «*nessun principio generale di diritto comunitario stabilisce che, per le elezioni al Parlamento europeo, l'elettorato si limiti a cittadini dell'UE*»[40]. Dunque, non solo i cittadini europei possono partecipare alle elezioni del Parlamento europeo;

[36] A. VERSTICHEL, *European Union Accession to the European Convention of Human Rights*, in P. LEMMENS, W. VANDENHOLE, *Protocol n° 14 and the reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 129.

[37] S. TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, II ed., Coimbra, 2014, p. 169.

[38] Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione) del 12 settembre 2006, par. 12, p. 7.

[39] Articolo 16 della EPRA 2003.

[40] Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione) del 12 settembre 2006, par. 12, p. 13.

ne discende che la nazionalità stabilita dai sistemi giuridici interni e dalla cittadinanza europea non deve coincidere. Vi sono, quindi, delle differenze tra l'essere cittadino di uno Stato membro e l'essere cittadino europeo.

Quanto al regime giuridico che regola la "britannicità" (*Britishness*), tutti i cittadini di qualsiasi territorio del Commonwealth possono essere "sudditi britannici"; quindi hanno il diritto di entrare e uscire dal territorio britannico e, se risiedono nel Regno Unito, hanno diritto di partecipare alle elezioni per il Parlamento europeo. Ciò ha permesso a più di un milione di persone che vivono nel Regno Unito e ai cittadini di alcuni territori del Commonwealth di esercitare un diritto riservato ai cittadini europei.

Il Regno Unito, sostenuto dalla Commissione europea, ritiene che nessuna disposizione dell'UE si opponga all'estensione del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni al Parlamento europeo[41]. In effetti, come enfatizza anche il Regno Unito, la questione «*riguarda solo l'identità dei rappresentanti del Parlamento europeo eletti nelle circoscrizioni britanniche*»[42].

A questo proposito, la Corte di Giustizia dell'UE è chiara:

«*Allo stato attuale del diritto comunitario, la determinazione dei titolari del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo rientra nelle competenze di ciascuno Stato membro, nel rispetto del diritto comunitario, e che gli articoli 189 CE, 190 CE, 17 CE e 19 CE non ostano a che gli Stati membri riconoscano il diritto di voto e di eleggibilità a determinate persone che possiedono uno stretto legame con essi e che non sono loro cittadini o cittadini dell'Unione residenti nel loro territorio*»[43].

Alla luce di quanto precede, si osserva che il diritto dei cittadini europei di partecipare alle elezioni al Parlamento europeo raggiunge, oltre ai cittadini degli Stati membri dell'UE, altri cittadini espressamente autorizzati dai sistemi giuridici interni. Ciò trova fondamento nella Carta dei diritti fondamentali, la quale ha elevato il diritto di voto e di eleggibilità al rango di diritto fondamentale (articolo 39).

È indubbio che la partecipazione alle elezioni del Parlamento europeo è cosa ben diversa dal riconoscimento di altri diritti, quali la libera circolazione delle persone o la protezione diplomatica e consolare, ma di fatto tutti i diritti specifici della cittadinanza risultano applicabili ai cittadini britannici.

Occorre domandarsi, a questo punto: che cosa impedirebbe, quindi,

[41] *Ibidem*, par. 49, p. 19.
[42] *Ibidem*, par. 55, p. 21.
[43] *Ibidem*, par. 78, p. 27.

che questi diritti siano estensibili anche agli stranieri non comunitari che sono residenti di lungo periodo?

5. *Gli immigrati soggiornanti permanenti, i familiari privi della cittadinanza europea*

Volgendo lo sguardo al diritto dell'Unione europea, *prima facie*, si evince una certa sensibilità per gli immigrati di lunga data, molti dei quali soggiornano nel territorio europeo da lunghi anni e, per motivi sentimentali o puramente tecnici, non hanno ancora acquisito la nazionalità di uno degli Stati membri dell'Unione europea, la quale avrebbe automaticamente comportato la cittadinanza europea[44].

Come afferma il Manca, il primo tentativo di disciplinare in modo completo lo *status* dei cittadini non comunitari di lungo periodo si rinviene nella Carta dei diritti e dei doveri dei cittadini dei Paesi terzi, redatta nel 1994, che avrebbe uniformato il trattamento degli stessi, superando le forti diversità normative esistenti tra i diversi Stati dell'Unione[45] e che tuttavia non è andata oltre la fase del progetto[46].

Nel 1996 è stata adottata la risoluzione del Consiglio del 4 marzo 1996 relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano in maniera prolungata nel territorio degli Stati membri[47]. Questa risoluzione ha il pregio di aver fatto emergere per la prima volta questo problema nell'ambito della Comunità. Tuttavia, i suoi effetti, com'è noto, erano di mera raccomandazione e, inoltre, il suo contenuto era quanto mai di ca-

[44] In questa sezione farò sempre riferimento al regolamento istituzionale generale e non alle diverse convenzioni internazionali, indipendentemente dal fatto che siano o meno accordi di associazione, tra l'Unione europea e alcuni Stati; esso disciplina alcuni aspetti relativi alla libertà di circolazione dei cittadini specifici a cui si riferisce il trattato. In questo senso, si veda, tra gli altri, K. GROENENDIJK, *Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community Law*, in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights*, in *EC Law*, Oxford, 2001, pp. 225-240; T. EICKE, *The third country agreements: the rights to work and reside in the first generation agreements*, in E. GUILD (ed.), *The legal framework and social consequences of free movement of persons in the European Union*, Kluwer Law International, 1999; M. HEDEMANN-ROBINSON, *An overview of recent legal developments at community level in relation to third country nationals resident within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 2001, n. 3, pp. 525-588.

[45] L. MANCA, *L'immigrazione...*, *op. cit.*, p. 110.

[46] Vedi questo progetto in Doc. del Parlamento Europeo, PE 208.166/def., del 16 marzo 1994.

[47] DO n° C 080 del 18 marzo 1996 pp. 2-4.

rattere minimo[48]. Quest'ultimo, infatti, si riferisce costantemente alla legislazione nazionale e stabilisce il termine minimo per la concessione di questo *status* in 10 anni di soggiorno legale e ininterrotto.

Si osserva, però, che non vi sono molte legislazioni negli Stati dell'UE che superano il suddetto numero di anni, eccezion fatta per la Grecia che ha previsto un termine minimo di quindici anni[49]. Si desume, pertanto, che la risoluzione di cui si discute oltre ad essere equiparata, sul piano dell'efficacia, a mere raccomandazioni, non ha neppure fornito, sul piano contenutistico, un contributo di profonda rilevanza.

Successivamente, nel 1997, la Commissione ha proposto l'elaborazione di una Convenzione sull'ammissione di cittadini di Paesi terzi negli Stati membri[50], basandosi sul Trattato sull'Unione europea. Tuttavia, questa Convenzione non è stata sostenuta dal Consiglio e l'idea è stata abbandonata[51].

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il 1° maggio 1999, il Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999 ha ravvisato la necessità di regolamentare anche la questione dei soggiornanti di lungo periodo, viste le grandi differenze esistenti nei diversi Stati dell'Unione. Pertanto, è stato deciso di adottare delle misure in modo che lo *status* giuridico dei cittadini di Paesi terzi con permessi di soggiorno di lunga durata fosse uno *status* vicino a quello dei cittadini europei, al fine di concedere loro diritti quanto più uniformi.

Il punto 21 delle conclusioni della presidenza del Consiglio di Tampere ha indicato quanto segue:

«*Occorre ravvicinare lo status giuridico dei cittadini dei Paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri. Alle persone che hanno soggiornato legalmente in uno Stato membro per un periodo di tempo da definire e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata dovrebbe essere garantita in tale Stato membro una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini*

[48] Vedi S. PEERS, *Undercutting integration: developments in EU policy on third-country nationals*, in *ELR*, 1997, n. 22, pp. 76-84.

[49] Su questa questione, si veda uno studio comparativo in K. GROENENDIJK, E. GUILD, R. BARZILAY, *The Legal Status of Third Country Nationals who are Long-Term Residents in a Member State of the European Union*, Study on behalf of the European Commission, Centre for Migration Law, Nijmegen, 2000.

[50] GUUE n. C 337 del 7 novembre 1997, p. 9 ss. Proposta di atto da parte del Consiglio che istituisce la convenzione relativa alle norme per l'ammissione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri (COM / 97/0387 def. - CNS 97/0227).

[51] Per il contenuto della Convenzione con commenti v. M. HEDEMANN-ROBINSON, *From Object to Subject?: Non-EC Nationals and the Draft Proposal of the Commission for a Council Act Establishing the Rules for the Admission of Third Country Nationals to the Member States*, in *Y.B.Eur.L.*, 1998, vol. 18, p. 315 ss.

dell'UE, ad esempio il diritto a ottenere la residenza, ricevere un'istruzione, esercitare un'attività in qualità di lavoratore dipendente o autonomo; va inoltre riconosciuto il principio della non discriminazione rispetto ai cittadini dello Stato di soggiorno. Il Consiglio europeo approva l'obiettivo di offrire ai cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente in maniera prolungata l'opportunità di ottenere la cittadinanza dello Stato membro in cui risiedono».

Dalla lettura del testo riportato sopra, si evince che, pur trattandosi di conclusioni di un Consiglio europeo, ci sia posti un obiettivo molto ambizioso. L'obiettivo è di regolamentare, non solo le residenze di lungo periodo, ma anche di ottenere la nazionalità di uno Stato membro. Per questo, però, dovremo aspettare ancora molto tempo. Ciò posto, non bisogna dimenticare che, in breve, la nazionalità rimane un nucleo duro di poteri statali e sarà difficile per l'Unione europea regolarla, anche se ciò non si può escludere. A tal riguardo, si potrebbe pensare al fatto che la stessa non sia stata in grado di disciplinarla nemmeno ai fini della cittadinanza europea, operando un riferimento alla legislazione nazionale per quanto concerne l'acquisizione della nazionalità.

Ciò nonostante, le Conclusioni del Consiglio di Tampere non sono rimaste inascoltate. La Commissione le ha prese molto sul serio e parimenti i redattori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[52], il cui articolo 45, par. 2, dispone espressamente che:

«*La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro*».

Si evidenzia che non vi è alcuna statuizione in merito all'obbligo di concedere queste libertà, ma solo la possibilità della sua concessione. Tuttavia, le stesse rappresentano comunque un contributo molto positivo poiché danno per presupposto, soprattutto ora che la Carta è stata incorporata nel diritto primario dell'Unione europea, l'inizio della realizzazione di questo ambizioso progetto. Nulla, in un'interpretazione sistematica e congiunta della Carta e del TUE e del TFUE potrebbe fondare l'affermazione che il diritto alla libera circolazione riguardi esclusivamente i cittadini dell'UE, in quanto uguale libertà si potrebbe concedere ai soggiornanti di lungo periodo (non UE). Inoltre, la Carta non limita neppure il diritto ai soggiornanti di lungo periodo, ma considera sufficiente che si risieda legalmente nel territorio[53]. In questo senso, nulla do-

[52] GUUE n. C 363/3, del 18 dicembre 2000.

[53] Per uno studio più approfondito di questo problema, si veda F.J. FONSECA MORILLO, *Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación*

vrebbe ostare ad una cittadinanza europea più ampia, includendo anche i cittadini di Paesi terzi, specie se dobbiamo intenderla come un bene[54], anche se è vero che la Corte di giustizia dell'Unione europea è già stata generosa con riguardo ai diritti dei cittadini non comunitari, sulla base del principio di non discriminazione[55].

Questo perché, come afferma il Prof. Andrés Santos, «*se s'ipotizza che tutti gli esseri umani sono sostanzialmente uguali in dignità, non si può stabilire una differenza di trattamento tra loro basato su elementi accidentali come l'identità sessuale, razziale, linguistica o religiosa, né il carattere nazionale. Tutti sono fattori moralmente irrilevanti e non possono giustificare da un punto di vista etico una differenza di trattamento. Di conseguenza, la cittadinanza non può fondarsi su uno di essi quale vincolo di appartenenza alla comunità politica, bensì, nella misura in cui essa si basa sulla titolarità di diritti inalienabili esercitati nella dimensione pubblica, deve estendersi a tutti coloro che condividono tale sfera che, al limite, coincide con il mondo intero, poiché tali diritti fondamentali si attribuiscono in ragione della mera condizione di esseri umani dei soggetti ai quali si riferiscono*»[56].

In ogni caso, va ricordato che ci sono cittadini di paesi terzi che già vedono garantito il loro diritto alla libera circolazione. Con riferimento ai cittadini del Liechtenstein, dell'Islanda e della Norvegia, così come della Svizzera[57], gli Stati hanno stipulato degli accordi con l'Unione europea a questo proposito[58], anche se gli accordi dello Spazio economico europeo, nell'alveo del quale sono integrati i primi tre Stati menzionati, sono accordi misti, vale a dire, trattati tra la CE e tali Stati e contempo-

jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, in *Rev. CIDOB*, 2001, n. 53.

[54] In questo senso, il Prof. J. DE LUCAS, *Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes*, in *Revista CIDOB*, 2001, n. 53, così come S. PEERS, *Immigration, asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights* in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2001 n. 2, pp. 141-169 e E. GUILD, *Citizens, immigrants, terrorists and others* in S. PEERS, A. WARD, *The European Union Charter on Fundamental Rights*, Oxford Portland, 2004.

[55] Si veda I. BULVINAITE, *Union Citizenship and its Role in the Free Movement of Persons Regimes*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2003, n. 5, (http://webjcli.ncl.ac.uk/2003/issue5/bulvinaite5.html#Heading59).

[56] F.J. ANDRÉS SANTOS, *Ciudadanía Europea y Ciudadanía Cosmopolita: Convergencias y Divergencias*, p. 3 (https://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf).

[57] S. PEERS, *The EC-Switzerland agreement on free movement of persons: overview and analysis* in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2000, n. 2, pp. 127-142.

[58] V., a questo proposito, gli Accordi di Oporto del 2 maggio 1992 e di Bruxelles del 17 marzo 1993 (JO L 1 del 3 gennaio 1994), per quanto riguarda i paesi dello Spazio Economico Europeo e JO L 114, del 30 aprile 2002, riguardante la Confederazione Elvetica.

raneamente tra ciascuno degli Stati dell'Unione europea e gli stessi Stati dello Spazio economico europeo.

Si apre, quindi, una speranza per i residenti di lungo periodo, mentre prima era solo una chimera[59].

Ora, l'inizio di questo lungo processo ha avuto luogo con la Direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo.

È normale che nella direttiva siano contemplati i termini del soggiorno, così come il suo carattere legale e ininterrotto, poiché questi elementi sono quelli che definiscono il soggiorno di lungo periodo[60].

Detto questo, si evidenzia che ciò che sorprende nella direttiva è che la stessa considera come principi fondamentali una serie di restrizioni che non si adattano bene con l'obiettivo inizialmente previsto di ravvicinarsi al massimo ai cittadini.

Per cominciare la direttiva afferma nella sua parte esplicativa che:

«*(7) Per acquisire lo status di soggiornante di lungo periodo il cittadino di Paesi terzi dovrebbe dimostrare che dispone di un reddito sufficiente e di un'assicurazione contro le malattie, in modo da non diventare un onere per lo Stato membro. Gli Stati membri, al momento di valutare la disponibilità di un reddito stabile e regolare, possono tener conto di fattori quali i contributi al regime pensionistico e l'adempimento degli obblighi fiscali.*

(8) Inoltre, i cittadini di Paesi terzi che desiderino ottenere e mantenere lo status di soggiornante di lungo periodo non dovrebbero costituire una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna. Nella nozione di ordine pubblico può rientrare una condanna per aver commesso un reato grave».

Si potrebbe ritenere che ciò non corrisponda al medesimo *standard* che si applica per i cittadini. Dover dare dimostrazione di disporre di sufficienti risorse economiche e di un'assicurazione sanitaria rappresenta un aggravamento degli obblighi, per quanto, tuttavia, ciò consenta ad uno Stato di avere contezza della loro capacità contributiva e dell'adempimento dei loro doveri fiscali. Chiaramente vi è stato un degradamento dello *status*, sancendone il livello mediante i criteri più esigenti, che vanno ben al di là di molti regimi propriamente nazionali, anche se è vero che le propo-

[59] Per una panoramica di ciò che è successo a questo proposito, si veda M. HEDEMANN ROBINSON, *An Overview of Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice*, in *CML Rev*., 2001, n. 38, pp. 525-586.

[60] GUUE L 16/44 del 23 gennaio 2004.

ste della Commissione si basano su uno studio fatto da servizi comunitari e dove sono analizzate tutte le legislazioni nazionali in merito[61].

Se una persona è un cittadino di uno Stato terzo o un apolide e possiede già lo *status* di residente permanente o di lungo periodo[62], non le si dovrebbe richiedere niente di più o di meno rispetto ad un cittadino, al fine di ottenereil nuovo *status* comunitario.

Più avanti, tuttavia, la Direttiva stessa afferma, incorrendo in un'incomprensibile contraddizione, che *«[l]e considerazioni economiche non dovrebbero essere un motivo per negare lo status di soggiornante di lungo periodo e non sono considerate come un'interferenza con i pertinenti requisiti*». Occorre domandarsi, pertanto, come ci si debba orientare dinnanzi a tale disposizione.

È vero che il contenuto giuridico dello *status* di soggiornante di lungo periodo – che tale direttiva disciplina – comprende apparentemente gli stessi obiettivi della libera circolazione delle persone per i cittadini europei, come l'esercizio di un'attività economica, studi o altri scopi, ma, come afferma Olesti Rayo, «*la differenza sostanziale è che gli Stati membri possono limitare il numero totale di cittadini di paesi terzi che possono beneficiare di questo diritto di soggiorno, purché la restrizione esistesse al momento dell'adozione della direttiva*»[63].

Inoltre, si evita il principio della parità di trattamento nell'accesso a un'attività economica, utilizzando le procedure nazionali di contrattazione e recando vantaggio nell'accesso al lavoro per i cittadini comunitari o per i soggiornanti di lungo periodo[64].

L'articolo 3 della Direttiva è quello che definisce il campo di applicazione *ratione personae* e in questo senso va notato che il paragrafo 1 indica la generalità delle persone cui è rivolta: cittadini di Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro. È necessario considerare, anche se non viene espresso, che gli apolidi sono inclusi.

[61] Si veda questo studio in http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/immigration/studies/docs/groenendijk_report_en.pdf.

[62] Devo precisare che uso i termini "a lungo termine" o "permanenti" indistintamente perché cerco di adattarmi a tutte le variabili. La direttiva non parla mai di soggiornanti permanenti, ma di lungo periodo. Al contrario, molte legislazioni interne parlano di "residenza permanente", tra cui quella spagnola. Si veda l'art. 30-bis, comma 2 della Legge Organica 4/2000, dell'11 gennaio (BOE n. 10, 12 gennaio 2000), modificata dalla Legge Organica 8/2000, del 22 dicembre (BOE n. 307, del 23 dicembre 2000, e dalla Legge Organica 14/2003 del 20 novembre (BOE n. 280, del 22 novembre 2003). È proprio questa sezione che ho commentato che è stata redatta come tale dall'ultima modifica del 2003.

[63] A. OLESTI RAYO, *El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003*, in *R.El.D.C*, 2004, n. 4, p. 5.

[64] *Ibidem*.

Tuttavia, su questo punto la direttiva non si sofferma ed è il paragrafo 2 che già indica tutte le esclusioni, le quali, però, non corrispondono alle esclusioni previste dalla Commissione europea.

Più precisamente, la Direttiva stabilisce che sono esclusi i cittadini di Paesi terzi che *a*) soggiornano per motivi di studio o di formazione professionale; *b)* sono autorizzati a soggiornare in uno Stato membro a titolo di protezione temporanea ovvero hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione sul loro *status*; *c*) sono autorizzati a soggiornare in uno Stato membro in quanto beneficiano di forme sussidiarie di protezione, in base agli obblighi internazionali, alle legislazioni nazionali o alle prassi degli Stati membri, ovvero hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione sul loro *status*; *d*) sono rifugiati o hanno chiesto il riconoscimento della qualità di rifugiato ma sono ancora in attesa di una decisione definitiva circa la loro domanda; *e)* soggiornano unicamente per motivi di carattere temporaneo ad esempio in qualità di persone "alla pari", lavoratori stagionali, lavoratori distaccati da una società di servizi per la prestazione di servizi oltre frontiera o prestatori di servizi oltre frontiera o nei casi in cui il loro titolo di soggiorno è stato formalmente limitato; *f*) godono di uno status giuridico previsto dalla Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, dalla convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla Convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale.

In altre parole, la stessa, di fatto, opera una lunga lista di esclusioni. Si osserva, peraltro, che la proposta della Direttiva presentata dalla Commissione europea escludeva[65] solo i residenti temporanei, e si estendeva ad esempio, a dottorandi, rifugiati o familiari di cittadini europei, cittadini di paesi terzi, etc…[66]. Ciò significa che, durante il processo di elaborazione della Direttiva, si è limitato il campo di applicazione, il che è importante al momento di tenere in considerazione quale fosse l'autentica volontà degli Stati.

È vero che alcune di queste categorie sono state integrate in altri atti comunitari, come, ad esempio, i familiari non comunitari di cittadini eu-

[65] Per un'analisi di queste proposte, si veda J. HANDOLL, *The status of third-country Nationals residing on a long-term basis,* in P. DE BRUYCKER, *The Emergence of a European Immigration Policy*, Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum Law in Europe, Brussel, 2003.

[66] GUUE C 274, del 19 settembre 1996, p. 10.

ropei, ai quali si è indirizzata la disciplina della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[67], o l'acquisizione di un permesso di soggiorno a condizioni speciali, che è stato regolato da Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti[68] o gli studenti, alunni o apprendisti o volontari, che sono stati regolati dalla Direttiva 2004/114/CE, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato[69].

Nonostante ciò, molte altre categorie rimangono escluse. Secondo il parere di Duràn Ruìz, il caso di esclusione più eclatante è quello che, fino alla Direttiva 2011/51/UE[70], ha riguardato la categoria dei rifugiati[71] e lo è a ragione. L'osservazione dell'Autore si basa precisamente sulla proposta di Direttiva che aveva formulato la Commissione europea, che distingueva tra i rifugiati che avevano già ottenuto lo *status*, e quindi avevano soggiorno permanente, e i richiedenti asilo che erano soggiornanti a titolo temporaneo. Egli evidenzia che «*infine, i rifugiati sono stati anche esclusi dalla stesura definitiva della direttiva, nonostante l'opposizione di alcuni Stati membri (Belgio, Finlandia, Francia, Paesi Bassi e Svezia), che l'hanno infine accettata in base all'impegno della Commissione di preparare una proposta di direttiva volta a introdurre una procedura semplificata per l'acquisizione dello status da parte di rifugiati e persone che beneficiano di protezione sussidiaria*»[72].

È condivisibile la posizione del Peers che ritiene che se un cittadino di un Paese terzo, con *status* di rifugiato cessa di godere di tale *status* dopo più

[67] La presente direttiva modifica il Regolamento (CEE) 1612/68 e abroga le Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/192/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158 del 30 aprile 2004).

[68] GUUE L261, del 6 agosto 2004.

[69] GUUE L 375, del 23 dicembre 2004, pp. 12-18.

[70] La direttiva dell'11 maggio 2011, nel modificare la direttiva 2003/10/CE, ne ha esteso l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale.

[71] F. JAVIER DURÁN RUÍZ, *El Derecho comunitario y la concesión de la ciudadanía: la Directiva relaiva al estatuto de los nacionales de terceros Estados que son residentes de larga duración*, in *4° Congreso sobre la Inmigración en España, Ciudadanía y Participación, Mesa 5: Ciudadanía: marco jurídico y políticas en materia de inmigración*, Girona, 10 al 13 de noviembre de 2004, p. 7.

[72] *Ibidem*.

di cinque anni di soggiorno legale, in nessun caso l'articolo 4, par. 2 della direttiva esclude che questo periodo trascorso come rifugiato possa essere considerato come periodo di soggiorno legale[73], poiché esso esclude solo i periodi connessi a motivi di carattere temporaneo o nella veste di diplomatico e di rappresentante di uno Stato. Pertanto, i rifugiati potrebbero invocare questa direttiva, una volta che il loro *status* è terminato, a condizione che soddisfino le ulteriori condizioni legali. Si applica qui il principio giuridico in virtù del quale laddove non distingua il legislatore, non può distinguere l'interprete (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Inoltre, risulta ulteriormente condivisibile la considerazione del Peers che ritiene che anche un membro della famiglia di un rifugiato, che non possegga specificamente lo *status* di rifugiato o qualsiasi altro *status* giuridico, possa godere dei benefici relativi allo *status* disciplinato dalla Direttiva in commento, dato che l'articolo 3(2) della predetta Direttiva non li esclude dal proprio campo di applicazione[74].

Come si può osservare, è necessaria una disciplina che contempli il diritto degli immigrati residenti permanenti di essere cittadini europei, indipendentemente dallo *status* giuridico cui hanno diritto. Alla luce delle normative vigenti, è esagerato pensare, così come ha fatto Acosta Arcarazo, che lo *status* di soggiorno permanente sia una forma sussidiaria di cittadinanza europea[75].

6. *L'esclusione dalla cittadinanza europea dei familiari non comunitari dei cittadini europei*

Preliminarmente, si precisa che quest'argomento viene trattato come *lex specialis*, dal punto di vista dell'immigrazione. Pertanto, non è di interesse in questa sede fornire un'analisi del diritto di famiglia, dell'unità familiare o della libera circolazione dei cittadini dell'UE, ma piuttosto dei limiti che derivano dal non essere cittadini europei.

Difatti, proprio perché vengono interessati questi diritti fondamentali dell'Unione europea, è intervenuta una disciplina *ex professo* di questa situazione migratoria.

A tale riguardo, la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e

[73] S. PEERS, *Implementing equality? The directive on long term resident third country nationals*, in *ELR*, 2004, n. 4, p. 443.

[74] *Ibidem*.

[75] D. ACOSTA ARCARAZO, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship: An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden, The Netherlands, 2011.

del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri[76], rappresenta la disciplina applicabile ai cittadini di Paesi terzi, familiari diretti dei cittadini europei.

Ciò significa che il bene giuridico tutelato da tale Direttiva non interessa gli immigrati, bensì il diritto del cittadino comunitario alla libera circolazione con il suo diritto fondamentale all'unità familiare. Dato che potrebbe accadere, così come in realtà avviene in numerose occasioni, che i familiari diretti del cittadino comunitario siano cittadini non comunitari, si è dovuto disciplinare tale aspetto mediante il sistema della procedura di codecisione.

In realtà, non era previsto il ricorso al sistema della procedura di codecisione per le questioni relative all'immigrazione ma, come già anticipato, si è dovuto utilizzare questo meccanismo per adottare la normativa in questo caso con riferimento all'articolo 18, par. 2 del Trattato sull'Unione europea[77].

La maggior parte dei considerando della Direttiva sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri si basa sui beni giuridici tutelati già citati. Tuttavia, accessoriamente si dà riconoscimento ad una realtà fattuale, quale è la possibile esistenza di familiari non comunitari. Ad esempio, nel considerando 5, si riconosce che «*Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza*».

Allo stesso modo, al considerando 6, si afferma che «*Per preservare*

[76] La presente direttiva modifica il regolamento (CEE) 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/192/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158 del 30 aprile 2004). Vedi JO L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 e ss.

[77] Il testo di quest'articolo, nella sua nuova formulazione introdotta dal Trattato di Nizza, che modifica la procedura di codecisione, in termini di sistema di voto, è il seguente: «*1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. 2. Quando un'azione dell'Unione risulta necessaria per raggiungere quest'obiettivo e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1. 3. Agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale*».

l'unità della famiglia in senso più ampio senza discriminazione in base alla nazionalità, la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione».

Ciò nonostante, si ribadisce che la disamina della Direttiva – di cui si discute – rileva in questa sede solo per gli aspetti riguardanti la cittadinanza europea o la libera circolazione delle persone, entrambi evidenti obiettivi della Direttiva.

La prima menzione che la Direttiva fa dei familiari che siano cittadini stranieri si rinviene nel suo articolo 3 par. 2 quando afferma che, a parte il diritto personale dei cittadini europei, interessati alla libera circolazione e al soggiorno, lo Stato ospitante europeo ha l'obbligo, conformemente alla legislazione nazionale, di concedere l'ingresso e il soggiorno di «*ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente*».

La formulazione di quest'articolo non figurava nella proposta iniziale della Commissione, ma si trattava di un'obiezione del Parlamento europeo che la Commissione ha, infine, introdotto nella sua seconda proposta.

Giova all'uopo chiarire che nell'articolo 2, recante l'elenco di coloro che vengono considerati membri della famiglia, a fini meramente definitori, sono menzionati solamente il coniuge, il convivente, i figli propri o del coniuge o del convivente, i minori di 21 anni a carico del titolare del diritto e gli ascendenti diretti o i suoceri, che siano genitori del coniuge o del convivente.

In nessun momento è specificato che debbano essere cittadini comunitari o cittadini di Paesi terzi, pertanto, anche in questo caso laddove non fa distinzione il legislatore, non deve far distinzione l'interprete (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Il termine coniuge non s'identifica con l'espressione "matrimonio", proprio per evitare la limitazione insita in quest'ultima, così come defini-

ta dalla Corte di Giustizia come "unione stabile tra un uomo e una donna"[78].

Va ricordato, quindi, che i familiari diretti elencati, anche se sono non comunitari, godono del diritto alla libera circolazione e, quindi, al soggiorno permanente in uno qualsiasi dei territori in cui si applica il diritto dell'UE nella presente materia, indipendentemente da quale sia il Paese di origine del familiare, cittadino comunitario.

Tuttavia, non solo non ottengono lo *status* di cittadini europei, ma vengono regolamentati altresì anche la concessione del diritto e la procedura per renderlo effettivo.

Uno dei diritti garantiti dalla Direttiva è il diritto del cittadino non comunitario, familiare di un cittadino europeo, di viaggiare, cioè di lasciare il territorio di un qualsiasi Stato dell'Unione europea, con la semplice presentazione di un passaporto valido, senza la necessità di un visto. Questo, soprattutto nel quadro Schengen, non dovrebbe porre alcun problema, perché se il soggetto è legalmente soggiornante, può attraversare le frontiere interne senza necessità che venga trattenuto e senza presentare alcun documento, salvo che sia richiesto. Orbene, affinché la situazione sia regolare, esserne in possesso diventa obbligatorio.

Ciò si comprende facilmente rispetto al coniuge, ai figli, o anche riguardo agli ascendenti, che, oltre a tale documentazione, sono tenuti, altresì, al possesso di un'ulteriore documentazione che comprovi la relazione familiare e il documento emesso dallo Stato di partenza che attesti la regolarità del soggiorno.

Tuttavia, se questo è chiaramente stabilito nella direttiva, il diritto all'ingresso, piuttosto che quello all'uscita, è più restrittivo per gli stranieri. Ciò è ovvio: ai cittadini dell'Unione non può essere imposto alcun visto d'ingresso o alcun obbligo equivalente. Ciò posto, i cittadini non UE sono soggetti ad altre regole. Così dispone l'articolo 5, par. 2 della Direttiva che prevede:

«*I familiari che non hanno la nazionalità di uno Stato membro saranno soggetti all'obbligo del visto d'ingresso in conformità del regolamento (CE) n. 539/2001*[79] *o, se del caso, della legislazione nazionale. Ai*

[78] Sentenza del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 e C-125/99, *D e Regno di Svezia c. Consiglio*, p. I-4319, par. 34.

[79] Questo regolamento ha subito una modifica successiva, sebbene precedente alla direttiva in cui è inserito. Ecco perché è incomprensibile che non sia stato preso in considerazione, il che è spiegabile solo perché la direttiva è stata elaborata per un lungo periodo. In ogni caso, la modifica non è sostanziale. Cfr. Il regolamento (CE) n. 453/2003 del Consiglio, del 6 marzo 2003, che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 che istituisce l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto per

fini della presente direttiva, il possesso della carta di soggiorno in corso di validità di cui all'articolo 10 esonera i familiari dall'obbligo di ottenere un visto.

Gli Stati membri concedono a tali persone tutte le agevolazioni affinché ottengano i visti necessari. Tali visti sono rilasciati il più presto possibile, in base ad una procedura accelerata e sono gratuiti».

Ciò significa che l'obbligo del visto, in primo luogo, può essere imposto solo a coloro che siano cittadini degli Stati che figurano del Regolamento (CE) n. 539/2001, il quale stabilisce l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto per attraversare le frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in relazione all'ambito di applicazione al quale si riferisce il Regolamento stesso che, in quanto definito nell'ambito del quadro Schengen è, pertanto, applicabile alla Norvegia e all'Islanda, ma non al Regno Unito o all'Irlanda[80].

Questa limitazione sembra ragionevole, sebbene si potesse, in linea di principio, considerare che la medesima avrebbe potuto pregiudicare il diritto all'integrità familiare. Ciò perché, in linea di principio, la stessa si concretizza in una formalità che non preclude il diritto, ma richiede solo un requisito per il suo esercizio. D'altra parte, in seguito la Direttiva stessa, ne salvaguarda il godimento laddove afferma nell'articolo 5, paragrafo 4 che «*Qualora il cittadino dell'Unione o il suo familiare non avente la cittadinanza di uno Stato membro sia sprovvisto dei documenti di viaggio o, eventualmente, dei visti necessari, lo Stato membro interessato concede, prima di procedere al respingimento, ogni possibile agevolazione affinché possa ottenere o far pervenire entro un periodo di tempo ragionevole i documenti necessari, oppure possa dimostrare o attestare con altri mezzi la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione*».

La cosa importante, in ogni caso, è che gli stranieri non comunitari, familiari diretti dei cittadini europei di cui alla presente direttiva, che posseggono una carta di soggiorno valida, non avranno bisogno di un visto d'ingresso. Una volta che l'ingresso in uno Stato dell'Unione europea è avvenuto, i parenti stranieri del cittadino europeo, così come questo, hanno il diritto di soggiornare per un massimo di tre mesi senza ulteriori requisiti formali.

Nel caso di soggiorno superiore a tre mesi, il cittadino comunitario

l'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (GUUE n. L 69 del 13 marzo 2003, pp. 10-11).

[80] GUUE L 81 del 21 marzo 2001, p. 1 ss.

deve giustificare una serie di cause per le quali è consentito il soggiorno, che però possono essere estese anche a quelle circostanze che non comportino un onere per lo Stato ospitante. In questo senso, l'articolo 7, par. 2 della Direttiva in commento afferma:

«*Il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 è esteso ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro quando accompagnino o raggiungano nello Stato membro ospitante il cittadino dell'Unione, purché questi risponda alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c)*».

Pertanto, il diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi familiari di un cittadino europeo è automatico quando il cittadino europeo soddisfa i requisiti che gli vengono richiesti come titolare del diritto alla libera circolazione.

La procedura amministrativa prevista per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro è regolata dall'articolo 9 e prevede, tra gli altri requisiti, la necessità che essi richiedano e che lo Stato rilasci una carta di soggiorno entro un termine massimo di sei mesi, durante i quali si disporrà di una ricevuta della domanda. I documenti da presentare sono quelli normalmente richiesti in questi casi, vale a dire, quelli che attestano l'identità, il rapporto di parentela, la registrazione dell'unione di fatto, o qualsiasi altro mezzo di prova ammesso dalla legge.

La Commissione, su proposta del Parlamento e in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[81], ha disposto nella sua seconda proposta che «*Non si negherà la carta di soggiorno per il solo motivo che l'interessato sia sprovvisto di visto o che questo sia scaduto prima della presentazione della domanda della carta di soggiorno*»[82].

Tuttavia, questo paragrafo non figura nel testo della Direttiva approvata.

La Corte di Giustizia dell'UE ha ben chiaro che non può essere richiesto il visto per coniugi stranieri di cittadini europei, come ha affermato in una sentenza del 14 aprile 2005 contro la Spagna, in cui ha statuito che il requisito del possesso di un visto di residenza stabilito dalla normativa spagnola per l'ottenimento di un permesso di soggiorno e la conseguente negazione di tale permesso a un cittadino di un Paese terzo, che sia membro della famiglia di un cittadino comunitario, per non aver precedentemente richiesto il visto di residenza al consolato spagnolo del suo ultimo domicilio, sono contrari alle disposizioni delle Direttive[83].

[81] C-459/99, *MRAX*, del 25 luglio 2002.

[82] Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (COM (2003) 199 def., del 15 aprile 2003).

[83] Sentenza della Corte (Seconda Sezione), 14 aprile 2005.

L'eventuale decesso del cittadino europeo, titolare del diritto alla libera circolazione, o la sua partenza, non inciderà sul soggiorno di cui godono i suoi familiari comunitari. Nonostante ciò, si rileva che i cittadini non comunitari sono, invece, assoggettati ad un regime diverso (a mio avviso discriminatorio); tale ultima circostanza potrebbe risultare discriminatoria e rappresenta, altresì, un ulteriore motivo di differenza con lo *status* giuridico del cittadino europeo. Ed invero, non solo non si contempla la continuità in caso di partenza dallo Stato ospitante, ma, nel caso di decesso, si prevede che «*non comporta la perdita del diritto di soggiorno dei familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro e che hanno soggiornato nello Stato membro ospitante per almeno un anno prima del decesso del cittadino dell'Unione*». Pertanto, stabilisce una soglia di un anno di soggiorno minimo per continuare a godere del diritto (articolo 12, par. 2).

Una volta che si acquisisca il diritto di soggiorno, dopo aver soggiornato per più di un anno nel caso limite del decesso del titolare, cittadino europeo, è necessario ottenere la carta di soggiorno permanente in base agli stessi requisiti che doveva soddisfare il cittadino europeo stesso. Ancora una volta, non ci sono oneri sociali per lo Stato.

Che cosa succederebbe se i requisiti non fossero soddisfatti? Semplicemente si perderebbe il diritto di soggiorno, salvo che si abbiano figli minori e se ne abbia l'affidamento fino al termine degli studi. Si afferma nell'articolo 12, par. 3:

«*La partenza del cittadino dell'Unione dallo Stato membro ospitante o il suo decesso non comporta la perdita del diritto di soggiorno dei figli o del genitore che ne ha l'effettivo affidamento, indipendentemente dalla sua cittadinanza, se essi risiedono nello Stato membro ospitante e sono iscritti in un istituto scolastico per seguirvi gli studi, finché non terminano gli studi stessi*».

Pertanto, qui il bene giuridico protetto fa capo ai minori. Sarebbe necessario applicare altresì la normativa sulla maggiore età, come stabilita nello Stato ospitante, o di quello a cui è direttamente appartenente il genitore che continua a risiedere nel Paese ospitante con i figli[84].

Si desume che, una volta acquisito il diritto di soggiorno permanente, a titolo personale, come titolare dello stesso, sarà applicabile la Direttiva 2003/109/CE, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, che costituisce la direttiva generale. Si regolano, inol-

[84] Ciò è in linea con le conclusioni della sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002 nella causa C-413/99, *Baumbast e R*.

tre, nella Direttiva relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che si commenta, i casi di divorzio, dell'annullamento del matrimonio o della fine dell'unione registrata (articolo 13). L'idea finale, in breve, è che «*I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui all'articolo 6 finché non diventano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante*» (art. 14, par. 1).

Ovviamente, sono stabilite una serie di limitazioni per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica o salute pubblica che sono quelle generalmente contemplate per qualsiasi tipo di soggiorno, che sono applicabili anche ai cittadini europei. Si prenderanno sempre in considerazione, prima dell'espulsione, in base all'articolo 28 «*in particolare, la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e l'importanza dei suoi legami con il paese d'origine*» e se si tratta di soggiornanti permanenti, in conformità con la direttiva che abbiamo commentato, si potrà procedere solo «*per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*», stabilendo le necessarie garanzie procedurali per tutto questo.

Come si può vedere, nemmeno i cittadini di Stati terzi, familiari dei cittadini europei, godono della cittadinanza europea.

7. *Alcune proposte per reinterpretare la cittadinanza europea*

Ritengo che i rifugiati, i residenti permanenti, i familiari di cittadini europei non appartenenti all'UE non dovrebbero avere un altro *status* giuridico rispetto a quello di un cittadino europeo: il tutto alla luce di una reinterpretazione del concetto nel senso dell'attribuzione di una cittadinanza civile, come riconosciuto dal modello della Legislazione spagnola[85].

Questa cittadinanza civile[86], nell'ordinamento giuridico spagnolo, è determinata dalla filiazione, dal matrimonio, dalla residenza o dall'acquisizione della cittadinanza. Ciò implica la determinazione dell'applicazione della legislazione civile, di natura personale. Conse-

[85] Art. 14 del codice civile spagnolo.

[86] Per la sua delimitazione secondo una corretta concettualizzazione, si veda I. RIBAS ALGUERÓ, *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídica y a su prueba*, Barcelona, 1984.

guentemente, si desume che se interpretassimo la cittadinanza europea, nel senso di cittadinanza civile, non si qualificherebbero cittadini europei solo i figli di altri cittadini europei, ma anche i loro coniugi o conviventi, i soggiornanti permanenti o i nuovi cittadini, poiché la cittadinanza civile postula un collegamento tra la persona e il sistema giuridico che determina le capacità. Essa si determinerebbe in virtù del legame che unisce una persona con l'Unione europea, al di là della stessa e della semplice nazionalità.

Assumendo pacificamente che la cittadinanza civile faccia riferimento all'applicabilità delle norme, si rileva, altresì, l'esistenza di un concetto di cittadinanza, anch'esso definito nell'ordinamento giuridico spagnolo, che non risulta utile per l'estensione del concetto di cittadinanza europea. Il riferimento è alla "condizione politica" o quella che alcuni chiamano "regionalità autonomistica"[87] stabilita dagli Statuti di Autonomia in considerazione delle persone che potranno godere dei diritti che concedono[88].

A ciò si aggiunga che questo concetto di "condizione politica", nelle sue numerose variabili statutarie, finisce per essere confuso con la cittadinanza amministrativa di cui si discorrerà di qui a breve.

Pertanto, la cittadinanza civile sarebbe un concetto molto utile perché, come già affermato, inciderebbe sull'applicabilità delle norme e sull'assoggettamento all'ordinamento giuridico, cioè, ponendosi come un principio di applicazione personale. La "condizione politica" non significa sottomissione al sistema giuridico pubblico[89] e, quindi, si applica il principio di territorialità. In effetti, il diritto di voto non è contemplato nel campo della "condizione politica", che quindi non sarebbe adeguato rispetto alla cittadinanza europea.

È vero che la "condizione politica" può essere estesa ai cittadini che hanno avuto la loro ultima cittadinanza amministrativa nella Comunità autonoma o sono figli di questi, anche se sono nati o vivono al di fuori

[87] Circolare della Direzione Generale dei Registri e dei Notai del 6 novembre 1980 sulla "Nacionalidad o Regionalidad Autonómica" (BOE 12 di novembre de 1980).

[88] Vedi un riassunto della "condizione politica" delle diverse Comunità Autonome nel seguente sito web: http://www.cepc.gob.es/docs/boletin-de-documentacion-nº35/5-8condición-pol%C3%ADtica-de-ciudadano-autonómico.pdf?sfvrsn=0 .

[89] M. COCA PAYERAS, "Condición Política, Vecindad Administrativa y Vecindad Civil Balear (En torno a los arts. 6º y 7º de los Estatutos de Autonomía)", in *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1984, pp. 13-14 (http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MJiposNYIFwJ:www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/download/174933/243715+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=es).

del territorio della Comunità autonoma, ma esclusivamente per determinati diritti, non tutti.

Come si può vedere, in realtà si tratta di una "quasi cittadinanza amministrativa" o di un domicilio che è determinato solo ai fini della registrazione all'Anagrafe dei residenti e, in questo caso, del diritto di voto quando la legge nazionale lo consenta, poiché questa – e cioè la cittadinanza amministrativa – non pregiudica l'applicazione delle norme riguardanti il proprio *status* personale. Mentre la cittadinanza europea sarebbe uno *status* personale, in realtà, la cittadinanza amministrativa riconosce solo una residenza geografica, a differenza dei cittadini europei che rimangono cittadini europei indipendentemente dal fatto che vivano o meno geograficamente nel territorio dell'Unione europea, così come la cittadinanza civile o la condizione politica, che possono essere tenute da una persona senza necessità di residenza geografica.

Gli stranieri residenti in Spagna hanno il diritto alla cittadinanza amministrativa, ma quest'ultima non raggiunge il livello di garanzia dei diritti riconosciuto in forza dello *status* personale della cittadinanza europea.

8. *Conclusioni*

Il diritto della nazionalità si colloca a cavallo tra il diritto internazionale e il diritto nazionale ma, con l'esclusione di alcune norme che definiscono gli obblighi in capo agli Stati, di fatto risulta ricompreso nell'alveo del dominio riservato degli ordinamenti giuridici nazionali.

La cittadinanza europea ha cercato di riassumere un diritto ipotetico di "nazionalità" europea che fu tanto contestato da parte di molti Stati, i quali si ponevano in contrasto rispetto a tali concetti "nazionali". Per questo motivo, hanno coniato il termine "cittadinanza" che, lungi dall'essere un concetto giuridico, era limitato ad un concetto sociologico.

Ciò nonostante, lo stesso si riempì di contenuto giuridico, concedendo diritti esclusivi ed escludenti di cui non avrebbero goduto coloro che non fossero cittadini europei. Ciò ha costituito un tratto differenziante rispetto ai cittadini non europei o cittadini non comunitari.

Per effetto di questi approcci sono emersi problemi che hanno richiesto soluzioni propositive. In questo modo, come risposta alle richieste della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, come visto, accorda ad una donna di Gibilterra il diritto di partecipare al processo elettorale al Parlamento europeo (sentenza *Matthews*), l'Unione europea ha accettato l'estensione di questo diritto – riservato, in linea di principio, ai cit-

tadini europei – a chi ha uno *status* che l'ordinamento giuridico britannico consente.

Orbene, vi sono altre situazioni che richiederebbero una soluzione equa, come quelle relative ai membri della famiglia non comunitaria di cittadini europei, i soggiornanti permanenti o quei cittadini non comunitari che godono di uno *status* privilegiato quale costituisce quello di rifugiato o quello di beneficiario della protezione sussidiaria.

Per questo, ovviamente, occorre reinterpretare lo *status* di cittadino europeo. Una soluzione valida sarebbe quella di identificare la nozione di "cittadinanza europea" con il concetto di cittadinanza civile esistente nella legge spagnola. Esso, come si è detto, consente di concedere diritti a quelle persone che, per filiazione, matrimonio o residenza, sono collegate a un territorio specifico che, all'interno dell'UE sarebbe l'intero territorio europeo, laddove questo statuto assomiglia a quello del cittadino europeo più che a quello di un cittadino di uno Stato membro.

IL DIRITTO INDIVIDUALE AD UNA CITTADINANZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

LINA PANELLA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il diritto degli individui ad avere una cittadinanza nel caso di mutamenti territoriali. – 3. L'affermazione di una cittadinanza sostanziale nella giurisprudenza della Corte. – 4. La privazione/revoca della cittadinanza come causa di violazione di diritti sanciti dalla Convenzione europea di diritti dell'uomo. – 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni preliminari*

Negli strumenti di protezione internazionale dei diritti dell'uomo adottati a livello regionale, il diritto individuale ad una cittadinanza trova spesso una specifica affermazione. L'esempio più rilevante è l'art. 20.1 della *Convenzione interamericana sui diritti umani* del 22 novembre 1969 (c.d. Patto di San Josè di Costarica) che, riproducendo sostanzialmente l'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, precisa che ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza[1]. Fra l'altro la Corte interamericana, chiamata a pronunciarsi sull'argomento, ha statuito che, pur essendo comunemente accettato che la concessione della cittadinanza ricade nella competenza statale, tale principio è limitato «*par les nécessités qu'il impose le droit international pour la protection des droits de l'homme*»[2]. La Corte riconosce, quindi, che il potere dello Stato in questa materia deve essere compatibile con gli obblighi internazionali derivanti dalle norme poste a garanzia dei diritti dell'uomo. La Corte interamericana è andata anche oltre, definendo, nella sentenza dell'8 settembre 2005 nel caso *Yean e Bosico c. Repubblica Domenicana*, il diritto ad una cittadinanza come diritto fondamentale della persona umana e specificando che la cittadinanza

* Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Messina.

[1] Mentre l'art. 20, co. 1 stabilisce: «*Ogni persona ha diritto ad una nazionalità*», il co. 2 precisa: «*Ogni persona ha il diritto alla nazionalità dello Stato nel cui territorio è nato, se non ha il diritto ad altra nazionalità*»; infine secondo il co. 3: «*Nessuno sarà arbitrariamente privato della propria nazionalità o del diritto di cambiarla*».

[2] Propositions d'amendements aux dispositions de la Constitution politique du Costarica sur la naruralisation, in *HRLJ*, 1984, p. 161.

deve essere considerata l'espressione giuridica del legame sociale di un individuo con uno Stato.

Per quanto concerne il sistema africano di protezione dei diritti dell'uomo, mentre nessun riferimento al diritto ad una cittadinanza è contenuto nella *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* adottata dall'Assemblea dell'Organizzazione dell'Unità africana il 27 giugno 1981, tale diritto è invece previsto nella *Carta africana sui diritti ed il benessere dei fanciulli* del 1990. In particolare, l'art. 6.3 di tale trattato sancisce il diritto di ogni minore di acquisire una cittadinanza, mentre il successivo par. 4 prevede l'obbligo per gli Stati di assicurare nel proprio ordinamento l'acquisto della cittadinanza per i minori in base al principio dello *ius soli*, nel caso in cui ad essi non venga garantita la cittadinanza di un altro Stato[3].

Anche nella *Carta araba sui diritti umani* del 22 maggio 2004, il diritto individuale ad una cittadinanza trova una chiara affermazione. Infatti, l'art. 29 prevede: «*1. Everyone has the right to nationality. No one shall be arbitrarily or unlawfully deprived of his nationality. 2. States parties shall take such measures as they deem appropriate, in accordance with their domestic laws on nationality, to allow a child to acquire the mother's nationality, having due regard, in all cases, to the best interests of the child. 3. No one shall be denied the right to acquire another nationality, having due regard for the domestic legal procedures in his country*[4]».

Oltre che in atti vincolanti, il diritto dell'individuo ad avere una cittadinanza, trova affermazione anche in molti atti di *soft law*. Un esempio del genere è la *Dichiarazione sui diritti umani* del 2012 adottata nell'ambito dell'ASEAN, il cui art. 18, sul modello dell'art. 15 della Dichiarazione universale, ribadisce che ogni individuo ha diritto ad una cit-

[3] La Carta è stata adottata dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione per l'Unità Africana ad Addis Abeba, l'11 luglio 1990 ed è entrata in vigore il 29 novembre 1999. Al 1° gennaio 2018 è stata ratificata da 47 Stati.

[4] La Carta araba adottata a Tunisi il 23 maggio 2004 ed entrata in vigore nel 2008 rappresenta il risultato del processo di modernizzazione ed attualizzazione della Carta araba adottata il 15 settembre 1994 e che era iniziato, a seguito di un accordo tra la lega degli Stati arabi e l'Alto Commissario delle Nazioni Unite, già nel 2002. Sulla protezione dei diritti dell'uomo nel mondo arabo ed in particolare sulla Carta araba del 2004 esiste una vasta bibliografia. Solo a titolo esemplificativo M. RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forwards?*, in *HRLR*, 2005, p. 361; C. ZANGHÌ, Y.BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme*, Torino, 2005; I. CHERIFI, *Ligue des Etats arabes. Charte arabe des droits fondamentaux: une entrée en vigueur sujette à controverses*, in *RGDIP*, 2008, p. 379; L. ZERROUGUI, *The Arab Charter on Human Rights*, in *EHRR*, 2011, p. 7.

tadinanza, secondo quanto stabilito dalla legge, e che nessuno può esserne privato arbitrariamente[5].

Per quanto riguarda il continente europeo, il diritto dell'individuo ad una cittadinanza, non rientra nel catalogo dei diritti previsto dalla *Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (di seguito Convenzione), come è noto adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1950. Questa mancanza è ancora più rilevante se si pensa che la sua natura giuridica *sui generis*, i diritti in essa garantiti ed il sempre più spiccato carattere giurisdizionale che contraddistingue il sistema di garanzia in essa previsto, fanno della Convenzione una sorta di *Magna Charta* dell'Europa democratica[6].

Tale omissione, però, è meno sorprendente di quanto possa apparire a prima vista se si pone mente alla circostanza che la Convenzione, trattato multilaterale concepito ed elaborato in quanto sistema giuridico sovranazionale atto a conferire diritti ed a produrre obblighi nell'ambito di sistemi giuridici europei, si basa sulla concezione tradizionale secondo cui l'attribuzione o il diniego della cittadinanza, rientra nelle materie di competenza esclusiva dello Stato. In questo ambito, quindi, lo Stato è esente da qualsiasi interferenza da parte dell'ordinamento internazionale, soprattutto nel caso in cui viene a crearsi una giurisdizione superiore come la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte)[7]. Tuttavia, sebbene gli organi di controllo della Convenzione, la Commissione e la Corte prima, poi esclusivamente la Corte, abbiano confermato più volte che «*il diritto al riconoscimento di una cittadinanza non figura in quanto tale tra i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione*»[8], per cui essi non erano e non sono competenti a giudicare sulla violazione di un simile diritto *ratione materiae*, l'interpretazione letterale delle norme convenzionali ha più volte ceduto ad una loro interpretazione estensiva che

[5] Per un approfondito esame degli atti internazionali a livello regionale che prevedono il diritto ad una cittadinanza, cfr. S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017, p. 96 ss.

[6] In questo senso, fra gli altri, A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, p. 9.

[7] Le motivazioni che hanno determinato l'esclusione del diritto ad una cittadinanza dalla CEDU, sono ampiamente esaminate da M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. int. dir. uomo,* 1995, p. 11 ss.

[8] Tale affermazione è presente sin dalla prima decisione in merito della Commissione del 5 ottobre 1972 nel caso *X c. Austria*, fino alla sentenza della Corte del febbraio 2017 nel caso *K2 c. Regno Unito*, di cui si dirà nelle pagine seguenti.

ha riconosciuto, anche se in modo indiretto, l'esistenza di tale diritto. Come è stato sottolineato, molto spesso i giudici di Strasburgo agiscono come un "*subsidiary legislator*" e il tentativo della Corte di accrescere il proprio potere è "*visible in the invention of new rights*"[9]. D'altra parte, la dottrina è, altresì, unanime nel considerare la Convenzione come *living instrument*, che deve essere interpretata tenendo conto delle "*present-day conditions*"[10]. Già nel caso *Tyrer c. Regno Unito* del 1978 la Corte ha fatto riferimento al *leitmotiv* della "*Convention as a living instrument*" la cui interpretazione deve tener conto dell'evoluzione delle norme interne e internazionali[11]. Tale posizione è stata ribadita anche in numerose sentenze successive[12]. Sulla base di queste considerazioni, la Corte, avvalendosi di una interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione, ha colmato molte delle lacune in essa presenti, adattandola ai cambiamenti sociali che il trascorrere del tempo inevitabilmente determina.

In questa ottica, la Corte di Strasburgo ha in più occasioni riconosciuto una protezione *par ricochet*, indiretta, al diritto ad una cittadinanza.

È d'altra parte fuor di dubbio che in un momento in cui la vita della comunità internazionale è sottoposta a continue pressioni e cambiamenti, la concessione/negazione della cittadinanza diviene uno strumento politico con cui lo Stato tende a rafforzare il suo potere sugli individui e comunque a riaffermare la sua competenza esclusiva, sempre più limitata dalle norme internazionali. Sulla base di queste considerazioni, la Corte europea, nel suo ruolo di interprete e garante della Convenzione, non è rimasta insensibile alla possibile violazione del diritto degli individui ad una cittadinanza che potrebbe essere determinata da vari fattori: dalla formazione di nuovi Stati, dalle legislazioni nazionali in materia di terrorismo, dalla inascoltata richiesta di integrazione proveniente da individui che hanno scelto di vivere in un Paese diverso dal proprio.

[9] In questo senso P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Is the ECHR facing an existential crisis?,* discorso tenuto al Mansfield College di Oxford il 28 aprile 2017.

[10] Sulla Convenzione europea come *living instrument* esiste un'ampia letteratura. Solo a titolo esemplificativo cfr. P. MAHONEY, *The European Convention on Human Rights as a Living Instrument,* in *Bull. dr. home*, 2005, p. 106 ss.; D. SPIELMANN, M. TSIRLI, P. VOYATZIS (sous la dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruxelles, 2011; N. BRATZA, *Living Instrument or Dead Letter: The Future of the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 2014, p. 116 ss.

[11] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31.

[12] A titolo di esempio sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, par. 39.

Nelle pagine seguenti sarà, quindi, esaminata la giurisprudenza della Corte in cui assume rilievo, anche se non direttamente, il diritto individuale ad una cittadinanza in alcune situazioni particolari quali la formazione di nuovi Stati o la negazione della cittadinanza in applicazione di specifiche normative interne. Nell'esame di tale giurisprudenza si metterà in evidenza come la Corte, pur avendo sempre presente la necessità di un bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali ed il margine di apprezzamento statale[13] riguardo ad una fattispecie fondamentale come il legame giuridico tra lo Stato e l'individuo, abbia assunto una posizione che si può definire ondivaga.

2. *Il diritto degli individui ad avere una cittadinanza nel caso di mutamenti territoriali*

Il diritto individuale ad una cittadinanza ha assunto un particolare rilievo a causa dei mutamenti territoriali e geopolitici che hanno caratterizzato gli anni '90, in cui molto spesso la cittadinanza è stata utilizzata come uno strumento di pressione politica per discriminare alcuni gruppi o etnie, come correttamente ha sottolineato la Corte europea in più occasioni[14]. In questo senso viene in evidenza la sentenza *Sejdic e Finci c.*

[13] Il margine di apprezzamento è stato ampiamente oggetto di esame dalla dottrina. Per tutti cfr. R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights,* in ZAöRV, 1996, p. 240 ss.; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appreciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; H.C. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights*, The Hague, 1996; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1999, p. 744 ss.; S. GREE, *The Margin of Appreciation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; F.J. PASCUALVIVES, *El marge de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista,* in *Anuario Español de derecho internacional,* 2013, p. 217 ss. e la bibliografia ivi citata.

[14] A tale proposito, indicativo ci sembra quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Kuric e altri c. Slovenia* del 2012 esaminata più dettagliatamente in seguito: «*Le Gouvernement explique que l'"effacement" a été opéré parce que les intéressés n'avaient pas cherché à acquérir la nationalité slovène. La Cour souligne toutefois qu'un étranger résidant légalement dans un pays peut souhaiter continuer à y vivre sans forcément en acquérir la nationalité. Comme le montrent les difficultés auxquelles les requérants se sont heurtés pendant de nombreuses années pour obtenir un permis de séjour valable, le*

Bosnia Erzegovina del 2009, in cui la Corte ha stabilito che la Costituzione di questo Stato viola alcune disposizioni della Convenzione ed in particolare l'art. 14 (divieto di discriminazione), l'art. 3 del Protocollo n. 1 (diritto di libere elezioni) nonché l'art. 1 del Protocollo 12 (divieto di discriminazione nel godimento dei diritti prescritti dalla legge)[15]. Le violazioni sono determinate dalla circostanza che la Costituzione della Bosnia-Erzegovina, introdotta nel 1995 come allegato all'Accordo di Pace firmato a Dayton, nel preambolo distingue i cittadini in due categorie: il c.d. *popolo costituente* cui appartengono i bosniaci, i croati ed i serbi, e gli "*altri*", i membri delle minoranze etniche e/o coloro che non hanno dichiarato l'affiliazione ad alcuna etnia. Secondo la Carta Costituzionale della Bosnia Erzegovina solo gli appartenenti al c.d. *popolo costituente* possono essere eletti alla Camera dei popoli (uno dei due rami del Parlamento) ed alla presidenza della federazione, attuando quindi una chiara discriminazione nei confronti delle minoranze presenti nello Stato e delle altre etnie.

La posizione della Corte è confermata nel caso *Kuric e altri c. Slo*venia del 26 giugno 2012[16], in cui la Grande Camera ha fatto finalmente giustizia nella drammatica vicenda dei "*cancellati*", condannando in via definitiva il Governo sloveno per la violazione dei diritti dei cittadini della ex Jugoslavia che, a seguito della dichiarazione di indipendenza della Slovenia nel 1991, erano stati cancellati illegalmente dai registri dei residenti permanenti ed avevano perso qualsiasi *status* giuridico[17]. Chiamata a riesaminare la sentenza resa in primo grado da una Camera della Corte il 13 luglio 2010, la Grande Camera ha confermato la re-

législateur slovène n'avait pas adopté de dispositions destinées à permettre aux ressortissants de l'ex-RSFY ayant la nationalité de l'une des autres républiques de régulariser leur statut de résident s'ils avaient choisi de ne pas acquérir la nationalité slovène ou s'ils ne l'avaient pas sollicitée. Pareilles dispositions n'auraient pourtant pas compromis les buts légitimes poursuivis, à savoir le contrôle du séjour des étrangers et la constitution d'un corps de citoyens slovènes» (par. 357).

[15] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 dicembre 2009, *Sejdic e Finci c. Bosnia Erzegovina*. Per un commento della sentenza v. E. BENEDETTI, *Il principio di "condizionalità" nei processi di allargamento dell'UE: La Bosnia Erzegovina ed il caso Sejdic e Finci,* in *Rivista OIDU*, 2014, reperibile in www.rivistaoidu.net.

[16] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 26 giugno 2012, *Kuric e altri c. Slovenia.*

[17] In realtà il governo aveva stabilito come data limite per richiedere la cittadinanza slovena il 25 dicembre 1991. Coloro i quali non avevano esercitato questa opzione alla data del 26 febbraio 1992 sono stati cancellati dal registro dei residenti permanenti. Sull'argomento vedi A.E. FERIOLI, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la cittadinanza statale: le vie di una "interferenza" in progressiva espansione,* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 74.

sponsabilità del Governo sloveno per gli effetti della cancellazione sulla sfera privata e familiare dei ricorrenti, i quali sono stati costretti a vivere per circa 20 anni in condizioni di totale insicurezza giuridica e di abbandono materiale e morale. In particolare, respingendo integralmente le motivazioni del Governo sloveno, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare e dell'art. 13 che tutela il diritto ad un rimedio interno effettivo, per il persistente rifiuto delle autorità slovene di regolarizzare la posizione giuridica dei ricorrenti in conformità alle statuizioni della stessa Corte costituzionale slovena (che si era più volte pronunciata a favore dei cancellati) e per l'inadeguatezza della nuova legge adottata nel 2010 al fine di porre rimedio alla situazione che si era venuta a creare[18].

La Corte ha altresì condannato la Slovenia per violazione del divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione europea, in quanto i cittadini della ex Jugoslavia hanno ricevuto un trattamento meno favorevole rispetto agli stranieri, i quali – a seguito dell'indipendenza – avevano potuto mantenere il loro *status* giuridico all'interno dell'ordinamento sloveno.

È importante sottolineare che, come si legge nella sentenza[19] «*Ainsi que la Cour l'a déclaré à maintes reprises, la Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier et les Etats contractants ont le droit, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux*[20]». Tuttavia questo potere dello Stato non è assoluto ma può subire delle limitazioni poichè «*des mesures restreignant le droit d'une personne d'avoir la nationalité ou de*

[18] Sostiene la Corte che «*Les "personnes effacées" devinrent en conséquence des étrangers ou des apatrides résidant illégalement en Slovénie. Elles rencontrèrent généralement des difficultés pour conserver leur emploi et leur permis de conduire et pour obtenir leur pension de retraite. En outre, elles ne pouvaient pas quitter le pays, car il leur était impossible d'y revenir sans pièce d'identité valable. De nombreuses familles furent séparées, certains membres se trouvant en Slovénie et d'autres vivant dans l'un des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY. Parmi les "personnes effacées" figuraient 5 360 mineurs, qui, pour la plupart, se virent retirer leurs papiers d'identité. Certaines des "personnes effacées" quittèrent la Slovénie de leur plein gré. D'autres se virent notifier des ordonnances d'expulsion et furent renvoyées*» (par. 33 della sentenza).

[19] Par. 355 della sentenza.

[20] La Corte aveva già espresso lo stesso orientamento in altre sentenze. A titolo esemplificativo cfr. sentenza del 15 del novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 73; del 26 settembre 1997, *El Boujaïdi c. Francia*, par. 39; del 30 novembre 1999, *Baghli c. Francia*, par. 45; del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, par. 39.

séjourner dans un pays peuvent, dans certains cas, donner lieu à une violation de l'article 8 de la Convention s'il en résulte des répercussions disproportionnées sur la vie privée et/ou familiale de l'intéressé»[21].

La Corte ribadisce, inoltre, che se la funzione fondamentale dell'art. 8 della Convenzione è quella di proteggere l'individuo dall'ingerenza arbitraria dello Stato, la norma non si limita a prevedere un obbligo negativo di astensione, ma ugualmente obbliga positivamente lo Stato ad un *respect effectif* della vita privata e familiare, in particolare nel caso di immigrati di lunga durata, come erano i richiedenti[22].

Un altro esempio in cui la Corte ha indirettamente garantito il diritto ad una cittadinanza è il caso *Tănase c. Moldavia*, deciso con sentenza della Grande Camera del 27 aprile 2010, anche questo ricollegabile indirettamente ai cambiamenti geopolitici degli anni '90, a riprova di quella pressione politica cui si accennava in precedenza che la concessione/privazione della cittadinanza può assumere. In breve i fatti.

La Moldavia, non impedisce che un individuo possegga una doppia cittadinanza, ma la legge n. 273 dell'11 ottobre 2007 nega l'elettorato passivo a coloro che sono in possesso di una doppia o plurima cittadinanza. Nel caso in esame, il ricorrente titolare della doppia cittadinanza moldava e rumena, costretto a scegliere se rinunciare alla doppia cittadinanza o alla carica politica appena ottenuta, sostiene che la legislazione moldava sulla cittadinanza viola l'articolo 3 del Protocollo 1- diritto a libere elezioni-.

Pur riconoscendo la fondatezza delle "ragioni storiche" addotte dal Governo e la preoccupazione delle autorità statali per una probabile mancanza di interesse per gli affari pubblici nazionali da parte di candidati titolari di una doppia cittadinanza, la Corte ha assunto un atteggiamento estremamente favorevole alle richieste individuali, confutando dettagliatamente le argomentazioni del Governo.

Applicando un rigido criterio cronologico, la Corte nota che la normativa contestata è stata introdotta solo dalla riforma elettorale del 2008 e non già al momento della proclamazione dell'indipendenza nel 1991. Solo al momento della formazione del nuovo Stato, secondo la Corte, le limitazioni previste in caso di doppia cittadinanza si sarebbero potute configurare come un legittimo strumento per garantire fedeltà allo Stato.

[21] La Corte, a supporto, di tale tesi richiama la sua precedente giurisprudenza ed in particolare la sentenza del 22 aprile 2004, *Radovanovic c. Austria*, parr. 36-37; la sentenza della Grande Camera del 23 giugno 2008, *Maslov c. Austria*, par. 100 e la sentenza dell'11 ottobre 2011, *Genovese c. Malta*.

[22] Par. 358 della sentenza.

Di contro, la legge adottata successivamente, presenta più i caratteri di una misura sproporzionata che pregiudica i diritti del partito di minoranza, limitando in modo considerevole la «*libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo elettorale*». La circostanza che la norma fosse introdotta poco prima delle elezioni in un momento in cui il partito al governo stava perdendo consensi, fa dubitare la Corte tanto che il fine perseguito sia effettivamente quello di garantire fedeltà e lealtà da parte dei parlamentari quanto che la misura sia proporzionata allo scopo dichiarato, considerando peraltro che in nessuno Stato in cui convivono diverse etnie è previsto il divieto della doppia nazionalità per i membri del Parlamento. Sulla base di simili argomentazioni, dunque, la Corte rigetta le motivazioni del Governo moldavo e riconosce la violazione dell'articolo 3 del Protocollo 1 della Convenzione, per eccessiva e illegittima restrizione del diritto all'elettorato passivo.

Riconducibili ai mutamenti territoriali degli Stati europei degli anni '90 sono infine due casi identici in cui la Corte si è indirettamente pronunciata sul diritto ad una cittadinanza, rigettando i ricorsi individuali, con l'adozione di una interpretazione più restrittiva del rapporto tra la violazione di determinate norme della Convenzione e la perdita o la privazione della cittadinanza. Il riferimento è alla decisione nei ricorsi riuniti *István Fehér c. Repubblica Slovacca* e *Erzsébet Dolník c. Repubblica Slovacca* del 21 maggio 2013, in cui i ricorrenti, entrambi appartenenti alla minoranza ungherese, si lamentano che, avendo acquistato la cittadinanza ungherese, in base alla legge della Repubblica Slovacca sulla cittadinanza, hanno perduto *ex lege* la cittadinanza di questo Stato[23]. In questo caso la Corte, sottolineando ancora una volta che il diritto ad una cittadinanza non rientra nei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli, ma richiamando la sua precedente giurisprudenza in cui si riconosce che la privazione della cittadinanza possa incidere sulla vita privata dei ricorrenti, la cui lesione non è comunque contestata nei ricorsi esaminati, e inoltre possa concretizzare una violazione del divieto di non discriminazione, non ha ritenuto che ci fosse una violazione della Convenzione. La decisione di rigetto della Corte è basata sulla considerazione che i ricorrenti avevano optato liberamente per la cittadinanza ungherese, essendo ben consapevoli delle conseguenze previste dalla legislazione slovacca in argomento che, peraltro era già in vigore. In conclusione, secondo la Corte i ricorsi, nella parte *de qua,* sono incompatibili

[23] Si tratta della legge sulla Cittadinanza n. 40 del 1993 come emendata dalla legge n. 250 del 2010.

ratione materiae con le disposizioni della Convenzione[24]. In questo caso, lo sforzo della Corte di bilanciare il margine di apprezzamento dello Stato con una effettiva protezione dei diritti dei singoli è ancora più evidente: le restrizioni previste dalla legislazione statale sono "giustificate" dalla volontà dell'individuo, che si è manifestata in modo libero e consapevole delle conseguenze.

La conclusione che sembra potersi trarre dalla prevalente giurisprudenza della Corte nel caso di mutamenti territoriali, è certamente quella che tale organo, pur in mancanza di esplicite disposizioni nella Convenzione, consideri la cittadinanza come diritto fondamentale dell'individuo e ritenga che il suo mancato riconoscimento possa incidere sulla sua identità personale e, comunque, sulla fruizione di altri diritti fondamentali.

3. *L'affermazione di una cittadinanza sostanziale nella giurisprudenza della Corte*

La mancanza, nella Convenzione, di una espressa disposizione che garantisca il diritto ad una cittadinanza ha influenzato la giurisprudenza di Strasburgo anche riguardo il trattamento degli stranieri, ed in particolare nei casi di espulsione.

Innanzitutto, dal contenzioso di Strasburgo risulta in modo abbastanza netto che il principale problema posto dalla mancanza di cittadinanza è quello di un trattamento differenziato dei cittadini e dei non cittadini circa il godimento di determinati diritti che appartengono solo a coloro i quali posseggono lo *status civitatis.* È questo il caso del diritto a risiedere sul territorio dello Stato di appartenenza, diritto questo, che non solo si desume dai principi di diritto internazionale generale, ma che trova conferma nel divieto di espellere un cittadino dal proprio Stato (art. 3 Protocollo n. 4). La giurisprudenza ha preso atto di tale situazione ritenendo che il diritto di residenza appartenente ai soli cittadini non può essere considerato un trattamento discriminatorio. Nel rapporto esplicativo del Protocollo n. 12 alla CEDU, si legge «*The notion of discrimination has been interpreted consistently by the European Court of Human Rights in its case-law concerning Article 14 of the Convention. In particular, this case-law has made clear that not every distinction or differ-*

[24]Anche gli altri motivi di ricorso che si rifanno alla violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 e al Protocollo n. 12, sono respinti dalla Corte, anche se con motivazioni diverse.

ence of treatment amounts to discrimination. As the Court has stated, for example, in the judgment in the case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom: "a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"» (par. 18)[25].

La giurisprudenza della Corte, nel tempo, riguardo il diritto di residenza dimostra, comunque, una interpretazione delle norme in cui si è data una maggiore prevalenza all'uomo piuttosto che al cittadino. Infatti, la condizione dei migranti di seconda e di terza generazione ha più volte portato l'organo di controllo della CEDU ad affermare che, pur non volendo mettere in discussione il potere degli Stati sull'ingresso ed il soggiorno degli stranieri sul loro territorio, tuttavia, esso non deve arrecare alcun pregiudizio al godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione. Senza avere la pretesa di esaminare la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo in argomento in modo esaustivo, sembra necessario richiamare alcuni casi fondamentali in cui la Corte ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione in conseguenza di misure di espulsione o allontanamento di stranieri. Già nel risalente caso *Berrehab e Koster* del 1988, è stato riconosciuto al ricorrente di nazionalità marocchina, che aveva a lungo soggiornato in Olanda, sposandosi con una olandese dalla quale aveva avuto una bambina, il diritto di non essere allontanato da quel Paese dopo il divorzio, così da poter continuare ad incontrare la figlia. In questo caso la Corte, ha ritenuto che il divieto di soggiorno, se da un lato perseguiva lo scopo legittimo di limitare l'afflusso dei lavoratori stranieri, dall'altro comportava restrizioni sproporzionate che, nel caso in esame, incidevano in modo negativo ed inammissibile sulla vita familiare dell'interessato[26].

[25] Nella sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Regno Unito* la Corte afferma che «*une discrimination est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est –à-dire si elle ne pousuit pas un but légitime ou un but visé*».

[26] Si legge nella sentenza: «*D'après les requérants, le refus d'accorder à M. Berrehab une nouvelle autorisation de séjour après le divorce et la mesure d'expulsion en résultant s'analysaient en des ingérences dans leur droit au respect de la vie familiale, vu la grande distance séparant les Pays-Bas du Maroc et les problèmes financiers entraînés par le retour forcé de l'intéressé dans son pays. Le Gouvernement répond que rien n'empêchait ce dernier d'exercer son droit de visite en se rendant du Maroc aux Pays-Bas avec un visa temporaire. La Cour reconnaît avec la Commission que dans les circonstances de la cause, il s'agissait là d'une possibilité plutôt théorique; du reste, M. Berrehab n'obtint pareil visa qu'après un premier refus (paragraphe 12 ci-dessus). Les*

Un ricorso presentato poco dopo ha dato modo alla Corte di confermare il diritto di residenza a favore di cittadini stranieri soggiornanti di lungo periodo, anche in presenza di condizioni particolari. Il riferimento è alla sentenza *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio 1991, in cui è stato riconosciuto ad un individuo di nazionalità marocchina un diritto praticamente illimitato a risiedere sul territorio di uno Stato di cui non è cittadino. In questo caso sembra importante notare che la Corte ha operato una valutazione obiettiva delle circostanze relative alla vita dell'individuo, sebbene il ricorrente fosse stato condannato 147(!) volte in Belgio per reati contro il patrimonio. Egli, infatti, era arrivato in Belgio all'età di due anni, dove era stato educato, parlava pochissime parole di arabo, non poteva disporre in Marocco, dove si era recato solo due volte per brevi vacanze, di alcun sostegno di carattere familiare, essendo tutta la sua famiglia in Belgio. La Corte nella sua sentenza mette bene in evidenza come il legame di nazionalità del ricorrente con il Marocco, se corrisponde ad un dato giuridico, non corrisponde tuttavia a nessun legame umano concreto**.**

La posizione della Corte contraria a casi di espulsione di stranieri se tale misura costituisce una lesione dell'art. 8 della Convenzione è stata affermata ripetutamente. Una sentenza importante è quella pronunciata il 4 dicembre 2012 nel caso *Hamidovic c. Italia* in cui si riscontra la violazione dell'art.8 per la tentata espulsione di una cittadina Rom della Bosnia Erzegovina che vive con il marito e 5 figli nel campo nomadi di Castel Romano. In tale pronuncia la Corte non manca di richiamare i principi generali da essa stessa precedentemente elaborati circa la nozione di ingerenza, che può essere determinata da un provvedimento di allontanamento, nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 par. 1 della Convenzione. Sebbene questa norma non comporti un obbligo generale per lo Stato né di rispettare la scelta degli stranieri di risiedere sul suo territorio né di autorizzare il ricongiungimento familiare, secondo la Corte può configurarsi una violazione del parametro convenzionale quando gli interessati possiedono nello Stato di accoglienza legami personali o familiari sufficientemente forti che rischiano di essere gravemente lesi dall'applicazione della misura di allon-

deux mesures litigieuses empêchèrent donc pratiquement les requérants de garder entre eux des contacts réguliers, pourtant essentiels vu le jeune âge de l'enfant. Dès lors, elles constituaient des ingérences dans l'exercice d'un droit garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) et appellent un contrôle sous l'angle du paragraphe 2 (art. 8-2)» (parr. 22-23). Vedi, altresì, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 giugno 1988, *Barrehab c. Paesi Bassi.*

tanamento. Ciò ovviamente salvo che la misura di allontanamento non "sia prevista dalla legge", persegua uno o più scopi legittimi e appaia "necessaria in una società democratica" per raggiungerli[27]. Nel caso in esame, alla luce dei criteri dalla stessa Corte elaborati, essa non perde di vista che la ricorrente risiede irregolarmente in Italia nel momento in cui è stata raggiunta dal decreto di espulsione e non può, quindi, ignorare la precarietà che ne deriva. Tuttavia, poiché la ricorrente ha ottenuto un permesso di soggiorno per un breve periodo nel 1996-1997 e che, secondo le informazioni ricevute dal governo convenuto, è al momento del ricorso titolare di un permesso di soggiorno valido fino al 14 dicembre 2013, la Corte ritiene che la ricorrente non fosse in una situazione tale da potersi *ragionevolmente* aspettare di non poter continuare la sua vita familiare nel paese ospite (par. 45).

Nelle sentenze citate la Corte afferma il concetto di cittadinanza sostanziale intesa come diritto fondamentale di un individuo a risiedere in un Paese del quale non possiede la nazionalità ma nel quale ha legami e interessi riconducibili alla nozione di vita privata e familiare**.** In tal modo si riconosce, quindi, un diritto individuale ad una cittadinanza effettiva, che può anche non coincidere con quella formale, ma che comunque annulla la differenziazione prevista dalla Convenzione tra cittadini *pleno iure* e stranieri riguardo il diritto di residenza.

4. *La privazione/revoca della cittadinanza come causa di violazione di diritti sanciti dalla Convenzione europea di diritti dell'uomo*

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riguardante la posizione degli stranieri, il diritto ad una cittadinanza viene, altresì, implicitamente affermato in casi di arbitrario diniego della cittadinanza, in

[27] Nella sentenza del 4 dicembre 2012, *Hamidovic c. Italia*, la Corte fa riferimento ai criteri stabiliti dalla sua giurisprudenza sul rispetto degli obblighi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione in materia di interdizione dal territorio a seguito di una condanna penale ossia: – la natura e la gravità del reato commesso; – la durata del soggiorno dell'interessato nel paese dal quale deve essere espulso; – la sua situazione familiare (eventualmente la durata del suo matrimonio); – l'eventuale nascita di figli dal matrimonio, la loro età; – l'ampiezza dei legami che le persone coinvolte hanno con lo Stato contraente in causa; – la questione di sapere se esistano o meno ostacoli insormontabili a che la famiglia viva nel paese di origine; – e la questione di sapere se la vita familiare in causa si è sviluppata in un'epoca in cui le persone coinvolte sapevano che la situazione di una di loro riguardo alle regole sull'immigrazione era tale da far immediatamente comprendere che il mantenimento di questa vita familiare nello Stato ospite avrebbe assunto subito un carattere precario (par. 42).

quanto si riconosce che, in linea di principio, tale misura può interferire con la vita privata e familiare dell'individuo.

Tale convincimento è rafforzato dall'ampia portata del concetto di vita privata assunta dalla Corte, suscettibile di ricomprendere anche aspetti dell'identità sociale. Ne consegue che, secondo la Corte, la mancata acquisizione della cittadinanza può, in alcuni casi, determinare un pregiudizio significativo al godimento del diritto alla vita privata e familiare[28].

Recentemente la Corte ha avuto modo di pronunciarsi per la prima volta sulla incidenza che la revoca della cittadinanza già posseduta, per nascita o naturalizzazione, può avere sulla vita privata e familiare dell'individuo[29]. Preliminarmente, la Corte osserva l'irragionevolezza di una distinzione tra diniego e revoca della cittadinanza, poiché «*... considers that the loss of citizenship already acquired or born into can have the same (and possibly a bigger) impact on a person's private and family life*»[30].

Ne consegue che la revoca della cittadinanza, nel caso sia dimostrata la sua arbitrarietà, concretizza analogamente una violazione dell'art. 8 della Convenzione, cioè del rispetto alla vita privata e familiare.

Nei casi che saranno di seguito esaminati, i ricorsi sono stati dichiarati irricevibili, e pur assumendo, come si vedrà, una diversa rilevanza riguardo i motivi che hanno determinato il comportamento dello Stato, essi sembrano significativi di una nuova prassi, potremmo dire di una terza fase, nella giurisprudenza della Corte. Perché terza fase? Come sostiene espressamente la Corte, nella sentenza *Ramadan c. Malta*[31] nei primi casi esaminati riguardanti la privazione della cittadinanza, essa si dichiara non competente *ratione materiae* per l'assenza di espresse disposizioni in proposito nella Convenzione. In una seconda fase, la Corte

[28] Tale posizione, anche se con sfumature diverse, ma in modo ben definito è stata espressa dalla Corte, fra l'altro nella sentenza dell'11 ottobre 2011, *Genovese c. Malta* par. 33 ss. e del 26 giugno 2014, *Labasse c. Francia*.

[29] Sentenza della Corte europea di diritti dell'uomo del 21 giugno 2016, *Ramadan c. Malta* e decisione del 7 febbraio 2017, *K2 c. Regno Unito*. Oltre i casi di revoca della cittadinanza esaminati nel testo, casi analoghi sono pendenti davanti la Corte, in particolare *Ghoumid c. Francia* (appl. N. 52273/16); *Charouali c. Francia* (appl. N. 52285/16); *Turk c. Francia* (appl. N. 52290/16); *Aberbri c. Francia* (appl. N. 52294/16) e *Ait El Haj c. Francia* (appl. N. 52302/16). In questi casi si tratta della revoca della cittadinanza per il presunto coinvolgimento dei ricorrenti nella preparazione di atti terroristici. Costoro sostengono che la decisione di revocare la cittadinanza viola il loro diritto all'identità e che la tale misura è una "*disquised penalty*" diretta a colpire le loro idee politiche.

[30] Par. 85 della sentenza *Ramadan c. Malta*, cit.

[31] Par. 84 ss. della sentenza *Ramadan c. Malta*, cit.

effettua un *revirement* della sua giurisprudenza ritenendo che l'arbitraria privazione della cittadinanza possa concretizzare una violazione di alcune norme della Convenzione, in particolare il divieto di discriminazione e di violazione della vita privata e familiare e, con un'interpretazione evolutiva delle norme in essa contenute, teorizza una cittadinanza sostanziale in opposizione alla cittadinanza formale che non può essere oggetto di un arbitrario diniego o che giustifica indirettamente la revoca del provvedimento di espulsione. Nella terza fase, l'atteggiamento della Corte è nuovamente di chiusura verso il riconoscimento di un diritto ad una cittadinanza, ma non *ratione materiae*, bensì ampliando il margine di apprezzamento degli Stati, cioè quel limite entro il quale la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga o di limitazione di un diritto garantito determini una concreta violazione della Convenzione stessa. Il margine di apprezzamento, quindi, è necessariamente "mobile" in quanto si configura come un confine tra misure ammesse se ricadono al suo interno e misure non ammesse in quanto eccedenti tale margine e, quindi, costituenti violazioni della Convenzione.

La stessa Corte europea afferma che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie ed il contesto: in altri termini questo istituto, di origine giurisprudenziale, risponde ad una esigenza di definizione dei confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria[32]. La necessità di contemperare esigenze unitarie rispetto delle diversità nazionali, assunta dalla dottrina del margine di apprezzamento adottata dalla Corte, conferma la difficoltà nel concepire una nozione univoca di tale concetto, che invece tende a conformarsi diversamente anche in casi fondamentalmente identici.

Nel caso *K2 c. Regno Unito*, K2, sudanese di nascita, è sospettato di aver preso parte in Somalia ad attività finalizzate al terrorismo. Nel 2010, il ministro dell'interno gli revoca la cittadinanza britannica ottenuta per naturalizzazione nel 2000 e gli vieta l'ingresso nel Paese. Appellandosi all'articolo 8 CEDU, K2 sostiene che la revoca della cittadinanza ed il conseguente divieto di ingresso nel Paese sono decisioni discriminatorie e contrarie al diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte ha giudicato irricevibile il ricorso in quanto chiaramente infondato. Anche se in determinate circostanze negare o ritirare la cittadinanza può avere delle conseguenze negative sulla vita privata dell'interessato, se-

[32] Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 43 ss.

condo i giudici di Strasburgo il caso in esame non presenta simili rischi. La Corte ha stabilito, infatti, che all'epoca dei fatti il Ministro competente ha agito in modo rapido, accurato e conforme alla legge e che K2 ha avuto la possibilità di sottoporre a verifica giudiziaria la decisione, ma i giudici britannici avevano respinto il ricorso dopo averlo meticolosamente esaminato. La Corte ha infine rilevato che, in effetti, determinati mezzi di prova erano riservati per ragioni di sicurezza, ma che l'avvocato speciale di K2 ha potuto visionarli e che quest'ultimo ha conoscenza del fascicolo, anche se *non in modo dettagliato* (corsivo nostro).

Il margine di apprezzamento dello Stato convenuto è ulteriormente confermato nella sentenza *Ramadan c. Malta*, divenuta definitiva nell'ottobre del 2016 in seguito al rigetto della domanda di rinvio alla Grande Camera[33]. In tale sentenza la Corte, dopo aver ulteriormente ribadito che il diritto ad una cittadinanza non è previsto nella CEDU, per rigettare le motivazioni del ricorrente, ha precisato che la privazione della cittadinanza può configurare una violazione dell'art. 8 esclusivamente nei casi in cui sia arbitrario e crei nocumento al godimento del diritto alla vita privata e familiare.

Questa sentenza può essere considerata un esempio di quella terza fase cui facevamo riferimento prima, in quanto la Corte non tiene in debito conto che il richiedente, privato della cittadinanza maltese, sarebbe divenuto apolide. In breve i fatti. La vicenda trae origine da una misura di revoca della cittadinanza adottata dalla repubblica di Malta nei confronti di Louay Ramadan, già cittadino egiziano residente illegalmente nel territorio maltese. Secondo il giudice civile, la cittadinanza maltese era stata acquistata dal ricorrente in modo fraudolento attraverso il matrimonio con una cittadina maltese, come è possibile desumere da alcuni elementi probatori quali la giovane età della donna, sposata dopo solo tre mesi dall'averla conosciuta, e gli immediati episodi di violenza che hanno caratterizzato la loro vita coniugale fin dall'inizio, tanto da portare all'annullamento del matrimonio.

Dopo diversi anni dalla fine del matrimonio, le autorità maltesi, in applicazione dell'art. 14, par. 4 del *Citizenship Act* istituiscono un comitato di valutazione della situazione dell'interessato, ed emanano un ordine di revoca della cittadinanza. La misura ha l'effetto di rendere apolide il ricorrente che al momento dell'acquisto della cittadinanza maltese, ha

[33] Per un commento della sentenza C. CIPOLLETTI, *Il diritto alla cittadinanza ed il rispetto alla vita privata e familiare nella sentenza* Ramadan v. Malta *della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 1195 ss.

rinunciato alla cittadinanza egiziana per non incorrere nel divieto di doppia cittadinanza in vigore sia nel diritto egiziano che in quello maltese.

Avendo esaurito i mezzi di ricorso interni, Ramadan adisce la Corte europea sostenendo che la decisione di privarlo della cittadinanza maltese viola il suo diritto ad una vita privata e familiare, esponendolo al rischio di essere separato dalla sua "nuova" famiglia, essendosi nel frattempo risposato. Inoltre, la privazione della cittadinanza maltese lo rende apolide, facendolo vivere in uno stato di incertezza, e lo costringe a non lasciare il paese per paura di non potervi fare ritorno.

Alcuni aspetti di questa sentenza suscitano non poche perplessità. Innanzitutto, la Corte, per rigettare le lagnanze del ricorrente, in conformità con la sua precedente giurisprudenza, chiarisce che l'arbitrarietà delle misure contestate deve essere valutata sulla base dei tre parametri della legalità, necessità, e proporzionalità. Per quanto riguarda la legalità, la Corte individua facilmente la base giuridica dell'atto di revoca nell'art. 14 del *Citizenship Act*, che appunto prevede la possibilità di revocare la cittadinanza ottenuta con frode o falsa rappresentazione della realtà. Sulla necessità della misura la Corte non ha svolto alcuna considerazione sull'opportunità della stessa al fine di tutelare l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza. Infine circa la valutazione della proporzionalità, la Corte richiama i criteri ermeneutici elaborati dalla CGUE nel caso *Rottmann* del 2010, in cui la Corte di Lussemburgo, occupandosi della revoca della cittadinanza tedesca ottenuta fraudolentemente da un cittadino austriaco, chiarisce che la revoca della cittadinanza acquisita con frode non costituisce di per sé un atto arbitrario e indica stringenti parametri per valutare la proporzionalità della misura: la gravità dell'infrazione commessa, il tempo trascorso tra la naturalizzazione e la revoca e la possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine[34]. La Corte di Strasburgo utilizza questi criteri solo in parte o interpretandoli in modo restrittivo. Infatti, scarso rilievo si dà all'opportunità di recuperare la propria cittadinanza di origine, mentre una approfondita analisi è condotta sulla gravità della condotta del ricorrente e le conseguenze che la misura concretamente determina. Per quanto riguarda il

[34] Sulla sentenza *Rottmann* esiste una vasta letteratura. Solo a titolo esemplificativo, nella dottrina italiana, cfr. M. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione Europea: il caso* Rottmann, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2010, p. 423; M. CASTELLANETA, *Lo Stato deve valutare gli effetti sul cittadino del provvedimento di revoca della naturalizzazione*, in *Guida dir.*, 2010, p. 97; L. MONTANARI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2010, p. 948; P. SIMONE, *Considerazioni sulla perdita dello* status *di cittadino dell'Unione alla luce del caso* Rottmann, in *Com. int.*, 2012, p. 99 ss.

primo aspetto, la Corte si concentra sull'inerzia del soggetto che non si è attivato per evitare le conseguenze negative della revoca sulla propria vita privata e familiare, non avendo fatto richiesta, ad esempio, di un permesso di lavoro o residenza che, nel tempo gli avrebbe potuto permettere di richiedere nuovamente la cittadinanza. Desta particolare stupore che nella valutazione della Corte non si faccia alcun riferimento al "*genuine and effective link*" dell'individuo con lo Stato in cui risiede, considerato ormai norma di applicazione generale dalla dottrina e dalla giurisprudenza[35], e rappresentato in questo caso dalla residenza prolungata a Malta, dalla attività lavorativa, dalla presenza della moglie e dei figli. Inoltre, la Corte non attribuisce alcun rilievo al fatto che il signor Ramadan era a rischio di espulsione, sottolineando l'inerzia delle autorità maltesi nei nove anni trascorsi dall'adozione della misura di revoca. L'inerzia delle autorità, anziché costituire un indizio dello stato di incertezza in cui versa il ricorrente, viene assunta come elemento di esclusione della violazione del diritto alla vita familiare. Non si può non concordare, a tale proposito, con quanto affermato dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissidente, secondo il quale era molto più logico che la Corte affermasse in modo chiaro che, in assenza di espulsione, non era ravvisabile alcuna violazione dell'art. 8.

Un altro aspetto estremamente importante della sentenza è rappresentato dalla circostanza che la Corte attribuisce scarsa rilevanza alla condizione di apolidia del ricorrente, in seguito alla privazione della cittadinanza. È a tutti noto come gli sforzi di evitare l'insorgere di casi di apolidia sia sempre stato oggetto di attenzione sia nell'ambito delle Nazioni Unite che del Consiglio d'Europa e giova forse ricordare, solo a titolo di esempio, che tanto la *Convenzione europea sulla nazionalità,* quanto *la Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia*, vietando in linea di principio, misure di privazione della cittadinanza che possano determinare l'apolidia dell'interessato, ne consentono la revoca in caso di acquisto con frode: tuttavia, come è stato costantemente affermato, l'eccezione dovrebbe essere interpretata in maniera estremamente restrittiva e comunque sempre come *extrema ratio*.

Inoltre, pur non esistendo alcun obbligo convenzionale di garantire un coordinamento interpretativo tra le norme della Convenzione e le al-

[35] Tale principio è stato affermato per la prima volta nella sentenza della Corte internazionale di giustizia del 6 aprile 1955 nel caso *Nottembohm.* Per un esame della giurisprudenza e del rilievo che tale principio ha assunto nei trattati internazionali in materia di cittadinanza ci sia consentito riferirsi al nostro volume *Cittadinanza e cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008.

tre norme di diritto internazionale in materia di diritti umani[36], la giurisprudenza della Corte ha previsto in passato un coordinamento ermeneutico tra la Convenzione e gli altri accordi internazionali, ribadendo quanto affermato nel caso *Loizidou* del 1996, in cui si sosteneva «*I principi contenuti nella Convenzione non possono essere interpretati in un vacuum*»[37]. Più volte la Corte ha sostenuto che pur considerando il carattere speciale della CEDU quale trattato sui diritti umani «*la Convenzione dovrebbe essere interpretata as far as possible in armonia con le altre norme di diritto internazionale*»[38]. Fin dalla sentenza del 1° febbraio 1975 nel caso *Golder c. Regno Unito,* la Corte ha sostenuto che dal punto di vista metodologico non esistono differenze tra l'interpretazione dei trattati sui diritti umani, compresa la Convenzione, e gli altri strumenti di diritto internazionale, e che in entrambi i casi deve essere applicata la norma dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969[39]. Questa posizione della Corte è espressa in modo efficace dal giudice Rozakis secondo il quale «*the judges of Strasbourg do not operate in the splendid isolation of an ivory tower built with material originating solely from ECHR's interpretative inventions or those of the States party to the Convention*»[40].

Alla luce delle considerazioni precedenti, sorprende che la Corte non abbia prestato alcuna attenzione al rapporto tra la Convenzione e le altre norme internazionali. Essa si è limitata ad affermare che il ricorrente "sembra attualmente apolide", non ritenendo sufficiente la lettera del Console d'Egitto che certifica la rinuncia alla nazionalità egiziana e il ritiro del passaporto per dimostrare la condizione di apolidia del ricorrente. Secondo la Corte l'apolidia è, in ogni caso, inidonea a fondare qualsiasi obbligo positivo degli Stati e a tale proposito si sottolinea in un

[36] P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, p. 104 ss. parla di progetto normativo unitario a proposito del coordinamento fra la Convenzione e le altre convenzioni in materia dei diritti dell'uomo adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa.

[37] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia*, par. 43.

[38] Così nella sentenza del 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 55. La stessa regola è contenuta nell'art. 31 par. 3 lett. *c* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 secondo cui gli Stati hanno «*l'obbligo di interpretare i trattati tenendo conto di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile ai rapporti fra le parti*».

[39] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, par. 29.

[40] C. ROZAKIS, *The European Judge as a Comparativist*, in *TLR*, 2005, p. 278.

obier dictum che «*the fact that a foreigner has renounced his or her nationality of a State does not mean in principle that another State has the obligation to regularise his or her stay in the country*» (par. 92).

La sentenza ci sembra certamente discutibile su molti aspetti: per la mancata valutazione degli effettivi legami del ricorrente con lo Stato, per la superficialità degli elementi addotti nell'individuare il carattere fraudolento dell'acquisto della cittadinanza, ma soprattutto per la mancata considerazione delle conseguenze che l'apolidia determina per la garanzia dei diritti dei singoli.

5. *Conclusioni*

Le ultime sentenze esaminate suscitano non poche preoccupazioni, soprattutto se si valutano le conseguenze che un simile atteggiamento della Corte potrebbe avere sulla già crescente prassi degli Stati di revocare la cittadinanza per motivi di ordine pubblico anche in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in materia di terrorismo, come quelle sui *foreign fighters*[41].

Se la giurisprudenza più risalente della Corte lasciava margine all'affermazione per via pretoria di un diritto fondamentale come quello di avere una cittadinanza, limitando il margine di apprezzamento degli Stati, le posizioni più recenti che l'organo di controllo della Convenzione ha assunto portano a pensare che i muri che gli Stati stanno erigendo non sono solo quelli materiali, ma soprattutto quelli che portano ad una difesa sempre più stringente delle loro prerogative, sempre meno attenti ai bisogni degli individui.

Quale soluzione si può proporre perché l'affermazione di un diritto individuale ad una cittadinanza, con tutte le implicazioni giuridiche e politiche che esso comporta, possa essere positivamente affermato, *de iure condito*, e non lasciato all'interpretazione della Corte, non sempre lineare? D'altra parte è chiaro che l'indeterminatezza degli elementi di cui la Corte tiene conto, comporta che il margine di apprezzamento statale

[41] Sull'argomento ci sia concesso fare riferimento al nostro scritto *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei* foreign fighters, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2015. Cfr., inoltre, R. CADIN, *Il Consiglio di sicurezza torna a legiferare nella risoluzione 2178 (2014) "sui combattenti terroristi stranieri",* in *Rivista OIDU,* 2014, p. 857 ss., reperibile in www.rivistaoidu.net; C. CIPOLLETTI, *La privazione della cittadinanza nel contrasto ai foreign terrorist fighters* e *il diritto internazionale,* in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 117 ss.

«*conduca a risultati imprevedibili nell'applicazione*[42]», anche quando vengono in esame situazioni simili.

Riaffermando quanto già detto sull'importanza che il diritto ad una cittadinanza ha nelle convenzioni del Consiglio d'Europa, in cui trova piena affermazione – basti pensare all'art. 4 della Convenzione europea sulla nazionalità o alla più recente Convenzione sulla prevenzione della condizione di apolide in caso di successione tra Stati del 2006 – anche per garantire un maggiore coordinamento tra gli strumenti internazionali, una soluzione ipotizzabile potrebbe essere quella dell'adozione di un protocollo aggiuntivo alla Convenzione che preveda in modo obbligatorio il diritto individuale ad una cittadinanza e nello stesso tempo ne stabilisca le modalità di concessione, come quelle di privazione o revoca.

Tale soluzione, peraltro già adottata, come è noto, per l'affermazione di altri diritti non contenuti nel testo originario della Convenzione, pur non essendo esente da difficoltà riguardanti i tempi per la ratifica degli Stati, né risolvendo in modo definitivo il problema del margine di apprezzamento statale, avrebbe comunque un significato oltre che giuridico anche politico di grande rilevanza. Infatti, solo con l'affermazione del diritto ad una cittadinanza in una norma obbligatoria contenuta nello strumento di tutela dei diritti umani più importante in Europa, se non altro per il numero di Stati vincolati e per il sistema di garanzie in esso previsto, potrebbe da un lato rivitalizzare il carattere "*living*" della CEDU, e dall'altra dare a questo diritto la valenza di diritto fondamentale, di diritto di avere diritti.

[42] L'espressione è utilizzata in V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *op. cit*., p. 44.

PARTE II

Cittadinanza e nuovi *status personae* e *familiae*

IL CRITERIO DELLA CITTADINANZA E LO STATUTO PERSONALE DELL'INDIVIDUO: ASCESA, DECLINO E RESILIENZA

ROBERTA CLERICI*

SOMMARIO: 1. Ascesa e declino del criterio della cittadinanza nella disciplina dello statuto personale. – 2. La resilienza del criterio della cittadinanza nei regolamenti europei di diritto internazionale privato relativi allo statuto personale e ai rapporti di famiglia. – 3. La resilienza del criterio della cittadinanza nel sistema italiano di diritto internazionale privato.

1. *Ascesa e declino del criterio della cittadinanza nella disciplina dello statuto personale*

Qualsiasi indagine, sia pur breve, sulla portata attuale del criterio della cittadinanza per la disciplina delle materie attinenti allo statuto personale dell'individuo (capacità, diritti della personalità, rapporti familiari, successioni a causa di morte) non può che muovere dalla evidente constatazione dell'inarrestabile declino di tale criterio, soprattutto se in riferimento al periodo della massima espansione del "principio di nazionalità", ascrivibile tra la metà del secolo XIX e gli inizi del secolo XX.

In effetti, con riguardo alle codificazioni statali del diritto internazionale privato, appare drasticamente ridotto, soprattutto in ambito extraeuropeo, il numero di quelle che, nella scia della codificazione italiana del 1865 quale disegnata da Pasquale Stanislao Mancini sul fondamento della teoria di von Savigny, hanno utilizzato tale principio guida; anche in ambito europeo, il principio ha subìto nel tempo un drastico ridimensionamento[1].

Altrettanto nota risulta, d'altro canto, la sostituzione del criterio del-

* Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università degli Studi di Milano.

[1] Sull'ascesa e il declino di questo criterio si soffermano, tra i molti, E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, p. 35 ss.; I. CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1983, p. 15 ss., e più di recente P. FRANZINA, *The evolving role of nationality in private international law*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, Abingdon, 2013, p. 193 ss. Disvela tuttavia una (pur limitata) adesione anche da parte di Mancini al criterio del domicilio F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza da Mancini ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, spec. p. 638 ss.

la cittadinanza con quello della residenza abituale da parte della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nell'ambito della quale erano state elaborate, dietro l'impulso di Tobias Asser e sempre nel solco delle teorie manciniane, un gruppo di convenzioni internazionali imperniate sul primo criterio.

Tale inversione di tendenza si era resa, nell'immediato secondo dopoguerra, necessaria ai fini dello scopo primario della Conferenza, volto a raggiungere il maggior numero possibile di ratifiche delle convenzioni redatte al suo interno evitando immediate preclusioni di fondo sia da parte degli Stati di *civil law*, fedeli appunto al principio della nazionalità, sia di quelli di *common law*, fedeli ovviamente al criterio del *domicile*[2].

Oggi invece l'ampio ricorso al criterio della residenza abituale è sorretto da altre giustificazioni. Molteplici ed ampiamente esaminati sono i fattori che hanno concorso al ridotto impiego del criterio della cittadinanza a favore del suddetto elemento di collegamento, con specifico riguardo alla disciplina internazionalprivatistica dei rapporti di famiglia nel contesto dell'Europa continentale.

È anzitutto profondamente mutato il sostrato del criterio stesso, un tempo ispirato pur sempre alla sovranità statale in un contesto geopolitico di netta divisione tra cittadini e stranieri, sebbene non si intendesse con ciò minimamente scalfire il pari richiamo della *lex fori* e del diritto straniero da parte della norma di conflitto "localizzatrice".

Profondamente mutate sono inoltre le politiche degli Stati che abbandonano o riducono il ricorso al criterio della cittadinanza nella consapevole esigenza, divenuta di rilievo primario, di una necessaria coesione sociale dell'intera comunità stanziata nei rispettivi territori; tale coesione infatti è ritenuta raggiungibile mediante un'ampia applicazione della *lex fori* tramite appunto l'utilizzazione di un criterio di tipo domiciliare quale la residenza abituale, avendo soprattutto di mira l'assimilazione dei sempre più numerosi immigrati, anche se tale assimilazione è soprattutto ben accetta solo da coloro i quali hanno intessuto legami con la comunità sociale che hanno volontariamente scelto.

Sotto un profilo generale, appare inoltre tramontato il monopolio stesso della funzione localizzatrice quale carattere della regola di conflit-

[2] Riguardo al mutamento di prospettiva intervenuto nella Conferenza dopo le prime Convenzioni dell'Aja, stipulate tra il 1902 e il 1905 (una delle quali, peraltro, già apriva al criterio della residenza abituale in materia di tutela dei minori, come ricorda F. MOSCONI, *op. cit*., p. 636 e ancora da ultimo F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale*, VIII ed., s.l., 2017, p. 193 nt. 22) cfr. ancora E. VITTA, *op. cit.*, p. 44 ss. e I. CASTANGIA, *op. cit*., p. 28 ss.

to, così come costruito dalle teorie savignane, il quale comportava la dissociazione tra diritto internazionale privato e diritto materiale. Emerge da tempo una concezione c.d. funzionalistica del diritto internazionale privato, diretta ad introdurre, accanto alla funzione iniziale, ulteriori metodi ispirati a considerazioni di tipo materiale: dal metodo del riferimento all'ordinamento competente a quello del *jurisdictional approach* a quello (contiguo ma differente) fondato sulla coincidenza tra *ius* e *forum*, spesso assortiti con una precisa selezione di criteri di collegamento successivi nonché da un più largo innesto di nome materiali o di applicazione necessaria nonché di norme di conflitto "costituzionalmente orientate"[3].

Con specifico riguardo alla scelta dei criteri di collegamento da parte dei legislatori statali, maggiore spazio è stato via via riservato alla volontà del singolo o delle parti nella disciplina dei rapporti di famiglia e delle successioni, da un lato; dall'altro, si è reso necessario l'abbandono del criterio della cittadinanza nella disciplina dei rapporti suddetti qualora imperniato sulla legge nazionale di uno dei soggetti coinvolti, suscettibile di creare una discriminazione nei confronti dell'altro.

Quest'ultimo risultato è stato raggiunto a seguito della caduta del dogma relativo alla neutralità delle norme di conflitto, a sua volta indotta dalla penetrazione in questo ramo del diritto – a lungo considerato impermeabile a tali valori per il suo carattere altamente tecnico ed "asettico" – delle norme costituzionali[4] e di quelle internazionali sui diritti dell'uomo, non più esclusivamente confinate nel ruolo di parametri in base ai quali verificare l'eventuale incidenza dell'ordine pubblico internazionale; un eventuale giudizio di compatibilità non verte sui vari metodi (e sui criteri di collegamento) astrattamente considerati, ma sui risultati concreti cui essi pervengono[5]. Risulta in ogni caso indubbio che la

[3] Il mutamento dei principi di fondo cui consegue il superamento della c.d. metodologia classica di questo ramo del diritto è oggetto di innumerevoli analisi, tra cui ci si limita a segnalare, per l'aderenza al tema qui trattato, quella di P. FRANZINA, *The evolving role of nationality*, cit., p. 198 ss. e, ancora di recente, quella di D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, IV éd., Paris, 2017, p. 611 ss.

[4] Il ruolo svolto a tale proposito dalle Corti costituzionali tedesca e italiana è stato esaminato, tra i primi commenti delle due sentenze italiane (5 marzo 1987 n. 71 e 10 dicembre 1987 n. 477) sulla parziale illegittimità degli artt. 18 e 20, comma primo, disp. prel. cod. civ. del 1942, nel volume di B. BAREL, B. COSTANTINO (a cura di), *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, Padova, 1990. A tali pronunce si è aggiunta ben più tardi quella sulla illegittimità dell'art. 19 (4 luglio 2006 n. 254).

[5] Sulla incommensurabilità di metodi e criteri con il fine della protezione dei diritti umani si sofferma G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2014, spec.

protezione dei diritti umani sia divenuta il fondamento del diritto internazionale privato vuoi quando esso debba aprirsi verso l'esterno vuoi quando debba controllare la conformità di quell'apertura a principi irrinunciabili di civiltà giuridica[6].

Sia il nuovo ruolo assegnato alla suddetta tutela, grazie soprattutto all'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia alcune ben note pronunce della Corte di giustizia (soprattutto, in tema di diritto al nome) hanno poi contribuito alla teorizzazione del nuovo metodo del riconoscimento, il quale prescinde da ogni tradizionale richiamo di natura internazionalprivatistica e mette anch'esso fuori gioco, tra gli altri, il criterio della cittadinanza[7].

Quest'ultimo potrebbe – com'è noto – recuperare tuttavia un ruolo rilevante in funzione della tutela del diritto all'identità culturale[8]; emerge però, da una parte, la tendenza a privilegiare piuttosto, a tale proposito, la volontà dell'individuo il quale, come può voler rivendicare una simile tutela (con i limiti che saranno ad essa frapposti in nome della protezione di altri diritti umani), può viceversa preferire l'applicazione delle norme vigenti nello Stato in cui vive[9].

p. 529 ss., la quale ripropone la sua tesi sul "controllo di convenzionalità" come sostitutivo di quello relativo all'incidenza dell'ordine pubblico. Sottolinea invece i temperamenti apportati dai nuovi metodi ai fini della tutela dei diritti umani F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, *ibidem*, p. 561 ss.; e, per una nuova modulazione dell'ordine pubblico al riguardo, ID., *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato. Una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 773 ss.

[6] Così A. DAVÌ, *Introduzione*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 216.

[7] Oltre ai noti contributi di P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss. e di R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *R.A.D.I.*, 2010, p. 253 ss., v. la recente analisi di F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2016, p. 49 ss.

[8] Ineludibile il riferimento a E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *R.A.D.I.*, 1995, p. 9 ss.; ID., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, *ibidem*, 2000, p. 9 ss. Più di recente, pongono in risalto il suddetto ruolo A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber F. Pocar*, Milano, 2009, p. 643 ss.; P. FRANZINA, *The evolving role of nationality*, cit., p. 203 ss. V. anche l'estesa indagine di C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, cit., p. 235 ss.

[9] In tal senso già M. BOGDAN, *The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law*, in J. MEEUSEN, M.

2. *Ascesa e declino del criterio della cittadinanza nella disciplina dello statuto personale*

Al di là del percorso lungo il quale si è snodato il processo di unificazione regionale intrapreso a seguito della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato e al di là dell'ambito soggettivo dei regolamenti in vigore[10], si possono rilevare alcuni caratteri comuni alla disciplina dei rapporti di famiglia (ivi compresi i loro profili di natura patrimoniale) e delle successioni: ovvero, al regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, al regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 in materia di successioni, ai due regolamenti (UE) n. 2016/1103 e 2016/1104 del 24 giugno 2016 sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, e, in base al rinvio effettuato dal regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (ormai entrato anch'esso nel sistema, pur frammentato, di diritto internazionale privato dell'Unione europea).

Anzitutto, sebbene all'interno di questi atti vengano adottati vari metodi tra quelli in precedenza segnalati e venga introdotto anche quello della flessibilizzazione[11], rimane prevalente il metodo della localizzazio-

PERTEGÁS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerp, 2007. Sul rilievo da assegnare oggi alle scelte dell'individuo, anche nell'applicazione di norme appartenenti a ordinamenti plurilegislativi a base personale e sulla prassi giurisprudenziale rinvenibile al riguardo cfr. ad es. Y. NISHITANI, *Global Citizens and Family Relations*, in *Erasmus Law Review*, 2014, n. 3, p. 134 ss. Si sofferma invece sull'esigenza di nuovi contemperamenti per assicurare il "diritto alla continuità nella diversità" C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutari ai giorni nostri*, in G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2013, p. 97 ss.

[10] La riluttanza degli Stati membri ad essere vincolati da atti comunitari di diritto internazionale privato in materia di famiglia traspare non solo dall'art. 81, par. 3 TFUE (e in passato dall'art. 67 par. 5 del Trattato CE), ma anche dalla limitata "partecipazione" al regolamento n. 1259/2010 ed ai regolamenti 2016/1103 e 2016/1104, tutti frutto di procedimenti di cooperazione rafforzata. Del resto, riguardo allo statuto personale, né Regno Unito né Irlanda sono vincolati dal regolamento n. 650/2012. Ad altri motivi è invece, come noto, ascrivibile l'auto-esclusione della Danimarca da questo ramo del diritto europeo.

[11] V. *supra*, par. 1. A puro titolo di esempio, si possono ricordare l'art. 10 del regolamento n. 1259/2010 quale norma basata su considerazioni di indole materiale e l'art. 21 par. 2 del regolamento n. 650/2012 come clausola di eccezione fondata appunto sul criterio del collegamento più stretto. Su quest'ultimo metodo v. per tutti J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *R.A.D.I.*, 2002, spec. p. 251 ss.

ne spaziale delle fattispecie. Nell'ambito di quest'ultimo è agevolmente rilevabile un esteso ricorso al criterio della volontà (sia pure indirizzata verso uno o più ordinamenti predeterminati), nell'intento di attribuire rilievo all'autonomia del singolo anche in settori un tempo considerati "sensibili" e di garantirgli così stabilità e continuità nel tempo e nello spazio nella disciplina del rapporto sottostante, oltre che contribuire di per sé alla certezza del diritto[12].

Appare soprattutto evidente, in mancanza di una scelta di legge, la netta preminenza del criterio della residenza abituale (che compare altresì come uno dei parametri relativi al criterio della volontà) rispetto a quello della cittadinanza, in ragione sia degli orientamenti di politica legislativa già rilevati, qui in una prospettiva di integrazione ancora più accentuata, sia dello scopo di agevolare la coincidenza tra *ius* e *forum* – con i vantaggi che ne conseguono – grazie alla utilizzazione, interna od esterna al singolo atto comunitario o internazionale, del corrispondente titolo di giurisdizione[13].

E pur tuttavia il criterio della cittadinanza mantiene un suo ruolo: da un lato, come criterio – ovviamente, non più principale – per la disciplina dei rapporti ove manchi una scelta di legge; dall'altro, come parametro in base al quale designare l'ordinamento verso cui quella scelta può essere manifestata[14]. Dunque, il ricorso alla legge nazionale viene ancora considerato come criterio (ormai depurato dai connotati iniziali) o parametro in grado di indicare un apprezzabile grado di prossimità.

D'altro canto, la sua diversa modulazione nella disciplina dei rapporti di famiglia come criterio di collegamento e come parametro della volontà, rispettivamente orientata alla cittadinanza comune delle parti e

[12] Su questo tema, già Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999; e più di recente CH. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, in *R.A.D.I.*, 2012, spec. p. 398 ss.; O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, spec. p. 443 ss.

[13] Pregi e difetti di tale criterio, alla luce dei nuovi caratteri della mobilità internazionale delle famiglie, sono illustrati da E. DI NAPOLI, A Place Called Home: *il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 899 ss.

[14] Cosi, rispettivamente in riferimento alla prima ipotesi l'art. 8 par. 1 lett. c del regolamento n. 1259/2010; l'art. 21 par. 1 del regolamento 650/2012; l'art. 26 lett. b del regolamento n. 2016/1103; l'art. 4 par. 4 del protocollo dell'Aja del 2007; riguardo alla seconda, l'art. 5 par. 1 lett. c del regolamento n. 1259/2010; l'art. 22 par. 1 del regolamento 650/2012; l'art. 22 lett. b sia del regolamento n. 2016/1103 sia del regolamento n. 2016/1104; l'art. 8 lett. a del protocollo dell'Aja del 2007.

alla cittadinanza dell'una o dell'altra, vale a fugare alcuni dubbi prospettati in passato sulla compatibilità di tale criterio con il divieto di ogni discriminazione, ma soprattutto in base alla nazionalità oggi ribadito dall'art. 18 TFUE, ferma restando ovviamente l'inapplicabilità delle norme statali che sanciscano la prevalenza della *lex fori* in presenza di più cittadinanze comuni di Stati membri[15].

Rimane ovviamente impregiudicata (sia pure non totalmente) la disciplina delle questioni preliminari, tuttora riservata agli Stati membri, alcuni dei quali ancora fedeli al criterio della cittadinanza nelle materie attinenti allo statuto personale. A costo di erodere ulteriormente l'applicazione di tale criterio, meriterebbe tuttavia di essere sottoposto a revisione, ove possibile, il tradizionale ricorso alla soluzione disgiunta di tali questioni, nell'intento di giungere ad un più accentuato livello di uniformazione del diritto internazionale privato comunitario nonché alla luce di alcune indicazioni a favore della soluzione congiunta già introdotte dalle regole di conflitto europee[16].

[15] Il riferimento va naturalmente alla celebre (e pur criticata) sentenza della Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, causa 148/02, *Garcia Avello*. Su questi temi v. ampiamente J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, in *Rev. crit. droit internat. privé*, 2010, spec. p. 444 ss. A proposito della sentenza suddetta, ritengono che debba essere superato il metodo conflittuale classico, anche alla luce di quello relativo al riconoscimento (*supra*, par. 1), D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, cit., p. 611 ss., i quali sostengono la necessità di una ripartizione di competenze tra quella dell'Unione, relativa alla libertà di circolazione, e quella degli Stati membri, titolari della competenza normativa in tema di legge applicabile al diritto al nome, nel solco della tesi sui "conflitti diagonali" formulata da J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme*, Paris, 2010.

[16] Ad esempio, in materia di successioni il regolamento n. 650/2012, che pur annovera all'art. 1 par. 2 lett. b la capacità delle persone fisiche nella categoria delle materie escluse, disciplina poi esso stesso, in base alla c.d. *lex causae*, la capacità di succedere (art. 23 par. 2 lett. c) e quelle di testare e di concludere patti successori (art. 26, in riferimento agli artt. 24 e 25). Su tali problemi cfr. S. SANA-CHAILLÉ DE NERÉ, *Les questions préalables*, in T. AZZI, O. BOSKOVIC (sous la dir. de), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Droit européen, droit conventionnnel, droit commun*, Bruxelles, 2015, p. 123 ss. D'altro canto, dubbi sulla congruità della persistente utilizzazione della soluzione disgiunta erano già stati espressi all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato (sul quale *infra*, par. 3): per ulteriori riferimenti S. BARIATTI, *Art. 1*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1996, p. 886 ss.

3. *La resilienza del criterio della cittadinanza nel sistema italiano di diritto internazionale privato*

Tra gli Stati dell'Unione europea i cui sistemi di diritto internazionale privato rimangono tuttora ancorati al c.d. principio di nazionalità l'Italia costituisce un caso particolare, soprattutto per il ruolo di guida assunto nei confronti degli altri sistemi dalle proprie disp. prel. cod. civ. del 1865; rispetto ad esse le successive disp. prel. cod. civ. del 1939-1942 non avevano apportato modifiche incisive.

La legge di riforma n. 218 del 1995 ha introdotto invece – com'è noto – rilevanti innovazioni, prima fra tutte quella dell'istituto del rinvio[17], anche nel settore qui esaminato. L'assolutezza del metodo di localizzazione della fattispecie ed il principio sino ad allora dominante della nazionalità hanno dovuto cedere di fronte alla necessaria adozione di nuovi metodi o tecniche ispirate a considerazioni di carattere materiale che rispecchiano le nuove concezioni di fondo, ovvero di "giustizia materiale" sottese all'ordinamento[18].

Perciò, anche se il ricorso alla legge nazionale permane nella disciplina della capacità, dei diritti della personalità, del matrimonio, dei rapporti familiari e della loro patologia e delle successioni, nonché della forma di taluni atti ad essi attinenti, il suo ambito di applicazione è stato ridotto da parte di molteplici fattori: anzitutto, da norme di tipo domiciliare ma ispirate al metodo della flessibilizzazione, di per sé rispettose dell'uguaglianza tra i coniugi (tramite il criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale in tema di rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, di separazione personale e divorzio: artt. 29, comma 2,

[17] Su di esso, per tutti, A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *R.A.D.I.*, 2012, p. 13 ss.

[18] Ai nuovi metodi e alle nuove norme sono stati dedicate ampie analisi, ancor prima dell'emanazione del testo definitivo, che ha introdotto appunto l'istituto del rinvio: cfr. T. BALLARINO, *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, p. 3 ss.; A. DAVÌ, *Le questioni generali del diritto internazionale privato italiano nel progetto di riforma*, *ibidem*, p. 45 ss.; P. PICONE, *I metodi coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, *ibidem*, p. 173 ss., e successivamente ID., *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int*., 1996, p. 289 ss.; cfr. altresì S. BARIATTI, *Art. 1*, cit., p. 882 ss. Vale infine la pena di ricordare, in questa sede, che il primo convegno della SIDI (Roma, 11-12 aprile 1996) e il correlativo primo volume di Atti erano dedicati a *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1997, all'interno del quale v. F. MOSCONI, *Persone, famiglia e successioni*, p. 151 ss.

30, comma 1; 31, comma 1); inoltre, dal ricorso al criterio della volontà delle parti o del singolo in settori in precedenza considerati inadatti rispetto all'esercizio di tale autonomia (in tema di rapporti patrimoniali tra i coniugi e di successioni: art. 30, comma 1 e art. 46, comma 2) oppure mediante norme di tipo unilaterale dirette a favorire il predominio della *lex fori* in base a precisi obiettivi di risultato; così, in tema di matrimonio, la prevalenza della libertà di stato recuperata in Italia (art. 27, comma 2); il diritto ad una pronuncia, positiva o negativa, di separazione personale o di divorzio (artt. 31, comma 2); la tutela dei legittimari residenti in Italia in tema di successione di cittadino italiano (art. 46, comma 2). Ed ancora: un preciso intento di tutela ha ispirato nella disciplina della filiazione, da un lato, l'introduzione del criterio della cittadinanza del figlio, eventualmente sostituito da quello di un genitore ai fini dell'applicazione di una legge più favorevole al primo (artt. 33-35); dall'altro, la speciale deroga al meccanismo del rinvio costituita dal rinvio *in favorem* (art. 13, comma 3)[19].

Come si è avuto modo di constatare[20], gli atti derivanti dalla comunitarizzazione del diritto internazionale privato hanno condotto (o condurranno tra breve) alla disapplicazione di non poche regole di conflitto tra quelle appena ricordate. Dal canto loro, le pronunce della Corte di giustizia sul diritto al nome già comportano una rimodulazione del criterio della cittadinanza, previsto dall'art. 24, comma 1 della legge di riforma e relativo alla categoria generale dei diritti della personalità, in funzione del metodo del riconoscimento[21].

D'altro canto, è del tutto naturale che nei settori ancora dominati

[19] Anche queste norme sono state oggetto di specifica analisi da parte di P. PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int*., 1997, p. 277 ss.

[20] *Supra*, par. 2.

[21] La ratifica italiana della Convenzione di Monaco di Baviera del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai cognomi e nomi, rigidamente improntata alla legge nazionale, rende del resto inoperante la seconda parte della disposizione, la quale riconduce la disciplina dei diritti derivanti da un rapporto di famiglia alle (eventualmente diverse) regole di conflitto relative a tali rapporti. Sotto un diverso profilo, risulta ormai inaccettabile la contestuale rigidità insita nell'art. 1 il quale impone il mutamento del nome quale effetto del mutamento di cittadinanza dell'individuo, in evidente contrasto con gli artt. 18, 20 e 21 TFUE, con l'art. 8 della CEDU e con l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Sebbene il Consiglio di Stato, nel parere 22 febbraio 2013 n. 850, recepito nella circolare del Ministero dell'interno del 23 dicembre 2013 (entrambi in in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, rispettivamente pp. 377 ss., 440 ss.) abbia dichiarato la disapplicazione della norma pattizia, a nostro avviso la Convenzione dovrebbe essere denunciata dallo Stato italiano.

dalla legge nazionale spesso (ma non sempre) quest'ultima debba cedere a causa della sua incompatibilità con valori che il nostro ordinamento considera irrinunciabili, in special modo nei confronti degli ordinamenti di matrice religiosa musulmana[22].

Preme piuttosto qui individuare i recenti orientamenti di politica legislativa che traspaiono, nelle materie attinenti allo statuto personale dell'individuo, dalle norme emanate in occasione di recenti riforme di diritto materiale, al fine di verificare il grado di resilienza del criterio in esame.

Riguardo anzitutto alle nuove regole di conflitto sulla filiazione contenute nel d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in attuazione della legge 10 dicembre 2012, n. 219, relativa all'unicità dello stato di figlio, risulta evidente, ad un primo sguardo, il mantenimento della legge nazionale del figlio e alternativamente di quella di uno dei genitori per la costituzione dello *status* suddetto sia da parte del novellato art. 33 sia da parte dell'art. 35 in tema di riconoscimento; e da parte del nuovo art. 36 per i rapporti tra genitori e figli[23].

Riguardo alla prima delle tre norme, il più accentuato rilievo rispetto al passato del *favor veritatis* nei confronti del *favor filiationis* conduce all'applicazione della legge italiana qualora la legge nazionale, in base al quale lo stato di figlio è stato accertato, non ne consenta la contestazione (art. 33, comma 3). Per di più, con un evidente allineamento al principio di fondo che informa l'intero corpo normativo, sono dichiarate di applicazione necessaria le norme italiane che sanciscono l'unicità dello stato di figlio (art. 33, comma 4).

A ben vedere, quest'ultima disposizione non costituisce, almeno in concreto, un'autentica (o almeno nuova) erosione del criterio della cittadinanza, dato che al medesimo risultato si perveniva anche in precedenza mediante lo strumento dell'ordine pubblico. A tale risultato si era approda-

[22] Sugli orientamenti della prassi italiana a tale proposito cfr. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale*, cit., spec. p. 259 ss. e A. MALATESTA; *Cultural Diversity*, cit., *loc. cit.*

[23] Le nuove norme sono state oggetto di analisi, alle quali si rimanda anche riguardo ai problemi derivanti dalla disciplina della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, da parte di C. HONORATI, *La nuova legge sulla filiazione e il suo impatto sul diritto internazionale privato*, in G. BALLARANI, A. CAGNAZZO, B. DE FILIPPIS e altri, *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali*, Napoli, 2014, p. 261 ss.; O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int*., 2014, p. 394 ss.; E. BERGAMINI, *Profili di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello* status *di figlio e questioni ancora aperte*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2015, p. 315 ss. V. altresì le considerazioni di F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*, IV ed., s.l., 2016, p. 187 ss.

ti soprattutto nei casi relativi al riconoscimento di figli nati fuori dal matrimonio riguardo ai quali le norme di matrice musulmana non riconoscono la filiazione. Le medesime considerazioni possono essere svolte perciò anche a proposito della integrazione apportata all'art. 35, comma 1, relativo appunto al riconoscimento della filiazione, in base alla quale – ferma restando l'applicazione della legge nazionale del figlio o di quella del genitore, se più favorevole – viene statuita l'applicazione delle norme italiane qualora il suddetto riconoscimento non sia da quelle leggi consentito[24].

Maggiormente penetrante appare l'incidenza delle norme materiali italiane nella nuova disciplina dei rapporti tra genitori e figli.

Il nuovo art. 36-*bis* impone infatti l'applicazione del diritto sostanziale italiano riguardo sia alla condivisione della responsabilità genitoriale sia al pari dovere di entrambi i genitori per il mantenimento dei figli sia ai poteri del giudice in materia di responsabilità genitoriale nel caso di comportamenti pregiudizievoli al figlio.

Tuttavia, l'erosione della portata della legge nazionale del figlio di cui all'art. 36 (testualmente oggetto solo di una modifica, che potrebbe apparire qui irrilevante, relativa alla sostituzione del termine "potestà" con quello di "responsabilità" genitoriale) è già di per sé pressoché totale[25] a causa dell'entrata in vigore per l'Italia della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla protezione dei minori.

Quest'ultima infatti sottrae all'applicazione delle regole di conflitto delle Parti contraenti la disciplina relativa a tale responsabilità nei confronti dei figli infradiciottenni; tale disciplina è imperniata – in questo come in altri atti internazionali o sovranazionali – sul criterio della residenza abituale del minore. Se questi non risiede in Italia, le prescrizioni, per taluni aspetti troppo rigide[26], sulla necessaria e immediata applicazione delle norme sostanziali italiane di cui all'art. 36-*bis* dovrebbero però restare operanti [27].

[24] Riguardo alle norme degli ordinamenti a matrice religiosa islamica che contemplano solo la filiazione all'interno del matrimonio (o nel periodo immediatamente precedente ad esso) sono noti i due *leading case* della Corte di Cassazione, 27 ottobre 1999 n. 12077 e 28 dicembre 2006 n. 27592.

[25] Ovvero, restano inclusi nella norma solo i doveri del figlio verso i genitori.

[26] Sia C. HONORATI, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., p. 288 ss. sia F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, cit., p. 203, mettono in luce che gli ordinamenti di alcuni Stati (ad esempio, del Regno Unito) prevedono, ai fini della responsabilità condivisa per i figli nati fuori dal matrimonio, che l'esercizio della medesima da parte del padre sia subordinato al consenso della madre oppure ad un provvedimento del giudice.

[27] Così F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. loc. cit*. Invero, anche se la Convenzione non contiene disposizioni sulle norme di applicazione necessaria, ma solo sull'ordine

Un secondo gruppo di nome di conflitto è stato poi introdotto dal d.lgs. 9 gennaio 2017 n. 7, in attuazione della legge 20 maggio 1976, n. 76, recante "Regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze"; esse sembrano testimoniare il massimo risultato raggiungibile in base all'esigenza di conciliare tecniche e metodi più o meno tradizionali con le istanze che emergono nella disciplina di rapporti affini a quelli familiari, un tempo sconosciuti nel nostro ordinamento; ed ancora sconosciuti (o addirittura censurati) in molti altri.

Nel solco del passato si inscrive comunque l'unica regola di conflitto dedicata a un peculiare aspetto delle convivenze, ovvero alle convenzioni patrimoniali ad esse relative, contenuta nella stessa legge n. 76 del 2016. Il comma 64 di quest'ultima si limita a estendere la disciplina prevista per i rapporti patrimoniali tra i coniugi ai contratti di convivenza (oggetto di un nuovo art. 30-*bis* della legge n. 218 del 1995) recuperando i criteri della cittadinanza comune e della prevalente localizzazione della convivenza stessa, ma omettendo quello della volontà delle parti[28].

Meritano invece maggiore attenzione le norme di conflitto contenute nel d.lgs. n. 7 del 2017, le quali, con l'introduzione dei nuovi articoli da 32-*bis* a 32-*quinquies*, rivelano che non si intende rinunciare al criterio della cittadinanza pur nella consapevolezza dei limiti imposti dalla mancata diffusione dell'istituto dell'unione civile a livello globale e dei nuovi orientamenti emersi nel diritto internazionale privato contemporaneo[29].

pubblico (art. 22), la possibile incidenza delle prime è evocata nel commento all'art. 15 par. 2 della relazione esplicativa di P. Lagarde alla Convenzione stessa, oggi disponibile nella traduzione italiana in *La Convenzione dell'Aja del 1996. Prontuario per l'operatore giuridico*, a cura di F. ALBANO, reperibile sul web. Rileva invece una possibile violazione delle norme pattizie qualora si giungesse ad applicare quelle materiali italiane M.C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 1007.

[28] E purtroppo omettendo altresì qualsiasi disciplina relativa alla costituzione delle convivenze, ai rapporti personali della coppia, alla cessazione delle convivenze stesse. Sulla nuova norma cfr. spec. D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. int*., 2017, p. 1131 ss.

[29] Tra i numerosi commenti alle nuove norme cfr. soprattutto C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 33 ss.; G. BIAGIONI, *Unioni* same-sex *e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. int*., 2017, p. 496 ss.; F. PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina delle unioni civili,* in *GenIus*, 2017, n. 2, p. 79 ss.; S. TONOLO, *Artt. 32 bis-quinquies legge 31 maggio 1995, n. 218*, in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, p. 1496 ss.; D.

Appare emblematico a tale riguardo l'art. 32-*ter*, comma 1, il quale mostra il persistente ruolo assegnato alla cittadinanza anche per la costituzione di questi nuovi rapporti; la norma è infatti modellata sull'art. 27 della legge n. 218 relativo al matrimonio (ivi compresa la prevalenza dello stato libero recuperato secondo l'ordinamento italiano, prevista al comma 2 della nuova norma).

Tuttavia, poiché l'applicazione distributiva della legge nazionale ai componenti della coppia potrebbe condurre a leggi che ignorano l'istituto e impedire quindi la costituzione dell'unione in Italia o invalidare l'unione regolarmente contratta in un diverso Stato, a tale disposizione viene affiancata una regola speciale volta a garantire per questi casi, con una norma unilaterale ispirata al metodo delle considerazioni materiali, l'applicazione sostitutiva della legge italiana, anche a costo di creare rapporti claudicanti[30].

Il criterio della cittadinanza viene comunque mantenuto anche nella norma relativa alla forma della costituzione dell'unione civile (art. 32-*ter*, comma 3).

I medesimi motivi sopra enunciati sulla parziale diffusione dell'istituto giustificano invece il suo necessario abbandono ai fini della disciplina dei rapporti personali e patrimoniali, contenuta nell'art. 32-*ter*, comma 4, a favore di criteri più idonei, quali il luogo di costituzione dell'unione (o, a richiesta, del luogo di prevalente localizzazione della medesima); salva la previsione della cittadinanza come possibile parametro in caso di scelta, ad opera delle parti, della legge applicabile ai rapporti patrimoniali[31].

DAMASCELLI, *op. cit*., p. 1103 ss. Esulano dalla prospettiva qui assunta le norme del d.lgs. relative all'unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso (art. 32-*quinquies*) – ed alla "riqualificazione" dei matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso (art. 32-*bis*) – alla quale sono dedicati i commenti di O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni* same-sex *contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int*., 2017, p. 527 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso* Orlandi ed altri c. Italia, in *GenIus*, 2018, n. 1, p. 127 ss.

[30] Sempre nel confronto con la disciplina del matrimonio, non costituisce invece un'autentica novità il richiamo, a titolo di norme di applicazione necessaria, degli specifici impedimenti alla costituzione dell'unione indicati dalla legge n. 76 sul modello (opportunamente adattato) degli artt. 85 ss. cod. civ.

[31] Si noti che la disciplina dei rapporti patrimoniali sarà comunque sostituita, a partire, dal 29 gennaio 2019, dal regolamento n. 2016/1104 (*supra*, par. 2), il cui art. 26, sempre per i medesimi motivi, non prevede l'applicazione della legge nazionale dei *partner* in caso di mancata scelta della legge applicabile.

Infine, riguardo alla disciplina dello scioglimento dell'unione civile possono essere ripetute le considerazioni già svolte[32] sul duplice ruolo della cittadinanza (come criterio di collegamento e come parametro della volontà) a proposito del regolamento n. 1259/2010, dato che l'art. 32-*quater*, comma 2 ne estende l'applicazione all'istituto in esame, di per sé non compreso nell'ambito del regolamento medesimo.

In conclusione, sulla base del quadro sin qui delineato, non solo nelle fonti comunitarie, ma anche nel sistema italiano di diritto internazionale privato il criterio della cittadinanza, così come in altri sistemi statali[33], mostra una certa resilienza in quanto, una volta perduto il suo iniziale connotato esclusivamente pubblicistico, è stato in grado di adattare la sua portata di fronte agli effetti di un contesto sociale e di principi di fondo ben differenti rispetto al passato.

Non mancano tuttavia voci autorevoli che ne suggeriscono il totale abbandono a favore del criterio della residenza abituale sia in funzione di un allineamento del nostro sistema alle norme di conflitto di origine comunitaria sia per il subentro di una difficoltosa gestione – sempre alla luce dell'ordinamento comunitario – dei casi di doppia o plurima cittadinanza, più numerosi rispetto al passato, sia infine per l'esigenza di una (pur tardiva) presa d'atto, da parte del legislatore, dei vantaggi che ne potrebbero derivare a fronte delle attuali correnti immigratorie[34].

Si tratta di opzioni evidentemente assai delicate; ma non si può escludere che a tali voci sia dato ascolto in occasione di una "riforma della riforma" del nostro diritto internazionale privato, sia essa lontana o vicina nel tempo.

[32] *Supra*, par. 2.

[33] Si noti che, in ambito europeo, ai consueti esempi di sistemi evocati a tale proposito (quali le disposizioni preliminari al codice civile tedesco, la legge austriaca del 1978, la legge belga del 2004), si affianca, tra le altre, la più recente legge polacca del 4 febbraio 2011. Ulteriori esempi possono inoltre essere rinvenuti, in ambito extra-europeo, nella legge giapponese del 2006 e in quella della Repubblica di Taiwan del 2010. V. al riguardo Y. NISHITANI, *Global Citizens*, cit., p. 137.

[34] F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza da Mancini ai giorni nostri*, cit. (*supra*, nota 1), p. 634 ss.; e già ID., *Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, spec. p. 433 ss.

MATERNITÀ SURROGATA, *STATUS* FAMILIARI E RUOLO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

COSTANZA HONORATI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La prospettiva *de lege lata* adottata. La tutela della dignità della donna e il divieto di maternità surrogata. – 2. La tutela del minore e il riconoscimento dello *status filii*: la sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016. – 3. L'assenza di un approccio internazionalprivatistico e il ruolo predominante della teorica dei diritti fondamentali: il limite dell'ordine pubblico. – 4. La necessità di differenziare i diversi casi di maternità surrogata e le singole fattispecie.

1. *Introduzione. La prospettiva* de lege lata *adottata. La tutela della dignità della donna e il divieto di maternità surrogata*

Parlare di maternità surrogata è ancora impresa delicata. Trascorsi quasi dieci anni dal primo caso all'attenzione della giurisprudenza – le famose decisioni rese dalla Corte d'appello di Bari nel 2009[1] – il contesto normativo è certamente evoluto, ma appare lontano dall'avere trovato una sistemazione definitiva. In verità esso sembra essersi ulteriormente complicato, proprio in ragione della sua evoluzione. La dottrina più prudente, consapevole che siamo ancora in mezzo al guado e che non è possibile delineare soluzioni soddisfacenti, realisticamente dichiara di dover «*navigare a vista*»[2]; in tale scia si pone anche il presente contributo, che si propone il limitato obiettivo di fotografare alcuni dati ricavabili dalla giurisprudenza più recente, nell'auspicio che possano servire per qualche ulteriore spunto di riflessione.

In via preliminare, però, preme chiarire il piano sul quale si intende muoversi, se *de iure condendo* – piano sul quale si specula su ciò che si vorrebbe che fosse, in una logica di sviluppo evolutivo del diritto – o *de*

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca.

[1] Si tratta dei famosi decreti della Corte d'appello di Bari, 29 febbraio 2009 e 15 marzo 2009, entrambi in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2009, p. 698 ss. *Ivi*, p. 599 ss. v. anche il commento di C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità.*

[2] E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *Giudice Donna,* 2017, p. 1. Con la stessa prudenza v. anche A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Riv. dir. comparati*, 2017, pp. 1-31, spec. pp. 23-29 ss.

iure condito, sul quale il ragionamento muove entro il dato normativo attuale, del quale si analizzano limiti e potenzialità applicative.

In una prospettiva *de iure condendo* e di lungo periodo, infatti, si ritiene probabile che il percorso normativo evolva verso una nozione di genitorialità più ampia di quella attuale, tale da includervi anche forme di fecondazione artificiale appoggiate sulla libera e consapevole volontà di un adulto di assumersi la responsabilità propria di un genitore nei confronti di un minore. È innegabile che la maternità surrogata risponda a crescenti esigenze sociali, almeno di una parte della società civile. In una società occidentale che va verso il rapido decremento della natalità e che appare orientata a una dimensione individualistica dei diritti, questo è un dato forte che finirà per plasmare le scelte del legislatore.

Non è questa però l'ottica nella quale si pone il presente intervento, nel quale si vestono piuttosto i panni del giurista positivo, che ragiona *hic et nunc*. Questi è costretto a partire dal dato normativo positivamente vigente, che in Italia è saldamente ancorato al divieto di maternità surrogata posto, in termini non assoluti ma comunque sufficientemente netti, dalla legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

Le ragioni di tale scelta politica, nonché gli appigli normativi sui quali essa è fondata, sono tanto noti da non dovere essere ripresi in questa sede. Merita invece di essere sottolineato come il divieto di maternità surrogata sancito dall'ordinamento italiano non sia il risultato di una posizione isolata o "oscurantista", magari condizionata da una qualche matrice religiosa. È piuttosto una posizione largamente condivisa anche fuori dai confini nazionali, che esprime l'esigenza di tutelare diritti fondamentali – ed invero il loro stesso presupposto: la dignità della persona umana – che si situano su un piano paritario rispetto a quelli che si ritiene compressi da tale divieto, *in primis* il diritto del minore alla continuità dello *status filiationis*. Il dibattito attorno agli effetti della maternità surrogata non può dunque essere ridotto – come pure talvolta avviene – a una battaglia per i diritti del minore; esso si sostanzia piuttosto in una complessa operazione per il bilanciamento tra diritti fondamentali di diverso contenuto, ma tutti di pari rilevanza costituzionale. Un confronto che sia seriamente orientato alla loro tutela non può omettere di considerare entrambi tali aspetti, né ritenere la dimensione dei diritti collettivi un elemento esterno (e dunque ininfluente) rispetto alla valutazione del singolo caso concreto. La pratica della maternità surrogata integra un procedimento complesso, e parte della delicatezza della sua analisi riposa proprio sull'impossibilità di scindere il momento finale (la nascita del figlio), da quanto avviene prima (il rapporto contrattuale dei genitori intenzionali con l'intermediario, con la madre surrogata e con i donatori) e

dalle ulteriori conseguenze diffuse che esso alimenta (sulla dignità delle donne e sul mercato dei bambini in generale).

Sul piano internazionale sono invero molteplici i fori che condannano esplicitamente e con forza il ricorso alla maternità surrogata, in quanto fortemente lesiva della dignità della donna e dei diritti del minore, sollecitandone la messa al bando. Basti ricordare la risoluzione del Parlamento europeo, che nel novembre 2015 ha stigmatizzato tale pratica, considerandola lesiva dei diritti e della dignità della donna, in quanto sfrutta il suo corpo e le sue funzioni riproduttive a fini commerciali.[3] Oppure la posizione del Consiglio d'Europa, la cui Commissione Affari Sociali nel 2016 ha respinto il c.d. Rapporto De Sutter, che apriva alla regolamentazione internazionale dell'utero in affitto.[4] Nello stesso senso si è espresso nel 2016, sul piano nazionale, il Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha precisato che la maternità surrogata, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto a un atto di cessione come un oggetto.[5] Anche numerose associazioni femministe o laiche hanno fatto valere argomentazioni simili, incentrate sulla mercificazione del corpo della donna e sulla inesistenza di un diritto di libertà a usare del proprio corpo secondo la propria volontà, chiedendo una messa al bando della maternità surrogata sul piano internazionale.[6]

[3] V. La Risoluzione del Parlamento europeo per un nuovo quadro politico dell'Unione Europea in materia di lotta alla violenza contro le donne (2011) impegna gli Stati membri a «*riconoscere il grave problema della surrogazione di maternità, che costituisce uno sfruttamento del corpo e degli organi riproduttivi femminili*». Il Parlamento europeo nella Risoluzione per la Relazione Annuale sui Diritti Umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione Europea in materia al paragrafo 115 «*condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili, nei Paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani*». Tra gli Stati europei sono solo quattro gli Stati che consentono sul loro territorio il ricorso alla maternità surrogata, peraltro in ambiti molto ridotti e controllati. Si tratta, come noto, di Gran Bretagna, Grecia, Romania e, dal 2016, Portogallo. Molti di più però sono quelli che riconoscono, in un modo o nell'altro, lo *status* di figlio acquisito all'estero.

[4] Rapporto De Sutter, *Human Rights and Ethical Issues related to surrogacy*, del 2016.

[5] Comitato Nazionale per la Bioetica, *Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016. La si veda all'indirizzo http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

[6] Il movimento femminista ha manifestato con forza la prioria posizione a partire dal 2015, quando Sylviane Agacinski, voce storica del femminismo francese, ha convo-

In un quadro normativo quale quello brevemente accennato che, proprio perché fondato sulla tutela della dignità umana, si caratterizza per una sostanziale restrizione e divieto di tale pratica, la crescente domanda di filiazione, originata da un incomprimibile impulso a realizzarsi come genitore e sostenuta da una scienza medica che ha superato frontiere fino a pochi anni impensabili, alimenta un'offerta crescente, proveniente per lo più da aree sottosviluppate economicamente, che si incrocia in quello che è un vero e proprio "mercato" di bambini con un fatturato plurimiliardario. In attesa di una regolamentazione internazionale, unica cornice possibile per una disciplina *ex ante* che possa ambire a un minimo di efficacia, l'interprete nazionale resta solo nell'affrontare, in un'angusta e insufficiente ottica *ex post*, le conseguenze della maternità surrogata realizzata all'estero.

2. *La tutela del minore e il riconoscimento dello* status filii*: la sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*

Sebbene, dunque, il ricorso e la pratica della maternità surrogata siano in genere stigmatizzati e visti con sfavore, il tema diventa ben più complesso (e le posizioni teoriche meno nitide) quando ci si trovi di fronte al risultato cui si perviene con tale pratica, e cioè quando «*the baby is here*», secondo la celebre espressione di un giudice inglese. La complessità sul piano giuridico del tema qui affrontato è in effetti originata dalla consapevole e sempre più radicata convinzione della necessità di mettere al primo posto la tutela del minore, soggetto vulnerabile che si trova in una situazione giuridica ambigua, senza colpa e senza possibilità di incidere sul suo stato. È paradossale che sia proprio l'emergere del superiore interesse del minore che rende arduo e spinoso trovare una soluzione soddisfacente alla materia trattata. Esso postula che il profilo della illiceità del ricorso alla pratica della maternità surrogata sia tenuto distinto da quello delle conseguenze che ne derivano per il minore e che le conseguenze della condotta (eventualmente illecita) tenuta dai genitori non ricadano su di esso.[7] Il tema del «riconoscimento di *status*», che fino a qualche anno fa era solo il titolo intrigante di qualche articolo accade-

cato a Parigi le «*Assises pour l'Abolition universelle de la Gpa*». Da allora, sono numerose le associazioni femministe e lesbiche che hanno preso posizione contro l'utero in affitto.

[7] In questo senso già P. LAGARDE, *La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé*, in *Rev. hellenique dr. int.*, 2009, p. 511 ss.

mico,[8] è oggi entrato prepotentemente nelle aule giudiziarie, dove ha trovato un orecchio attento e recettivo. Ed invero, dopo qualche clamoroso caso iniziale di segno negativo,[9] da tempo non si registrano più decisioni che rifiutino il riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero, mentre sono sempre più numerose quelle che, con motivazioni più o meno convincenti, dichiarano il riconoscimento e accordano tutela al minore nato all'estero. È questo un dato di fatto che si afferma con sempre maggiore evidenza e che costituisce il punto di partenza della presente analisi.

Non è possibile in questa sede dare conto, neppure per sommi capi, dell'intenso dibattito giurisprudenziale che si è sviluppato in Italia e all'estero su questo tema. Sono numerosi i contributi della dottrina che hanno accompagnato – talvolta criticando, ma per lo più sostenendo e plaudendo alle motivazioni utilizzate – lo sforzo della giurisprudenza di fornire una soluzione ragionevole ai molti casi concreti che sono andati via via emergendo.[10] Conviene, però, soffermarsi almeno su uno degli

[8] Per tutti, v. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personelles et familiales*, in *R.A.D.I.,* t. 348, 2010, p. 270, *passim*; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea: tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007.

[9] Il riferimento è al precedente della Corte d'appello di Brescia, 17 gennaio 2013, successivamente confermato da Corte Cass., 11 novembre 2014 n. 24001 (in *Foro it.,* 2014, 12, 1, c. 3408); nonché alla vicenda dei coniugi Pellegrino e Campanelli, i quali hanno convenuto l'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per avere il giudice italiano allontanato da loro il minore, nato in Russia da maternità surrogata doppia (ovvero con materiale genetico proveniente da donatori di ciascun sesso) e essere stato successivamente dato in adozione ad altra coppia. Come noto, la CtEDU ha adottato nel caso due distinte decisioni. Con la prima (adottata dalla terza sezione, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12), l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 8 CEDU; con la seconda (adottata dalla Grande camera, 24 gennaio 2017), la CtEDU ha invece ritenuto insussistente la violazione.

[10] In aggiunta alla dottrina citata *infra*, nota 11, v. R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello* status filii *in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2016, p. 309 ss.; M. DISTEFANO, *Profili internazionalistici ed internazionalprivatistici della maternità surrogata*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di Diritto e Bioetica*, Napoli, 2017, pp. 389-406; E. DE GOZTEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents:* grasp all, lose all?, in *GenIUS,* 2016, p. 56 ss.; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, p. 717 ss.; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, pp. 81-108. Nella dottrina straniera, v. i contributi di C. FLENTON-GLYNN, *Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy*, in *JPIL,* 2014, pp. 157-169; D. SINDRES,

ultimi tasselli di questo percorso, costituito dalla decisione della Corte di Cassazione del settembre 2016, a ragione considerata un momento di svolta – sebbene forse meno dirompente di quanto non possa sembrare a prima vista.[11]

Con la decisione n. 19599/2016, la Suprema Corte ha dichiarato che non contrasta con l'ordine pubblico italiano il riconoscimento dello *status* di figlio di un minore nato in Spagna da due donne tra loro coniugate, una delle quali abbia partorito e l'altra abbia donato l'ovulo. La decisione, già emersa quale *leading case* in questa materia, sviluppa la propria ricca argomentazione per quasi 60 pagine che non è possibile qui ripercorrere. Essa si segnala però laddove pone a proprio fondamento un nuovo criterio per definire la nozione dell'ordine pubblico.

Muovendo da un'accezione positiva e ampia dell'ordine pubblico quale strumento volto a garantire la massima permeabilità dei valori giuridici espressi dalla comunità internazionale, essa arretra tale limite a quei principi fondamentali assolutamente inderogabili, non solo dall'autonomia delle parti, ma persino dal legislatore nazionale. Partendo infatti dall'affermazione, risalente nel tempo e ampiamente consolidata, secondo cui non tutte le norme imperative o inderogabili sono di ordine pubblico, la Corte compie un ulteriore passo e individua il limite nel fat-

Le tourisme procréatif et le droit international privé, in *Clunet*, 2015, p. 429 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need For Legal Regulation At The International Level,* in *JPIL,* 2011, pp. 627-647; P. LAGARDE, *La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé*, in *Rev. hellenique dr. int.,* 2009, p. 511 ss.; J. TOBIN*, To Prohibit or Permit: What Is The (Human) Rights Response to The Practice of International Commercial Surrogacy?*, in *ICLQ*, 2014, pp. 317-352.

[11] Corte Cass., 30 settembre 2016 n. 19599. Per la sua estrema rilevanza la sentenza è stata ampiamente pubblicata e commentata, con alterne valutazioni. Vedila ad es. in *Foro It.*, 2016, I, 3349 ss., con nota di G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 185 ss. con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di coppia same sex*, in *Giur. it*., 2017, n. 11, p. 2365, con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità - omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*. Sulla sentenza si segnalano anche i commenti di M.C. BARUFFI**,** *Co-genitorialità "same sex" e minori nati con maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 2017, pp. 674-686; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da due madri all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 169-181; B. SALONE, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di «doppia maternità»,* in *Dir. civ. contemporaneo*, 2017 (fasc. 1, 8 gennaio 2017).

to che la funzione legislativa non sia costituzionalmente vincolata, ma libera e esercitata discrezionalmente in funzione di scelte contingenti legate ad un preciso momento storico e politico. Il contrasto con l'ordine pubblico è così integrato solo con la disciplina che è costituzionalmente e esplicitamente obbligata, mentre è da escludersi, dovendo tutt'al più rinvenirsi una mera «*incompatibilità (temporanea)*» della norma straniera, quando la norma nazionale «*rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico*». Tutti gli ambiti nei quali al legislatore è consentita una scelta discrezionale – che è inevitabilmente variabile nel tempo – sono dunque esclusi dall'operare dell'ordine pubblico.

Poiché la legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita «*è materia in cui è ampio il potere regolatorio, così che l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore*» ne consegue che l'intera normativa non è di ordine pubblico.[12]

[12] Tutti i passi tra virgolette sono tratti dalla sentenza citata, rispettivamente par. 7 e par. 10.1. Come precisato nel testo, non è possibile qui ripercorrere i diversi profili sollevati dalla stessa, già peraltro oggetto dei numerosi contributi citati alle note precedenti. Sia consentita però una breve annotazione sul criterio utilizzato per tracciare i limiti dell'ordine pubblico. Come si è visto la Cassazione muove da premesse ampiamente collaudate e condivise: da un lato, l'osservazione che la mera diversità di disciplina di una norma straniera non costituisce violazione dell'ordine pubblico; dall'altro, quella secondo cui tale limite opera a tutela dei soli principi fondamentali e assolutamente inderogabili dell'ordinamento interno. Non pienamente convincente appare, però, l'ulteriore passaggio secondo cui è di ordine pubblico solo ciò che non è derogabile *nemmeno dal legislatore nazionale*. L'affermazione postula la piena fungibilità tra le scelte di politica normativa realizzate dal legislatore nazionale e le (diverse) scelte di politica legislativa realizzate dal legislatore straniero. Così facendo però la Cassazione svuota di qualsiasi potere il ruolo del Parlamento nazionale, di fatto sostituendo la valutazione compiuta *ex post* e nel caso concreto dal potere giudiziario, alla valutazione effettuata a priori e *ex ante* dal potere legislativo. L'indirizzo normativo elaborato dal potere legislativo si manifesta invero con diversi livelli di imperatività, e se certamente non è necessaria l'identità di contenuti e di effetti affinché il diritto straniero sia applicato nel nostro ordinamento, mi pare che la scelta di politica legislativa che sia formulata con particolare severità e rigore, tanto pregnante da essere accompagnata da sanzione penale, meriti una valutazione più accurata e rispettosa. In sostanza pare che l'affermazione della Cassazione vada oltre quello che è consentito dal principio di separazione dei poteri. E in effetti, il Ministero degli interni, nel ricorso che ha dato origine all'ordinanza con cui la Cassazione rimette la definizione dell'ordine pubblico alle Sezioni Unite (Cass. 22 febbraio 2018 n. 4382, su cui v. *infra* in questo paragrafo), osserva che il provvedimento impugnato è «*frutto di un intervento creativo, eccedente i limiti della giurisdizione e perciò invasivo della sfera discrezionale del legislatore*» e che la Corte (nel caso in oggetto la Corte d'appello di Trento) avrebbe «*superato il limite della propria giurisdizione, incorrendo*

La pronuncia ha invero fissato un nuovo standard per il riconoscimento dei figli nati da maternità surrogata e, essendo stata adottata in un caso di filiazione di coppia *same-sex*, ha aperto al riconoscimento dello *status filiationis* anche con riguardo a figli di coppie omosessuali.

Prima di tale data, in effetti, la maggior parte dei casi con cui si chiedeva il riconoscimento diretto di *status* riguardava coppie eterosessuali, poiché le coppie *same-sex* mostravano di prediligere la strada della adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 della legge sull'adozione (c.d. *step-child adoption*), verso la quale la giurisprudenza ha mostrato qualche apertura.[13] A seguito della sentenza n. 19599/2106 questa strada, più contorta e meno soddisfacente dal punto di vista della coppia, è stata abbandonata per seguire la via maestra del riconoscimento pieno dello *status* di figlio. Nei mesi successivi alla pronuncia citata si sono infatti rapidamente succedute le decisioni del Tribunale di Napoli,[14] della Corte d'appello di Milano,[15] della Corte

in un eccesso di potere giurisdizionale per invasione alla sfera delle attribuzioni del legislatore» (ord. cit., par. 2.1. e poi ripreso nella stessa ordinanza par. 6). In senso analogo, critico della ricostruzione offerta dell'ordine pubblico, v. in particolare B. SALONE, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero* cit., (in fondo), il quale osserva che la decisione pare confondere «*la "fondamentalità" di un principio costituzionale*» con quello della sua cogenza, dal momento che raramente un principio fondamentale della Costituzione è così cogente da non lasciare al legislatore margini di discrezionalità, più o meno ampi, nella sua attuazione. L'autore conclude che «*far dipendere l'esistenza di un principio di ordine pubblico dalla presenza di "rime costituzionali obbligate" significa in effetti rendere inoperante il limite dell'ordine pubblico nella quasi totalità dei casi, addivenendo così ad una interpretatio abrogans del requisito stesso*» (op. cit., in fondo).

[13] Per un inquadramento del fenomeno dell'adozione in caso particolare, si v. innanzitutto le due fondamentali sentenze Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 (in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA) e Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (ivi, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO), nonché i contributi di G. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano,* in *Dir. um. e dir. internaz.,* 2016, pp. 335-360; S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile,* in *GenIUS*, 2016, pp. 102-130; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. dir.,* 2015, n. 6, p. 574; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, I, p. 109 ss.; C. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali,* in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 43 ss.

[14] Tribunale di Napoli, 6 dicembre 2016 (vedila su www.articolo29.it/2016/il-tribunale-di-napoli-ordina-la-trascrizione-di-un-atto-di-nascita-straniero-con-due-madri/ ove anche un commento di A. SQUILLACI, *Il Tribunale di Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri*). La sentenza fa larga applicazione della decisione della Cassazione appena citata, concludendo per la trascrizione dell'atto di nascita di un minore, nato in Spagna, con l'indicazione di entrambe le madri, cittadine italiane coniugate tra loro e residenti in Spagna.

[15] Corte di appello di Milano, 28 dicembre 2016 (in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p.

d'appello di Trento[16], e poi di nuovo dalla Cassazione[17], nonché del Tri-

657 ss.) con riguardo al riconoscimento dello stato di due gemelli eterozigoti, nati negli Stati Uniti da made surrogata per conto di due uomini, cittadini italiani. Il caso presenta una sua particolarità poiché ciascuno dei due padri presenta un legame genetico con uno dei due bambini. I minori sono infatti nati a seguito della fecondazione in vitro di due ovuli di una donatrice anonima, ciascuno fecondato con il seme di uno dei due padri e poi impiantati nell'utero della madre surrogata "tradizionale". I bambini, benché nati nella stessa data e dalla stessa madre biologica, hanno dunque padri differenti. Di qui l'aggiuntiva difficoltà di stabilire se essi siano anche "gemelli". La Corte d'appello, richiamando ampissimi stralci della decisione della Cassazione citata nel testo, accoglie in pieno il ricorso dei ricorrenti, dispone il riconoscimento della decisione statunitense e ordina la trascrizione del certificato di nascita dei minori. Sulla vicenda si veda G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, ivi, p. 657.

[16] Corte di appello di Trento, 23 febbraio 2017, in *Fam. e dir.,* 2017, n. 7, p. 669, ove anche nota critica di M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità "same sex"*, cit. Il caso è poi arrivato in Cassazione, ove è ancora pendente essendo stato rimesso alle Sezioni Unite (ulteriori accenni oltre in questo paragrafo). Esso ha ad oggetto la vicenda di due uomini, entrambi cittadini italiani che, dopo avere contratto matrimonio in Canada, hanno ivi fatto ricorso alla gestazione per altri ricorrendo ad una donatrice di gameti e a maternità surrogata c.d. gestazionale. Alla nascita di due bambini, questi venivano iscritti nei registri canadesi come figli del solo primo padre, e il relativo certificato trascritto nei registri italiani. Subito dopo veniva adito il giudice canadese con un provvedimento giudiziale di modifica del primo certificato al fine di iscrivere come secondo padre anche il marito del primo padre. Di fronte al rifiuto dell'ufficiale di stato civile di modificare il certificato italiano nel senso della decisione canadese, la questione era stata portata di fronte alla Corte d'appello. Quest'ultima si richiama ampiamente alla sentenza della Cassazione per riconoscere il provvedimento canadese e lo stato di figlio anche nei confronti del secondo uomo, sebbene ciò faccia, come giustamente osservato da M.C. BARUFFI, *op. ult cit*., p. 683, in modo alquanto superficiale e poco argomentato. In senso adesivo alla sentenza v. invece F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, n. 2 (21 luglio 2017).

[17] Corte Cass. 15 giugno 2017 n. 14878 (in *Fam. e dir.*, 2018, p. 5 con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*). Anche questo caso segue l'iter procedimentale esposto alla nota precedente. Esso ha ad oggetto la rettificazione (*rectius:* sostituzione) del certificato di nascita di un minore nato in Gran Bretagna da maternità surrogata con procreazione per volontà di due donne, entrambe cittadine italiane residenti e coniugate all'estero. Il minore veniva iscritto nei registri britannici come figlio della sola donna che lo aveva partorito e così trascritto in Italia. Successivamente, veniva presentata all'ufficiale di stato civile inglese una richiesta di rettifica affinché lo *status* di figlio risultasse anche nei confronti della seconda donna, coniugata con la prima, con la quale il minore non presentava un vincolo biologico. Le parti chiedevano così la rettifica del precedente certificato già trascritto in Italia, trovando però il rifiuto del ufficiale di stato civile di Venezia. Sia l'impugnazione di fronte al Tribunale di Venezia, sia il successivo reclamo alla Corte d'appello di Venezia davano esito negativo, cosicché le due donne ricorrevano in Cassazione, che si pronunciava infine per l'accoglimento della domanda. La pronuncia si sofferma non solo sul riconoscimento dello *status* di figlio, con ampi

bunale di Agrigento[18], con cui, facendo applicazione dei principi affermati nella decisione n. 19599/2016, si è riconosciuto con pienezza lo *status filii* del minore nato all'estero con la pratica della surroga di maternità, senza che la natura omo- o eterosessuale della coppia incidesse sul risultato finale.

Il cambio di prospettiva così delineato dalla Cassazione è stato prontamente registrato dagli ufficiali di stato civile. In modo molto pragmatico e con quella sensibilità che deriva loro dall'essere in prima linea, questi ultimi hanno rapidamente aggiornato le loro prassi. Fino a qualche anno fa era consueto il rifiuto della trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero in condizioni sospette (o segnalate tale dalle autorità consolari italiane), con la conseguenza che i genitori erano obbligati a impugnare il rifiuto di trascrizione dell'ufficiale di stato civile e a promuovere l'azione giudiziale al fine di ottenere l'ordine del giudice in tal senso. A seguito della menzionata sentenza della Cassazione, si è rapidamente affermata la prassi opposta. L'atto di nascita è intanto trascritto, salvo, in caso di dubbio, la sua segnalazione alla Procura presso il Tribunale dei minorenni e al Prefetto, affinché siano questi, se lo ritengono opportuno, ad avviare un'azione giudiziale.[19]

Oggi, quasi tutti i casi portati di fronte al giudice italiano si sono conclusi – seppure talvolta dopo successive fasi di giudizio – con il riconoscimento dello *status* di figlio, così garantendo la continuità della vita

stralci al proprio precedente del settembre 2016, ma altresì sul diritto di una coppia *same-sex*, sposata all'estero, a realizzare il proprio progetto di vita affettiva mediante la nascita di un figlio. Invero, diversamente dal caso del 2016 originato dalla separazione delle due donne, il rigetto delle corti di merito era argomentato anche sull'insistenza nel nostro ordinamento di un diritto di tal genere. In proposito si veda anche la nota adesiva di G. PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex,* in *Nuova Giur. Civ.,* 2017, n. 12, p. 1708.

[18] Tribunale di Agrigento, 12 aprile 2017 (RG n. 3791/2016), reperibile online www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/06/agrigento.pdf. La decisione fa ampio riferimento alla sentenza n. 19599 del 2016 ma si differenzia dalle altre pronunce citate poiché riguarda un caso di «maternità surrogata omologa», ovvero realizzata mediante gameti appartenenti alla coppia di genitori intenzionali.

[19] Sul punto si veda R. CALVIGIONI, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.,* 2017, pp. 1051-1060, dove si afferma che «*... neanche l'utilizzo di tecniche di procreazione non previste o non consentite dal nostro ordinamento, dalla legislazione vigente in materia, rappresenta ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico: pertanto, anche l'atto di nascita dal quale risulti la filiazione conseguente a tali diverse tecniche procreative dovrà essere trascritto su richiesta delle parti, non potendo, per tale particolare aspetto, essere considerato legittimo un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile*» (p. 1059).

familiare del minore con la coppia di adulti che lo ha riportato in Italia. Tale risultato è però raggiunto in modo non certo lineare e univoco e, nonostante l'importante contributo fornito dalla Cassazione nel settembre 2016, i problemi giuridici sono ancora tutti sul tappeto.

A parte il riferimento costante, ma talvolta fumoso e non adeguatamente argomentato, al superiore interesse del minore, le modalità 'tecniche' con le quali viene dato ingresso allo *status* acquisito all'estero e il contesto giuridico che ne definisce l'ambito e i presupposti sono tutt'altro che chiari e rigorosi.

La stessa Cassazione sembra mostrare qualche incertezza nell'applicazione di quel medesimo criterio per la determinazione dell'ambito di operatività del limite dell'ordine pubblico, da essa appena delineato con la sentenza n. 19599/2016. Infatti, quando essa si è trovata nuovamente investita dell'impugnazione di una sentenza in un caso apparentemente simile a quello già deciso nel settembre del 2016 (ma in effetti presentante alcune differenze strutturali[20]) – e cioè quello relativo al riconoscimento del certificato di nascita straniero attestante lo *status* di un (secondo) padre di due minori nati da maternità surrogata in Canada deciso nel 2017 dalla Corte d'appello di Trento – essa non ha confermato l'impostazione enunciata solo poco tempo addietro, ma ne ha chiesto la rimessione della questione alle Sezioni Unite. Nell'ordinanza di rimessione, essa ha così osservato, da un lato, che la Corte d'appello avrebbe fatto una applicazione «assai circoscritta» della nozione di ordine pubblico da essa stessa designata; dall'altro, che le stesse Sezioni Unite avevano avuto occasione di contribuire alla definizione di tale nozione, in

[20] È la stessa ordinanza della Cassazione a segnalare che «*la richiamata sentenza n. 19599 del 2016 riguardava un caso di totale diniego di trascrizione dell'atto di nascita del minore, diversamente dal caso in esame [relativo all'impugnazione della sentenza della Corte d'appello di Trento] in cui l'atto di nascita dei figli dal padre biologico ha già trovato pieno riconoscimento con la trascrizione. Sicché in quel caso – al contrario di questo – il minore sarebbe stato privato della stessa cittadinanza italiana*» (sent. cit., par. 2.5.). Si osservi ulteriormente che mentre nella sentenza del 2016 la Corte si interrogava se fosse contrario all'ordine pubblico la violazione del principio espresso dall'art. 269 cod. civ. ai sensi del quale è madre colei che partorisce, nel caso in esame l'eventuale contrasto si pone con il principio secondo cui «*un figlio è discendente di persone di sesso diverso*» (sent. cit., par. 2.5.3). In teoria la questione avrebbe potuto essere fatta valere anche nel giudizio del 2016, posto che si trattava di due donne. E tuttavia in quel caso la donna che non aveva partorito aveva donato il proprio gamete ed era dunque la madre genetica del minore, così che la successiva affermazione contenuta nella medesima ordinanza del 2018 secondo cui «*nell'ordinamento italiano la nozione di padre rimanderebbe alla sola relazione costituita dalla discendenza genetica*» (par. 2.5.8.) non avrebbe condotto a negare lo *status* di madre.

senso apparentemente diverso, con la decisione del 5 luglio 2017 n. 16601 in materia di riconoscimento di *punitive damages*.

L'intervento delle Sezioni Unite, invero in passato già sollecitato dal Procuratore Generale, è certamente benvenuto. Via via che i casi portati all'attenzione della giurisprudenza aumentano, diviene sempre più imprescindibile definire in modo rigoroso l'ambito e le modalità con cui dare concretezza allo *status* dei minori nati da maternità surrogata.

3. *L'assenza di un approccio internazionalprivatistico e il ruolo predominante della teorica dei diritti fondamentali: il limite dell'ordine pubblico*

Proseguendo nell'analisi del trend giurisprudenziale, l'attenzione dello studioso del diritto internazionale privato è colpita dalla scarsa rilevanza accordata alla prospettiva internazionalprivatistica.[21] Tale circostanza sorprende in modo particolare perché, stante l'illeceità della pratica in Italia, si tratta sempre – per definizione – di fattispecie con elementi di estraneità, che presentano cioè punti di contatto con un ordinamento straniero, cosicché verrebbe da pensare che una soluzione andrebbe primariamente ricercata all'interno della cornice concettuale e normativa che definisce i rapporti tra ordinamenti. Viceversa, qualsiasi analisi di tal genere è sostanzialmente carente o limitata ad un veloce richiamo formale all'art. 66 della legge n. 218/1995, perché ogni valutazione giuridica è interamente polarizzata dalla tematica dei diritti fondamentali.

I diritti che vengono in rilievo sono diversi e variamente articolati. Al centro di qualsiasi argomentazione si trova evidentemente il diritto del minore, giustamente considerato superiore e preminente, al quale deve essere garantita la conservazione di uno *status* giuridico che gli consenta di crescere con gli adulti che agiscono in qualità di genitori; accanto a questo, poi, viene talvolta dato spazio anche al diritto della coppia committente a realizzare il proprio progetto di vita privata nonché, seppure in misura minore, a quello del singolo a una piena autodeterminazione personale.

In ogni caso, la chiave di volta di qualsiasi decisione su questo tema

[21] R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata*, cit., p. 326, e in chiave di analisi metodologica, a p. 333 (nota 65), osserva che tale disciplina appare, da sé sola considerata, insufficiente e inadeguata a fornire una risposta nell'ambito qui considerato. Sul punto di un possibile ulteriore ruolo in chiave di selezione delle fattispecie rilevanti, v. tuttavia anche *infra*, par. 4.

ruota sempre attorno all'esistenza di un diritto fondamentale, sovrapponendosi e occultando qualsiasi analisi fattuale o in prospettiva internazionalprivatistica. Non si tratta certo di un fenomeno nuovo. In un recente incontro accademico, illustre dottrina ha ribadito come il presente momento storico registri una vera e propria «*espropriazione del diritto internazionale privato ad opera dei diritti fondamentali*», circostanza che impone di «*dare rilevanza a situazioni di fatto esistenti in altri ordinamenti, rendendo irrilevante l'uso dei tradizionali criteri di collegamento*».[22] L'autore della citazione non pensava certo alla maternità surrogata, ma l'osservazione vi si attaglia perfettamente.

Il fulcro di qualsiasi sentenza in tema di maternità surrogata (e altresì della maggior parte dei contributi di dottrina) ruota dunque attorno all'ambito da assegnare al limite dell'ordine pubblico e a quanto questo debba arretrare di fronte al principio – superiore e dunque «tiranno» – dell'interesse del minore. Il ruolo del diritto internazionale privato è così ridotto – e quasi impoverito – all'analisi del limite dell'ordine pubblico e alla conseguente valutazione comparativa tra i valori nazionali che si vorrebbe tutelare con il divieto di maternità surrogata e i diritti fondamentali del minore (e/o dei genitori), quali sorti all'estero e domandanti riconoscimento nel nostro ordinamento.

Il valore e il ruolo del principio del *best interest of the child* non è qui in discussione, in particolare sotto il profilo del diritto del minore alla continuità dello *status* di figlio acquisito (legittimamente) all'estero. Esso è tanto noto e fondato su basi nazionali e internazionali così consolidate, da potersi evitare ogni sua ulteriore analisi o dimostrazione.[23] È

[22] Si tratta della relazione tenuta da Sergio Carbone al convegno *Le sfide di un nuovo diritto internazionale privato (La società italiana del XXI secolo: multiculturalismo o integrazione?)*, tenutosi a Pavia il 15 gennaio 2018. La relazione è tutt'ora inedita. L'impatto dei diritti fondamentali sul diritto internazionale privato è un tema oggetto ormai numerosi studi. Limitando i riferimenti all'essenziale si vedano: G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009; P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2014, p. 523 ss.; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, *ivi*, p. 549 ss. Per un'analisi internazionalprivatistica dei profili che sorgono da maternità surrogata v. M. DISTEFANO, *Profili internazionalistici ed internazionalprivatistici della maternità surrogata*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di Diritto e Bioetica*, Napoli, 2017, pp. 389-406.

[23] Si limita pertanto l'indicazione a qualche scritto, ove anche ulteriori riferimenti. V. dunque, tra i primi e in termini generali, M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child,* in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*,

tuttavia opportuno chiedersi se la questione in esame – così delicata e complessa per i valori ivi sottesi – riceva adeguata soluzione per mezzo di un'analisi incentrata *solo* sulla compatibilità della maternità surrogata con l'ordine pubblico, che questo sia definito come interno o internazionale e quale che sia la funzione che si attribuisce a tale limite.

Si è già premesso in apertura della presente analisi come si ritenga di non poter ignorare il fatto che in relazione alla maternità surrogata il nostro ordinamento *non* presenta una *lacuna*, da colmare in via interpretativa ricorrendo a principi generali, tratti da convenzioni e atti internazionali.[24] Piuttosto, il legislatore ha fornito un preciso indirizzo normativo, formulando consapevolmente un esplicito divieto, ulteriormente rafforzato da una sanzione di natura penale, volta a esprimere in modo plastico il massimo disvalore con cui l'ordinamento guarda a tale fattispecie. Divieto – lo si è già ricordato – che è espressione non di passati modelli culturali e normativi, ma di una precisa *policy* pubblica volta a tutelare valori altrettanto meritevoli di tutela, quali lo sono il ruolo e la dignità della donna e del minore, in un'ottica di responsabilità collettiva globale che tenga conto delle conseguenze che le scelte politiche operate da uno Stato producono nel resto del mondo.

Conviene ora aggiungere che il divieto sancito dalla norma interna non è posto (solo) a tutela di principi o valori *interni*. Anche sottoscrivendo alla concezione di un ordine pubblico «internazionale», ovvero aperto e recettivo dei principi fondamentali enunciati in convenzioni in-

Leiden-Boston, 2007; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.,* 2010, n. 4, pp. 981-993; J. POBJOY, *The best interests of the child principle as an independent source of international protection,* in *ICLQ*, 2015, pp. 327-363. In tempi più recenti, il principio è stato oggetto di una serrata critica, in particolare con riguardo alla difficoltà di definire dei parametri per la sua applicazione concreta. Con specifico riguardo a questa prospettiva, si segnalano gli scritti di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici* (a cura di F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA), Napoli, 2014, p. 467 ss.; S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore, ivi,* p. 505 ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, n. 1, p. 86.

[24] Una situazione di lacuna, suscettibile di essere colmata con il ricorso a principi interpretativi, poteva rinvenirsi, ad esempio, in relazione alla disciplina delle unioni tra coppie dello stesso sesso, prima che venisse adottata la legge 20 maggio 2016 n. 76. La risposta dell'ordinamento alle problematiche aperte dalla maternità surrogata è, invece, ben diversa.

ternazionali cui è parte l'Italia,[25] la maternità surrogata – con tutto quello che essa comporta – appare una pratica contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento *e* della maggior parte degli ordinamenti che costituiscono la comunità alla quale il nostro appartiene. È dunque forse mal posta e comunque non risolutiva la frequente contrapposizione tra ordine pubblico «nazionale», quale limite all'ingresso di valori giuridici stranieri in contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione, e ordine pubblico «internazionale», quale veicolo di circolazione di obblighi positivi tratti da fonti internazionali in materia di diritti fondamentali. Il problema di fondo, infatti, non pare originato da una disarmonia tra i principi nazionali e quelli vigenti nella comunità internazionale, intesa nel suo insieme. In effetti, a voler ben guardare tutti i dati – non solo quelli fattuali ma anche quelli normativi – che emergono sul piano internazionale, si registra una sempre maggiore preoccupazione per i presupposti e le conseguenze complessive implicate da tale pratica.

Il fulcro del problema pare piuttosto essere nell'inconciliabile antitesi tra l'interesse del singolo minore, nato da maternità surrogata e reclamante *hic et nunc* il riconoscimento di un preciso *status* familiare (ma anche la cittadinanza e il diritto a conoscere le proprie origini) e l'interesse di tutti i minori, intesi come categoria unitaria, a non divenire oggetto di una pratica commerciale e a trovare accoglienza in una famiglia allorché in stato di abbandono, nonché delle donne, indotte a tale pratica da condizioni economiche e culturali di degrado e arretratezza, a non essere sfruttate per l'altrui profitto o, nel migliore dei casi, per il proprio profitto economico. Posto in tali termini il dilemma non è certo nuovo, poiché esso si pone in molti ambiti della legislazione minorile.[26]

[25] L'evoluzione della funzione dell'ordine pubblico passato da essere un limite "interno", ovvero posto alla «*salvaguardia di concezioni morali e politiche particolarmente affermate nella società volto ad escludere l'applicabilità di norme straniere espressione di principi etici contrastanti con quelli interni*» a una nozione più aperta ovvero volta a esprimere «principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne» ma espressione della partecipazione dello Stato alla vita della comunità internazionale e ispirati a «*esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria, è stata ripresa dalla già menzionata sentenza n. 19599/2016, par. 7. Essa recepisce un'indicazione già da tempo emersa nella dottrina, benché con riferimento ad altre ipotesi. Per la nozione di un ordine pubblico «positivo*», idonea a realizzare i valori fondamentali per mezzo della legge straniera, v. per tutti: F. SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2014, p. 795, e spec. p. 800 ss.

[26] Impostata in questi termini la questione non è nuova. Si veda, ad es., L. LENTI, *"Best interests of the child" o "best interests of the children"?*, in *Nuova giur. civ.*

Come ormai ripetutamente messo in rilievo dalla dottrina e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto l'interesse del minore sia qualificato come *superiore*, ciò non significa che esso si imponga in modo automatico e debba prevalere sempre e comunque in qualsiasi situazione.[27] Anche in presenza di tale principio, si impone infatti un bilanciamento, da effettuarsi alla luce dei complessivi valori costituzionali in gioco e delle circostanze di fatto del singolo caso in esame. Se questo comporta che talvolta sarà necessario sacrificare diritti e interessi costituzionalmente protetti per fare prevalere l'interesse del minore, altre volte potrà accadere che questo sia realizzabile percorrendo strade alternative, che non mettano in crisi tutto il sistema.[28]

Che la prospettiva del bilanciamento debba essere seguita anche con

comm., 2010, II, p. 158. Una situazione simile si rinviene ad esempio in relazione alla disciplina della sottrazione internazionale del minore. Al fine di perseguire finalità generali di deterrenza da tale pratica, ritenuta gravemente lesiva dei diritti dei minori in generale, la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori prescrive che il minore sottratto sia sempre fatto ritornare nello Stato nel quale risiedeva prima del trasferimento illecito. Il ritorno del minore ha così lo scopo di privare di effetti l'atto illecito e ripristinare la situazione pre-esistente. Tuttavia, poiché le *policies* generali vanno bilanciate con le esigenze specifiche del singolo minore, la stessa convenzione prevede delle deroghe che consentono, in casi specifici e eccezionali, di rifiutare il ritorno del minore quando questo sia suscettibile di arrecargli un pregiudizio reale e concreto.

[27] Sul punto si vedano le lucide e puntuali osservazioni di E. LAMARQUE, *Prima i bambini* cit., spec. p. 77-86 che osserva come l'imprecisa traduzione dell'espressione inglese «best interest» attraverso gli aggettivi «superiore», «prevalente» o «preminente» sia alla base della costruzione di un principio-tiranno, che porta a fare prevalere i diritti del minore sempre e comunque. Richiamandosi ad ampia giurisprudenza costituzionale, l'a. sottolinea come ciò non sia in linea con le caratteristiche costituzionali del nostro ordinamento, nel quale tutti i diritti fondamentali si trovano in un rapporto di integrazione reciproca. Poiché non è possibile che uno di essi abbia la prevalenza assoluta sugli altri, è necessario un continuo bilanciamento tra di essi. L'a. prosegue affermando che «*se un imbroglio e una finzione ci sono, risiedono soltanto nella affermata assoluta prevalenza, o* paramountcy*, rispetto a qualsiasi altro bene della società o a qualsiasi altro diritto o interesse di altre persone. Chi insiste sulla* paramountcy *lo fa o con superficialità, senza pensare che è inconcepibile e inaccettabile un principio prevaricatore e tiranno, oppure in malafede, per nascondere sotto il velo di un nobile e unico obiettivo valutazioni o operazioni di bilanciamento delle quali preferisce non rendere conto*». (op. cit., p. 86). Insiste sulla necessità di un bilanciamento, con specifico riguardo al tema della maternità surrogata, anche A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., p. 31.

[28] Merita a tal proposito di essere ricordato come la Corte europea dei diritti dell'uomo, con le sentenze *Labassee, Mennesson, Paradiso e Campanelli* (grande sezione), è molto attenta a non porre in capo agli Stati l'obbligo di attribuire al minore nato da maternità surrogata lo *status* di figlio, purché gli sia garantito uno *status* giuridico che consenta al minore – e ai suoi genitori intenzionali – il pieno rispetto della vita privata e familiare. Sul punto si veda anche *infra*, par. 4.

riguardo all'accertamento dello *status filiationis* conseguente a maternità surrogata, è stato del resto di recente ribadito dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza resa nel dicembre del 2017 relativa alla c.d. azione demolitoria di stato di cui all'art. 263 cod. civ.[29] La vicenda tocca un profilo diverso da quelli sin qui considerati, ma offre l'occasione alla Corte Costituzionale di indicare una linea, che seppure particolarmente prudente e quasi "pilatesca", ha quanto meno il merito di riportare al centro dell'analisi la pluralità e la complessità degli interessi in gioco.

Nel dichiarare infondata la questione d'illegittimità costituzionale laddove la norma non consente che l'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità sia accolta solo quando rispondente all'interesse del minore, la Consulta innanzitutto ribadisce la rilevanza costituzionale di entrambi i principi in gioco: da un lato, il *favor veritatis*, che porta a disconoscere la maternità dichiarata dalla madre intenzionale; dall'altro, il superiore interesse del minore, che porta a rifiutare il disconoscimento in ragione della continuità del rapporto affettivo tra la madre committente e il minore. Dopo avere escluso che il *favor veritatis* costituisca un valore costituzionale suscettibile di imporsi sempre, la Corte ribadisce il rilievo preminente del superiore interesse del minore, non senza avere rivendicato il ruolo da essa stessa svolto in tale affermazione.

A tale constatazione, tuttavia, non fa seguire la conclusione che ci si potrebbe aspettare, ovvero la prevalenza di tale principio su qualsiasi al-

[29] Corte Costituzionale, 18 dicembre 2017 n. 272. Per un primo commento v. O. SPORTELLI, *Maternità surrogata: occorre bilanciare* favor veritatis *e* favor minoris, in www.dirittoamministrativo.it. Una coppia di italiani ricorre a maternità surrogata tradizionale in India, utilizzando i gameti del padre intenzionale e della madre surrogata. Ivi il certificato di nascita viene redatto con i nomi dei due genitori intenzionali. Al loro ritorno in Italia alla fine del 2011, l'ufficiale dello stato civile del comune di Milano dà corso alla trascrizione, ma segnala la situazione alla Procura presso il Tribunale dei minorenni che, raccolta la dichiarazione della madre intenzionale sulla non veridicità dello *status* dichiarato, dà corso ad un complesso *iter*, dapprima per l'adozione del minore e poi, stante la carenza dello stato di abbandono del minore a seguito del matrimonio tra il padre biologico e la stessa, per la rimozione dello stato di figlio di colei che appare come madre per difetto di veridicità. Dell'azione, promossa da un curatore speciale appositamente nominato allo scopo, viene investito il Tribunale di Milano, che con sentenza n. 396/2014 accoglie l'istanza del curatore. Sull'impugnazione delle parti, la questione giunge così di fronte alla Corte d'appello milanese che, con l'ampia e ricca ordinanza 27 luglio 2016, (in *Foro it.,* 2016, 10, 1, c. 3258), esamina la prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. nella parte in cui non condiziona la rimozione dello *status* familiare non veritiero alla valutazione dell'interesse del minore e, ritenendo la stessa rilevante e non manifestamente infondata, rinvia la questione alla Corte costituzionale.

tro. Viceversa, – ed è qui che la Consulta appare discostarsi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito – essa precisa che se non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale «*bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore*».[30]

Precisata così la necessità di un percorso decisionale particolarmente complesso, il cui esito non può determinarsi in modo meccanico e generalizzato, la Corte si spinge sino a indicare (alcune) delle variabili di cui il giudice deve tenere conto in tale giudizio comparativo. Tra queste si fa menzione innanzitutto della durata del rapporto tra il minore e l'apparente genitore e, quindi, della condizione identitaria già acquisita dallo stesso; «*oltre*» a tali dati, però, la Corte rimarca che oggi assume particolare rilevanza la modalità del concepimento e della gestazione, sottolineando «*l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità vietata da apposita disposizione penale*», nonché «*la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico con il genitore contestato che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore adeguata tutela*».[31] Come è facile intendere, la Consulta suggerisce una valutazione più ampia di quella consueta, che non si limiti a stereotipati richiami a principi generali, ma che si sforzi di abbracciare e dare rilevanza ad un più ampio novero di interessi.

La questione andrebbe dunque impostata in modo da comprendere nella dialettica non solo l'esigenza di tutelare il singolo minore, che è già nato e che dunque certamente reclama una protezione ormai universalmente affermata, ma anche il diritto alla dignità delle donne, madri surrogate e non, e dei minori in generale, ridotti a oggetto di commercio a

[30] Corte Cost., cit., par. 4.3.

[31] Sent. cit., par. 4.3. *passim*. Poco più sopra la Corte invita altresì il giudice a considerare «*se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva [l'azione di disconoscimento di stato] prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità*» (sent. cit., par. 4.2.).

fine di lucro. Accanto a questi valori, poi, dovrebbe trovare adeguata considerazione anche, sia pure forse in subordine, un'esigenza 'di sistema' che, presupponendo realizzato un bilanciamento tra questi valori in astratto, impone di garantire legalità e coerenza dell'ordinamento interno. La coerenza interna di un ordinamento, la sua stessa tenuta e credibilità, richiede che tale operazione – pur dovendo necessariamente essere verificata anche *ex post* dal giudice, e dunque alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto – venga accuratamente motivata e sia svolta in modo circostanziato, alla luce di parametri uniformi e condivisi.

Ed è proprio un bilanciamento tra gli opposti interessi che sembra invece mancare in alcune delle più recenti decisioni in materia. Queste infatti, impostando la questione interamente in termini di compatibilità con l'ordine pubblico (nella sua accezione c.d. internazionale), sembrano scivolare verso un'applicazione aprioristica e meccanica del principio del superiore interesse del minore, e lasciano trasparire un sostanziale automatismo nel riconoscimento dello *status* di figlio nato da maternità surrogata. Se «bilanciamento» deve esservi, però, l'operazione non può ridursi ad un sostanziale svuotamento della norma interna per la via pretoria, ma implica un faticoso lavoro di analisi sul piano fattuale e giuridico, alla ricerca di soluzioni e motivazioni idonee a riflettere il peso attribuito a tutti gli interessi in gioco.

Per quanto l'interesse del minore sia rilevante, il fatto che una norma, corredata da sanzione penale e che costituisce il parametro inderogabile e imperativo per i più che non sono nelle condizioni di eluderla, venga sistematicamente e consapevolmente ignorata e disapplicata, genera perplessità e disorientamento, a maggior ragione quando tale condotta riceve il successivo avallo da parte della giurisprudenza. Può l'ordinamento limitarsi a sanare *ex post* tali situazioni, sostanzialmente accettando che il divieto penale formulato in termini generali per tutti, per alcuni resti sulla carta?[32] Oppure non sarebbe opportuno che, in attesa del legislatore, la giurisprudenza si doti di criteri – oggettivi, imparziali e definiti *ex ante* – che consentano di distinguere i casi, valutare le risposte e fornire soluzioni che appaiano coerenti in un quadro di legittimità complessiva?

Proprio adesso che il limite generale dell'ordine pubblico sembra arretrare, diviene ancora più necessario individuare criteri oggettivi che consentano di guidare il giudice nell'arduo compito di fornire risposte

[32] Sulle conseguenze per l'ordinamento in termini di inefficacia del divieto, v. L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.,* 2017, p. 139.

che si pongano in armonia con il sistema. Di fronte ad una tematica tanto complessa e delicata non vi possono essere risposte facili, preconfezionate e confortanti. Ogni soluzione del caso concreto è viceversa causa e frutto di un intenso travaglio, sul piano morale e intellettuale, che grava interamente sul giudice del singolo caso concreto. È in quest'ottica, volta alla ricerca di criteri e modalità utili per realizzare un difficile bilanciamento, che si svolgono le ultime considerazioni.

4. *La necessità di differenziare i diversi casi di maternità surrogata e le singole fattispecie*

Un primo spunto di riflessione sul quale si reputa utile richiamare l'attenzione è la pluralità e eterogeneità di fattispecie che si celano sotto la generica etichetta di «maternità surrogata». Con tale definizione si indicano infatti ipotesi molto diverse tra loro, non solo sul piano medico-scientifico, ma anche su quello fattuale, sociale e, dunque, giuridico. Non si allude qui all'abituale distinzione tra maternità surrogata "tradizionale" e maternità surrogata "gestazionale" (distinzione che si fonda sul diverso apporto fornito dalla madre surrogata, a seconda che essa contribuisca solo con il suo ventre o anche con il suo patrimonio genetico). Altri sono i fattori che potrebbero essere valorizzati per differenziare il regime degli effetti derivanti da questa pratica. Le tipologie di maternità surrogata non sono infatti tutte uguali e potrebbe essere opportuno individuare le circostanze di fatto e/o di diritto rilevanti sul piano giuridico, così da consentire una valutazione della fattispecie più compatibile – almeno in una certa misura – con l'assetto normativo vigente in Italia.

Potrebbe per esempio volersi dare rilevanza al *vincolo genetico* con almeno uno dei genitori committenti (in dottrina infatti va delineandosi una propensione verso un riconoscimento 'parziale' del figlio, ovvero solo nei confronti del genitore biologico, mentre per la tutela del rapporto con il genitore intenzionale, ma privo di un vincolo genetico, occorrerebbe ricorrere ad altri strumenti giuridici[33]); oppure al *fine* che muove la

[33] Per una lettura orientata nel senso che il vincolo genetico sia condizione necessaria al fine del riconoscimento dello status, v. ad esempio: M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità "same sex"*, cit., spec. p. 682; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata*, cit., p. 328.; M. DISTEFANO, *Profili internazionalistici ed internazionalprivatistici*, cit., p. 406. Per una recente sintesi degli argomenti che invece depongono anche contro la rilevanza del vincolo genetico, v. G. PAL-

madre surrogata e in genere *al contesto* in cui la pratica è realizzata (in particolare, la pratica potrebbe essere diversamente valutata a seconda che sia determinata da scopo di solidarietà, di lucro o addirittura in condizioni di sfruttamento della donna, sulla scorta di quanto consentito in altri Stati UE); infine, potrebbe volersi darsi risalto alla *qualità del rapporto* che lega i genitori intenzionali e alle loro *motivazioni* (ed ovviamente non è l'eventuale stesso genere dei genitori che rileva sotto tale profilo, quanto l'esistenza di un rapporto saldo e stabile nel tempo, tale da garantire la consapevole costruzione di un progetto genitoriale condiviso, ovvero motivazioni non meritevoli di tutela quale – ad esempio – un'età troppo avanzata dei genitori intenzionali).

Si può discutere evidentemente della bontà di questi criteri, della loro ampiezza e della loro portata. Si possono immaginare altri e forse più adeguati elementi di valutazione: non è questo il punto. Ciò che preme sottolineare è come oggi, sotto l'unica etichetta di «maternità surrogata» o di «gestazione per altri», si celino ipotesi sostanzialmente diverse sul piano fattuale. Se le tipologie di maternità surrogata non sono tutte uguali tra loro, allora anche le conseguenze che se ne traggono sul piano giuridico dovrebbero essere diverse. È forse giunto il momento di prendere coscienza della eterogeneità delle circostanze di fatto in cui si realizza la surroga di maternità e differenziarne gli effetti nell'ordinamento nazionale.

In verità su questa strada sembrano già muoversi alcune decisioni. La Cassazione, nella già citata sentenza n. 19599/2016, ha dichiarato che la pratica di maternità assistita tra due donne, legate da uno stabile rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza ad opera della seconda e utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non costituisce una fattispecie di maternità surrogata. Essa integra piuttosto «*un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne*»[34]. Il fatto che in Italia tale pratica sia legittima nei casi di impossibilità di procreare ha certamente costituito, assieme alla restante, ampia, argomentazione, un punto importante per affermare la non contrarietà con l'ordine pubblico italiano dello *status* di filiazione così costituito. Il punto è stato poi ripreso nove mesi dopo, nel giugno del 2017, in un caso in cui si discuteva della rettificazione (*rectius*: sostituzione) di un certificato di nascita dal quale risultasse lo *status* di figlio,

MERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità*, cit.

[34] Cass. 30 settembre 2016 n. 19599 cit. *supra*, par. 10.2 in fine.

non solo nei confronti della madre biologica, ma anche della madre che non aveva un vincolo genetico con il minore.[35]

D'altra parte, nella medesima prospettiva del *distinguishing*, può anche chiedersi se, nell'attuale e rigido contesto normativo, non sia necessario sperimentare altre soluzioni tecniche per dare rilievo ed efficacia a situazioni legittimamente createsi all'estero. Accanto al *riconoscimento dell'atto*, giurisdizionale o amministrativo, formatosi all'estero, può farsi ricorso al riconoscimento *dello status* di figlio sorto e consolidatosi all'estero, ma potrebbe anche ipotizzarsi *l'attribuzione di un nuovo status* di figlio, con un'apposita procedura di adozione, magari semplificata e resa più flessibile di quanto non avvenga nei casi ordinari. In tale ottica, ad esempio, potrebbe essere fatto più ampio ricorso all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 della legge n.184/1983, che costituisce uno strumento flessibile tale da garantire la tutela dell'interesse preminente del minore a mantenere un legame familiare con l'adulto che lo accudisce e lo cura, al contempo però salvaguardando le *policies* generali di tutela degli altri soggetti coinvolti, ivi compresa quella a non ridurre l'efficacia delle normative e delle procedure sull'adozione di minori in stato di abbandono.[36] Insomma, anche sul piano degli strumenti forse non è possibile dare una risposta unica, ma occorre fare un passo avanti e iniziare a differenziare.

Infine, sempre nell'ottica di recuperare una dimensione di legalità e coerenza interna, potrebbe valutarsi se non attribuire maggior peso alla circostanza che la fattispecie sia oggettivamente localizzata in un ordinamento straniero (e dunque, per converso, che essa presenti un contatto tenue con l'ordinamento italiano), cosicché lo *status* di figlio attribuito nell'ordinamento competente non possa essere disconosciuto nel nostro. È noto infatti che il riconoscimento del certificato straniero avviene sulla base di quel richiamo internazionalprivatistico disposto dall'art. 66 della legge n. 218/195 che postula che l'atto sia redatto, non in un ordinamento straniero quale esso sia, ma in quello considerato competente dalle nostre norme di conflitto. Accanto al richiamo formale ai criteri indicati all'art. 33 legge n. 218 per la disciplina della filiazione, però, potrebbe

[35] Vedi Cass. 15 giugno 2017 n. 14878 cit. *supra* nota 17.

[36] Si veda sul punto l'analisi e l'interessante spunto offerto da C. THOMALE, *State of play of cross-border surrogacy Arrangements – Is there a case for regulatory intervention by the EU?*, in *JPIL*, 2017, pp. 463-473. Nello stesso senso anche R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità* surrogata**:** *la primazia degli interessi del minore,* in *Dir. um. e dir. internaz.,* 2016, p. 330. Si veda anche l'accenno fatto *supra* par. 3.

essere opportuna una valutazione complessiva dell'intera fattispecie, che abbia riguardo al fatto che i genitori intenzionali, e dunque il figlio da questi voluto, siano *genuinamente* localizzati – per esempio perché ivi abitualmente residenti – in un ordinamento che consente tale pratica, ovvero vi si siano recati solo a tale scopo.

Del resto, è cosa nota che il limite dell'ordine pubblico è diversamente graduato in funzione dell'intensità del legame che la fattispecie presenta con il nostro ordinamento. Con riguardo al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri si parla di ordine pubblico «attenuato» per mettere in risalto il fatto che – diversamente da quanto avviene a seguito dell'operare delle norme di conflitto – l'interprete è chiamato a valutare non l'applicazione diretta della norma straniera ma gli *effetti* che la norma straniera produce nel nostro ordinamento. Nel caso concreto, dunque, ciò che l'interprete è chiamato a valutare non è la legittimità della pratica, ma solo l'attribuzione dello *status* di figlio.

A questa prima accezione può però affiancarsene un'altra, secondo cui l'ordine pubblico opera in modo tanto più attenuato quanto più genuino ed effettivo sia il collegamento con l'ordinamento straniero, e viceversa. In altre parole: il fatto di una coppia stabilmente residente all'estero, che in quello Stato (o in un terzo Stato) faccia ricorso alla maternità surrogata e si veda ivi riconosciuta la propria genitorialità su di un minore, quand'anche poi si trasferisca in Italia e richieda l'iscrizione dello *status* di figlio, non comporta una violazione reale dei principi fondamentali qui vigenti, poiché la fattispecie appare genuinamente localizzata in un ordinamento straniero e dunque soggetta a tale legge.

All'estremo opposto, il fatto di due cittadini italiani, ivi abitualmente residenti, che si recano all'estero al solo scopo di realizzarvi quanto vietato in Italia per poi qui tornare a vivere, esprime un intento fraudolento che integra una più forte violazione ai principi dell'ordinamento, incluso quello di legalità.

Nel mezzo di queste due ipotesi vi è l'infinita varietà dei casi, compreso quello (in effetti oggetto di diverse delle decisioni adottate dalla giurisprudenza) di coppie miste, per esempio di cittadinanza italo-spagnola, abitualmente residenti in Spagna. Il fatto che il baricentro della vita coniugale sia localizzato in Spagna e che ivi la maternità surrogata sia pratica consueta e regolata, esclude che si possa opporre il limite dell'ordine pubblico al fine di non riconoscere le situazioni ivi legittimamente sorte.

Chi scrive è ben consapevole che nessuno degli spunti qui suggeriti è idoneo, di per sé considerato, a fornire una soluzione per ogni e qualsiasi ipotesi di maternità surrogata. D'altra parte, la tematica in oggetto è

di tale complessità e così relativamente nuova per il nostro ordinamento, che sarebbe irrealistico pretendere diversamente. Ciò su cui il presente contributo vuole richiamare l'attenzione è che oggi il problema non è tanto *se* dare rilievo allo *status* di figlio nato da maternità surrogata, quanto piuttosto *come* raggiungere questo risultato sul piano "tecnico" in modo da salvaguardare (quanto meno in un numero congruo di casi) non solo le esigenze di tutela del minore direttamente interessato, ma anche quelle di un più ampio novero di soggetti, tutti necessitanti di protezione, nonché quella generale alla coerenza interna dell'ordinamento.

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E TUTELA DEGLI *STATUS* ACQUISITI ALL'ESTERO. LE INCERTEZZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE CON RIGUARDO ALLA MATERNITÀ SURROGATA

MARIA CATERINA BARUFFI*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. L'ordinanza della Corte di Cassazione del 2018. – 3. Spunti conclusivi.

1. *Cenni introduttivi*

La tutela degli *status* acquisiti all'estero – e di conseguenza la loro circolazione – sta divenendo negli ultimi anni un tema di estrema importanza per il diritto internazionale privato, anche, ma non solo, dell'Unione europea[1], tanto da occupare le cronache, in particolare quando si tratta di soggetti deboli, quali i minori e, in determinate situazioni, le donne.

Sempre più diffusamente si sente parlare, infatti, della necessità di tutelare i diritti relativi allo *status filiationis* di minori concepiti all'estero attraverso la pratica della maternità surrogata[2], vietata e addirittura sanzionata penalmente nel nostro paese dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40[3], all'art. 12, co. 6[4].

* Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Verona.

[1] Sul punto si veda, per tutti, anche per i riferimenti in dottrina, R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in questo volume, p. 215 ss.

[2] In materia si rinvia a C. HONORATI, *Maternità surrogata,* status *familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in questo volume, p. 137 ss. Sulla nozione di maternità surrogata sia consentito richiamare M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata ed interessi del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, pp. 239-272, a p. 239, nota 1. Sulla distinzione con la procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, v. A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e* best interests of the child, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp. 717-738, a pp. 717-722.

[3] Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in GU n. 45 del 24 febbraio 2004.

[4] La norma così recita: «*[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (...) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*». Il divieto penale, unito alla prevista sanzione, aumenta il disvalore espresso dal nostro ordinamento per il ricorso a tale forma di procreazione.

Meno frequente è, invece, la considerazione dell'esistenza dei matrimoni poligamici[5], la cui celebrazione è vietata dall'art. 86 c.c., secondo il quale una persona sposata non si può risposare, mentre l'art. 556 ss. c.p. considera reato la bigamia[6]. Inoltre, in base all'art. 29 Cost., la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, basato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge, a garanzia dell'unità familiare. Ne consegue che il solo matrimonio ammesso è quello monogamico tra un uomo e una donna, in cui entrambi i coniugi e i figli godono di completa protezione.

Quanto al riconoscimento dei matrimoni poligamici celebrati all'estero, in conformità alla normativa del luogo di celebrazione, rilevante con riguardo alle richieste di ricongiungimento familiare ad un unico soggetto da parte di più mogli, la Corte di Cassazione ha ritenuto che «*l'insorgere nel nostro ordinamento di una situazione di poligamia*» sia «*contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale*», operando il divieto «*in sé*», fino «*alla cessazione legale di uno dei vincoli coniugali*»[7]. Dopo un periodo di (relativa) tolleranza[8], la Corte pare essere così tornata a quell'orientamento di totale chiusura dell'ordinamento rispetto a valori estranei ad esso[9], indipendentemente

[5] In merito si veda M.C. BARUFFI, *La famiglia poligamica,* in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari*, cit., pp. 73-102.

[6] In base al co. 3, il reato è estinto solo se il primo matrimonio è dichiarato nullo o il secondo è stato annullato per causa diversa dalla bigamia. Non costituiscono cause di estinzione del reato il divorzio, a differenza che nel sistema francese, e la morte del primo coniuge.

[7] Ci si riferisce a Cassazione civile, sez. VI, sottosez. 1, ordinanza del 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Dir. imm. citt.*, 2013, n. 1, p. 161 ss., con commento di G. PERIN, *Divieto di ricongiungimento del genitore in caso di poligamia: la Cassazione ha detto l'ultima parola?*, *ivi*, p. 164 ss.

[8] Si veda M.C. BARUFFI, *La famiglia poligamica*, cit., p. 96 ss.

[9] Diversa, ancora oggi, la situazione in Germania dove il Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Tribunale amministrativo del Land Baden-Württemberg) in una decisione del 25 aprile 2017, 12 S 2216/14, ha confermato il provvedimento di naturalizzazione di un siriano, sposato in Germania con una naturalizzata cittadina tedesca, nonostante avesse omesso di dichiarare durante il procedimento di aver contratto un precedente matrimonio in Siria con una siriana. In particolare, il Tribunale non ha ritenuto sussistesse una violazione dell'ordine pubblico tedesco, in quanto, nel contesto di un procedimento di naturalizzazione, esso consiste nel rispetto del principio di lealtà nei riguardi dell'ordine costituzionale di quel paese. La questione, attualmente oggetto di esame da parte della Bundesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo federale con sede a Leipzig) si presta a considerazioni critiche dal punto del diritto internazionale privato tradizionale in ragione dello stretto legame esistente tra i soggetti interessati e l'ordinamento tedesco.

dalla considerazione di eventuali violazioni di diritti fondamentali dei soggetti deboli coinvolti.

Pur trattandosi nel caso della maternità surrogata e in quello dei matrimoni poligamici di fattispecie diverse, in entrambi si pone un problema di riconoscimento dello *status* legittimamente acquisito all'estero. Il quesito comune è quello dell'esistenza o meno di limiti all'apertura dei confini nazionali all'ingresso di valori ad esso estranei, che fanno tuttavia parte della situazione personale del soggetto in questione. L'abbattimento, sempre più rapido, delle barriere fisiche, la globalizzazione, i fenomeni migratori e la conseguente apertura dell'ordinamento a nuove situazioni familiari, da un lato, e la tutela dei valori fondamentali del sistema giuridico garantita dall'eccezione dell'ordine pubblico – clausola di salvaguardia dei sistemi –, dall'altro, sono elementi che devono essere tenuti in considerazione per rispondere al quesito sopra formulato. Nel necessario contemperamento dei valori un ruolo particolare giocano i diritti di tutte le parti in causa, compresi quelli, rispettivamente, al ricongiungimento familiare, nell'ambito della poligamia, e al rispetto alla vita familiare, per i minori nati attraverso la pratica della maternità surrogata[10].

Nell'impossibilità di trattare entrambi gli istituti, nel presente lavoro ci si limiterà ad approfondire alcuni problemi che la maternità surrogata sta causando nel nostro paese con riguardo all'attribuzione della responsabilità genitoriale in capo a coppie formate da persone dello stesso sesso, tenendo conto della più recente giurisprudenza di legittimità[11].

[10] Diverso è il caso della coppia di donne che, avendo dato alla luce in Italia un minore, hanno chiesto nell'aprile 2018 l'iscrizione dell'atto di nascita nei registri dell'anagrafe, come figlio di entrambe. In tale caso la fattispecie non presenta elementi di estraneità e, quindi, non rileva l'ordine pubblico internazionale, in quanto la fattispecie è stata interamente posta in essere all'interno dei confini nazionali. Nel caso di specie, inoltre, la coppia non aveva fatto ricorso alla maternità surrogata, ma alla fecondazione eterologa (si veda sul punto *supra*, in questo paragrafo, nota 2. Per un commento a prima lettura della decisione del sindaco di Torino di formare l'atto di stato civile nella situazione di cui sopra, v. M. GATTUSO, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita: non è una forzatura giuridica*, reperibile al sito www.articolo29.it, dove le fattispecie di procreazione medicalmente assistita – ammessa – e gestazione per altri o maternità surrogata – non consentita – vengono di fatto equiparate). La scelta di formare un atto di nascita in cui il minore risulti figlio di entrambe le donne supera il problema del possibile ricorso alla c.d. *stepchild adoption*, già ritenuta dalla Cassazione inidonea a risolvere i problemi in cui si incorre quando si tratta di coppie di persone dello stesso sesso (sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599; in dottrina, anche per alcuni riferimenti bibliografici, M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU*, cit., p. 255, nota 37).

[11] Sulla non agevole configurazione della nozione di ordine pubblico, si veda anche

La prima sezione della Corte di Cassazione[12] ha, infatti, rimesso la questione di interpretazione della nozione di ordine pubblico internazionale, in relazione alla possibile sussistenza della responsabilità genitoriale in capo ad una coppia formata da persone dello stesso sesso, al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite. La giustificazione della richiesta risiede nell'importanza e nella complessità della questione, che, sollevando «*delicatissimi e rilevantissimi profili di diritto*», richiede l'intervento delle sezioni unite per «*la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza*» *ex* art. 374, co. 2, ult. parte, c.p.c. Sempre ad avviso della prima sezione, la richiesta di rinvio alle sezioni unite si giustifica anche in relazione all'ulteriore questione di particolare complessità della legittimazione delle parti, vale a dire il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Trento, il Sindaco e il Ministero dell'Interno.

Il caso sottoposto alla prima sezione della Corte di Cassazione trae origine dal ricorso per cassazione proposto dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento, dal Ministero dell'Interno e dal Sindaco del Comune di Trento, questi ultimi in via incidentale, avverso l'ordinanza del 23 febbraio 2017[13] con la quale la Corte d'Appello di Trento aveva riconosciuto, per la prima volta nel nostro ordinamento[14], il provvedimento straniero attributivo della co-genitorialità su due minori al compagno del padre biologico, con questi unito civilmente[15], non ravvisando contrarietà all'ordine pubblico, in virtù del

S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello* status *da esso derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int*., 2017, pp. 1070-1102, spec. p. 1086 ss.

[12] Ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, n. 4382.

[13] La si veda in *Fam. e dir.*, 2017, pp. 669-673. Tra i numerosi commenti sia consentito il richiamo a M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità* same sex *e minori nati con maternità surrogata*, *ivi*, pp. 674-686.

[14] Sulla novità della domanda rispetto a quelle precedentemente sottoposte all'attenzione della magistratura v. BARUFFI, *Co-genitorialità* same sex, cit., p. 674.

[15] Nel caso, una coppia di persone dello stesso sesso, regolarmente sposata all'estero – e, pertanto, unita civilmente per il nostro ordinamento *ex lege* 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in GU n. 118 del 21 maggio 2016, in vigore dal 5 giugno 2016) – aveva deciso di assecondare il desiderio di diventare genitori, facendo ricorso alla maternità surrogata, recandosi perciò in un paese ove essa è ammessa. Successivamente alla nascita dei gemelli, la coppia otteneva dalla competente corte territoriale straniera due provvedimenti giudiziali, uno che riconosceva, in conformità alla normativa locale, l'insussistenza di legami genitoriali tra la gestante e i neonati, e l'altro di riconoscimento della co-genitorialità di entrambi i soggetti componenti la coppia, vale a dire del padre biologico e del suo compagno, disponendo di conseguenza l'emendamento degli atti di nascita dei minori.

principio di continuità dello *status* personale, ponderato con la tutela del superiore interesse del minore.

Nella decisione della Corte trentina un ruolo fondamentale era stato assegnato alla sentenza della Cassazione del 30 settembre 2016, n. 19599[16], che aveva ristretto significativamente la nozione di ordine pubblico internazionale, limitandolo alla contrarietà ai principi costituzionali, o ad essi equiparati, vale a dire a quelli non modificabili dal legislatore ordinario.

Sotto un profilo strettamente processuale, la Corte d'Appello aveva escluso che il Sindaco, quale ufficiale del governo, potesse essere considerato parte del procedimento e che il Ministero dell'Interno potesse intervenire, per insussistenza sia di un suo interesse attuale, in assenza di domande risarcitorie da parte dei ricorrenti per i danni subiti a causa dell'attività provvedimentale illegittima, sia dell'interesse alla regolare tenuta dei registri dello stato civile, vertendo il giudizio sul solo riconoscimento del provvedimento straniero, ai sensi dell'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218[17]. L'unico interesse ritenuto rilevante dai giudici trentini è stato quello di evitare che potessero fare ingresso nel nostro ordinamento provvedimenti contrari all'ordine pubblico, riconoscendo così la legittimazione al solo Procuratore Generale, vertendosi nel caso di specie in materia di stato delle persone.

2. *L'ordinanza della Corte di Cassazione del 2018*

A fondamento del ricorso per cassazione del Procuratore Generale sono la violazione e la falsa applicazione degli artt. 16 e 65 della legge 218/1995 e 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396[18] in punto di ordine pubblico e la mancanza nella decisione impugnata della motivazione relativa alla compatibilità con l'ordine pubblico della doppia paternità sui minori. Veniva, altresì, proposto ricorso, in via incidentale, dal Sindaco e dal Ministero dell'Interno per difetto di giurisdizione *ex* art. 360, co. 1, n. 1, c.p.c., ritenendo il provvedimento della Corte territoriale invasivo della sfera discrezionale del legislatore; violazione della norma sulla

[16] V. *supra*, nota 10.

[17] Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in GU n. 128 del 3 giugno 1996, *suppl. ord.* n. 68, come successivamente modificata.

[18] Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127, in GU n. 303 del 30 dicembre 1996, *suppl. ord.* n. 223 e successive modifiche.

competenza del Tribunale *ex* art. 95 DPR 396/2000, nonchè del principio del contraddittorio e della legittimazione *ad causam* per l'esclusione del Sindaco e del Ministero dal giudizio e, infine, degli artt. 16 e 65 della legge 218/1995 e 18 del D.P.R. 396/2000.

Dopo aver esaminato le doglianze dei ricorrenti e le eccezioni proposte dai resistenti, la Cassazione si è concentrata, in particolare, sulle questioni della definizione della nozione di ordine pubblico e della legittimazione ad agire e, quindi, ad essere parte processuale, del Sindaco e del Ministero dell'Interno.

Con riguardo a quest'ultima, da risolvere in via preliminare, la Cassazione rileva che l'ammissibilità in giudizio del Sindaco, contestata dai resistenti per la sua assenza nel giudizio davanti alla Corte d'Appello, in realtà è strettamente connessa alla legittimazione riconosciuta dall'art. 67 della legge 218/1995 a «*chiunque vi abbia interesse*», da leggersi «*in via prudenzialmente estensiva*», come proposto dalla prima sezione civile, con sentenza 8 gennaio 2013, n. 220. Per tale ragione, secondo la Corte, difficilmente il Sindaco, come ufficiale di stato civile, potrebbe essere escluso, anche in considerazione della necessaria dell'atto straniero da ordinare all'ufficiale di stato civile, sebbene i giudici trentini avessero affermato che oggetto della domanda fosse il solo riconoscimento del provvedimento straniero *ex* art. 67 della legge 218/1995.

Per quanto concerne la legittimazione del Ministero dell'Interno in materia di tenuta dei registri anagrafici, quale titolare della funzione amministrativa esercitata dal sindaco, esclusa dai giudici trentini, nonostante l'asserito interesse a contrastare eventuali domande risarcitorie, la Corte rileva come, in assenza delle stesse, l'intervento del Ministero si potrebbe rendere necessario per garantire l'interesse dell'organizzazione pubblica alla tenuta dei registri dello stato civile, non bastando la legittimazione del solo Sindaco.

Problematica per la Cassazione è anche la decisione in merito all'intervento del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, ammesso dalla Corte territoriale, ma escluso dalle sezioni unite nella sentenza del 13 novembre 2008, n. 27145 in favore di quello presso la Suprema Corte, allo stesso competa l'azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi di ordine pubblico *ex* art. 73 R.D. del 30 gennaio 1941, n. 12[19].

Proprio tale ultimo profilo fornisce lo spunto per la trattazione della seconda questione, la più spinosa, anche se ad essa viene dedicato uno

[19] Recante ordinamento giudiziario, in GU n. 28 del 4 febbraio 1941.

spazio che pare residuale rispetto al problema della legittimazione, vale a dire quella della contrarietà o meno del provvedimento straniero all'ordine pubblico internazionale – e non interno, come si legge erroneamente nell'ordinanza *de qua* –, alla luce della ristretta nozione richiamata dalla Corte trentina che fa riferimento ai soli principi supremi fondamentali contenuti nella Costituzione, come sancito dalla Cassazione nella citata sentenza n. 19599/2016. Ne rimarrebbero, pertanto, escluse tutte le norme che costituiscono esercizio della discrezionalità legislativa. Diversamente pare invece essersi pronunciata la Corte di Cassazione nella sentenza del 5 luglio 2017 sui danni punitivi, dove è stato consentito l'ingresso nel nostro ordinamento di decisioni straniere che condannino al risarcimento dei danni punitivi, che, pur non conosciuti nel nostro sistema giuridico, non sono «*in aperta contraddizione con l'intreccio dei valori e delle norme che rilevano*»[20] nel caso di specie. La Corte, al fine di indentificare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, ha ripercorso l'evoluzione della nozione, che, alla luce delle tutele approntate dalla Costituzione e, dopo il Trattato di Lisbona, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assume anche «*una funzione (...) promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzar*[n]*e il rispetto*»[21]. Ne consegue che il riconoscimento di un istituto non regolato nell'ordinamento interno, sebbene possa beneficiare dell'effetto armonizzante dato dalla disciplina sovranazionale, debba pur sempre trovare un limite effettivo nel rispetto dei principi costituzionali, nonché di quelle leggi che ne costituiscono attuazione, e delle tradizioni giuridiche nazionali.

Per le ragioni esposte, la Cassazione deduce che la complessità e la rilevanza delle questioni preliminari[22] sulla competenza e di merito sul contenuto dell'ordine pubblico «*attenendo a delicatissimi e rilevantissimi profili di diritto*», che implicano «*la risoluzione di questioni di mas-*

[20] Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, punto 6.

[21] *Ibid.*

[22] Inoltre, la doglianza del Sindaco di Trento e il Ministero dell'Interno relativa all'inesistenza in capo alla Corte territoriale di un potere giurisdizionale di statuire in materia, con conseguente invasione della sfera delle attribuzioni del legislatore (ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, cit., p. 22, punto 6), non avendo la Corte applicato la norma esistente, «*ma una norma da* [essa stessa] *creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non* [le] *compete*» (così Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 settembre 2013, n. 20360, p. 4, richiamata nell'ordinanza interlocutoria in commento), è di competenza delle sole Sezioni Unite, alle quali la questione deve essere necessariamente rimessa (ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, cit., p. 22, punto 6.1).

sima di particolare importanza»[23] che richiedono la trasmissione al Primo Presidente della Corte ai fini dell'eventuale deferimento alle sezioni unite *ex* art. 374, co. 2, ult. parte, c.p.c.

3. *Osservazioni conclusive*

L'ordinanza della prima sezione della Corte di Cassazione risulta particolarmente opportuna con specifico riguardo, alla definizione della nozione di ordine pubblico, a seguito anche della decisione della Corte costituzionale che, sulla base dell'«*elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità*», ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che «*l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore*»[24]. La Consulta ha così ribadito la necessaria conformità degli *status* alla «*realtà della procreazione*», che, tuttavia, non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, dovendosi operare un bilanciamento tra l'esigenza di accertamento della verità biologica, «*componente essenziale*» dell'identità personale del minore, e il suo superiore interesse[25]. Negli ultimi tempi, infatti, l'eccezione di ordine pubblico è stata ridimensionata nell'uso, venendo richiesto che si determini una contrarietà particolarmente significativa (manifesta), vale a dire che gli effetti prodotti dal riconoscimento di un provvedimento straniero siano dirompentemente contrari ai valori fondanti del nostro ordinamento, nei quali confluiscono le regole e i principi derivanti dal diritto internazionale, generale e pattizio, ma anche dal diritto dell'Unione europea. Inoltre, l'attenzione è stata posta sulla necessità di tener conto dell'interesse superiore del minore, quale controlimite che accentua la discrezionalità del giudice, cui è affidato il compito di effettuare un ulteriore bilanciamento tra le esigenze di coerenza interna dell'ordinamento richiesto di riconoscere il provvedimento straniero, le quali condurrebbero a negare il riconoscimento, e l'obiettivo di perseguire il superiore interesse del minore, che porterebbe al riconoscimento. Si assiste così ad un affievolimento dell'ordine pubblico, anche per evitare l'insorgere di situazioni claudicanti in cui lo *status* di figlio non viene riconosciuto in

[23] Ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, cit., punto 7.

[24] Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, punto 4.3 del considerato in diritto.

[25] *Ibid*., punto 4.1.6 del considerato in diritto.

tutti gli ordinamenti interessati. Il giudice nazionale è, pertanto, gravato dal compito di verificare se, per l'estensione che sta assumendo il "controlimite" del superiore interesse del minore, l'eccezione dell'ordine pubblico, sia di fatto resa non operativa.

Tuttavia, l'interesse superiore del minore, che rimane comunque l'elemento da considerare in via primaria, deve essere propriamente interpretato e bilanciato, onde evitare che esso possa legittimare in ogni caso l'ingresso nel nostro ordinamento dello *status* attribuito nell'ordinamento straniero in questione. Ed infatti, correttamente inteso, il *best interest of the child* potrebbe operare come ostacolo ad un provvedimento, pure adottato in nome di questo interesse, ma sulla base di una valutazione qualitativa diversa da quella imposta dal nostro ordinamento. È stata così proposta in dottrina una lettura della funzione di tutela dell'interesse superiore del minore, in base alla quale tale controlimite potrebbe condurre ad un diniego del principio di continuità degli *status* in situazioni nelle quali il principio del mutuo riconoscimento, quale espressione della libertà di circolazione del cittadino dell'Unione europea, porterebbe invece ad escludere di fatto l'operare del limite dell'ordine pubblico[26]. Ciò risulterebbe ancora più vero per i paesi non appartenenti all'Unione, dove il principio del mutuo riconoscimento non opera per la mancanza di quella mutua fiducia alla base dell'integrazione giuridica europea.

Anche in virtù di tali ultimi orientamenti, che comporterebbero l'ergersi nuovamente di barriere che, in virtù proprio dei diritti dei minori, si cercava di abolire, a volte tuttavia in modo poco coerente, la decisione di rimettere la questione al Primo Presidente pare non solo opportuna, ma anche necessaria. Il fine è, infatti, quello di chiarire se l'interesse superiore del minore possa assurgere a vero e proprio controlimite sia dell'operare del diritto dell'Unione, nel senso chiarito dalla nota vicenda *Taricco*[27], sia, a maggior ragione, nei confronti dei valori e delle relative situazioni giuridiche provenienti dai paesi terzi.

Infine, la "traslazione" da parte dei giudici trentini del portato della citata sentenza della Cassazione del 2016 al caso di specie avrebbe probabilmente richiesto maggiore attenzione, trattandosi di fattispecie diverse: la partecipazione al progetto genitoriale del partner del padre biologi-

[26] Così R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale*, cit., p. 216.

[27] Si tratta di: Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:24; Corte Costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, ECLI:IT:COST:2017:564; Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Taricco*, ECLI:EU:C:2017:936.

co nel caso deciso dalla Corte d'Appello era limitata alla volontà di avere figli, mentre nel caso deciso dalla Cassazione nel 2016 entrambe le donne avevano un legame biologico con il minore, provenendo il patrimonio genetico da colei che non aveva partorito.

In una materia particolarmente delicata, quale quella in questione, la decisione della prima sezione della Corte di Cassazione di richiedere la trasmissione alle sezioni unite soprattutto in ordine alla nozione di ordine pubblico internazionale e, in misura minore, per quanto qui rileva, alla legittimazione ad agire, potrebbe risultare determinante ai fini della soluzione della questione della continuità degli *status* acquisiti all'estero, fornendo ai giudici nazionali un valido strumento di uniformità (interna)[28], in modo da evitare trattamenti differenziati di situazioni tra loro analoghe.

[28] Oltre che un valido ausilio per l'ufficiale di stato civile chiamato a svolgere un ruolo estremamente impegnativo: cfr. R. CALVIGIONI, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir*., 2017, pp. 1051-1059.

CITTADINANZA E DISCIPLINA DI CONFLITTO DELLE UNIONI CIVILI

BRUNO BAREL*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulla legge n. 76/2016. – 2. Il decreto legislativo delegato n. 7/2017 e la modifica del sistema italiano di diritto internazionale privato. – 3. Il ruolo della cittadinanza nella disciplina di conflitto relativa alla costituzione delle unioni civili: la capacità. – 4. *Segue*: le condizioni per costituire una unione civile; gli impedimenti; la forma dell'atto. – 5. *Segue*: i rapporti personali e patrimoniali tra le parti dell'unione civile. – 6. *Segue*: lo scioglimento delle unioni civili. – 7. Il ruolo della cittadinanza nella giurisdizione in materia di unioni civili. – 8. La rilevanza della cittadinanza dei partner nel trattamento in Italia dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero. – 9. La rilevanza della cittadinanza dei partner nel trattamento in Italia delle unioni civili omosessuali costituite all'estero. – 10. Cittadinanza e convivenza. – 11. Effetti della legge n. 76/2016 sulla legislazione relativa alla cittadinanza.

1. *Considerazioni introduttive sulla legge n. 76/2016*

L'introduzione in Italia dell'istituto delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, e contestualmente di una disciplina minima della convivenza di fatto fra due persone, a prescindere dal loro sesso, e dei contratti di convivenza, ad opera della legge n. 76 del 5 giugno 2016, ha rappresentato il punto d'arrivo di un processo lungo e tormentato.

L'Italia non era immune da quei cambiamenti sociali, ideologici e religiosi che si erano andati ormai da lungo tempo diffondendo nei Paesi più sviluppati, dei quali molti legislatori statali avevano via via preso atto, modificando di conseguenza il diritto interno. Si erano consolidate due tendenze di fondo, nella configurazione delle relazioni affettive: da un lato, verso la deformalizzazione, con la rinuncia al matrimonio eterosessuale e alla costituzione di una famiglia tradizionalmente intesa, e la propensione sempre più accentuata a restare soli e ricorrere eventualmente a relazioni affettive, precarie o anche tendenzialmente stabili ma pur sempre *de facto*, estranee ad ogni modello giuridico[1]; dall'altro lato,

* Associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Padova.

[1] Nel 2016 le persone sole in Italia costituivano il 31,6 % dei nuclei familiari censiti, e i genitori soli con un figlio erano il 9%. I matrimoni religiosi sono in forte calo (da 122.267 nel 2012 a 107.873 nel 2016, in lieve recupero rispetto al 2015), mentre quelli

verso la formalizzazione delle relazioni affettive fra persone dello stesso sesso, con rivendicazione di riconoscimento giuridico e aspirazione alla parificazione alla famiglia tradizionale[2].

Gli Stati membri dell'Unione hanno reagito in tempi e con soluzioni molto differenti. Sul primo versante, quello della "fuga dal matrimonio" come istituto giuridico, si rendeva necessario introdurre un "diritto minimo" a tutela di situazioni riguardanti i singoli *partner*, tra di loro ed anche nelle relazioni con l'autorità pubblica: sul secondo versante, occorreva scegliere tra l'estensione dell'istituto tradizionale del matrimonio anche a persone dello stesso sesso e la configurazione di un diverso istituto giuridico *ad hoc*, e poi risolvere l'ulteriore problema rappresentato dalla forte domanda di genitorialità da parte delle coppie omosessuali.

La disomogeneità di disciplina che è venuta a determinarsi tra Paese e Paese, anche all'interno dell'Unione, ha favorito – in un contesto di crescente mobilità delle persone e circolazione delle informazioni – la diffusione di situazioni "claudicanti", qualificate in modi diversi da ciascuno degli ordinamenti giuridici coinvolti, talora dovute alla circolazione delle persone e al loro effettivo radicamento in Paesi diversi da quello

civili sono in costante crescita (da 84.841 nel 2012 a 95.385 nel 2016; nell'insieme, comunque, il calo è costante). L'età media della popolazione residente è stata nel 2017 di 44,9 anni e cresce costantemente (era di 44,2 anni nel 2014, è stimata in 45,2 anni nel 2018). La natalità è in calo costante, del –1,6% nel 2017, mentre la popolazione con oltre 64 anni è stimata al 22,6% nel 2018 (dati Istat consultabili nel sito web).

[2] In Europa, gli altri Stati nei quali sono state previste forme di unioni civili e convivenze registrate sono: Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Irlanda, Francia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, Norvegia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera e Ungheria. Tredici Stati membri dell'Unione hanno scelto di rendere accessibile il matrimonio anche a persone dello stesso sesso: Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito (ad eccezione dell'Irlanda del Nord), Slovenia, Spagna, Svezia. Per quanto riguarda l'Austria, con la sentenza del 4 dicembre 2017 il *Bundesverfassungsgerichthof* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi sulle unioni civili (riservata alle coppie omosessuali) e sul matrimonio (riservato alle coppie di sesso diverso), in quanto ritenute discriminatorie, ed ha stabilito che entro il 31 dicembre 2018 entrambi gli istituti dovranno essere accessibili, indistintamente, tanto alle coppie dello stesso sesso che alle coppie di sesso diverso. Per una più approfondita analisi dei modelli di unioni civili ed unioni registrate diffusi negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione si rinvia a C. SARACINO, *Unioni civili in Europa: modelli a confronto,* in *Dir. fam.,* 2011, n. 3, p. 1471 ss.; S. CANATA, *La legalizzazione della vita di coppia: panorama europeo e prospettive di riforma in Italia,* in *Famiglia, Persone e Successioni,* 2010, 3, 198 ss.; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica,* in *Foro it.,* 2010, IV, p. 273 ss.; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS, *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe: National, Cross-border and European Perspectives,* Intersentia, 2012. V. anche S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato,* Milano, 2007.

di cittadinanza, talaltra a fenomeni di *system shopping* per eludere divieti posti dallo Stato di cittadinanza o di residenza[3].

La discrezionalità del legislatore italiano nell'intervenire in questa materia era in realtà fortemente condizionata da molteplici fattori.

Sul versante interno, la Corte costituzionale aveva valorizzato in più occasioni il principio di uguaglianza, per assicurare una tutela minima ai *partner* di relazioni affettive di fatto, e aveva sollecitato l'intervento del legislatore per non lasciare privi di tutela i *partner* di relazioni affettive omosessuali, pur avendo escluso la possibilità di estendere la tutela costituzionale della famiglia sancita dall'articolo 29 Cost. al di là dell'ambito originario riconducibile al matrimonio eterosessuale[4].

[3] Prima di affrontare direttamente la questione della circolazione degli *status* di coniuge o *partner* (v. alla nota 7), la giurisprudenza nazionale e comunitaria ha avuto modo di prendere posizione su altri elementi costitutivi dell'identità personale che, in ragione della diversità delle legislazioni materiali degli Stati membri, subivano una diversa qualificazione o un diverso trattamento giuridico da Paese a Paese. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che il rifiuto delle autorità di uno Stato membro di riconoscere un elemento fondamentale dell'identità personale (in quel caso: il nome), validamente attribuito ad un proprio cittadino in forza della legge di un altro Stato membro e giustificato unicamente dalla diversità del contenuto della legge nazionale, è idoneo a costituire una limitazione alla libertà di circolazione riconosciuta dai Trattati e si pone dunque in contrasto con il diritto dell'Unione: cfr. sentenza 2 ottobre 2003, causa c-148/02, *Garcia Avello* e sentenza 27 aprile 2008, causa C-96/04, *Grunkin e Paul*. Nel medesimo senso, assume rilevanza crescente la questione del riconoscimento in Italia dei rapporti di filiazione costituiti all'estero attraverso forme di maternità surrogata o fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo: cfr. Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *ilfamiliarista.it,* con commento di G. CARDACI; App. Trento, sez. I, 23 febbraio 2017. La questione della compatibilità con l'ordine pubblico di provvedimenti stranieri che costituiscono il rapporto di filiazione con due genitori del medesimo sesso è stata di recente rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione: cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Dir. giust.,* 2018, p. 10 con nota di S. MENDICINO.

[4] Nella nota sentenza n. 138 del 2010 la Corte costituzionale, nel ritenere che il "matrimonio" al quale l'articolo 29 Cost. fa riferimento sia unicamente quello tra persone di sesso diverso, ha escluso la possibilità di dare a quella disposizione un'interpretazione estensiva, fino al punto di ricomprendere anche modelli familiari fondati sul matrimonio tra persone del medesimo sesso, sottolineando fra l'altro che una tale ipotesi non era mai stata presa in considerazione (e forse neppure immaginata) dai Costituenti del 1947. Vi è in dottrina chi ha sostenuto – sulla base dell'interpretazione dell'articolo 29 Cost. data dalla Corte cost. nel 2010 – che l'apertura *tout court* del matrimonio anche alle coppie omosessuali non sarebbe possibile senza una modifica del testo costituzionale (M. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di Famiglia*, a cura di P. ZATTI, Milano, 2011; P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana,* in *Dir. fam.,* 2007, p. 902 ss.; R. BIN*, Per una lettura non svalutativa dell'art. 29,* in *La 'Società naturale' e i suoi 'nemici'. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio. Atti del Seminario Ferrara, 26 febbraio 2010*, Torino, 2010, p. 50 ss.). Si ritiene per contro che la pronuncia della Corte non avalli un'interpretazione siffatta: la Corte non ha sostenuto che

Sul versante internazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur escludendo che la Convenzione europea vincoli gli Stati membri ad una nozione sovrannazionale di "famiglia" estesa anche alle coppie omosessuali, ed ammettendo dunque la libertà di determinazione in proposito da parte di ciascuno Stato, aveva esteso la tutela del diritto alla vita privata e familiare, sancito dall'articolo 8 CEDU a tutte le relazioni interpersonali legalmente sorte in un altro Paese[5].

Sul versante del diritto dell'Unione, poi, oltre all'influenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allineata sul punto alla Convenzione europea[6], si andava ponendo con forza il tema della compatibilità con la libera circolazione delle persone degli ostacoli frapposti dal Paese di cittadinanza al riconoscimento di uno *status* legalmente acquisito nel Paese di residenza[7].

il modello familiare basato sul matrimonio tra persone di sesso diverso sia l'unico modello familiare costituzionalmente ammesso, ma si è limitata ad affermare che il Costituente del 1947 non ha mai preso in considerazione il trattamento giuridico da riservare alla particolare formazione sociale delle unioni omosessuali e che pertanto – attesa l'esistenza di effettive diversità con le coppie eterosessuali – la loro disciplina giuridica non deve necessariamente essere equiparata a quella del matrimonio.

[5] V. Corte EDU, sentenza 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia* e 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*. Per un'approfondita disamina della giurisprudenza che ha preceduto l'approvazione della legge *Cirinnà* si rinvia a L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in *Rivista AIC,* 2016, n. 2, nel sito *http://www.rivistaaic.it*.

[6] L'articolo 9 della Carta stabilisce, com'è noto, che «*Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*», con una voluta distinzione fra i due diritti per mettere in evidenza che il secondo gode di autonomia rispetto al primo, e con l'accentuazione della differenza tra titolarità ed esercizio dei diritti, lasciando alla competenza statale la disciplina del solo esercizio. All'articolo 7 è ribadito che «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare* […]».

[7] In particolare, la giurisprudenza nazionale ed europea andava interrogandosi sulla compatibilità col diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali che ostavano al riconoscimento dello *status* di coniuge o convivente registrato, ai fini dell'applicazione delle disposizioni di matrice unionale relative al ricongiungimento familiare ed al soggiorno dei familiari del cittadino europeo. L'introduzione anche in Italia di una forma di unione familiare tra persone dello stesso sesso e la sua equiparazione – a questi effetti – al matrimonio è idonea a superare ogni incertezza circa la possibilità di riconoscere la natura di *coniuge* o *partner* a coloro che abbiano contratto all'estero un matrimonio omosessuale o una unione civile. I dubbi, manifestati da Cass. civ., 17 maggio 2009, n. 6441, in *Giust. civ.*, 2010, n. 6, p. 1483 erano peraltro già stati superati da alcune pronunce di merito: v. Trib. Pescara, ord. 15 gennaio 2013, nel sito: *http://www.articolo29.it*; Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, nel sito: *http://aldricus.com*. Sul punto, v. C. RAGNI, *L'impatto della introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto sugli obblighi assunti dall'Italia in ambito europeo*, nel sito *Eurojus.it*. In questo senso si è espressa anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza 5 settembre 2012, causa

Nonostante ciò, l'approvazione della legge n. 76/2016 è avvenuta dopo un lungo ed aspro dibattito politico, e il compromesso infine faticosamente raggiunto è documentato anche dall'articolo unico della legge, nel quale è confluito il "maxiemendamento" governativo introdotto *in extremis* per interrompere la discussione sulle migliaia di emendamenti al disegno di legge originario presentati da varie parti politiche.

La legge – correntemente indicata anche col cognome "Cirinnà" della senatrice prima firmataria e relatrice del disegno di legge – ha cercato di porre una disciplina tendenzialmente esaustiva, ma non ha potuto evitare di delegare al Governo interventi di adeguamento della legislazione speciale interferente, con riguardo fra l'altro all'ordinamento dello stato civile e alle norme in materia di diritto internazionale privato. Per quest'ultimo aspetto, torna utile richiamare fin d'ora il tenore letterale del comma 28: «*Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: […] b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo*».

C-83/11, *Rahman e a.,* affermando che, pur essendo riservato agli Stati membri «*un ampio potere discrezionale quanto alla scelta dei fattori da prendere in considerazione nell'esame delle domande di ingresso e di soggiorno presentate dai familiari di un cittadino dell'Unione indicati dall'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38*», che può risolversi anche nella facoltà di stabilire particolari requisiti e condizioni per l'ingresso, è pur sempre necessario «*che tali requisiti siano conformi al significato comune dei termini relativi alla dipendenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera a), della direttiva 2004/38 e non privino tale disposizione del suo effetto utile*». È da sottolineare anche la ricaduta dell'equiparazione sul piano del lavoro e dell'occupazione. Il comma 20 della l. n. 76/2016, nel prevedere l'adeguamento automatico – salvo le eccezioni espressamente previste – di tutta la normativa vigente contenente termini come "matrimonio" e "coniugi", ha fatto espresso riferimento anche ai contratti collettivi di lavoro. Si dà così piena attuazione alla direttiva 2000/78/CE (del Consiglio, del 27 novembre 2000), che stabilisce un quadro generale per la rimozione nel mondo del lavoro di qualunque discriminazione, ivi comprese quelle basate sull'orientamento sessuale (cfr. CGUE, sentenza 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, parr. 41-43; sentenza 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, parr. 67-73; sentenza 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*).

Relativamente ai contratti di convivenza, al comma 64 il legislatore ha disposto l'inserimento nella legge n. 218/1995 di una norma di conflitto *ad hoc*, il nuovo articolo 30-*bis,* con previsione di criteri di collegamento differenti da quelli propri dei contratti in generale, sul presupposto che la stretta connessione dei contratti di convivenza con le relazioni affettive ne giustifichi l'attrazione sotto la legge di comune cittadinanza o di prevalente localizzazione della vita comune.

2. *Il decreto legislativo delegato n. 7/2017 e la modifica del sistema italiano di diritto internazionale privato*

Dall'11 febbraio 2017 è in vigore il decreto legislativo delegato n. 7/2017 recante "modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili". Esso, com'è noto, ha introdotto nella legge n. 218/1995 quattro nuove disposizioni, collocate nel Capo IV del Titolo II, rubricato "Rapporti di famiglia", subito dopo l'articolo 32 che conclude la disciplina di conflitto per la famiglia e subito prima della disciplina di conflitto per la filiazione, che ha inizio con l'articolo 33. Ha, inoltre, sostituito l'articolo 45 della medesima legge n. 218/1995 relativo alla disciplina di conflitto delle obbligazioni alimentari nella famiglia.

Le nuove disposizioni sono intervenute in distinte direzioni:

a) gli articoli 32-*ter* e 32-*quater* hanno posto una disciplina di conflitto per la costituzione, gli effetti e lo scioglimento delle unioni civili – sotto i profili della legge applicabile, della giurisdizione e delle norme di applicazione necessaria – autonoma e in parte diversa da quella vigente per il matrimonio, estendendo alle obbligazioni alimentari nelle unioni civili la disciplina generale dettata per le obbligazioni nella famiglia dal – preesistente ed ora novellato – articolo 45;

b) gli articoli 32-*bis* e 32-*quinquies* hanno disciplinato la distinta questione del trattamento giuridico in Italia (taluno parla di "riconoscimento") dei matrimoni omosessuali e delle unioni civili omosessuali costituiti all'estero da cittadini italiani.

Il decreto legislativo non si è occupato della disciplina di conflitto della convivenza stabile né degli accordi di convivenza, trattandosi di temi rimasti estranei alla delega. Per gli accordi, come si è già segnalato, ha provveduto direttamente il Parlamento, inserendo nella legge n. 218/1995 il nuovo articolo 30-*bis*. Nulla è stato disposto per la convivenza "di fatto", pur fatta oggetto di ampia disciplina materiale ai commi 36-65 dell'articolo unico della legge n. 76/2016.

Prima di esaminare la nuova disciplina, e in particolare il ruolo assegnato alla cittadinanza delle persone coinvolte, è necessario affrontare una questione di portata generale, riguardante l'effettiva corrispondenza del decreto alla delega legislativa.

L'articolazione dei contenuti del decreto lascia intendere che il Governo abbia dato un'interpretazione molto ampia all'oggetto della delega, leggendo il disposto del comma 28 nel senso che il riordino delle norme di diritto internazionale privato sia stato previsto, oltre che «*prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo*», anche per finalità ed in termini più generali, ossia per introdurre una specifica disciplina di conflitto per le unioni civili, autonoma e distinta da quella vigente per il matrimonio.

È indubbio che la formulazione letterale della disposizione recante la delega non fosse limpidissima e di agevole interpretazione. Non mancano peraltro argomenti di varia natura per nutrire dubbi sull'esattezza dell'interpretazione assunta dal Governo a fondamento del potere normativo esercitato[8].

Anzitutto, il perimetro di ogni delega legislativa è costituzionalmente segnato dai princìpi e criteri direttivi, che nel caso in esame appaiono scanditi dalla proposizione relativa al trattamento da riservare in Italia a matrimoni e unioni civili costituiti all'estero tra persone dello stesso sesso; mentre non costituisce un principio o criterio direttivo il riferimento al riordino delle norme di diritto internazionale privato, espressione che indica semmai il settore dell'ordinamento interno nel quale intervenire per attuare il criterio direttivo.

D'altra parte, se davvero il legislatore avesse inteso delegare il Governo ad un riordino generale delle norme di diritto internazionale privato, non solo per introdurvi quanto espressamente precisato ma anche per un adeguamento generale al nuovo istituto dell'unione civile accolto nel diritto interno, la delega sarebbe stata priva dell'indicazione di princìpi e criteri direttivi, né essi avrebbero potuto essere considerati impliciti e desumibili dalla nuova disciplina materiale interna, che non contiene nessuna indicazione utile ai fini internazionalprivatistici.

L'interpretazione della delega deve poi tenere conto anche di altri elementi, di ordine sia testuale che sistematico. Lo stesso comma 28, che

[8] Cfr. anche C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, n. 1, p. 39 ss.

opera la delega, esordisce con le parole «*Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge*», tra le quali non può che rientrare anche quella del precedente comma 20, che merita riportare integralmente: «*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*».

Con questa "clausola di equivalenza", di portata generalissima, il legislatore ha chiaramente voluto evitare incertezze interpretative ed applicative, come pure rischi di illegittimità costituzionale sopravvenuta per disparità di trattamento, relativamente a tutte quelle disposizioni, disperse in fonti normative e anche in atti amministrativi e contratti collettivi, che fanno riferimento, letteralmente, al matrimonio ed ai coniugi. Ha così disposto il loro "adeguamento", immediato automatico e generalizzato, così da ampliarne l'ambito di applicazione a includere anche le unioni civili e i *partner*, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge, il 5 giugno 2016.

Alla regola della generale ed immediata equivalenza il legislatore ha sottratto soltanto due fonti normative, espressamente indicate: l'una riguarda quella parte del codice civile che non è stata espressamente richiamata, l'altra la legge speciale n. 184/1983 sulle adozioni di minori[9].

[9] Va tuttavia evidenziato che, per espressa previsione normativa, l'esclusione dell'equiparazione delle unioni civili al matrimonio in materia di adozione non pregiudica «*quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*». Il riferimento sembra essere all'istituto dell'adozione "in casi particolari", disciplinato dagli artt. 44 ss. della legge n. 184/1983, sulla quale va concentrandosi l'attenzione e la pressione sociale di coloro che, dopo avere costituito unioni civili ai sensi della nuova legge, intendono soddisfare il loro desiderio di genitorialità e inserire nella loro vita familiare dei figli minorenni. In giurisprudenza, diversi arresti giurisprudenziali hanno riconosciuto la possibilità di pronunciare l'adozione in casi particolari del minore nei confronti del *partner* omosessuale del suo genitore biologico: Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962 in *Corr. Giur.,* 2016, . 10, p. 1203 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA. La sentenza conferma Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 109 ss., con nota di J. LONG ed in *Dir. fam. e pers.*, 2015, p. 174 ss., con nota di CI-

Nessun'altra normativa, generale o speciale, è stata sottratta all'immediata operatività della clausola di equivalenza: né la legge speciale sulla cittadinanza n. 91/1992 né il sistema italiano di diritto internazionale privato articolato nella legge n. 218/1995.

Per contro, si potrebbe sollevare il dubbio che quest'ultima legge speciale rientri anch'essa, sia pure implicitamente, fra le eccezioni, per il fatto stesso che si sia avvertita la necessità di prevedere una delega legislativa per il riordino proprio delle norme in materia di diritto internazionale privato. Ma l'argomento può essere rovesciato e provare il contrario: la delega si è resa necessaria proprio perché la clausola di equivalenza, mentre era di per sé sufficiente ad adeguare le norme di conflitto relative al matrimonio ed ai coniugi, non lo era invece quanto al riconoscimento in Italia di matrimoni omosessuali e unioni civili omosessuali costituiti all'estero, tema sul quale il legislatore non voleva far operare la clausola di equivalenza ma, all'opposto, fissare regole specifiche e restrittive, per evitare di consentire per quella via il riconoscimento di matrimoni omosessuali o di unioni civili omosessuali costituiti all'estero secondo una disciplina più favorevole rispetto ai caratteri dell'istituto introdotto nell'ordinamento italiano.

La questione prospettata potrebbe apparire priva di risvolti pratici, dal momento che il decreto delegato, siccome emanato successivamente alla legge e dotato anch'esso di forza di legge, va comunque applicato, e che, nella parte in cui si spinge oltre l'attuazione dei criteri direttivi della delega introducendo norme di conflitto, non fa che ricalcare quelle già contenute nella legge n. 218/1995 per il matrimonio e i coniugi. In realtà, tale corrispondenza non è piena, come si vedrà più avanti, poiché la disciplina di conflitto relativa agli effetti delle unioni civili abbandona il tradizionale criterio preferenziale della cittadinanza comune e il criterio sussidiario del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, a favore di un nuovo e inconsueto criterio di collegamento, rappresentato dal luogo di costituzione dell'unione civile, con le precisazioni di cui si dirà in seguito. In questo modo si introduce una disparità di trattamento, a livello internazionalprivatistico, fra matrimonio e unione civile,

PRIANI (già confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in http://www.articolo29.it). Sul punto, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. Giur.*, 2012, n. 10, p. 1217 ss.; S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Fam. e dir.*, 2016, n. 11, p. 1034 ss.; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore,* in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1070 ss.

che potrebbe non apparire pienamente giustificabile dal punto di vista costituzionale, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega che sotto quello del principio di uguaglianza.

La questione prospettata ha ulteriori risvolti, sia teorici e pratici, che riguardano la successione nel tempo della disciplina di conflitto per le unioni civili.

Il decreto delegato è in vigore dall'11 febbraio 2017, la legge n. 76/2016 dal 5 giugno 2016. A ritenere che, fino all'emanazione del decreto delegato, la legge Cirinnà non abbia avuto alcuna incidenza immediata sul piano internazionalprivatistico, si dovrebbe concludere che si sia determinata una lacuna relativamente alla disciplina di conflitto delle unioni civili pur dopo la loro introduzione nell'ordinamento interno, alla quale non resterebbe che porre rimedio, secondo l'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, ricorrendo all'applicazione delle norme di conflitto relative al matrimonio; salvo ritenerle poi abrogate e sostituite dalle autonome e parzialmente differenti norme di conflitto introdotte dal decreto delegato. Alla medesima conclusione si giunge, in modo più lineare, se si ritiene che la clausola di equivalenza contenuta nel comma 20 della legge n. 76/2016 valga anche per le norme di diritto internazionale privato. In ambedue i casi, comunque, è inevitabile prendere atto che la disciplina di conflitto delle unioni civili dal 5 giugno 2016 al 10 febbraio 2017 è coincisa con quella del matrimonio ed è poi cambiata, dall'11 febbraio 2017, con l'entrata in vigore della differente disciplina introdotta dal decreto governativo.

Potrebbe a questo punto sorgere il dubbio se l'estensione della disciplina di conflitto del matrimonio alle unioni civili per il periodo dal 5 giugno 2016 al 10 febbraio 2017 non abbia allora avuto effetti anche in ordine al riconoscimento dei legami omosessuali costituiti all'estero. La risposta non può che essere negativa, per più ragioni. Anzitutto, l'assimilazione non varrebbe in ogni caso per i matrimoni all'estero tra persone dello stesso sesso, ma solo ad estendere alle unioni civili omosessuali le regole di conflitto fissate per il matrimonio eterosessuale. Va poi osservato, in termini più radicali e generali, che il precetto contenuto nel comma 28 della legge n. 76/2016 – nella parte in cui impone «*l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo*» – oltre ad esprimere un principio e criterio direttivo per la delega, appare suscettibile di immediata applicazione, tant'è vero che è stato sostanzialmente ripreso tale quale dal decreto delegato, fatte salve le precisazioni di cui si dirà oltre.

A conclusione di questa disamina della genesi ed evoluzione del *legal framework* relativo alle unioni civili, si deve prendere atto che il Parlamento non ha assunto decisioni né dato direttive perché la disciplina di conflitto fosse diversificata da quella in vigore per il matrimonio, con una rivisitazione del ruolo tradizionalmente assegnato alla cittadinanza; si è trattato perciò di una scelta autonoma del Governo, compiuta in base ad un'interpretazione tanto ampia quanto opinabile, dal punto di vista costituzionale, della delega legislativa.

3. *Il ruolo della cittadinanza nella disciplina di conflitto relativa alla costituzione delle unioni civili: la capacità*

Il ruolo del criterio di collegamento della cittadinanza è rimasto invariato, rispetto al matrimonio, per quanto attiene alla disciplina di conflitto della capacità delle parti di costituire un'unione civile, delle altre condizioni per costituire l'unione civile e della forma dell'atto di costituzione. Il decreto legislativo n. 7/2017 disciplina infatti la costituzione delle unioni civili all'articolo 32-*ter,* in simmetria con la costituzione del matrimonio. La corrispondenza permane anche in ordine all'ammissibilità del rinvio da parte della legge nazionale richiamata ad altra legge, nei termini e limiti fissati dall'articolo 13 l. n. 218/1995 – con esclusione perciò della disciplina relativa alla forma dell'atto – sia per la portata generale di quest'ultima disposizione, sia per la ragione specifica che essa fa riferimento alle successive disposizioni di conflitto contenute nella medesima legge, ove è stato ora inserito l'articolo 32-*ter*.

È da valutare se spetti alla legge nazionale, competente a regolare in via generale la capacità di ciascuna parte, fissare anche i limiti di età per poter costituire un'unione civile, o se invece sia sempre necessario che la parte abbia raggiunto la maggiore età come fissata dal diritto materiale italiano, che finirebbe così col diventare, sul punto specifico, di necessaria applicazione[10]. Il dubbio è stato ingenerato dal tenore letterale della *rubrica legis* – "Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso" – e dal testo della seconda proposizione del primo comma, ove si dispone l'applicazione della legge italiana, in luogo di quella nazionale della parte, «*se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso*».

[10] V. F. PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in *GenIUS*, IV, ottobre 2017, n. 2, p. 85.

Il dubbio sembra però agevolmente superabile – oltre che in ragione della prevalenza dei precetti normativi sull'intitolazione delle disposizioni – alla stregua dell'interpretazione sistematica del primo comma, in quanto si richiama la legge nazionale nella sua globalità, inclusa la disciplina della soglia di età oltre la quale è consentito costituire una unione civile, salvo renderla poi inoperante se essa neghi la libertà di costituire un'unione civile a persone divenute ormai maggiorenni, e quindi pienamente capaci di agire, nell'ordinamento di appartenenza. La legge nazionale ben potrebbe dunque consentire la costituzione del legame anche prima del raggiungimento della soglia generale della maggiore età, mentre non sarebbe applicata in Italia qualora lo precludesse anche ai maggiorenni. Resta naturalmente impregiudicata l'operatività del limite dell'ordine pubblico internazionale nel caso in cui la legge nazionale consenta la costituzione di un'unione civile a persone molto giovani, non in grado, secondo la sensibilità ed i princìpi italiani, di assumere scelte responsabili in ordine alla costituzione di legami affettivi giuridicamente meritevoli di tutela. Questo orientamento interpretativo, oltre ad apparire più coerente col funzionamento ordinario del sistema di conflitto e con l'ambito di applicazione proprio di una disposizione generale sulla disciplina internazionalprivatistica della capacità, evita disparità di trattamento rispetto alla disciplina della capacità di contrarre matrimonio[11].

La finalità della disposizione, che esclude l'applicabilità della legge nazionale della parte qualora non consenta neppure ai maggiorenni di costituire una unione civile e li ammette in tal caso alla costituzione del legame in applicazione della legge italiana, è di tutelare la libertà dell'individuo ad esprimere la propria affettività anche col creare vincoli omosessuali oltre che eterosessuali, sul presupposto che sia qui messo in gioco un diritto fondamentale, da salvaguardare anche nel quadro del funzionamento del sistema di conflitto, e pure nei confronti dell'ordinamento di appartenenza dell'individuo. È perciò consentito costituire unioni civili in Italia anche a tutti coloro che, secondo la loro legge nazionale – come la stessa legge italiana, fino a poco tempo fa – non lo possono fare.

Assume rilevanza in questa sede la circostanza obiettiva che l'ordinamento di appartenenza dello straniero non consenta neppure ai maggiorenni di costituire unioni civili con persone dello stesso sesso, quali che ne siano le ragioni. Il legislatore ha verosimilmente inteso riferirsi al rifiuto di ammettere unioni omosessuali, ma la disposizione si

[11] V. F. PESCE, *op. cit*., p. 85.

presta a comprendere anche rifiuti dovuti ad altri motivi, ad esempio di natura religiosa o etnica. In ogni caso, eventuali incapacità dovute a discriminazioni di tipo diverso da quello sessuale sarebbero pur sempre inefficaci anche sotto il profilo della loro contrarietà all'ordine pubblico internazionale, com'è accaduto nella prassi per le incapacità matrimoniali stabilite da Paesi di matrice islamica rispetto a nubendi di altra confessione religiosa.

L'atteggiamento di favore assunto ora dal legislatore italiano si spinge fino al punto di non fissare nessuna condizione per la costituzione di unioni civili in Italia da parte di stranieri, che potrebbero perciò scegliere di avvalersi di questa opportunità anche in assenza di qualunque legame con l'Italia, in particolare anche se residenti all'estero.

Diverso è il caso che la legge nazionale non disciplini la capacità del soggetto di costituire un'unione civile perché non prevede l'istituto in quanto consente l'accesso al matrimonio *same-sex*. In situazioni del genere, trattandosi di tenere conto dell'assetto dell'ordinamento richiamato e di ricercarvi la disciplina più appropriata secondo una qualificazione sostanziale degli istituti giuridici posti a confronto, non potrà che trovare applicazione la disciplina straniera sulla capacità a contrarre matrimonio *same-sex*. Analoghe considerazioni valgono nell'eventualità che nell'ordinamento straniero richiamato non sia previsto il matrimonio omosessuale e sia ammessa l'unione civile solo in una forma "debole" (generalmente aperta a *partner* di entrambi i sessi) e fortemente differenziata dal matrimonio.

La determinazione dell'identità sessuale dell'individuo è assunta dall'articolo 32-*ter* a presupposto e rimessa, sia pure implicitamente, alle valutazioni della legge nazionale, trattandosi di un aspetto fondamentale dell'identità personale e, di riflesso, della capacità. Anche in questo caso, però, l'applicazione della legge nazionale può trovare un limite di ordine pubblico, ove essa porti a valutazioni difformi da quelle risultanti da dati obiettivi rilevanti per l'ordinamento italiano, come nel caso di un cambiamento di sesso avvenuto in Italia, o anche in un Paese terzo, non riconosciuto dall'ordinamento nazionale dell'individuo. Prevale anche qui l'esigenza di tutela del diritto fondamentale di ogni persona al rispetto della propria identità psicofisica e quindi anche sessuale.

In definitiva, permane anche per le unioni civili – così come per il matrimonio – la centralità, per lo meno a livello formale, del tradizionale criterio di collegamento della cittadinanza, giustificata dal carattere personalissimo della scelta di costituire una unione civile e dagli effetti che essa produce sullo *status* delle persone coinvolte. Il criterio conserva l'indubbio vantaggio di essere facilmente individuabile e sostanzialmen-

te sottratto all'arbitrio degli interessati e di favorire l'armonia internazionale delle decisioni[12]. Tuttavia, continua di fatto l'erosione del primato della legge nazionale, anche mediante la codificazione di alcuni limiti di ordine pubblico internazionale, in proporzione alle divergenze fra ordinamenti sull'identificazione di diritti fondamentali, anche di nuova generazione come quello di costituire una unione civile omosessuale, e alla volontà di salvaguardarli come patrimonio dei singoli individui eventualmente anche in contrapposizione alle valutazioni dell'ordinamento di appartenenza nazionale. Aumenta così il rischio di incrementare le situazioni personali c.d. "claudicanti", valutate differentemente dallo Stato con cui un individuo entri in contatto e dallo Stato di appartenenza nazionale, e la necessità che la valutazione della condizione personale dell'individuo sia effettuata contemperando il punto di vista del Paese di cui egli abbia la cittadinanza con l'obiettiva situazione giuridica dell'individuo che sia venuta determinandosi legalmente sulla base dell'ordinamento di altri Paesi con i quali egli sia venuto a contatto. A questo scopo concorre anche la disciplina delle condizioni per contrarre matrimonio e degli impedimenti.

4. Segue*: le condizioni per costituire una unione civile; gli impedimenti; la forma dell'atto*

Le "altre" condizioni per costituire un'unione civile, in aggiunta alla capacità, sono anch'esse sottoposte dall'articolo 32-*ter* alla legge nazionale di ciascuna parte; possono perciò richiamarsi molte delle considerazioni già svolte per la capacità.

Anche in questa sede, tuttavia, vi è una forte compressione dell'effettivo ambito di applicazione della legge nazionale del *partner* straniero, in quanto è espressamente attribuito carattere di applicazione necessaria agli impedimenti alla costituzione di una unione civile fissati ora dal diritto interno all'articolo 1, comma 4, della legge n. 76/2016. Si tratta di quattro ipotesi, che vanno dalla sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di unione civile omosessuale (lett. a), all'interdizione per infermità di mente (lett. b), alla sussistenza di deter-

[12] Conf. S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 1504 ss.; v. anche G. ESCUDEY, *La couple en droit international privé: contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple. Droit,* Bordeaux, 2016, p. 48 ss.

minati rapporti di parentela o assimilati fra le parti (lett. c)[13], alla condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte (lett. d). Si tratta di una riformulazione, con qualche adeguamento e modifica, degli impedimenti al matrimonio dello straniero in Italia ai sensi dell'articolo 116 cod. civ. il quale rende di applicazione necessaria gran parte degli impedimenti fissati dagli articoli 85-89 cod. civ.

Tali condizioni devono dunque essere soddisfatte anche nel caso che la legge nazionale della parte non le richieda. Occorre tuttavia stabilire se la situazione giuridica alla base di questi impedimenti debba sussistere alla stregua dell'ordinamento di appartenenza del soggetto, oppure se possa venire in rilievo anche quando si sia formata altrove. L'unico dato testuale utile è offerto dall'ultima proposizione normativa del secondo comma dell'articolo 32-*ter*, che fa prevalere la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia su ogni contraria valutazione da parte della legge nazionale, come può aversi ad esempio ove essa non riconosca un divorzio pronunciato in Italia o anche in un Paese terzo.

Il problema tuttavia può porsi in termini generali: ad esempio, per interdizione dovuta a infermità di mente dichiarata in Italia o in un Paese terzo ma non riconosciuta nell'ordinamento nazionale della parte; o per condanna penale per omicidio del coniuge o *partner* dell'altra parte pronunciata in Italia o in un Paese terzo ma non riconosciuta nel Paese di appartenenza nazionale dell'interessato; o per l'esistenza di un vincolo matrimoniale o da unione civile costituito in un Paese diverso da quello nazionale e non riconosciuto da quest'ultimo. Anche in casi del genere è da ritenere che debba prevalere la valutazione da parte dell'ordinamento italiano della condizione obiettiva dell'individuo, anche se determinatasi non in Italia bensì ad esempio nello Stato straniero di sua residenza abituale, con prevalenza rispetto alle eventuali contrarie valutazioni dell'ordinamento di appartenenza nazionale[14].

Si può fare l'esempio del cittadino di un Paese che non consenta

[13] Si fa riferimento ai rapporti di cui all'articolo 87, co. 1, c.c., con l'aggiunta del rapporto tra lo zio e il nipote o la zia e la nipote.

[14] Si possono così forse ridurre le preoccupazioni espresse da una parte della dottrina sulla preferenza accordata dalla corrispondente disposizione dell'articolo 27 l. n. 218/95 per la legge nazionale anziché per quella della residenza abituale: v. I. QUEIROLO, Art. 27 – *Condizioni per contrarre matrimonio*, in *Atti notarili*, (a cura di F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE), vol. 1, p. 749 ss. Perplessità sul permanente richiamo alla legge nazionale anche per le unioni civili, anziché alla legge di residenza abituale, sono manifestate da F. PESCE*, op. cit.*, p. 84.

l'instaurarsi di un vincolo giuridico fra coppie omosessuali, il quale risieda in Francia e vi abbia contratto un matrimonio *same-sex*. Qualora egli volesse costituire un'unione civile in Italia, non dovrebbe essere sufficiente il possesso di stato libero secondo la sua legge nazionale – dovuta in ipotesi alla inesistenza giuridica del vincolo costituito in Francia – per costituire validamente un'unione civile in Italia, la quale dovrebbe perciò essere rifiutata ove fosse accertata l'esistenza del matrimonio contratto in Francia, e comunque se costituita sarebbe invalida.

È coerente con questa prospettiva l'attribuzione all'ufficiale di stato civile chiamato a costituire l'unione civile del compito di verificare l'esattezza della dichiarazione di inesistenza di impedimenti resa dall'interessato e di acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti alla costituzione dell'unione civile[15], entro trenta giorni dalla redazione del processo verbale[16], avvalendosi dell'autorità consolare per i cittadini residenti all'estero[17].

Per questa via, si riduce ulteriormente l'area nella quale opera effettivamente il richiamo della legge nazionale della parte, e si accentua il suo temperamento all'insegna dell'effettività, con un'apertura ulteriore al rispetto dello statuto giuridico esistenziale del soggetto, così come formatosi nella sua possibile interazione con una pluralità di ordinamenti giuridici, a prescindere da eccessivi condizionamenti derivanti dalle valutazioni dell'ordinamento di appartenenza nazionale.

Anche per costituire un'unione civile in Italia lo straniero deve presentare all'ufficiale di stato civile una dichiarazione della sua autorità nazionale competente dalla quale risulti che nulla osta all'unione civile, analogamente a quanto è previsto per il matrimonio dall'articolo 116 c. c. che viene espressamente richiamato, per quanto di ragione, dal secondo comma dell'articolo 32-*ter*. Si precisa tuttavia, opportunamente, che non si deve tenere conto della dichiarazione ove essa attesti un impedimento derivante dalla natura omosessuale del vincolo; e che l'eventuale impossibilità di acquisire la dichiarazione perché lo Stato nazionale non consente la costituzione di unioni civili fra persone dello stesso sesso non vale a precludere la costituzione dell'unione civile in Italia. L'ostacolo è superabile mediante la presentazione di altri atti idonei a dimostrare la libertà di stato, inclusa un'eventuale dichiarazione sostitu-

[15] Cfr. il secondo comma del nuovo articolo 70-*bis* "Richiesta di costituzione di unione civile", introdotto dal decreto legislativo delegato n. 5/2017.

[16] V. art. 70-*ter* cod. civ. introdotto dal d.lgs. n. 5/2017.

[17] V. art. 70-*sexies* cod. civ. anch'esso introdotto dal d.lgs. n. 5/2017.

tiva di atto di notorietà ai sensi del d.P.R. n. 445/2000. Viene qui codificata, limitatamente al nuovo e diverso profilo della non ammissione di unioni civili omosessuali, la prassi interna, giurisprudenziale ed amministrativa, formatasi con riferimento allo straniero che intenda contrarre matrimonio in Italia, favorevole a derogare alla previsione della presentazione della dichiarazione dell'autorità straniera ogni qual volta essa sia impossibile o denegata per motivi lesivi dei diritti fondamentali della persona, incluso quello di contrarre matrimonio senza condizionamenti derivanti da motivazioni religiose o etniche[18].

Il ridimensionamento del ruolo del nulla osta dell'autorità nazionale nell'accertamento della sussistenza delle condizioni per costituire l'unione civile in Italia dà ulteriore conferma alle considerazioni già svolte, sulla progressiva attenuazione del primato della legge nazionale nella definizione dello statuto personale dell'individuo nella sua vita di relazione a livello transnazionale.

Infine, nulla di nuovo si registra quanto al ruolo della cittadinanza nella disciplina di conflitto della forma di costituzione dell'unione civile, rispetto a quello svolto per il matrimonio[19]. Ad essa si continua a fare riferimento, in concorso alternativo con la legge del luogo di costituzione e la legge del Paese di comune residenza al momento della costituzione, confermando il tradizionale *favor validitatis*. Si richiama indifferentemente con la legge nazionale dell'una o dell'altra parte, senza prendere posizione per l'eventualità che le parti abbiano più di una cittadinanza. Data la *ratio* di favore della disposizione, si ritiene che possa venire in rilievo indifferentemente ciascuna delle cittadinanze eventualmente possedute da una delle parti.

5. Segue: *i rapporti personali e patrimoniali tra le parti dell'unione civile*

È nella disciplina di conflitto relativa ai rapporti personali e patrimoniali fra i *partner* dell'unione civile che si coglie la maggiore novità relativamente al ruolo riservato al criterio di collegamento della cittadinanza.

[18] In relazione al rifiuto delle autorità nazionali di uno dei nubendi al rilascio del nulla osta per motivi contrari all'ordine pubblico internazionale (es. per diversità di culto), cfr. Trib. Bari, 7 febbraio 2012; Trib. Taranto 13 luglio 1996; Trib. Barcellona P.G. 9 marzo 1995; Trib. Camerino, 12 aprile 1990.

[19] V. art. 28 l. n. 218/1995.

Il quarto comma dell'articolo 32-t*er*, unificando la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali, si discosta nettamente dalla soluzione accolta per i rapporti derivanti da matrimonio, che ribadisce il tradizionale primato della legge nazionale purché comune, salvo sostituirlo – se inidoneo ad operare senza ricorrere a scelte discriminatorie tra le differenti cittadinanze dei coniugi – con quello del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale.

Viene introdotto il nuovo criterio del luogo di costituzione dell'unione, col temperamento dato dalla facoltà accordata al giudice – a richiesta indifferentemente di una delle parti, non *ex officio* – di applicare, anziché la legge del luogo di costituzione, quella del luogo di prevalente localizzazione della vita comune. Scompare dunque, per i rapporti personali, qualsiasi riferimento alla cittadinanza delle parti, anche ove essa sia comune, mentre riaffiora per i rapporti patrimoniali ove siano le parti a scegliere di sottoporli alla legge nazionale di una di loro.

Potrebbe riaffiorare, tuttavia, anche per i rapporti personali, ove si ritenesse possibile tenere conto dell'eventuale rinvio da parte della legge del luogo di costituzione alla legge nazionale, in virtù della generale disposizione dell'articolo 13 l. n. 218/1995[20]. Ma è da dubitare che sia corretto attenersi alla casistica testualmente indicata dall'articolo 13 citato, piuttosto che avere riguardo alla sua *ratio*, specialmente con riferimento a norme di conflitto sopravvenute, chiaro apparendo il proposito di escludere dal rinvio i collegamenti di tipo territoriale, ai quali si può ricondurre quello del luogo di costituzione del vincolo. Ad identica conclusione porterebbe l'argomento che il collegamento del luogo di costituzione dell'unione, in quanto dipendente in sostanza dalla volontà delle parti, ben potrebbe essere ricondotto nell'alveo della norma che esclude il rinvio quando la legge applicabile sia stata scelta dalle parti.

La soluzione accolta dal decreto legislativo è palesemente ispirata a quella utilizzata dal regolamento UE 2016/1104 in materia di rapporti patrimoniali tra parti di un'unione registrata, che viene così anticipata[21] in attesa dell'operatività diretta del regolamento stesso dal 29 gennaio 2019; qui però è estesa anche all'area dei rapporti personali. L'articolo 32 del regolamento esclude l'operatività del rinvio e la correlazione fra i

[20] E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze,* in *Notariato,* 2017, p. 401; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali,* cit., p. 59.

[21] La correlazione non è comunque piena, dato che la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita comune, che è dato al giudice di applicare in alternativa a quella del luogo di costituzione, non corrisponde a nessuna di quelle opzionabili secondo l'articolo 22, par. 1, reg.

due strumenti normativi offre ulteriore argomento per ritenere che possa valere altrettanto per il quarto comma dell'articolo 32-*ter*.

L'introduzione del nuovo criterio di collegamento – al di là delle perplessità, già manifestate sopra, sulla conformità alla delega legislativa di questa divergenza di regime col matrimonio, e della differenziazione di trattamento che essa comporta fra i due istituti – appare di per sé ragionevole e condivisibile.

Si è osservato che si tratta di un criterio di tipo "societario", incentrato sul luogo di "incorporazione" del vincolo in un determinato ordinamento giuridico statuale[22], che potrebbe sembrare in contrasto con la piena salvaguardia dei valori identitari sottesi al primato della legge nazionale nella definizione dello statuto personale. Per contro, il progressivo allontanamento da questa prospettiva si è già consolidato da tempo, col ricorso già nella legge n. 218/1995 al criterio di localizzazione prevalente della vita matrimoniale nelle situazioni sempre più frequenti di matrimoni "transnazionali" fra persone di differente cittadinanza. Per di più, mentre l'istituto del matrimonio poteva ritenersi – almeno fino a poco tempo fa – universalmente noto e ammesso e inteso come legame giuridico eterosessuale, ben diversa era e rimane la situazione dell'unione civile o di analoghi istituti aperti a coppie omosessuali, come si è segnalato nella premessa. Sottoporre l'esistenza e la validità di vincoli costituiti in un Paese, e riconosciuti in molti altri, alle valutazioni della legge nazionale avrebbe oltretutto moltiplicato le situazioni di criticità e la frattura fra il dato formale dell'ordinamento di appartenenza nazionale e il dato esistenziale del Paese di residenza[23].

Inoltre, il nuovo criterio di collegamento ha il pregio di essere imparziale rispetto ai due *partner* e conforme alla loro comune volontà di costituire il vincolo in un determinato Paese secondo la legislazione locale, e così, implicitamente, di sottoporlo alla legge del luogo; esclude inoltre in radice ogni incertezza sull'esistenza e validità di quel legame dal punto di vista di altri ordinamenti, a cominciare da quello nazionale dei due *partner*; gode inoltre di assoluta stabilità nel tempo.

Il rischio che la legge del luogo di costituzione possa essere, o divenire nel corso del tempo, ineffettiva, cioè sganciata da qualsiasi ulteriore legame delle parti con quel Paese – in assenza tanto della cittadinanza quanto della residenza nel Paese di costituzione – è presidiato in due modi: con la previsione della possibilità che il giudice, ad istanza anche

[22] In questi termini, C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali,* cit., p. 58.

[23] V. sul punto, G. ESCUDEY, *op. cit.,* p. 132 ss.

di una sola parte, applichi la diversa legge del Paese di vita comune della coppia, e della possibilità data alle parti di *electio legis,* limitatamente ai loro rapporti patrimoniali[24] e alle leggi dei Paesi di cittadinanza[25] o residenza di una qualunque di loro[26]. La cittadinanza conserva qui una sia pur minima rilevanza, per supportare la ragionevolezza della scelta consentita.

Nulla è detto sulle modalità di esercizio della *electio legis*, ma nel nuovo articolo 70-*quaterdecies* del codice civile, introdotto dal decreto legislativo n. 5/2017, è stata espressamente prevista, al secondo comma, la possibilità di inserire nell'atto di costituzione dell'unione civile una dichiarazione di scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali. Quanto all'opponibilità ai terzi dei regimi patrimoniali connessi all'unione civile, è prospettabile, a colmare la lacuna normativa, l'applicazione in via analogica di quanto disposto per il matrimonio dall'articolo 30, comma 3, l. n. 218/1995.

Va tenuto conto, infine, che l'apparente ambito di applicazione dell'articolo 32-*ter* è in realtà sensibilmente compresso, e ancor più lo sarà a breve termine, dal diritto derivato dell'Unione.

Così accade, fin dall'entrata in vigore della riforma, per le obbligazioni alimentari derivanti da unioni civili, trovando applicazione il regolamento CE 4/2009 per le obbligazioni alimentari nella famiglia. Il quinto comma dell'articolo 32-*ter* assoggetta infatti le obbligazioni alimentari derivanti da unione civile alla disciplina di conflitto propria delle obbligazioni alimentari nella famiglia, stabilita dall'articolo 45; e quest'ultima disposizione, novellata contestualmente dallo stesso decreto legislativo n. 7/2017, le sottopone ora, per la determinazione della legge applicabile, al regolamento CE 4/2009, che per questo aspetto fa rinvio al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, succeduto alla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

[24] Da intendersi, analogamente a quanto generalmente ritenuto per il matrimonio, ai rapporti patrimoniali c.d. "secondari", e non a quelli "primari" discendenti direttamente dalla costituzione dell'unione civile secondo la legge del luogo.

[25] È a questo proposito irrilevante che le parti abbiano più di una cittadinanza, trattandosi qui non di applicare la *lex patriae*, scegliendone una fra quelle astrattamente sussistenti, bensì semplicemente di dare giustificazione obiettiva all'esercizio della scelta, che può dunque ricadere indifferentemente sull'una o l'altra. È parimenti irrilevante che la cittadinanza venga meno dopo l'esercizio della scelta, dovendosi prendere in considerazione la situazione in atto al momento della scelta stessa.

[26] Nel silenzio del legislatore, non ci sono limiti temporali alla possibilità di esercitare l'opzione, né di modificarla nel corso del tempo.

Inoltre, come si è già osservato, dal 29 gennaio 2019 sarà operativa la disciplina degli effetti patrimoniali delle unioni registrate, introdotta dal regolamento UE 1104/2016 del 24 giugno 2016[27], che privilegia proprio il criterio di collegamento del luogo di costituzione dell'unione civile.

Continua così a ridursi lo spazio di applicazione del sistema italiano di conflitto di leggi, a favore della regolamentazione dell'Unione, dove prevalgono, anche sul terreno delle relazioni interpersonali di natura affettiva e non economica, criteri di collegamento di matrice territoriale, a sancire il declino della cittadinanza, per la sua dissonanza con lo spazio europeo di libertà, di sicurezza e giustizia e i princìpi di libera circolazione e non discriminazione in base alla nazionalità.

Se dunque, in una prospettiva ristretta al confronto fra matrimonio e unione civile, l'abbandono della legge nazionale comune a favore di quella del luogo di costituzione può far sospettare un atteggiamento di fondo incline a considerare l'unione civile come un legame meno incisivo del matrimonio per il complessivo statuto personale, più distaccato dall'origine "nazionale" e dalla identità civica dell'individuo, quasi di tipo "societario"[28], in una più ampia prospettiva si tratta invece di una scelta anticipatrice di un'esigenza di fondo, ormai radicata ed in espansione nel diritto dell'Unione, volta a separare il trattamento delle persone e delle loro relazioni affettive dalle valutazioni del loro Stato nazionale per rimetterle al Paese di residenza abituale o al Paese nel quale hanno esercitato i loro diritti fondamentali.

Si determina, per questa via, un processo di convergenza verso l'obiettivo cui tende anche la valorizzazione del principio di continuità degli *status* legalmente acquisiti in un determinato Stato, allorché si incardini la propria vita in un altro Stato.

6. Segue: *lo scioglimento delle unioni civili*

Per la disciplina di conflitto relativa allo scioglimento delle unioni

[27] Per un'ampia disamina della disciplina di conflitto relativa ai rapporti patrimoniali tra i membri di un'unione registrata si rinvia a D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europea,* in *Riv. dir. int.,* 2017, p. 1103 ss.; E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze,* cit., p. 394 ss.; ID., *Variazioni sulla professio iuris nei regimi patrimoniali delle famiglie,* in *Riv. not.,* 2017, p. 1093 ss.

[28] In questi termini v. C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali,* cit., p. 58.

civili l'articolo 32-*quater* della legge n. 218/1995, introdotto dal decreto delegato, si limita a fare rinvio a quella relativa allo scioglimento del matrimonio introdotta dal regolamento UE 1259/2010 del Consiglio (Roma III), assicurando così piena uniformità di trattamento.

Il rinvio si è reso indispensabile in quanto il regolamento, secondo l'interpretazione corrente, non si applica *ex se* a fattispecie diverse dal matrimonio tradizionale, ossia eterosessuale[29].

Il regolamento di per sé non si applica neppure al c.d. "divorzio privato", secondo la recente sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa C-372/16; tuttavia, il rinvio disposto dal legislatore italiano alla sua disciplina anche per lo scioglimento dell'unione civile, senza distinguere secondo che avvenga in sede giudiziaria o amministrativa, induce a ritenere che essa trovi in ogni caso applicazione.

La disciplina della fonte unionale riconosce, com'è noto, un ruolo del tutto marginale alla cittadinanza, che rappresenta una delle leggi sulle quali può cadere la scelta delle parti (art. 5) o, in mancanza di scelta, una legge applicabile in via del tutto residuale, sempre che sia comune alle parti, dopo la stabile cessazione della residenza comune (art. 8), con prevalenza della *lex fori* ove la legge applicabile non consenta lo scioglimento del vincolo o, a maggior ragione, non riconosca l'esistenza del vincolo.

Né potrà venire in rilievo, per lo scioglimento delle unioni civili, la propensione delle parti, emersa nella prassi recente, per la scelta della legge nazionale del coniuge che consenta il divorzio immediato, non preceduto da separazione personale[30], dato che il problema non si pone nel caso di scioglimento dell'unione civile secondo la legge italiana, che prevedibilmente sarà spesso applicata, sia come legge di ultima residenza comune in mancanza di scelta di altra legge, sia come *lex fori* di applicazione residuale.

Sul tema deve tenersi conto anche del comma 23 della legge Cirinnà, che opera autonomamente, facendo salva la causa di scioglimento del vincolo di cui all'articolo 3, n. 2, lett. e) della legge n. 898/1970.

Quando lo scioglimento sia stato deciso da provvedimenti stranieri, la loro efficacia in Italia dipenderà dalle regole ordinarie; non potranno essere considerati contrari all'ordine pubblico atti che riguardino matrimoni omosessuali, anche se relativi a persone di cittadinanza italiana, dal

[29] C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali,* cit., p. 62.

[30] Trib. Pordenone, 14.10.2014 e Trib. Milano, 10.2.2014. Sul punto, C. CAMPIGLIO, *Prime applicazioni delle norme europee sui divorzi internazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, p. 173 ss.

momento che, come si vedrà più avanti, l'articolo 32-*bis* ne presuppone la giuridica esistenza, limitandosi a disciplinarne gli effetti per l'ordinamento italiano.

7. *Il ruolo della cittadinanza nella giurisdizione in materia di unioni civili*

Sopravvive un ruolo per la cittadinanza sul piano della giurisdizione in materia di unioni civili. Al tema è riservata la disposizione dell'articolo 32-*quater* che, seppure formalmente dedicato allo scioglimento stando alla rubrica e alla proposizione normativa introduttiva, vede poi esteso l'ambito di applicazione anche i profili attinenti alla validità della costituzione, sia che essi determinino nullità oppure annullamento, in virtù della proposizione normativa aggiunta in calce al primo comma.

La regolamentazione è corrispondente a quella posta dall'articolo 32 l. n. 218/1995 per l'invalidità e lo scioglimento del matrimonio (e ivi anche per la separazione personale, estranea alla disciplina materiale italiana dell'unione civile), e perciò include anch'essa, fra i plurimi criteri di giurisdizione alternativamente applicabili, accanto a quelli generali indicati dagli articoli 3 e 9 e a quello della costituzione dell'unione civile in Italia, la circostanza che una qualunque delle parti dell'unione civile possieda la cittadinanza italiana.

Nulla di nuovo, dunque, con la conseguenza che si ripropongono in questa sede le perplessità già sollevate sull'articolo 32 circa la ragionevolezza di un criterio siffatto, che attrae sotto la giurisdizione italiana liti che per ogni altro aspetto sono estranee all'ordinamento del foro.

La *ratio* originaria del criterio, volto a consentire l'esercizio della giurisdizione su liti incidenti sullo *status* personale di cittadini italiani, si è oggi affievolita, in assenza di altri legami significativi con l'Italia, tanto più in considerazione del rischio di determinare situazioni giuridiche "claudicanti" relativamente a persone che abbiano radicato la loro vita e i loro legami affettivi all'estero, tanto più quando conservino una cittadinanza d'origine ineffettiva in aggiunta alla cittadinanza del Paese di residenza stabile.

Non si pongono qui particolari problemi per i casi di pluripolidia, non apparendo in sé discriminatoria la scelta di dare accesso alla giurisdizione italiana ai cittadini in quanto tali.

È da sottolineare che la neutralità di questo criterio di giurisdizione rispetto alla posizione di attore o convenuto, in quanto riferito indifferen-

temente alla condizione dell'uno o dell'altro, esclude possibili sospetti di discriminazione anche sotto questo profilo.

La questione interpretativa principale che si pone relativamente alla giurisdizione sulle unioni civili è legata all'applicabilità del regolamento CE 2201/03 (Bruxelles II *bis*) riguardante, fra l'altro, la giurisdizione in materia di matrimonio, che, com'è noto, prevale sull'articolo 32 l. n. 218/1995, al quale lascia un ruolo del tutto marginale. Il regolamento (art. 3) conosce quale criterio generale idoneo a radicare la giurisdizione anche il possesso della cittadinanza del Paese del foro da parte di ambedue i coniugi.

Se dunque il regolamento – come sembrano ritenere alcune autorità giudiziarie di altri Stati membri[31] – fosse di per sé applicabile anche alle unioni civili, il primo comma dell'articolo 32-*quater* sarebbe praticamente esautorato, con una piena simmetria rispetto alla regola sulla giurisdizione in materia matrimoniale dell'articolo 32.

A ritenere invece che, secondo il prevalente indirizzo interpretativo[32], quel regolamento si applichi esclusivamente nelle situazioni che gli

[31] Cfr. *Study on the Assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the Policy Options for its Amendment*, consultabile all'indirizzo: *http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf*, p. 118 nel quale si riporta che «*a Czech interviewee noted that courts in the Czech Republic have already made use of the Brussels IIa Regulation in order to dissolve registered partnerships*».

[32] V. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO*, Diritto internazionale privato e processuale*, II, Milano, 2016, p. 125; P. LAGARDE, *Réglements 2016/1103 et 1104 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistrés,* in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2016, p. 679. Il dato letterale porterebbe ad escludere l'applicabilità del regolamento alla fattispecie (non espressamente contemplata) dello scioglimento dell'unione civile, istituto giuridico che nel diritto dell'Unione non è considerato esattamente equivalente al matrimonio e che è stato oggetto di un trattamento normativo differenziato, come nel caso dei recenti regolamenti n. 2016/1103 e n. 2016/1104 in materia di disciplina di conflitto per i rapporti patrimoniali nascenti rispettivamente da matrimonio o da unioni registrate. Pare significativa, in senso negativo, la circostanza che soltanto il regolamento n. 2016/1103 abbia previsto una specifica norma di coordinamento con il regolamento n. 2001/2003, e che invece il regolamento n. 2016/1104 nulla preveda in proposito: in questo senso, S. ZIINO, *La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea*, in *Civil Procedure Review*, 2014, p. 85, spec. nota 30, ove riporta l'opinione di K. BOELE-WOELKI, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union*, in *Tul. L. Rev.*, 2008, p. 1949 ss. e spec. p. 1972 ss. A conclusioni opposte si potrebbe tuttavia giungere valorizzando la *ratio* del regolamento, volta ad assicurare ai cittadini europei norme uniformi in materia di scioglimento dei rapporti di famiglia e di responsabilità genitoriale. In questa prospettiva, la posizione delle coppie unite civilmente non sarebbe affatto dissimile da quella delle coppie unite in matrimonio, sicché l'esclusione delle prime dal campo di applicazione del regolamento potrebbe apparire discriminatoria. In questo senso, v. M. BONINI BARALDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e*

Stati membri qualificano come matrimonio, si determina un'asimmetria di disciplina tra giurisdizione sul matrimonio e giurisdizione sulle unioni civili, la prima affidata al regolamento e solo in via residuale all'articolo 32, la seconda esclusivamente all'articolo 32-*quater*.

L'estensione in linea generale della disciplina di conflitto unionale del matrimonio anche alle unioni civili, quanto meno per scelta autonoma del legislatore italiano, potrebbe comunque essere supportata da un'interpretazione estensiva della clausola di equivalenza posta dal comma 20 della legge Cirinnà, anche in assenza di una presa di posizione in tal senso da parte del decreto legislativo delegato.

Resta da vedere quale potrà essere in futuro l'orientamento della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'ambito di applicazione del regolamento, anche alla luce della imminente sentenza nel caso *Coman*, ove l'avvocato generale Wathelet nelle sue conclusioni ha proposto un'interpretazione ampia del termine "coniuge" usato nella direttiva 2004/38/CE così da ricomprendere anche il *partner* di unione omosessuale[33].

La regolamentazione della giurisdizione in materia di unioni civili da parte del primo comma dell'articolo 32-*quater* si estende, oltre che allo scioglimento, anche alla validità originaria del legame, ma nulla dispone invece per le liti aventi ad oggetto altri aspetti, attinenti ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, incluse le obbligazioni alimentari e i regimi patrimoniali.

Si crea così una divergenza di regime fra giurisdizione sulle obbligazioni alimentari fra coniugi, disciplinata dal regolamento n. 4/2009, e giurisdizione sulle obbligazioni alimentari fra *partner* di un'unione civile[34], a fronte invece della convergenza di regime in riferimento alla legge applicabile.

Quanto poi alla giurisdizione sui rapporti patrimoniali, l'attuale applicazione delle regole generali tanto per i rapporti connessi ad un matrimonio quanto per quelli derivanti da unione civile cesserà dal 29 gennaio 2019, quando la materia sarà disciplinata, separatamente, dai rego-

giustizia: pluralismo di valori e pregiudizi nazionali a confronto, in F. BILOTTA (a cura di)*, Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, 2008, p. 117 ss.

[33] V. le conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet presentate l'11 gennaio 2018 nella causa C-673/16, *Coman.*

[34] Nel senso della sottoposizione anche delle obbligazioni alimentari fra *partner* di unioni civili alle regole sulla competenza giurisdizionale in materia di obbligazioni alimentari previste dall'art. 5, n. 2 del regolamento n. 44/2001, v. S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto*, cit., p. 1501 ss.

lamenti UE 2016/1103 e 2016/1104 del 24 giugno 2016, anche per i profili attinenti alla giurisdizione, con riguardo rispettivamente ai rapporti patrimoniali tra coniugi e ai rapporti patrimoniali fra parti di una unione registrata, mediante una regolamentazione formalmente non identica ma sostanzialmente armonizzata.

8. *La rilevanza della cittadinanza dei partner nel trattamento in Italia dei matrimoni* same-sex *contratti all'estero*

La presenza nell'ordinamento italiano di una disciplina di conflitto per i matrimoni eterosessuali contratti all'estero, e ora anche di una disciplina di conflitto per le unioni civili omosessuali costituite all'estero, lasciava aperta una lacuna con riferimento ai matrimoni *same-sex* contratti all'estero. Si trattava di una situazione sociale ben nota, che coinvolgeva anche molte persone di cittadinanza italiana, talune residenti all'estero, altre indotte a spostarsi all'estero, anche solo temporaneamente, per potersi sposare con persone dello stesso sesso secondo la legislazione locale.

La posizione della giurisprudenza interna è stata per lungo tempo rigida, nel senso di non riconoscere effetti in Italia ai matrimoni omosessuali di italiani all'estero, e quindi di non ammetterne la trascrizione nei registri italiani dello stato civile, ora sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, ora invece sotto quello della inesistenza, in assenza di diversità di sesso, di una situazione giuridica qualificabile come matrimonio[35]. Questo indirizzo appariva tuttavia sempre meno compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU, che si andava consolidando sull'interpretazione degli articoli 12 e 8 della CEDU nel senso di rimettere alla legislazione nazionale di stabilire se riconoscere anche alle coppie omosessuali il diritto a contrarre matrimonio, fermo restando l'obbligo di rispettare la vita privata e familiare anche delle coppie omosessuali, se conviventi con una stabile relazione di fatto[36], assicurando

[35] V. Corte di cassazione, 9 giugno 2000, n. 7877, ed ancora, più di recente, Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4899.

[36] V. già la sentenza *Shalk and Kopf,* cit. e la sentenza del 16 luglio 2014, *Hämälainen c. Finlandia.* Sulla stessa linea, più di recente, v. la sentenza *Oliari,* cit.*,* ove si legge al punto 165: «*La Corte ribadisce di aver già ritenuto che le coppie omosessuali abbiano la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e che si trovino in una situazione significativamente simile a una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione. Ne consegue che la Corte ha già riconosciuto che le coppie omosessuali necessitano di riconoscimento giuridico e tutela della loro relazione*».

anche a queste ultime adeguate forme di tutela giuridica nell'ambito di istituti familiari diversi dal matrimonio. Appariva altresì incoerente con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che, nell'escludere la configurabilità di un diritto di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, aveva riconosciuto alle coppie omosessuali stabilmente conviventi, ricondotte fra le formazioni sociali tutelate dall'articolo 2 della Costituzione, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri[37].

La giurisprudenza interna aveva da ultimo temperato la propria posizione, ribadendo la non trascrivibilità degli atti relativi a matrimoni omosessuali contratti all'estero, ma non più per contrarietà all'ordine pubblico e neppure per un giudizio di inesistenza del vincolo costituito all'estero, bensì per inidoneità di quell'istituto giuridico a produrre effetti in Italia a causa dell'assenza nell'ordinamento interno di un istituto corrispondente, tale non potendosi ritenere il matrimonio tutelato dall'articolo 29 della Costituzione e disciplinato dal codice civile[38].

Neppure questa soluzione è stata ritenuta pienamente condivisibile dalla giurisprudenza di merito. È stata infatti ordinata la trascrizione dell'atto di matrimonio in Francia tra due donne francesi, una delle quali in possesso anche della cittadinanza italiana, a seguito di trasferimento di residenza in Italia, sull'assunto che il diritto al matrimonio esercitato in Francia e l'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare in Italia non possono essere affievoliti da una ri-qualificazione del loro legame per il solo fatto del trasferimento di residenza da un Paese all'altro nell'esercizio della libertà di circolazione[39]. La questione si è riproposta

[37] V. Corte cost., sentenza 15 aprile 2010, n. 138; sentenza 11 giugno 2014, n. 170.

[38] Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184; Cass., Sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400. Per un ampio esame dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si rinvia a O. LOPES PEGNA, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Dir. um. e dir. internaz*., 2016, p. 89 ss.; SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016, p. 18 ss.; D. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso* Oliari e altri c. Italia, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 190 ss. G. CASABURI, *Il sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali dell'Italia*, nel sito *http://www.articolo29.it.*; G. COSCO, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 845 ss.; G. DAMELE, *Sulle motivazioni della recente sentenza della Corte costituzionale italiana in materia di matrimonio omosessuale*, nel sito *http://www.dirittoequestionipubbliche.org*; M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie,* in *Dir. fam. e pers.,* 2017, p. 976 ss.

[39] V. App. Napoli, 7 luglio 2015, nel sito: *www.articolo29.it* , in riforma di una decisione del Tribunale di Avellino. La Corte di cassazione con sentenza 31 gennaio 2017,

in altro giudizio, ed è ora all'esame delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione[40].

Le Sezioni unite civili dovranno tenere conto della sopravvenuta sentenza della Corte EDU 14 dicembre 2017, *Orlandi c. Italia*, che ha ravvisato nella non trascrivibilità dell'atto di matrimonio omosessuale all'estero una violazione dell'articolo 8 della CEDU[41]. La Corte, pur dando atto della modifica legislativa sopravvenuta in Italia con la legge Cirinnà, ha pronunciato su ricorsi relativi all'assetto legislativo precedente e quindi ha evitato di svolgere considerazioni sul nuovo quadro legislativo interno, salvo un cenno – nel par. 195 – al fatto che il nuovo istituto delle unioni civili, inclusa la trascrizione dei matrimoni omosessuali all'estero come unioni civili, sembra dare ai *partner* più o meno la stessa protezione del matrimonio.

Il legislatore italiano, avendo voluto distinguere nell'ordinamento interno l'istituto dell'unione civile, riservata alle persone dello stesso sesso, da quello del matrimonio, riservato a persone di sesso diverso, ha dovuto prendere atto che le situazioni giuridiche non ammesse in Italia sono invece ammesse in non pochi Paesi stranieri, anche dell'Unione, e prendere posizione sui possibili effetti in Italia di quei vincoli giuridici, sorti all'estero nel rispetto della legislazione locale. Il problema si poneva sia per il passato che per il futuro, tanto in relazione ai matrimoni omosessuali contratti da italiani all'estero nel tempo in cui in Italia non

n. 2487, ha dichiarato improcedibile l'impugnazione proposta dal Comune per profili processuali e quindi non ha avuto modo di prendere posizione sulla questione di fondo.

[40] V. Cass. civ. I sez., ord. 22 febbraio 2018, n. 4382, che ha rimesso la decisione alle Sezioni unite civili, in quanto questione di massima di particolare importanza.

[41] La decisione è stata assunta a maggioranza di 5 voti contro 2, ma in realtà la maggioranza è stata di 4 a 3, in quanto l'opinione conforme del giudice Koskelo addebita, persuasivamente, alla maggioranza di avere equivocato, col ravvisare la violazione dell'articolo 8 CEDU nella impossibilità di procedere alla trascrizione – fatto ritenuto invece di per sé coerente con l'assenza di un equipollente istituto nel diritto interno e con l'interesse dello Stato a non creare incertezze sull'ambito di applicazione della disciplina interna dettata per il matrimonio – anziché nell'assenza di un *legal framework* in Italia idoneo ad assicurare tutela alle coppie omosessuali. In effetti, nella sentenza si dà atto che soltanto 3 dei 27 Stati membri del Consiglio d'Europa che non ammettono i matrimoni omosessuali provvedono nondimeno alla trascrizione o registrazione di quelli contratti all'estero, attestando così l'assenza di un sostanziale diffuso consenso su questo aspetto e la permanenza in capo agli Stati di un ampio margine di apprezzamento. Vi è dunque una discontinuità logica fra le conclusioni raggiunte (par. 240) e le argomentazioni che precedono, dovuta verosimilmente alla non chiara percezione della natura propria della trascrizione rispetto al lamentato *legal vacuum,* che dipendeva semmai dall'inesistenza di una disciplina interna per le coppie omosessuali stabilmente conviventi, incluse quelle non sposatesi all'estero.

era ammesso nessun vincolo giuridico omosessuale, quanto in relazione a quelli che possono essere contratti ancor oggi e in futuro, secondo la legislazione di altri Stati, a prescindere dai contenuti del diritto interno italiano.

La soluzione scelta, com'è noto, è stata espressa dapprima al comma 28 dell'articolo unico della legge n. 76/2016, in sede di formulazione di princìpi e criteri direttivi per la delega legislativa al Governo, dove si è fatto riferimento alle «*coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo*» e si è disposto che gli effetti di tali legami in Italia siano quelli delle unioni civili regolati dalla legge italiana.

Il decreto governativo ha attuato il precetto mediante due distinte disposizioni, gli articoli 32-*bis* e 32-*quinquies*, dedicati rispettivamente ai matrimoni omosessuali contratti all'estero e alle unioni civili omosessuali e istituti analoghi costituiti all'estero.

Ci soffermiamo per ora sul regime dei matrimoni omosessuali esteri.

L'articolo 32-*bis* circoscrive il proprio ambito di applicazione ai soli matrimoni omosessuali contratti all'estero "da" cittadini italiani – delimitando così la portata più ampia del dettato letterale della delega, che non fissa alcun limite correlato alla cittadinanza delle parti – nel rispetto delle "prescrizioni" inserite dalle Commissioni parlamentari nel parere espresso sul testo originario del decreto adottato dal Governo. Paradossalmente, le Commissioni hanno addebitato al Governo di avere applicato troppo rigorosamente il dettato della legge delega, senza tenere conto della sua *ratio*, volta ad evitare l'elusione della disciplina materiale italiana da parte di italiani col ricorrere alla costituzione del legame all'estero secondo le regole locali (c.d. *system shopping*), e non invece ad incidere anche sullo *status* degli stranieri[42].

Il riferimento testuale ai matrimoni contratti "da" italiani, e non "tra" italiani[43], porta a ritenere che la disposizione si applichi anche ai matrimoni "misti", contratti da una persona italiana con altra straniera, con la conseguenza che la disposizione finisce così coll'incidere inevita-

[42] Cfr. sul punto la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 345, p. 5 ed i pareri espressi dalle Commissioni parlamentari: Camera dei Deputati, Atto n. 345, 8 novembre 2016, Commissione II, Allegato 4, e Senato della Repubblica, Atto n. 345, resoconto sommario n. 351 del 16 novembre 2016.

[43] La proposizione normativa prevale, secondo noti princìpi, sulla rubrica, che oltretutto non è stata adeguata dopo le modifiche governative al testo e conserva perciò l'impostazione originaria del testo parlamentare col riferirsi al matrimonio contratto all'estero "da cittadini dello stesso sesso".

bilmente anche sulla condizione del *partner* straniero, quand'anche cittadino di altro Stato dell'Unione[44]. Restano invece esclusi dal suo ambito di applicazione i matrimoni omosessuali esteri fra stranieri, sui quali si ritornerà più avanti.

Il criterio decisivo per l'applicabilità della disposizione è dunque il possesso della cittadinanza italiana da parte di uno dei soggetti, mentre non viene attribuita nessuna rilevanza ad altre circostanze, come il luogo di residenza abituale dei *partner* al tempo della costituzione del vincolo, che invece avrebbe potuto essere significativo in un'ottica antielusiva. Per di più, la disposizione non dà rilevanza neppure all'eventuale possesso, accanto alla cittadinanza italiana, di altra cittadinanza, che potrebbe anche coincidere con la cittadinanza straniera dell'altro *partner*. Dal punto di vista del diritto dell'Unione, è da dubitare che il ruolo predominante così attribuito al possesso della cittadinanza italiana, specialmente quando il soggetto risieda stabilmente in un altro Paese dell'Unione col coniuge ed ambedue abbiano la cittadinanza anche del Paese di residenza, sia compatibile con i princìpi di libera circolazione delle persone e di continuità degli *status* personali; nella stessa prospettiva, suscita perplessità la pretesa dell'ordinamento italiano di incidere inevitabilmente anche sullo *status* del coniuge straniero[45].

Questi profili problematici potrebbero essere perlomeno ridimensionati per via interpretativa, valorizzando il dato testuale che l'articolo 32-*bis* si riferisce agli "effetti" dei matrimoni di italiani all'estero con persona dello stesso sesso, riconducendoli a quelli propri delle unioni civili regolate dalla legge italiana. L'esistenza di un matrimonio omosessuale contratto all'estero è assunta a presupposto, per disciplinarne gli effetti non secondo la disciplina del matrimonio bensì secondo quella propria delle unioni civili. Si utilizza sovente l'espressione "*downgrade recognition*" per descrivere l'operatività dell'articolo 32-*bis*[46], ma essa può in-

[44] Nello stesso senso, vedi da ultimo Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2018, n. 11696.

[45] Cfr. App. Napoli 13 marzo 2015, cit. Sull'estensione agli *status* familiari nell'ambito dell'Unione del principio di mutuo riconoscimento v. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *R.A.D.I.*, 2010, vol. 348, p. 443 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 95 ss. Diversamente, v. E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea,* Milano, 2012, p. 255 ss.

[46] V. L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica*, nel sito: *http://www.sidiblog.org*, riprendendo uno spunto di G. BIAGIONI, E. DI NAPOLI, *Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento di matrimoni same-sex: prime riflessioni,* in *SIDIBlog*, 18 aprile 2014.

generare l'equivoco di far ritenere che gli *status* affettivi sorti all'estero debbano essere assoggettati a "riconoscimento", quasi come le decisioni giudiziarie estere alle quali il termine giuridico è tradizionalmente riferito, e, ancor peggio, che tali s*tatus* possano essere soggetti ad una sorta di controllo e se del caso di riqualificazione giuridica da parte dell'ordinamento italiano[47].

Pare che il legislatore si sia posto realisticamente il problema di come comportarsi, dopo l'introduzione nell'ordinamento delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, nei confronti di quegli italiani che già abbiano contratto matrimoni omosessuali all'estero, e di coloro che lo facciano in futuro, e abbia scelto di non metterne in discussione l'esistenza e limitarsi ad assimilarne la disciplina a quella delle unioni civili, in modo da evitare, mediante l'applicazione della regolamentazione propria del matrimonio, il superamento della distinzione voluta fortemente dal Parlamento per i legami omosessuali.

[47] Le critiche mosse alla disposizione (e di riflesso anche al criterio direttivo posto dalla legge Cirinnà) hanno messo in evidenza, anzitutto, l'erroneità dell'impostazione di fondo adottata dal legislatore, che si sarebbe fatto influenzare da quell'orientamento giurisprudenziale che – prima dell'approvazione della legge Cirinnà – sosteneva l'impossibilità di ricondurre all'istituto italiano del matrimonio un matrimonio omosessuale celebrato all'estero, con la conseguente impossibilità di riconoscere lo *status* matrimoniale ai membri della coppia (Cass., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4899); e la presa distanza da quel diverso orientamento (App. Napoli, decr. 26 febbraio 2015) che – sulla base di un'interpretazione comunitariamente e costituzionalmente orientata delle disposizioni nazionali volta a tutelare il diritto all'identità personale e a non ostacolare la libera circolazione delle persone nello spazio giuridico europeo – considerava possibile il riconoscimento in Italia dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero (G. BIAGIONI*, Forum: La disciplina internazionalistica italiana delle unioni civili/2*, nel sito: *http://www.crossborder.live;* sul punto, v. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Modifica e riordino delle disposizioni di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 e d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7)*, nel sito: *http://www.notariato.it*, 2). Inoltre, è stato da più parti sottolineato come la scelta di riqualificare gli effetti dell'atto di matrimonio estero, adattandoli al modello interno dell'unione civile, presenti aspetti di incompatibilità con i princìpi costituzionali interni e col diritto dell'Unione (L. SCAFFIDI RUNCHELLA, cit.*;* G. BIAGIONI, cit.; C. CAMPIGLIO, *Forum: La disciplina internazionalistica italiana delle unioni civili / 3,* nel sito: *http://www.crossborder.live*). La Corte EDU ha ritenuto dal canto suo che la conversione del matrimonio in una unione civile da cui discendono diritti equiparabili, ma non identici, a quelli previsti a favore dei coniugi, in vista della tutela della famiglia matrimoniale, può rappresentare un corretto esercizio del margine di apprezzamento concesso allo Stato in tale ambito (v, sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, cit., par. 62). Questa posizione è in linea con quella che mantiene distinto il diritto alla vita familiare dal diritto al matrimonio, tutelato dall'art. 12 CEDU ma senza che ne discenda alcun obbligo per lo Stato di estenderne l'applicazione alle coppie omosessuali (Corte EDU, *Shalk and Kopf,* cit., par. 63; *Oliari*, cit.).

Non appare decisivo, in senso contrario, il tenore dell'articolo 134-*bis* dell'ordinamento dello stato civile, introdotto dall'articolo 2, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 5/2017, anch'esso attuativo della delega disposta dalla legge n. 76/2016, che dispone la trascrizione degli atti di matrimoni omosessuali esteri nella parte seconda del registro delle unioni civili. Considerato che la trascrizione ha finalità pubblicitaria e non vale di per sé ad innovare la natura propria dell'atto e tantomeno della situazione giuridica sottostante, la disposizione si giustifica col proposito di agevolare l'individuazione della disciplina degli effetti derivanti dalla situazione descritta dall'atto, in armonia col disposto dell'articolo 32-*bis* della legge n. 218/1995; l'atto straniero conserva nondimeno la sua essenza originaria, quale che sia il registro italiano nel quale avviene la sua trascrizione.

Il tenore letterale dell'articolo 32-*bis* dà adito ad ulteriori incertezze interpretative relativamente all'individuazione della disciplina applicabile. Non è chiaro se l'assimilazione, quanto ai effetti, del matrimonio all'estero all'unione civile regolata dalla legge italiana determini un assoggettamento *tout court* alla disciplina materiale italiana, oppure anche alla disciplina di conflitto italiana, con la possibilità, nella seconda ipotesi, che si possa giungere all'applicazione di una legge straniera.

La prima soluzione comporterebbe la sottoposizione degli effetti di un matrimonio omosessuale contratto all'estero da italiani, anche se con stranieri, sempre e soltanto alla disciplina materiale interna per le unioni civili, la quale assumerebbe così carattere di normativa di applicazione necessaria. Il trattamento sarebbe differente da quello riservato alle unioni civili costituite in Italia da italiani con stranieri, per le quali troverebbero invece applicazione le norme di conflitto della legge n. 218/1995, con la possibilità di applicare talora una legge straniera ai rapporti personali ed anche a quelli patrimoniali, seppure nei limiti fissati dall'articolo 32-*ter*.

Se la volontà del legislatore, come traspare dai lavori parlamentari, è stata quella di rendere inefficace il *system shopping* da parte di italiani per addivenire non ad una unione civile di diritto italiano bensì ad un matrimonio omosessuale, l'obiettivo è conseguibile con l'assimilazione, quanto alla disciplina degli effetti, del matrimonio contratto all'estero con un'unione civile costituita in Italia, senza necessità di escludere l'operatività delle norme di conflitto italiane e ricorrere all'applicazione necessaria del diritto materiale interno. La questione ha risvolti pratici essenzialmente con riferimento all'applicabilità dell'articolo 32-*ter* nella parte in cui consente al giudice, a richiesta di una delle parti, di applicare la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita comune, e nella

parte in cui consente alle parti l'*electio legis* per la disciplina del loro regime patrimoniale, mentre resta ovviamente escluso ogni possibile richiamo della legge del luogo di costituzione.

Si consideri ad esempio il caso di un italiano che abbia contratto matrimonio omosessuale con un olandese in Olanda, risieda con lui in quel Paese ed abbia beni immobili in Italia. Ove sorgesse una lite sugli effetti del matrimonio sui beni siti in Italia, si porrebbe il problema se il giudice italiano, su richiesta ad esempio del *partner* olandese, possa fare applicazione, invece della legge materiale italiana, della legge olandese, come legge del luogo di prevalente localizzazione della vita comune, oppure come legge scelta dalle parti, analogamente a quanto accadrebbe se quelle stesse persone avessero costituito fra loro un'unione civile in Italia; oppure se il giudice debba applicare esclusivamente il diritto materiale interno quale normativa di applicazione necessaria. La prima soluzione appare più coerente con la *ratio legis* ed evita dubbi di irragionevole disparità di trattamento. Si potrebbe opporre che il legislatore lascia intendere di aver voluto evitare di consentire l'applicazione di una legge materiale diversa da quella italiana che possa riconoscere lo *status* coniugale e l'idoneità all'adozione di minori; ma ad evitarlo sarebbe già sufficiente, prima ancora dell'intervento del limite dell'ordine pubblico, la stessa disciplina speciale sulle adozioni di minori, che ha carattere di applicazione necessaria e richiede che gli adottanti siano uniti in matrimonio eterosessuale.

La disposizione dell'articolo 32-*bis* sembra inadeguata alla complessità del tema anche per altri profili riguardanti la cittadinanza. Mostra infatti di riferirsi alla condizione delle parti al momento della costituzione del matrimonio all'estero, senza prendere in considerazione eventuali mutamenti di cittadinanza che si siano verificati successivamente.

Ancora, nulla è stato stabilito circa i matrimoni omosessuali all'estero fra stranieri, atteso che le stesse Commissioni parlamentari nel parere espresso sullo schema di decreto legislativo delegato hanno censurato il Governo per avere incluso anche quelle situazioni nell'ambito di operatività della disposizione nella sua formulazione originaria, lasciando intendere che non vi sia motivo per sottoporla ad uno speciale regime derogatorio rispetto alle regole ordinarie sulla regolamentazione del matrimonio fra stranieri.

Si è sostenuto che ciò sarebbe comunque precluso dalla tradizionale posizione assunta dalla giurisprudenza italiana nei confronti del matrimonio omosessuale, dando atto peraltro delle difficoltà che ne deriverebbero nella ricostruzione di una disciplina di conflitto, apparendo pro-

blematico sia il ricorso alla legge italiana che a quella straniera del luogo di costituzione[48]. Si può per contro osservare che dopo la riforma italiana è venuta meno quella radicale antinomia originaria fra ordinamento italiano e ordinamenti stranieri favorevoli a riconoscere valenza giuridica ai legami omosessuali che sorreggeva l'indirizzo giurisprudenziale; l'antinomia è stata ora ridimensionata a differenze di qualificazione formale e disciplina materiale, piuttosto che di principio, e confinata entro i limiti fissati da disposizioni specifiche quali gli articoli 32-*bis* e 32-*quinquies*. Oltre quei limiti, non vi è motivo per non applicare la legge comune ai *partner* stranieri, e in sua assenza la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita comune, salvo individuare quest'ultima, per i residenti in Italia, nella disciplina interna dell'unione civile[49].

Ben può accadere che un *partner*, cittadino al tempo del matrimonio, perda in seguito la cittadinanza, come pure che un *partner* di un matrimonio concluso all'estero fra stranieri diventi in seguito italiano.

La *ratio* della legge sembra incentrata sulla volontà di distinguere il regime secondo che il legame affettivo coinvolga un cittadino, rimettendosi altrimenti al diritto straniero. Le vicende successive riguardanti la cittadinanza dei *partner*, dunque, dovrebbero riflettersi sulla regolamentazione internazionalprivatistica del rapporto nel corso del tempo, se non per ripristinare il collegamento con la legge del luogo di costituzione,

[48] Cfr. C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali*, cit., p. 46: «*L'interprete non potrà che riqualificare anche i matrimoni non espressamente regolati dall'art. 32*-bis *come unioni civili posto che, da un lato, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non può evidentemente produrre nel nostro Paese gli effetti tipici del matrimonio e, dall'altro, vige oggi una soluzione specificamente dedicata alle unioni omoaffettive*».

[49] Su questo punto, la recente sentenza della Corte di Cassazione (sez. I) del 14 maggio 2018, n. 11696 ha affermato che nell'ipotesi di matrimonio omosessuale tra stranieri, in considerazione del carattere "intrinsecamente transnazionale del rapporto matrimoniale contratto tra cittadini stranieri" debbano trovare applicazione i criteri di collegamento stabiliti dagli articoli 26-30 l.n. 218/95 "o, ove applicabili, dei regolamenti UE in materia matrimoniale". Come si è già osservato nel testo, ambiguo è il dettato dell'articolo 134-*bis* dell'ordinamento di stato civile (r.d. n. 1238/1939, modificato dall'articolo 2, comma 1, lett. c) del d.lgs. 5/2017), che prevede la trascrizione nella parte seconda del registro delle unioni civili degli "atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero", con una formulazione che pare non coordinata con il testo finale del decreto legislativo 7/2017 e ancora correlata alla versione originaria, suscettibile perciò di interpretazione restrittiva. Trattandosi di una disposizione attinente alla pubblicità degli atti, essa non sembra comunque decisiva ai fini della soluzione da dare alla questione sostanziale esaminata.

quanto meno per consentire l'applicazione delle altre leggi richiamate in via subordinata dall'articolo 32-*ter*[50].

Sono evidenti le incongruenze che verrebbero a determinarsi dalla rigida cristallizzazione della situazione al tempo del matrimonio: avremmo rapporti matrimoniali fra stranieri dello stesso sesso disciplinati differentemente fra loro, secondo che uno dei *partner* fosse stato, o meno, italiano al tempo del matrimonio; per converso, avremmo matrimoni omosessuali contratti in origine fra stranieri ma attualmente coinvolgenti un *partner* divenuto italiano, che resterebbero regolati come matrimoni fra stranieri.

Si potrebbe dunque prospettare un'interpretazione dell'articolo 32-*bis* nel senso che esso presupponga il permanere dell'originario legame di cittadinanza e che si estenda ad includere anche i matrimoni omosessuali all'estero ove il legame di cittadinanza sopravvenga nel corso del rapporto, con salvezza in quest'ultimo caso delle situazioni giuridiche frattanto legalmente costituitesi, per esempio le adozioni di figli già avvenute.

La questione potrebbe avere rilevanza pratica soprattutto in relazione ai rapporti personali e patrimoniali, mentre non li avrebbe per lo scioglimento del legame in Italia, in virtù della già segnalata applicazione in ogni caso del regolamento UE 1259/2010.

Sotto un diverso profilo, è da notare che il disposto dell'articolo 32-*bis* non vale di per sé a depotenziare l'elemento di transnazionalità rappresentato dalla costituzione all'estero[51] del vincolo, ai fini dell'applicazione del regolamento CE 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari e, dal 29 gennaio 2019, del regolamento UE 2016/1104 in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Infine, merita aggiungere un'osservazione circa l'efficacia nel tempo dell'articolo 32-*bis* (come pure dell'articolo 32-*quinquies*). Il trattamento previsto per i vincoli omosessuali costituiti all'estero non ha limitazioni temporali e va riferito perciò anche a quelli già sorti all'estero al tempo di entrata in vigore della riforma. Questa conclusione non è incompatibile con l'espressa previsione (al comma 35 della legge n. 76/2016) che le nuove disposizioni sulle unioni civili «*acquistano efficacia a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge*», in quanto

[50] Sulla rilevanza del mutamento di cittadinanza ai fini della riqualificazione del vincolo e della conseguente determinazione della legge applicabile, v. R. CALVIGIONI, *op. cit*., p. 21.

[51] Cfr. in questo senso, C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali,* cit., p. 49.

non implica l'attribuzione alla legge di un'efficacia retroattiva ma si riferisce all'individuazione delle situazioni prese a riferimento per sottoporle *ex nunc* alla nuova disciplina[52]. Analogamente era avvenuto a seguito dell'entrata in vigore di quelle disposizioni della legge n. 218/1995 che prevedono il riconoscimento automatico delle decisioni straniere.

9. *La rilevanza della cittadinanza dei partner nel trattamento in Italia delle unioni civili omosessuali costituite all'estero*

Il decreto legislativo delegato all'articolo 32-*quinquies* ha limitato la portata dei princìpi e criteri direttivi fissati dalla delega anche con riferimento alle unioni civili costituite all'estero fra persone dello stesso sesso, avendo circoscritto la sottoposizione alla legge italiana alle sole unioni civili omosessuali costituite all'estero tra due cittadini stabilmente residenti in Italia.

In assenza di un'antinomia di principio fra unioni civili costituite all'estero e il corrispondente istituto introdotto ora nel diritto italiano, il legislatore manifesta qui ancora più fortemente l'intento antielusivo che ispira la prescrizione, formulata per reagire ai casi di manifesto *system shopping*, allorquando le parti non abbiano alcun legame significativo col luogo di costituzione e pertanto la loro scelta appaia in realtà come espressione della volontà di sottrarsi all'applicazione della legge italiana. Nella specifica situazione così circoscritta, la regolamentazione del rapporto – gli "effetti" – sarà attratta sotto la legge italiana, come se la costituzione fosse avvenuta in Italia.

Tuttavia, la soluzione accolta dal legislatore presenta vari profili di criticità, anche sotto il profilo della sua compatibilità col diritto dell'Unione, per il diverso trattamento accordato in ragione del possesso di una determinata cittadinanza e per le conseguenze tratte dalla fissazione in Italia della residenza abituale[53].

Si ripropone poi la questione, già prospettata con riferimento al matrimonio omosessuale all'estero, se la legge italiana trovi applicazione nelle sue norme materiali, o eventualmente anche nelle sue disposizioni di conflitto, assimilando il trattamento a quello delle unioni civili costituite in Italia: la soluzione preferibile è la medesima, tenuto conto, ad esempio, che nel corso del rapporto i *partner* potrebbero trasferire la loro

[52] In senso conforme, Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2018, n. 11696, par. 12.
[53] E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, cit., p. 401.

residenza all'estero, creando le condizioni che giustificano l'operatività dell'articolo 32-*ter*, seconda e terza proposizione.

Anche in questa sede, così come in riferimento all'articolo 32-*bis*, va ribadito che il disposto dell'articolo 32-*quinquies* non vale di per sé a depotenziare l'elemento di transnazionalità rappresentato dalla costituzione all'estero dell'unione civile, ai fini dell'applicazione dei regolamenti europei in materia di obbligazioni alimentari e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Nulla si stabilisce per il caso che uno dei *partner*, o ambedue, abbiano, oltre alla cittadinanza italiana, anche un'altra cittadinanza. In questa situazione sembra attenuarsi molto la presunzione di elusività della legge italiana sottesa al precetto normativo, dal momento che non tutti gli elementi di collegamento significativi (cittadinanza e residenza abituale) sono univocamente orientati verso l'ordinamento italiano. Basti pensare, ad esempio, a due individui bipolidi che, pur risiedendo attualmente in Italia, scelgano di unirsi civilmente nello Stato straniero corrispondente all'altra cittadinanza posseduta, ove risiedano i loro familiari. Per di più, ove possedessero la cittadinanza di un altro Stato membro dell'Unione, l'attribuzione di rilevanza decisiva alla cittadinanza italiana, per sottrarre la regolamentazione del rapporto alla legge straniera del luogo di costituzione a favore di quella italiana, potrebbe essere intesa come un'ingiustificata preferenza per quest'ultima ed un ostacolo alla libera circolazione.

Anche con riferimento alle unioni civili costituite all'estero tra cittadini residenti abitualmente in Italia si pone il problema dei possibili effetti di un successivo mutamento di cittadinanza o residenza e la soluzione potrebbe essere la medesima prospettata in relazione all'applicazione dell'articolo 32-*bis*.

Infine, è da osservare che l'articolo 32-*bis* non contempla solo le unioni civili omosessuali costituite all'estero da cittadini residenti in Italia, ma anche ogni altro istituto analogo. Palese è l'intento del legislatore di tenere conto delle diverse qualificazioni giuridiche che si riscontrano in altri ordinamenti, ma incerti restano i confini entro i quali sia possibile ravvisare una corrispondenza sostanziale, da ricercarsi non tanto nell'identità sessuale dei *partner* quanto nella natura stessa degli istituti. È il caso, ad esempio, di istituti stranieri come il *pacs* di diritto francese, distinto dal matrimonio omosessuale ammesso da quell'ordinamento e accessibile sia a persone omosessuali che eterosessuali. Parrebbe eccessivo assimilare il *pacs* omosessuale ad una unione civile di diritto italia-

no, così come lo sarebbe assimilare il *pacs* fra persone eterosessuali al matrimonio[54]. La rinuncia da parte di una coppia omosessuale italiana residente in Italia ad avvalersi dell'istituto italiano dell'unione civile, a favore di un differente istituto straniero di matrice essenzialmente contrattuale, non appare di per sé elusiva del diritto materiale italiano e meritevole di essere "convertita" *ope legis* in un ben diverso e più stringente legame giuridico.

Infine, è da notare che non viene presa in considerazione la condizione giuridica delle parti di unioni civili eterosessuali costituite all'estero, siano esse straniere o italiane. La soluzione inevitabilmente andrà cercata nell'applicazione analogica delle norme di conflitto più pertinenti, sulla base della natura propria dell'istituto straniero nel contesto dell'ordinamento di appartenenza. Sarebbe infatti incongruo applicare a chi abbia consapevolmente voluto rinunciare ad avvalersi dell'istituto del matrimonio una disciplina, sia pure di conflitto, prevista per il matrimonio. L'alternativa che si pone è fra assimilazione all'unione civile, a prescindere dal fattore sessuale, in quanto essa valorizza la legge del luogo di costituzione e assicura in questo modo il rispetto della natura propria dell'istituto là dove è stato consapevolmente utilizzato dalle parti, e assimilazione alla disciplina minimale della convivenza stabile, con la conseguente applicazione dell'articolo 30-*bis,* di cui si tratterà qui di seguito.

10. *Cittadinanza e convivenza*

Gran parte dell'articolo unico della legge n. 76/2016, dal comma 36 in avanti, è dedicata all'istituto della stabile convivenza affettiva e solidale tra due persone maggiorenni – senza limitazioni per quanto riguarda il loro sesso – che non siano legate da altri vincoli giuridici (parentela, affinità, adozione, matrimonio, unione civile). L'accertamento, fermi i requisiti di sostanza, è rimesso ad una dichiarazione anagrafica. La circostanziata disciplina include anche la possibilità di regolare i rapporti patrimoniali con un contratto di convivenza.

Il legislatore nulla ha previsto, né direttamente né per via di delega, in ordine alla disciplina di conflitto per la stabile convivenza. Vista la

[54] Nel senso che tra gli "istituti analoghi" potrebbero ricomprendersi tutte le *partnership* registrate purché improntate ad una matrice pubblicistica e non aventi natura essenzialmente contrattuale, restandone escluse le convivenze *de facto*, v. F. PESCE, *op. cit.,* p. 93.

regolamentazione materiale della convivenza stabile, la sua formulazione e la sua *ratio*, volta alla tutela minima di una situazione di fatto caratterizzata da stabilità e motivazione affettiva, con una disciplina di impronta territoriale e risvolti pubblicistici, vi è motivo di ritenere che essa sia di applicazione necessaria per tutti i residenti in Italia, quale che sia la loro cittadinanza.

Quanto ai contratti di convivenza, si è già segnalato che il comma 64 contiene una nuova norma di conflitto, inserita nella legge n. 218/1995 come nuovo articolo 30-*bis*.

Il legislatore ha scelto di ricondurre questi accordi nell'alveo tradizionale dei rapporti familiari, piuttosto che valorizzarne la natura contrattuale, e, nell'impossibilità di prendere in considerazione il collegamento del luogo di costituzione di un vincolo che nella specie non si è voluto costituire e non esiste, ha fatto rivivere il tradizionale primato della legge nazionale comune; in via sussidiaria, per evitare scelte discriminatorie nel caso di differenti cittadinanze, ha fatto ricorso alla legge del luogo di prevalente localizzazione della convivenza.

Molti sono i problemi interpretativi ed applicativi derivanti da questa soluzione.

Il richiamo della legge nazionale comune apre la strada all'operatività del rinvio secondo la regola generale dell'articolo 13 l. n. 218/1995, mentre per il criterio della localizzazione si potrebbe ritenere applicabile, per identità di *ratio,* quella parte dell'articolo 13 che esclude il rinvio per i collegamenti di tipo territoriale.

È possibile, anzi probabile attesa la peculiarità della regolamentazione materiale, che la legge nazionale comune non preveda contratti di convivenza[55]; in tal caso, di fronte alla mancata tutela dei diritti nascenti da accordi che il legislatore italiano ha voluto invece assicurare, pare inevitabile supplire col ricorso alla *lex fori* italiana, in forza dell'articolo 16 della legge n. 218/1995.

Il legislatore al secondo comma dell'articolo 30-*bis* si cura di precisare che nel caso di cittadinanza plurima di una delle parti o di ambedue, la soluzione va cercata facendo applicazione delle norme nazionali, europee e internazionali che se ne occupano. La disposizione ha evidentemente funzione ricognitiva piuttosto che precettiva, dato che quelle nor-

[55] Come osservato da E. CALÒ, *Variazioni sulla professio iuris,* cit., sono ad oggi molto pochi gli Stati nei quali si è ritenuto di introdurre norme specifiche in relazione al contratto di convivenza, inteso come una sorta di *tertium genus* tra il matrimonio e l'unione civile, tanto da poter affermare con l'autore che «*il contratto di convivenza è nel mondo del diritto una vera rarità*».

me sarebbero comunque fatte salve, in forza della loro prevalenza. Nel caso che le parti abbiano in comune più di una cittadinanza, si ritiene che debba prevalere quella maggiormente effettiva in linea di fatto, valorizzando indici come il luogo di residenza abituale comune o come l'eventuale intenzione delle parti di radicare l'accordo di convivenza in una di esse. Nel diverso caso che solo uno dei *partner* possegga più cittadinanze, una delle quali comune all'altro, resterà operativo il collegamento della cittadinanza comune[56].

La regolamentazione di questo tipo di accordi è rimessa dall'articolo 30-*bis* alla legge designata, senza distinzioni tra sostanza, forma e capacità. Limiti impliciti possono tuttavia trarsi dalla stessa legge n. 76/2016, come quello della maggiore età dei conviventi che è elevato ad elemento costitutivo della situazione di fatto ritenuta meritevole di tutela.

Si pone poi in termini generali la questione se ed in quale misura il diritto dell'Unione possa interferire con questa disciplina degli accordi di convivenza.

Quanto al regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, esso esclude dal proprio ambito di applicazione – all'articolo 1, comma 2, lett. b) – esclusivamente le obbligazioni derivanti da rapporti che, secondo la legge loro applicabile, abbiano "effetti comparabili al matrimonio": le obbligazioni derivanti da contratto di convivenza non paiono riconducibili a questa definizione, tanto più che non sorgono *ex lege* ma su espressa volontà dei conviventi.

Diversamente, con riferimento al regolamento UE 2016/1104 in materia di rapporti patrimoniali fra parti di unioni registrate, sembra assente nella convivenza di fatto il presupposto minimo per l'applicabilità della fonte unionale rappresentato dell'esistenza di una unione "registrata", così come definita dal regolamento stesso[57].

[56] La soluzione individuata appare conforme al principio di effettività di matrice internazionalistica e allo stesso tempo rispettosa del principio unionale di non discriminazione in base alla nazionalità. Non confligge poi col disposto dell'articolo 19 l. n. 218/1995, che trova applicazione quando si debba individuare la legge applicabile ad una singola persona e non ad una relazione interpersonale, come si evince anche dal dettato letterale, e che per di più è inapplicabile ove si ponga in contrasto col diritto dell'Unione e in particolare col divieto di discriminazioni in base alla nazionalità. In questa prospettiva, non si può ricorrere all'articolo 19 cit. neppure nel caso che uno dei *partner* sia apolide o rifugiato, per individuare la legge che gli sia applicabile in luogo di quella nazionale e valutare poi se essa coincida con quella di cittadinanza dell'altro *partner*. In mancanza di una legge comune sulla base della nazionalità, provvede già il legislatore ad individuare un collegamento alternativo appropriato per regolare l'accordo fra le parti.

[57] In senso favorevole all'applicazione del regolamento anche alle convivenze di fatto, E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, cit., p. 396 ss.,

Quanto infine alla sottoposizione dei contratti di convivenza alla giurisdizione italiana, la legge n. 76/2016 non dà alcuna disciplina specifica, perciò si potrebbe essere indotti a ritenere che operino le regole generali. Va osservato però che gli accordi di convivenza non sembrano rientrare fra le eccezioni al naturale ambito di applicazione del regolamento Bruxelles I *bis*, atteso che l'articolo 1, par. 2, lett. a) limita l'esclusione alle obbligazioni derivanti da situazioni assimilabili al matrimonio: non si configura come tale una mera convivenza di fatto.

Infine, in una diversa prospettiva, è da escludere che il mero fatto della conclusione di un contratto di convivenza, a prescindere da ulteriori elementi atti a comprovare il fatto obiettivo della convivenza stabile, possa configurare di per sé un indice significativo, ai fini dell'accertamento di quella residenza stabile duratura, debitamente comprovata, con un cittadino dell'Unione o con un soggiornante che assume rilevanza anche ai fini della direttiva 2004/38/CE sul diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione dei loro familiari, e della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare per i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro.

11. *Effetti della legge n. 76/2016 sulla legislazione relativa alla cittadinanza*

La legge n. 76/2016, se da un lato ha fortemente ridimensionato il tradizionale criterio di collegamento della cittadinanza e ha utilizzato lo *status civitatis* essenzialmente in chiave "difensiva", come elemento rilevante per estendere il perimetro di applicazione della disciplina materiale italiana, dall'altro lato ha inciso fortemente sulla vigente legislazione relativa alla cittadinanza.

Qui infatti l'assimilazione al matrimonio è stata piena, con parificazione dei due legami ai fini dell'acquisto e della perdita della cittadinanza. Per di più, questa incisiva modifica della legge n. 91/1992 è avvenuta in modo del tutto indiretto e quasi accidentale, ossia in virtù della generale e generica clausola di equivalenza contenuta al comma 20 della legge n. 76/2016, senza che si avvertisse l'esigenza di affidare la regolamentazione di questi effetti ad una delega legislativa.

È presumibile che questa scelta rispondesse alla volontà di evitare

traendo argomento dal riferimento alla registrazione anagrafica, seppure non obbligatoria ma finalizzata all'accertamento.

qualsiasi trattamento discriminatorio in base al sesso delle persone, e limitare al minimo le diversità di regime fra i due istituti, circoscrivendolo ai temi fortemente dibattuti a livello politico rappresentati dalla specificità di "matrimonio" e "famiglia" e dal divieto di costituire una famiglia mediante *stepchild adoption.*

D'altra parte, non vi era alcuna necessità "tecnica" di differire ad un decreto delegato un adeguamento della legislazione che ben poteva essere immediato ed automatico, senza lasciare intervalli temporali nei quali si determinasse una divergenza di effetti suscettibile di alimentare critiche e contenzioso costituzionale.

In questo modo, però, in assenza di un'appropriata valutazione analitica delle implicazioni connesse all'equivalenza di effetti tra matrimonio e unione civile, vengono a riflettersi sulla disciplina della cittadinanza italiana alcune ambiguità della riforma. È il caso degli effetti dei legami omosessuali costituiti all'estero. Relativamente ai matrimoni di italiani con *partner* stranieri, la previsione che i loro effetti in Italia siano quelli previsti dalla legge italiana per le unioni civili, al di là della funzione di individuare la legge applicabile, sta ad indicare che quel vincolo è considerato esistente e giuridicamente rilevante, e che perciò consente al *partner* straniero di acquistare la cittadinanza alle stesse condizioni del coniuge straniero.

Delicata è la questione dei possibili effetti degli istituti stranieri "analoghi" alle unioni civili, dal momento che l'assimilazione, come si è visto sopra, non è sempre agevole e univoca ed anzi può presentare forti margini di incertezza, in ragione della disomogenea articolazione dei legami giuridici affettivi nei vari ordinamenti stranieri. Un'interpretazione prudente e rigorosa delle fattispecie riconducibili alle unioni civili di diritto italiano consentirebbe di ridurre i rischi di aprire un varco agevole ad espedienti di comodo per l'acquisto della cittadinanza italiana ed europea.

PARTE III

La cittadinanza europea: limiti di operatività e questioni aperte

IDENTITÀ NAZIONALE E IDENTITÀ PERSONALE

RUGGIERO CAFARI PANICO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'identità nazionale e il diritto internazionale privato. – 2. Il limite dell'identità nazionale. – 3. L'identità personale (in situazioni di continuità transnazionale). – 4. La discrezionalità degli Stati. – 5. La competenza sull'esercizio delle competenze. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione: l'identità nazionale e il diritto internazionale privato*

L'influenza della disciplina del mercato interno sul funzionamento delle regole di diritto internazionale privato per quanto attiene ai rapporti fra gli Stati membri costituisce un dato acquisito dalla dottrina, tanto da far ritenere, da un lato, che il diritto sui conflitti di legge sia parte integrante del diritto comunitario (o, secondo un'espressione purtroppo invalsa nell'uso, eurounitario) e, dall'altro, da indurre a creare un sistema di criteri di collegamento rivolti ai paesi non dell'Unione europea basato su principi diversi da quelli adottati nei rapporti intracomunitari, in quanto ispirati questi ultimi a valori e presupposti non necessariamente condivisi dai paesi terzi[1].

Meno evidente è l'influenza che può essere esercitata sulle regole relative alla legge applicabile dall'esigenza di salvaguardare le identità nazionali in termini non già di contrarietà o meno all'ordine pubblico, ma di rispetto dei principi (supremi) dell'ordinamento costituzionale dei singoli Stati, in quanto riconducibili ai valori fondamentali su cui si fondano in quel determinato ordinamento i diritti inalienabili della persona.

Il risultato finale di entrambi i processi risulta invero comune, vale a dire l'applicazione della *lex fori* in luogo di quella altrimenti designata a

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

[1] R. CAFARI PANICO, *Società, obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali. Osmosi fra i sistemi. Questioni interpretative e prospettive di riforma della legge n. 218/1995*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 843 ss. Nel senso che «*l'Unione europea non pare propensa ad equiparare le situazioni "europee" a quelle "extraeuropee" in tema di elementi identificativi della persona*», v. S. MARINO, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 797 ss., in part. p. 822. In generale, A. DAVÌ, *I principi generali nel diritto internazionale privato europeo. Introduzione*, in P. PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016, p. 207 ss.

regolare la fattispecie, ma il segno di tale processo è opposto; nel caso del limite dell'ordine pubblico, la tendenza è nel senso, da un lato, di un suo progressivo, inevitabile affievolimento, se non addirittura scomparsa, nei rapporti tra gli ordinamenti degli Stati membri per la sempre maggiore condivisione di valori comuni, e dall'altro, di assumere, nello spazio residuale in cui continua ad operare, connotazioni sempre più comuni, proprie di un nuovo ordine pubblico europeo[2]; nel caso, invece, dei principi costituzionali facenti parte del "nucleo duro" della Costituzione, nel quale è racchiusa ed espressa l'identità (della Costituzione stessa e dunque) nazionale, ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, il (recente) cammino della giurisprudenza costituzionale (non solo) italiana[3] procede in senso inverso, verso una (ri)affermazione di quelli che appaiono i caratteri distintivi del singolo Stato nell'esercizio dei suoi poteri sovrani.

Ulteriore considerazione è che i principi costituzionali del nostro ordinamento operano in questa prospettiva dualistica, anzitutto, come eccezione al funzionamento delle libertà fondamentali, in particolare al diritto di libera circolazione dei lavoratori subordinati ed autonomi che intendano stabilirsi o prestare un servizio, essendo riconducibili alle possibili deroghe per motivi di ordine pubblico di cui rispettivamente agli artt. 45, par. 3, 52, par. 1, e 62 (in virtù del rinvio in esso operato) TFUE, o comunque per motivi imperativi di interesse generale; in secondo luogo, essi intervengono come limite successivo (controlimite[4]) ed eventuale al primato stesso del diritto dell'Unione. Ciò potrebbe verificarsi qualora la Corte di giustizia, in una propria pronuncia interpretativa, non accogliesse l'accezione di limite d'ordine pubblico proposta dallo Stato membro e quest'ultimo ritenesse che sussistano le condizioni per ritenere così violata la sua identità costituzionale.

La prima ipotesi non presenta particolari problemi, perché lo schema di funzionamento delle deroghe ai divieti posti dalle regole sul mercato interno non è dissimile da quello del limite dell'ordine pubblico nei

[2] V. conclusioni avv. gen. Wathelet, 4 dicembre 2014, causa C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2014, punto 173; in generale, S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, p. 208 e p. 231, nonché, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, VIII ed., Torino, 2017, p. 265 ss.

[3] Cfr. G. ZACCARONI, *Un'altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quaderni Cost.*, 2017, p. 155 ss.

[4] In merito ai c.d. controlimiti, nella vastissima dottrina esistente v., per tutti, i contributi apparsi in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

sistemi di diritto internazionale privato. Più delicata è la seconda delle situazioni prospettate, quella cioè in cui i principi posti a base dell'eccezione sono gli stessi che la Corte costituzionale ritiene fondanti il nucleo di principi inderogabili, anche da parte delle norme dell'Unione europea. In tal caso potrebbe accadere che il rispetto preteso dallo Stato membro della sua identità nazionale rischi di pregiudicare le caratteristiche essenziali su cui si fonda l'ordinamento dell'Unione[5].

Si tratta ora di verificare se tale processo, volto a delimitare i confini tra i due ordinamenti, abbia realmente un'incidenza sulla disciplina internazionalprivatistica dei rapporti con elementi di estraneità "europea" o se sia confinato ad altri settori del diritto più strettamente legati, per l'appunto, all'esercizio del potere sovrano. Inutile dire che lo spunto per queste riflessioni, difficilmente immaginabili non tanto tempo fa, nasce dall'attenzione creata dalle vicende del caso *Taricco*[6] intorno alla questione dei rapporti fra l'ordinamento europeo e i sistemi legislativi dei singoli Stati, in particolare quello (in specie, in ambito penale) del nostro Paese.

Ad oggi non è dato riscontrare casi in cui i principi assunti alla base del limite dell'ordine pubblico siano stati ritenuti parte anche dei c.d. controlimiti e soprattutto in cui una conseguente limitazione al primato del diritto dell'Unione sia stata anche solo ipotizzata in materia di famiglia, ma non lo si può certamente escludere. Concorre in tal senso il rilievo che lo stesso TFUE attribuisce al rispetto degli interessi e valori nazionali in tema di diritto di famiglia, consentendo l'attivazione del freno d'emergenza, anche da parte di un solo parlamento nazionale, per impedire una decisione del Consiglio che determini, all'unanimità, per quali aspetti del diritto di famiglia i relativi atti devono essere adottati secondo la procedura legislativa ordinaria in luogo di quella speciale altrimenti prevista (art. 81, par. 3).

Particolare interesse assume, quindi, l'ordinanza interlocutoria n.

[5] G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea, Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 7.

[6] La c.d. saga *Taricco* si compone delle seguenti pronunce sia della Corte di giustizia sia della Corte costituzionale: Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555; Corte costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, ECLI:IT:COST:2017:24; conclusioni avv. gen. Bot, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:564; e, infine, Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., ECLI:EU:C:2017:936. La notorietà della vicenda *Taricco* e l'interesse che essa ha suscitato in dottrina ci esimono da riferimenti che sarebbero comunque incompleti.

4382/2018, del 22 febbraio 2018, con cui la Corte di Cassazione[7] ha ritenuto di sottoporre alla valutazione del Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione relativa alla nozione di ordine pubblico. Esso viene descritto dal giudice *a quo* come l'insieme dei «*soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale*», fra cui quello dell'interesse superiore del minore, che pertanto opererebbe come ostacolo al riconoscimento di *status* legittimamente acquisiti in un altro Paese, secondo le norme ivi vigenti. La stessa nozione compare di fatto nella ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale[8] dove, per definire i principi costituzionali fondanti l'ordinamento nazionale, si fa riferimento ai «*principi supremi dell'ordinamento costituzionale*», quali parte della identità nazionale.

Di qui l'osservazione precedente che, pur nell'ambito di un approccio comune, il medesimo principio può operare secondo meccanismi profondamente diversi: anzitutto, come limite d'ordine pubblico, nonché, in un secondo (eventuale) momento, ove ritenuto non coincidente con i principi generali dell'Unione tratti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come interpretate dalla Corte di giustizia, quale principio caratterizzante l'identità (costituzionale) nazionale che l'Unione deve comunque rispettare. In attesa infatti che, come auspicato dall'avv. gen. Cruz Villalón, nel caso *Gauweiler*[9], si realizzi una «*convergenza sostanziale [...] tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella di ciascuno degli Stati membri*»[10], lo stesso principio del primato del diritto dell'Unione richiede che venga preservato un "tasso di diversità" dei singoli ordinamenti che deriva dalle peculiarità insite nella identità nazionale degli Stati stessi e che l'art. 4, par. 2 TUE intende salvaguardare. Come osservato dalla Corte di giustizia già nella sentenza *Omega*[11], non a caso richiamata dalla Corte costituzionale nella citata ordinanza n. 24/2017, non è indispensabile «*che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa*»[12]. La semplice esistenza di una concezione comune alla maggior parte delle tradizioni costitu-

[7] Per un primo commento, M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli* status *acquisiti all'esterno. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in questo volume, p. 161 ss.

[8] Ordinanza 26 gennaio 2017, cit.

[9] Conclusioni 14 gennaio 2015, causa C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7.

[10] *Ibid.*, punto 61.

[11] 14 ottobre 2004, causa C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

[12] *Ibid.*, punto 37.

zionali degli Stati membri non significa che essa assurga necessariamente al rango di parametro in base al quale valutare la compatibilità della diversa accezione che il medesimo principio assume in un determinato Stato e, dunque, la proporzionalità delle misure restrittive all'esercizio delle libertà fondamentali.

Come precisato dalla Corte di giustizia, «*la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato in un altro Stato membro*»[13]. La realtà è che la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione difficilmente è identica a quella che caratterizza gli Stati membri singolarmente considerati[14]. Può perciò ben accadere che una misura ritenuta in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, ai fini della valutazione delle eccezioni alle libertà fondamentali, possa essere comunque giudicata con esso compatibile se espressione della diversità nazionale che prevale sugli obblighi derivanti dal principio del primato[15], senza bisogno di ricorrere alla dottrina dei controlimiti. Perché si verifichi tale circostanza occorre tuttavia che il principio opposto dal singolo ordinamento esprima effettivamente un principio supremo che definisce l'identità costituzionale di quel Paese.

Il mero richiamo ad un principio contemplato dalla Costituzione non sarebbe invece di ostacolo all'applicazione del diritto dell'Unione: «*il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali*»[16]. Deve piuttosto trattarsi di un principio fondamentale su cui si basa

[13] *Ibid.*, punto 38. V., anche, con espresso riferimento all'operare del limite dell'ordine pubblico come eccezione all'esercizio delle libertà fondamentali, secondo un regime di tutela diverso da quello adottato da altri Stati membri ma comunque "necessario" e "proporzionale", Corte di giustizia, sentenza 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401, punto 73.

[14] R. CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus*, 14 maggio 2017.

[15] V., però, Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, dove, con riferimento ad una situazione giuridica non rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 della Carta, la Corte ha ritenuto che l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali possa avvenire solo «*a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione*» (punto 29).

[16] In merito v., in particolare, le conclusioni dell'avv. gen. Poiares Maduro, 8 ottobre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:544, punto 33. Nello stesso senso le conclusioni dell'avv. gen. Saugmandsgaard Øe, 4 maggio 2017, causa C-566/15, *Erzberger*, ECLI:EU:C:2017:347, secondo il quale il regime di cogestione tedesco «*co-*

l'ordinamento, la cui violazione consentirebbe, dal punto di vista dello Stato interessato, l'avvio della procedura cosiddetta dei controlimiti. Il che può accadere quando siano in gioco i diritti fondamentali della persona, considerati intangibili e non comprimibili, specie, ma non solo, laddove la disciplina interna consenta un livello più elevato di protezione, ai sensi dell'art. 53 della Carta.

2. *Il limite dell'identità nazionale*

L'art. 4, par. 2, in realtà, identifica due aree di "rispetto" da parte dell'Unione delle competenze statali: anzitutto, quella relativa all'uguaglianza degli Stati e alla loro identità nazionale, insita fra l'altro nella struttura costituzionale e, poi, quella che concerne le funzioni essenziali. Per queste ultime, vista la particolare rilevanza della sicurezza nazionale, addirittura viene espressamente affermato quanto di per sé già implicito nella norma, vale a dire che la competenza è esclusiva di ciascuno Stato membro, costituendo la politica in materia di sicurezza un elemento essenziale della sovranità statale.

Sono note le difficoltà nella formulazione, in generale, della clausola identitaria in discorso[17] e non è di nostro interesse approfondire, in particolare, le ragioni della specificazione così introdotta. Ci preme, invece, rilevare come anche con riguardo alla sicurezza nazionale sia opinione consolidata in dottrina e giurisprudenza che l'azione degli Stati non si sottragga allo "scrutinio della Corte"[18].

Fin dalle conclusioni del 6 aprile 1995 dell'avv. generale Jacobs nel caso *FYROM*[19], sempre in tema di sicurezza nazionale, è da ritenersi acquisito che spetta sicuramente agli Stati interessati valutare le questioni ad essa relative[20], cionondimeno l'autonomia degli Stati incontra due or-

stituisce un elemento essenziale del mercato del lavoro di quel Paese», come tale in grado di giustificare una restrizione della libera circolazione dei lavoratori, ma non «*un elemento dell'identità nazionale*» (punto 103). È evidente in questa impostazione il rischio che la Corte di giustizia si arroghi il compito di attribuire un diverso rango ai principi costituzionali degli Stati membri, invadendo le prerogative dei giudici costituzionali degli stessi Stati: così L.F.M. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *U.L.R.*, 2010, p. 36 ss., spec. p. 49.

[17] Per tutti, G. DI FEDERICO, *op. cit.*, p. 57ss.

[18] *Ibid.*, p. 159. In giurisprudenza, da ultimo, Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, causa C-187/16, *Commissione c. Austria*, ECLI:EU:C:2017:194, punto 75 ss.

[19] Causa C-120/94, ECLI:EU:C:1995:109.

[20] *Ibid.*, punto 55.

dine di limiti: l'uno relativo all'obbligo "di non abusare dei loro poteri"; l'altro di rispetto comunque del criterio di proporzionalità[21], tenendo conto nell'opera di ponderazione degli interessi comunitari, identificati all'epoca nel funzionamento del mercato interno.

Se ciò vale per la sicurezza nazionale, a maggior valore potrà valere per il ricorso da parte degli Stati ai propri principi costituzionali, quali espressione dell'identità nazionale, per giustificare eccezioni al primato del diritto dell'Unione o per contestare la validità di un atto di diritto derivato.

Volendo trasporre il principio ora enunciato nell'esegesi del rispetto dei principi costituzionali di uno Stato, quali parte della sua identità nazionale, la conclusione è che la definizione della nozione di principi supremi dell'ordinamento è sicuramente rimessa agli Stati membri, specialmente ai loro organi costituzionali, ma non è del tutto autonoma e basata esclusivamente sulla normativa nazionale, ma soggetta, nei limiti già indicati, alla valutazione della Corte di giustizia. Vero è tuttavia che l'apprezzamento della Corte costituzionale del singolo Paese, in quanto "genuino" e proporzionato agli obiettivi valoriali fissati dalla Costituzione del Paese stesso, non sarebbe sindacabile dalla Corte di giustizia in virtù del rispetto dovuto alle diversità nazionali.

La questione del grado di discrezionalità così riconosciuta agli Stati nel definire gli interessi essenziali che attengono alla sicurezza nazionale è stata di recente oggetto di esame da parte dell'avv. gen. Kokott nelle conclusioni del caso *Commissione c. Austria*, del 20 luglio 2017[22]. Da un lato, in esse viene affermato che la relativa nozione va interpretata in maniera autonoma, in quanto appartiene al diritto dell'Unione; dall'altro, viene riconosciuto che compete agli Stati membri tutelare gli interessi essenziali di sicurezza nazionale e che essi godono di un ampio margine di discrezionalità. Non è però sufficiente al riguardo un mero richiamo a tali interessi, gravando sugli Stati l'onere di provare «*in maniera circostanziata*» quali interessi siano coinvolti, in che modo l'adempimento degli obblighi di diritto dell'Unione contrasterebbe con essi[23], e se la misura «*risponde realmente all'intento*» di raggiungere «*in modo coerente*

[21] *Ibid.*, punto 72. In tal senso, Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, causa C-187/16, cit., punto 95. In argomento, anche per i necessari riferimenti, v. F. DI BENEDETTO, *Defining the Notion of National Security under Art. 4(2) TEU. What is Really Left to Member States' Sovereignty?*, in *Czech Y.I.L*, in corso di stampa.

[22] Causa C-187/16, cit., ECLI:EU:C:2017:578.

[23] *Ibid.*, punto 48.

e sistematico» la «*realizzazione dell'obiettivo addotto*»[24]. Tutto ciò a fronte della affermazione del governo austriaco che nella specie fossero in gioco "funzioni essenziali dello Stato"[25] che quindi giustificavano un'eccezione alle libertà fondamentali sancite nei Trattati.

Un ragionamento per certi versi analogo a quello dell'avv. gen. Kokott è stato seguito dall'avv. gen. Bot nelle conclusioni del 18 luglio 2017 nel caso *Taricco 2*[26] con riguardo alla qualificazione operata dallo Stato. Nel sindacare, infatti, le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in merito alla riconducibilità della disciplina dei termini di prescrizione nell'ambito dei principi "supremi" dell'ordinamento costituzionale, come tali tutelati dall'art. 4, par. 2, l'avvocato generale ha osservato come la stessa Corte costituzionale non avesse chiarito le ragioni per cui «*l'applicazione immediata di un termine di prescrizione più lungo potrebbe rimettere in discussione l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE*»[27]. Conseguentemente, l'Italia non avrebbe potuto invocare una lesione della propria identità nazionale, e in particolare costituzionale, a giustificazione della non disapplicazione della norma interna in contrasto con quella dell'Unione (art. 325 TFUE) dotata di effetti diretti. Nella sentenza *Taricco 2*[28] la Corte è giunta però alla conclusione che spetti comunque al giudice nazionale valutare se l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti effettivamente con il principio di legalità. Ove si verificasse tale condizione, egli «*non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione*»[29].

[24] *Ibid.*, punto 71; tutto ciò sempre al fine di evitare che gli Stati possano «*restringere abusivamente l'esercizio della libera circolazione dei cittadini dell'Unione*»: conclusioni avv. gen. Bot, 12 settembre 2012, causa C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2012:563, punto 80; v. anche, secondo una giurisprudenza consolidata, Corte di giustizia, sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Regione Sardegna*, ECLI:EU:C:2009:709, punto 42.

[25] Conclusioni avv. gen. Kokott, causa C-187/16, *Commissione c. Austria*, cit., punto 49. V. anche, secondo una giurisprudenza consolidata, Corte di giustizia, sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Regione Sardegna*, ECLI:EU:C:2009:709, punto 42.

[26] Causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.,* cit.

[27] *Ibid.*, punto 180.

[28] Sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, cit.

[29] In merito v. S. RODIN, *National Identity and Market Freedom After the Treaty of Lisbon*, in A. RAINER (ed.), *Limitation of National Sovereignty trhough European Integration*, New York, 2016, p. 51 ss., che distingue con riguardo giurisprudenza della Corte di giustizia sulla clausola dell'identità nazionale fra "small" e "large cases": per i primi, la Corte «*has maintained its public policy approach, combined with the least restrictive test. Under this approach, national identity cannot justify restriction of market freedoms if there is an alternative, less resctrictive way to protect national identity*»; per i

3. *L'identità personale (in situazioni di continuità transnazionale)*

La questione assume una complessità particolare quando si affronta il tema della continuità transnazionale della identità personale. Connotazione propria dei diritti connessi alla cittadinanza europea (artt. 18 e 21 TFUE), la libertà di circolazione, con il conseguente riconoscimento degli elementi identificativi dell'individuo, viene comunemente posta alla base di un diritto alla portabilità di tali *status*. In realtà, benché non sussista alcuna competenza attribuita all'Unione nel settore delle politiche di famiglia, è indubitabile che la stessa Unione sia intervenuta, in maniera talvolta anche frammentaria ed occasionale, a disciplinare aspetti anche rilevanti del diritto di famiglia e delle persone, vuoi mediante atti emanati in attuazione di specifiche politiche rientranti nella sua competenza, vuoi con l'adozione di norme uniformi di diritto internazionale privato. Le ragioni della esclusione in via generale di tale competenza sono molteplici e riconducibili alla resistenza degli Stati a cedere parte della loro sovranità in ambiti, come quello della famiglia, ritenuti essenziali.

Se ciò è vero, diviene agevole comprendere il difficile bilanciamento operato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Freitag* dell'8 giugno 2017[30], in cui oggetto di esame era il rifiuto opposto dalla autorità tedesca alla richiesta di cambiamento di cognome. Al di là della soluzione del caso di specie, rinvenuta nella possibilità di ricorrere in base a quel diritto ad altre procedure per ottenere quel risultato, conta rilevare come venga nuovamente affermato[31] che, benché la materia in oggetto (trascrizione negli atti dello stato civile) rientri nella competenza degli Stati membri, questi ultimi nell'esercizio di tale competenza devono comunque rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ciascun cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri. Nel bilanciamento, dunque, fra il margine di apprezzamento riservato agli Stati nelle materie di loro competenza e l'esercizio dei diritti connessi alle libertà fondamentali questi ultimi sono destinati a prevalere, salvo il ricorrere di circostanze eccezionali, ovvero del limite dell'ordine pubblico, l'unico ammissibile in un ordinamento integrato, nel cui ambito, ad avvi-

secondi, la situazione è differente, in quanto la Corte «*has shown readiness either to recognise a national identity claim out of hand (*Sayn-Wittgenstein*) or to defer to the national court (*Runevic-Vardyn*)*» (p. 80).

[30] Causa C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432.

[31] *Ibid.*, punto 33.

so dei giudici del Lussemburgo, rientra anche la funzione di tutela della struttura fondamentale dello Stato.

È quanto avvenuto, sempre in materia di diritto al nome, nel caso *Bogendoff von Wolffersdoff*[32], dove la Corte di giustizia ha ritenuto non in contrasto con il diritto dell'Unione il rifiuto opposto dall'amministrazione di uno Stato membro al riconoscimento del nome di un cittadino di tale Stato oltre che di un altro Stato membro, laddove tale diniego risulti giustificato da "scelte costituzionali". In quanto elementi dell'identità nazionale (inclusa la forma repubblicana) dello Stato in questione, tali "scelte" operano quali motivi di ordine pubblico, consentendo una deroga all'esercizio di una libertà fondamentale[33], nel rispetto comunque del principio di uguaglianza e con misure proporzionate agli obiettivi che perseguono. In precedenza, nel caso *Sayn-Wittgenstein*[34], la stessa Corte aveva sacrificato il diritto al nome e all'identità personale in funzione della salvaguardia dell'identità costituzionale dello Stato in cui venivano invocati gli effetti di un provvedimento adottato in un altro Stato membro, ma contrastante con i valori e i caratteri considerati irrinunciabili dallo Stato richiesto, anche se solo per quanto ritenuto necessario e proporzionato rispetto alla tutela effettiva dell'identità nazionale, trattandosi di valori costituzionalmente protetti e comunque coerenti con il principio di uguaglianza tra cittadini. Anche in questo caso, dunque, il limite di ordine pubblico, rappresentato dai principi costituzionali dello Stato in questione, non è stato considerato «*come una misura arrecante un pregiudizio ingiustificato alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione*»[35].

Il risultato è che la libertà di circolazione e i principi fondamentali interferiscono sul funzionamento del diritto internazionale privato, in tema di diritti della persona, in un duplice modo: da un lato, la disciplina di detta libertà, e segnatamente il mutuo riconoscimento, interviene come correttivo all'operare delle norme di conflitto[36], assicurando, con l'applicazione del metodo di riferimento all'ordinamento competente, il riconoscimento di *status* e situazioni personali, anche mediante la disapplicazione delle stesse norme di conflitto; dall'altro, i principi fondamen-

[32] Sentenza 2 giugno 2016, causa C-438/14, cit.
[33] *Ibid.*, punto 67. V. anche punti 64 e 73.
[34] Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-208/09, ECLI:EU:C:2010: 806.
[35] *Ibid.*, punto 94.
[36] Quanto alla configurabilità del mutuo riconoscimento come meccanismo *lato sensu* coflittuale, v. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 225.

tali operano come eccezione all'operatività della libera circolazione, incidendo così anch'essi, seppur indirettamente, sul sistema di diritto internazionale privato. Quando il riconoscimento dei diritti individuali relativi alla identità personale avviene mediante il ricorso a strumenti internazionalprivatistici funzionali alla realizzazione della libertà di circolazione delle persone stesse, l'operatività di tali strumenti è comunque destinata a cedere ogniqualvolta tale libertà incontri il limite del rispetto dovuto all'identità (costituzionale) nazionale[37]. Quest'ultima infatti, agendo come eccezione ai meccanismi del mercato interno, opera anche come espressione del limite dell'ordine pubblico nei riguardi dell'applicazione delle norme indicate come applicabili dal sistema di diritto internazionale privato, così come integrato, nel caso, dal principio del mutuo riconoscimento in modo da renderlo coerente con la libertà di circolazione.

Per chiarezza va precisato che il Trattato utilizza la clausola di ordine pubblico unicamente per giustificare l'adozione da parte degli Stati, cui essa è rivolta, di misure che altrimenti sarebbero in contrasto con obblighi imposti dal diritto dell'Unione[38], in specie con riguardo alla libera circolazione delle persone. Non vi è riferimento, invece, nei Trattati, all'ordine pubblico (internazionale) che opera sul piano del diritto internazionale privato, escludendo l'applicazione di leggi che altrimenti risulterebbero applicabili secondo le norme di conflitto. Inteso in quest'ultima accezione il limite dell'ordine pubblico è destinato, come già osservato, ad avere un ambito di applicazione tendenzialmente riservato ai rapporti con i Paesi terzi. Nella prima accezione esso assume, invece, una valenza sua propria strettamente connessa alla riserva di sovranità (e dunque competenza) in favore degli Stati e, dunque, al funzionamento del principio di attribuzione, destinata perciò ad una continua elaborazione man a mano che il processo di integrazione si evolve.

Per poter operare come giustificazione di una deroga all'esercizio di una libertà fondamentale, la nozione di ordine pubblico «*deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione europea*»[39]. Tale scrutinio sarà di conseguenza molto più pregnante di quanto altrimenti necessita per il suo

[37] S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 14 ss., specie p. 25.

[38] S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, p. 193 ss.

[39] Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* cit., punto 86.

normale funzionamento quale strumento di diritto internazionale privato ove non siano coinvolte limitazioni alla libertà di circolazione, non potendo l'ordine pubblico essere invocato se non «*in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività*»[40].

Come precisato dall'avv. gen. Wathelet nelle conclusioni del caso *Gazprom*[41], la nozione di ordine pubblico riguarda «*norme e valori dei quali l'ordinamento giuridico del foro del riconoscimento e dell'esecuzione non può sopportare la violazione, in quanto siffatta violazione sarebbe inaccettabile dal punto di vista di uno Stato di diritto, libero e democratico*». Affinché, dunque, una norma sia considerata di ordine pubblico, «*deve trattarsi di una norma imperativa talmente fondamentale per l'ordinamento giuridico interessato che essa non potrebbe subire alcuna deroga nell'ambito del caso in esame*»[42].

La nozione di ordine pubblico accolta, invece, nel sistema di diritto internazionale privato, oltre ad essere per sua natura tendenzialmente regressiva nei rapporti all'interno dell'Unione, è destinata a regolare gli spazi, in prospettiva sempre più ridotti, lasciati dall'adozione di regole comuni alla valutazione da parte del singolo Stato, secondo criteri suoi propri, delle situazioni giuridiche costituite all'estero. Ogniqualvolta, dunque, il funzionamento dell'ordine pubblico sia funzionale al conseguimento degli obiettivi dell'Unione è inevitabile che esso venga concepito come inclusivo non già della totalità delle concezioni di ordine morale, etico e politico di cui le norme nazionali sono espressione, bensì del nucleo dei soli principi fondamentali affermati nella Costituzione, secondo un principio non dissimile da quello dell'ordine pubblico quale contemplato dalle norme primarie dell'ordinamento comunitario. La convergenza non è casuale, ma frutto, da un lato, del progressivo imporsi del rispetto dei diritti riconosciuti dall'Unione ai suoi cittadini, *in primis* in materia di circolazione dei loro *status* e, dall'altro, dal conseguente adattamento degli ordinamenti degli Stati membri, nel rispetto comunque delle diversità che lo stesso riferimento ai valori supremi, che identificano i rispettivi ordinamenti, consente di salvaguardare, pur con tutte le difficoltà di cui i conflitti di recente insorti fra le Corti sono testimonianza.

Riguardo alle materie di competenza esclusiva degli Stati e, dunque, puramente interne, il problema insorge quando l'esercizio di tali compe-

[40] *Ibid.*, punto 86.
[41] Causa C-536/13, cit., punto 177.
[42] *Ibid.*, punto 100.

tenze incide su situazioni di rilevanza comunitaria. In presenza di elementi di estraneità, le competenze esclusive devono essere infatti esercitate, da un lato, in generale, in virtù del principio di leale collaborazione, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento UE e, dall'altro, nel loro esercizio concreto che va ad incidere sul diritto dell'Unione, nel rispetto degli obblighi derivanti dal Trattato e dal diritto derivato[43].

Sta di fatto che, in virtù anche di una interpretazione giurisprudenziale restrittiva, l'ambito di operatività dell'ordinamento comunitario nei confronti delle situazioni meramente interne si è progressivamente ampliato, venendo esse sempre più attratte per connessione sotto l'egida di norme o principi dell'ordinamento dell'Unione[44]. Tutto viene in tal modo ricondotto ad una logica interna allo spazio giuridico europeo, cosicché nel caso di incidenza sulle libertà fondamentali, gli eventuali ostacoli posti da principi (costituzionali) fondamentali di uno Stato membro degradano da limite alle competenze dell'Unione, in ragione del principio di attribuzione, ad una delle possibili eccezioni, quale quella dell'ordine pubblico, poste all'esercizio dei relativi diritti che ne discendono in capo al cittadino europeo, come tali soggette all'ordinamento europeo, salvo il margine di apprezzamento discrezionale comunque riconosciuto agli Stati, ma da esercitare in coerenza col diritto dell'Unione stessa.

Tale soluzione, certo la più confacente dal punto di vista comunitario, non solo non è chiara e coerente nella giurisprudenza della Corte, che finisce per richiamare indifferentemente, anche in tema di diritto al nome, l'identità nazionale e, in specie, i principi costituzionali che ne fanno parte, e l'ordine pubblico, ma soprattutto non ci soddisfa perché trascura la questione della salvaguardia delle diversità fra i singoli Stati membri, di cui allo stesso art. 4, par. 2 TUE e agli artt. 67 e 82 TFUE. Tali diversità possono, infatti, dar luogo a difformità fra i principi fondamentali europei, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni alla maggior parte degli Stati membri, e quelli specifici della Costituzione di un singolo Stato, che il caso *Taricco* ha fatto emergere. La Corte di giustizia ha, alla fine, saggiamente risolto tale difformità puntando sulle tradizioni comuni, in maniera comunitariamente orientata, ma comunque rispettosa

[43] Per tutte, in tema, ad esempio, di trattamento pensionistico, Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 2016, causa C-187/15, *Pöpperl*, ECLI:EU:C:2016:550: «*Se è pur vero che gli Stati membri conservano la loro competenza a disciplinare i loro sistemi di previdenza sociale, nell'esercizio di tale competenza devono tuttavia rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori e al diritto di stabilimento*» (punto 22).

[44] C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, II ed., Torino, 2014, p. 33.

della competenza statale, senza però affrontare il problema di fondo della possibilità reale di un conflitto fra l'ordinamento dell'Unione e quello statale in merito alla tutela dei principi ritenuti solo da quest'ultimo, e non dal primo, fondamentali, oggi in campo penale, domani, forse, nell'ambito del diritto della famiglia e della persona[45].

Già si è accennato alla coincidenza, in talune situazioni che attengono nell'ordinamento italiano ai diritti fondamentali in materia di famiglia, della definizione di ordine pubblico e di quella di principi supremi dell'ordinamento, rilevanti, in base alla giurisprudenza *Granital*[46], ai fini della individuazione dei controlimiti. Volendo trarre una conclusione, occorre riconoscere che ove la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale della questione, ritenesse, per qualsivoglia ragione, la normativa italiana incompatibile con l'esercizio effettivo dei diritti del cittadino dell'Unione, quali affermati dalla libertà di circolazione, e quindi inoperante il limite dell'ordine pubblico rispetto al riconoscimento di uno *status* acquisito in base alle norme di un ordinamento straniero, tale statuizione non sarebbe necessariamente vincolante per il giudice nazionale. Chiamato, infatti, a decidere in merito alla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto certificativo di tale Stato, il giudice comune avrebbe la possibilità di sollevare l'incidente di legittimità costituzionale per l'asserita contrarietà della legge di esecuzione dei Trattati agli artt. 11 e 117 della Costituzione; in sostanza, per la contrarietà della norma dell'Unione ai principi costituzionali fondanti l'ordinamento nazionale (controlimiti). In tal caso, sulla scia della sentenza *Taricco 2* sarebbe logico ritenere che, ove il principio costituzionale italiano fosse comunque riconducibile nell'ambito di valori in tema di famiglia riconosciuti e tutelati dalla Carta e dai Trattati nel rispetto delle diversità nazionali, l'obbligo di disapplicazione della norma interna ostativa al riconoscimento verrebbe meno.

4. *La discrezionalità degli Stati*

Il dubbio è se, alla luce di quanto osservato finora, esista una sorta

[45] In merito, v. però K. LENAERTS, *L'eredità del procedimento Costa c. Enel*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Napoli, 2016, p. 15 ss., per il quale «*essendo l'Unione europea governata dal principio di democrazia, spetta alle istituzioni politiche dell'Unione, ciascuna nell'ambito delle competenze conferitele, stabilire una line di demarcazione tra unità e diversità. Quando il legislatore dell'Unione decide di stabilire un livello uniforme di tutela dei diritti fondamentali, i parametri nazionali in conflitto devono essere messi da parte*» (p. 30 ss.).

[46] Sentenza 8 giugno 1984, n. 170, ECLI:IT:COST:1984:174.

di diritto privato necessario che, a livello domestico, trova fondamento nei principi costituzionali del singolo Stato e, a livello europeo, nel riconoscimento del rispetto dei valori identitari dello Stato stesso. La questione si è posta finora in termini di margini di discrezionalità nella determinazione degli standard di protezione dei diritti fondamentali[47], mentre si tratterebbe piuttosto di stabilire se, ad esito del necessario bilanciamento, la tutela dei diritti fondamentali nazionali possa prevalere sulla applicazione delle norme sulla libertà di circolazione e, dunque, sul piano degli strumenti di diritto internazionale privato, costituire un limite al riconoscimento degli *status* legittimamente acquisiti, in base alla legge applicabile, nell'ordinamento di un altro Stato membro.

In tali circostanze diviene difficile accertare se, ad esempio, il principio del *best interest* del minore, ove declinato in modo diverso dal principio generale del diritto dell'Unione,[48] assurga a principio costituzionale "identitario" del nostro ordinamento o sia piuttosto manifestazione dei principi ritenuti al momento primari all'interno del sistema di tutela del minore nell'ordinamento stesso ai fini dell'operare del mero limite dell'ordine pubblico (internazionale)[49]. Nel primo caso, il possibile contrasto sarebbe soggetto all'apprezzamento prioritario (e anche, nel caso di diritti sanciti nella Carta, forse esclusivo) della nostra Corte costituzionale[50] che, specie laddove ritenesse il livello di protezione dei diritti fondamentali della persona offerto dal nostro ordinamento più elevato di quello previsto dalla regola che si intenderebbe altrimenti applicare[51], potrebbe attivare il meccanismo dei controlimiti nei riguardi della disciplina che deriva dal funzionamento del mercato interno, nella misura in cui si rifletta sullo *status* e sul trattamento degli individui. Nella seconda ipotesi, il limite (di ordine pubblico) sarebbe per sua natura desti-

[47] I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. COSTAMAGNA, A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, L. MOLA, L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010, p. 7 ss.; nonché A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, che ritiene necessario che l'Unione europea si fondi «*su forme di sincretismo culturale*» (a p. 36).

[48] Corte di giustizia, sentenza 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Chavez-Vilchez*, ECLI:EU:C:2017:354, punto 70.

[49] Cassazione, ordinanza n. 4382/2018, cit.

[50] V. *infra* quanto osservato in merito alla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale.

[51] In merito, M.E. COMBA, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 973 ss.

nato a variare nel tempo e soggetto alla valutazione dei giudici comuni e all'interpretazione della Corte di giustizia.

L'assenza di standard comunitari comuni (o meglio, tradizioni costituzionali comuni) se, da un lato, impone il rispetto delle diverse concezioni nazionali, dall'altro, richiede la verifica del rispetto da parte dell'ordinamento dell'Unione dei limiti imposti dai Trattati in ordine alle competenze rimaste esclusive degli Stati, nonostante la loro progressiva erosione compiuta dalla Corte di giustizia[52]. Di qui la ricerca, non sempre lineare e coerente, di un criterio di valutazione del margine di apprezzamento lasciato allo Stato membro. La stessa materia spesso rende difficile un bilanciamento tra ciò che attiene effettivamente agli interessi essenziali della società e l'esigenza di salvaguardia dell'esercizio delle libertà fondamentali, senza che queste ultime rechino un *vulnus* grave e irreparabile ai primi. Lo stesso parametro di riferimento comunitario, essenziale per il necessario raffronto, può divenire difficile da ricostruire laddove vi sia una pluralità di posizioni all'interno degli ordinamenti dei vari Stati membri.

Il caso della maternità surrogata è esemplare delle problematiche così evidenziate. È evidente, infatti, che vi sia una mancanza di omogeneità, e quindi, di consenso fra gli Stati in merito al trattamento di tale questione e, dunque, alla tutela dei diritti individuali dei cittadini dell'Unione, con inevitabili riflessi sulla libera circolazione dei relativi *status* personali. Non dissimile la situazione già creatasi con riguardo al riconoscimento dei diritti dei transessuali oppure degli omosessuali[53]. In merito la Corte di giustizia ha riconosciuto un ampio margine di discrezionalità ai singoli Stati, ammettendo la possibilità di diversi livelli di tutela. Si tratta a ben vedere, di un dovuto riconoscimento degli ambiti che in tema di diritti fondamentali sono soggetti all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati, rispetto ai quali la Corte del Lussemburgo si limita ad una attività di coordinamento e controllo delle ricadute sulle libertà fondamentali.

[52] Nel confutare la tesi della progressiva erosione della sovranità statale da parte della giurisprudenza comunitaria, G. TESAURO, peraltro, ha affermato che di questa evoluzione gli Stati sono stati sempre consapevoli, tanto da avallarla con manifestazioni del proprio consenso, seppure *a posteriori* (*Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. eur*, 2006, p. 235 ss., a p. 246).

[53] Sulla tutela a livello costituzionale dei modelli tradizionali di famiglia degli Stati membri, v. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" fra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in A. RUGGERI, D. RINOLDI, V. PETRALIA (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo fra corti europee e giudici nazionali*, Atti del convegno – Catania, 29 maggio 2014, Napoli, 2016, p. 1 ss.

5. *La competenza sull'esercizio delle competenze*

Sarebbe a questo punto lecito chiedersi quali siano le conseguenze concrete dell'impostazione da noi suggerita.

Già si è accennato inizialmente come, benché il risultato sia comune, ovvero l'applicazione della *lex fori*, diverse siano le prospettive sul piano dell'uniformità dei valori. I valori fondamentali dell'ordinamento sono, infatti, destinati, di regola, a cedere nei riguardi dei diritti connessi alla libertà di circolazione, per prevalere invece su di essi, in via di eccezione, ove detti principi assumano la connotazione di veri e propri controlimiti. Problema ulteriore, ma indissolubilmente connesso, è quello di chi sia il soggetto giurisdizionale che può sindacare l'esercizio da parte degli Stati delle loro prerogative in tema di tutela dei valori fondanti dei singoli ordinamenti e, dunque, dirimere gli eventuali conflitti.

Da tempo la dottrina[54] si è posta il quesito «*Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*»[55], senza poter fornire una risposta conclusiva. Lo stesso quesito si ripropone ai nostri giorni: «*[a] quale ente spetta, dunque, la titolarità del controllo sull'esercizio delle competenze attribuite all'Unione?*»[56]. Se in tema di esercizio del limite dell'ordine pubblico non sussistono infatti dubbi sulla competenza della Corte di giustizia a valutarne l'estensione e i contenuti, più complessa è la risposta laddove lo Stato eccepisca non solo o non tanto la (mera) contrarietà ai suoi principi costituzionali, anche fondamentali, ma il rispetto stesso di quei principi – se possibile – "ancora più fondamentali", in quanto riconducibili alla sua identità nazionale, così come descritti nell'art. 4, par. 2 TUE.

La risposta parrebbe obbligata: trattandosi di nozioni (autonome) del diritto comunitario è del tutto coerente ritenere che, pur essendo compito delle corti costituzionali definire i contorni dell'identità dei rispettivi ordinamenti[57], sia comunque la Corte di giustizia a dover fornire la dovuta interpretazione. Non mancano tuttavia indicazioni in senso diverso, tanto da giustificare un ulteriore quesito di fondo: in caso di divergenza sul

[54] Per riferimenti al dibattito che nella dottrina italiana ha accompagnato fin dagli inizi della costruzione europea il tema dei possibili conflitti fra la Costituzione e le norme di diritto comunitario, v. G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 382 ss.

[55] M. KUMM, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 1999, p. 351 ss.

[56] E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, II ed., Torino, 2017, p. 13.

[57] G. DI FEDERICO, *op. cit.*, p. 184.

piano interpretativo fra la Corte di giustizia e, nella specie, la Corte costituzionale italiana, con riguardo alla tutela delle specificità nazionali, a chi spetterebbe l'ultima parola?

Interessanti risultano al riguardo le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2018[58], dove i giudici della Consulta, in merito al possibile contrasto fra i principi "costituzionali" contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e principi costituzionali dell'ordinamento italiano, hanno rivendicato la priorità del giudizio di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ponendo così le basi per una "via nazionale" all'applicazione della Carta stessa. Non siamo (auspicabilmente) di fronte ad una rivendicazione della competenza (esclusiva) della Corte costituzionale a giudicare sui limiti e sui contenuti della identità costituzionale dello Stato[59], stante la competenza della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 19, par. 1 TUE, a giudicare della fondatezza e delle conseguenze delle valutazioni compiute dallo Stato[60], ma sicuramente si potrebbe aprire una nuova fase nei

[58] Sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269. In dottrina, per un commento, L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana:* obiter *"creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*; nonché, per tutti, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum Quaderni Cost.*; R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ibid.*; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti Comparati*; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum Quaderni Cost.*; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo* Taricco. *Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?* in *Dir. Un. eur.* (on line), 2017, p. 1 ss.; G. SCIACCA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum Quaderni Cost.*; E. SCODITTI, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *Foro It*., 2018, c. 406 ss; D. TEGA, *La sentenza n 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum Quaderni Cost.*; e ID., *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Quest. giust.*

[59] V. però l'ordinanza n. 24/2017 cit. della Corte costituzionale, dove si afferma il convincimento che spetti «*alle competenti autorità*» dello Stato membro «*farsi carico*» della valutazione della compatibilità della norma comunitaria con l'identità costituzionale dello Stato stesso, ai fini della sua applicazione. Ne consegue che nell'ordinamento italiano, laddove la Corte costituzionale sia richiesta di valutare «*la compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale*», è «*dovere*» della stessa Corte costituzionale «*accertare, se del caso, l'incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia*» (punto 7).

[60] R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2017, p. 915.

rapporti fra le due Corti, specie dopo che con la sentenza *Taricco 2* la Corte di giustizia, di fronte alla minaccia di un possibile ricorso all'utilizzo dei c.d. controlimiti, in uno sforzo di mediazione ha, come già osservato, rimesso ai giudici nazionali la decisione finale sulla sussistenza delle condizioni per continuare ad applicare la norma interna pur ritenuta in sé contrastante con quella comunitaria dotata di effetti diretti.

Di certo l'atteggiamento di tradizionale deferenza che dal 1984 ha sempre improntato il comportamento della Corte costituzionale è mutato significativamente. Probabilmente ha concorso a questo mutamento l'esempio fornito dalla Corte costituzionale tedesca, nella saga giurisdizionale *Gauweiler/OMT*[61], anche se non è ancora chiaro quale sarà l'esito finale di questa progressiva contrapposizione. Non può, infatti, escludersi, anzi è auspicabile, che ad un riconoscimento di fatto di un diverso e più significativo ruolo dei giudici costituzionali nella determinazione dei principi costituzionali nazionali, come tali destinati a confluire nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati e, quindi, a divenire fonte del diritto primario dell'Unione, si accompagni, da parte della Corte di giustizia, una valorizzazione maggiore delle peculiarità dell'ordinamento di volta in volta interessato, in un dialogo fra le Corti improntato ad un rinnovato reciproco *self-restraint*. Si tratta, peraltro, a ben vedere, di una scelta obbligata in quanto, proprio la struttura del tutto anomala del sistema dell'Unione, così come si è venuto evolvendo in senso tendenzialmente federale, sulla base della spinta operata dalla Corte di giustizia verso forme sempre più complete di integrazione[62], rende impossibile una soluzione che non tenga conto dei limiti posti dagli Stati al trasferimento di competenze a favore dell'Unione stessa mediante il principio di attribuzione.

In altri termini, se è vero che sin dalle sue origini la Corte di giustizia, partendo da una fragile base giurisdizionale, ha forgiato il quadro costituzionale di una struttura di tipo federalistico in Europa, non lo è meno osservare che essa non è al momento la Corte di uno Stato federale, in quanto, pur esercitandone in amplissima misura le tradizionali

[61] P. FARAGUNA, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e Tribunali costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2017, p. 567 ss.; e P. MENGOZZI, *Il rispetto del principio di legalità, la Corte di giustizia e il controllo delle funzioni tecniche della Banca Centrale Europea*, in *FSJ*, 2018, n. 1, p. 132 ss.

[62] Sul *favor integrationis* che ha ispirato la Corte di giustizia nell'utilizzo "in maniera creativa" degli strumenti di interpretazione classici, v. L.S. ROSSI, *Il diritto europeo rompe gli argini…*, in L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2008, p. 1 ss., in part. p. 6.

competenze[63], si colloca pur sempre nel solco delle organizzazioni internazionali[64]. Il rispetto delle diversità nazionali rappresenta, dunque, un limite invalicabile per la Corte stessa che non può non riconoscere come spetti agli Stati membri determinare il livello di tutela da accordare ai diritti considerati fondamentali all'interno dei propri ordinamenti.

La conclusione è che, nei limiti posti da un possibile abuso e da una valutazione di proporzionalità delle scelte compiute, rispetto al parametro dell'interesse comunitario, lo Stato è libero di esercitare in autonomia la propria competenza anche se essa diviene di ostacolo all'esercizio di competenze da parte dell'Unione. Di certo l'equilibrio fra le due istanze – quella sovrana degli Stati e quella *quasi* federale dell'Unione – non è agevole e soprattutto è suscettibile di innescare conflitti difficilmente risolvibili sulla base degli attuali principi. Sicuramente l'originalità del sistema affermata nella sentenza *Van Gend en Loos*[65] si è venuta accentuando e specificando, tanto da fuoriuscire definitivamente dagli schemi usuali.

Se già si è esclusa la natura federale dell'Unione, neppure sarebbe possibile cogliere in essa gli elementi propri di una Confederazione di Stati. Se numerosi sono, infatti, i punti di vicinanza con il sistema di rapporti delineato nella *Constitution of the Confederate States of America* dell'11 marzo 1861, basata anch'essa sostanzialmente su un principio di attribuzione, la principale differenza risiede proprio nel sistema di controllo giurisdizionale accentrato in una *Supreme Court* unica per tutti gli Stati confederati (*Art. III*, *section 2*). La odierna contraddizione è che l'Unione gode probabilmente di poteri non meno ampi di quelli attribuiti dagli Stati confederati alla Confederazione, ma al contempo non ha un organo giurisdizionale che possa risolvere autoritativamente i conflitti nascenti dalla ripartizione di competenze fra l'Unione stessa e i suoi Stati membri.

Nel suo complesso dunque «*il sistema dell'integrazione si ispira, sia pure parzialmente, a modelli organizzativi di carattere statale, senza peraltro assorbirli completamente*»[66]. Coesistono così elementi propri di esperienze giuridiche diverse, dove la valenza tendenzialmente federale si scontra con l'assenza di tutte quelle prerogative di sovranità, anche ma non solo sul piano giurisdizionale, che sole potrebbero consentire

[63] Per di più, dopo Lisbona, tali competenze sono definite per materia, come tipico di un ordinamento federale, e non già per obiettivi, come in precedenza.

[64] U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'unione europea*, V ed., Bari, 2017, p. 72.

[65] Corte di giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[66] E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 6.

all'Unione di portare comunque ad esecuzione le proprie determinazioni[67]. Fino ad oggi l'equilibrio fra i poteri sovrani degli Stati e le competenze che sono state trasferite all'Unione, in virtù dell'impegno di autolimitazione assunto dai primi, si è mantenuto grazie al dialogo fra le Corti, fingendo di ignorare la persistente antinomia fra impostazione monista e dualista. La stessa lettura che viene data dell'art. 4, par. 2 dalla Corte di giustizia, che riconduce i limiti in essa contemplati al normale funzionamento delle eccezioni già ammesse dal diritto primario al funzionamento delle libertà fondamentali, è naturalmente ispirata ad una visione monista che di fatto si è giovata di una sostanziale acquiescenza da parte degli Stati[68].

Ciò non toglie che dopo Lisbona si sia sicuramente manifestata «*un'accresciuta sensibilità degli Stati membri verso la configurazione dell'Unione europea come un ente che, pur essendo autonomo, possiede competenze ampie, ma non illimitate*»[69], cui si è accompagnata, in realtà meno di frequente di quanto ci si poteva attendere, una reazione «*di chiusura a tutela della propria sovranità*», di fronte «*all'utilizzo talora eccessivo dell'interpretazione teleologica*»[70]. La questione è emersa con chiarezza in seno al Consiglio dell'Unione europea quando, nel corso della riunione del dicembre 2014, si è trattato di prendere posizione sulle misure necessarie per garantire il rispetto dello stato di diritto, elemento essenziale dei valori fondamentali su cui, in base all'art. 2 TUE, si fonda l'identità europea. Anche in una situazione che coinvolgeva valori così importanti dell'Unione, posti a rischio dal comportamento di uno Stato membro, il Consiglio, di fronte alle rimostranze di chi invocava la lesione delle proprie prerogative sovrane, non ha potuto che riaffermare la necessità di lasciare «*impregiudicati i principi dell'attribuzione delle competenze, nonché il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri*»[71].

Permane quindi il dilemma, irrisolto, legato a due visioni diverse,

[67] *Ibid.*

[68] O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law: an Overview from the EU Perspective*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 981 ss., specie p. 991. Di reticenza da parte dei «*giudici nazionali – comprese le loro corti costituzionali o le loro corti supreme*» parla invece il Presidente della Corte di giustizia K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 26.

[69] I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 54.

[70] *Ibid.*

[71] Consiglio dell'Unione europea, *Garantire il rispetto dello stato di diritto nell'Unione europea*, 12 dicembre 2014, doc. 16862/14.

anzi opposte, che convivono nel quadro della leale cooperazione, del significato da attribuire al trasferimento dei poteri e delle competenze in capo all'Unione operato dall'art. 5 TUE, col dubbio se esso abbia comportato o meno anche trasferimenti di sovranità[72], e col risultato, in ogni caso, che se, da un lato, l'integrazione si realizza in virtù dell'attribuzione, dall'altro, l'attribuzione rappresenta anche il limite dell'integrazione.

In altre parole, l'ordinamento europeo e quello nazionale possono anche costituire un ordinamento unico ed integrato, ma ciò avviene nell'ambito, per quanto ampio, ma pur sempre (de)limitato, delle competenze attribuite. È vero che il principio di attribuzione conosce significative limitazioni, grazie principalmente, ma non solo, all'operare della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE e all'obbligo comunque per le norme nazionali i cui effetti ricadono nell'ambito del diritto comunitario di rispettarne le previsioni; ma è altrettanto vero che, a fronte dell'espansione delle competenze comunitarie in relazione alla maggior efficacia del perseguimento degli obiettivi elencati (c.d. principio di funzionalità), deve necessariamente sussistere un nucleo di materie, di rilevanza unicamente interna, per le quali la competenza dello Stato rimane assoluta. Altrimenti si dovrebbe ritenere che il passo da un federalismo "strisciante" ad un sistema realmente federale sia stato compiuto nei fatti, senza però che siano stati neppure forniti adeguati strumenti di *checks and balances*[73] e, quindi, idonee garanzie giurisdizionali che una struttura federale prevede necessariamente a favore dei suoi Stati membri.

La verità è, invece, duplice: da un lato, al di fuori delle competenze conferite, lo Stato rimane sovrano, anche se, nel caso di interferenze con l'esercizio di diritti riconosciuti dall'Unione, di essi deve necessariamente tenere conto nell'ambito della propria discrezionalità; dall'altro, la delimitazione dei confini tra Unione e Stati membri, collettivamente consi-

[72] Nel senso che il Trattato di Lisbona abbia evidenziato, fra l'altro, «*l'ampliamento delle competenze dell'Unione europea e una più tangibile cessione di sovranità in ambiti tradizionalmente rientranti nelle competenze statali (v. materia penale)*», C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 9. In senso per lo meno dubitativo, per tutti, E. TRIGGIANI, *Il difficile cammino dell'Unione verso uno Stato federale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 9 ss., in part. p. 10; nonché già U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, *op. cit*., p. 71 ss., mentre in senso espressamente contrario, A.L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, II ed., Padova, 2017, p. 67 ss.

[73] U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in AA.VV, *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, 2008, p. 1031 ss., in part. p. 1058.

derati è, al momento attuale, rimessa agli organi giurisdizionali di entrambi i soggetti, per quanto di rispettiva competenza, nel rispetto, ove occorra, delle specificità di ciascuno Stato interessato, in uno spirito di leale cooperazione che, inteso in senso bidirezionale, eviti il crearsi di situazioni di conflitto.

Ci pare, peraltro, incontestabile che l'Unione, come già la Comunità, non sempre si sia attenuta a questa regola di comportamento, avendo le sue norme "invaso" aree che dovrebbero restare di preminente (se non esclusivo) interesse interno, «*quali quelle incidenti sulla tutela concreta di diritti inalienabili degli individui*»[74], come rivendicato di fatto, anche se in maniera non sicuramente lineare, dalla Corte costituzionale con le proprie recenti pronunce, volte a ricondurre i rapporti fra gli ordinamenti entro schemi di maggior rispetto per le rispettive competenze.

In tale prospettiva i controlimiti rappresentano la linea di demarcazione, necessariamente mobile, tra il margine estremo della autolimitazione della propria sovranità da parte degli Stati e il perimetro delle competenze esercitate dall'Unione, così come avviene anche nelle relazioni con l'ordinamento internazionale[75].

6. *Conclusioni*

Da questa struttura ordinamentale intrinsecamente ambigua[76], frutto del contemporaneo ricorrere di modelli di rapporti diversi, di impronta ora internazionalistica ora statalista, in un processo, fino ad oggi, di progressiva evoluzione verso forme di organizzazione politica di stampo federale, si può uscire col riconoscimento all'Unione di una supremazia non più solo di norme, ma ora anche di sovranità politica. Per far questo occorrerebbe però un nuovo trattato. Risulta, infatti, difficile, se non impossibile, immaginare che l'evoluzione sopra accennata possa proseguire attraverso lo sfruttamento dei meccanismi impliciti nei Trattati e sfociare in un definitivo superamento del principio di attribuzione, sottraendo l'Unione al controllo degli Stati.

Le più recenti vicende, non ultima, sul piano politico, la decisione

[74] *Ibid.*

[75] La teoria dei controlimiti è stata invocata dalla Corte costituzionale per impedire l'ingresso nell'ordinamento italiano della consuetudine internazionale in tema di immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile nel caso che vedeva contrapposte Italia e Germania: sentenza 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238.

[76] V. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 12.

della Gran Bretagna di uscire dall'Unione e, su quello giuridico, la posizione assunta dalla Corte costituzionale tedesca[77] e da quelle di altri Paesi[78], nonché, più di recente, da quella italiana mostrano non solo come il processo di unificazione non sia irreversibile, ma anche come a dettare le regole del gioco siano sempre gli Stati che, dopo Lisbona, hanno anche la possibilità di ridurre le competenze dell'Unione (art. 48 TUE), a dimostrazione di come sia difficile immaginare un reale trasferimento di sovranità a favore della stessa Unione. Se si vuole dunque «*un'unione politica bisogna affrontare il nodo della statualità e agire al di fuori dei Trattati vigenti*»[79]. In attesa che ciò avvenga, come ci ha insegnato la vicenda *Taricco*, solo un attento bilanciamento delle ragioni dell'integrazione e delle esigenze identitarie degli Stati, fatto anche di soluzioni più o meno fantasiose e, comunque, fondate sul dialogo e la reciproca leale collaborazione, può evitare la rottura di quel «*patto costituzionale sul quale è fondata l'integrazione europea*»[80] e quindi l'insorgere di un conflitto altrimenti tanto ineluttabile quanto irrisolvibile e fornire una risposta alle contraddizioni insite nella attuale struttura dicotomica. A lungo si è confidato nella «*funzione federalizzante dei diritti*»[81] fondamentali riconosciuti e affermati dalla giurisprudenza comunitaria, secondo una tecnica di bilanciamento fra principi, ma appare ora evidente come «*non è il riconoscimento dei diritti fondamentali che può determinare processi di federalizzazione o di unità politica ma sono, al contrario, i processi di unità politica che possono portare a sempre più intense forme di estensione e tutela dei diritti fondamentali*»[82].

Nessuno degli attori, Stati e Unione, è in grado di risolvere da solo tali problemi a Trattati immutati. Si impone, pertanto, la ricerca di un nuovo punto di equilibrio, in attesa che si realizzino le condizioni per un diverso quadro istituzionale. In tale prospettiva, la reciproca rinuncia da parte della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali dei singoli Paesi

[77] V. anche il nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del 18 luglio 2017, relativamente alle misure di *quantitative easing* che non sarebbero coperte dal programma di integrazione: per un commento: P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale* contro *la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni Cost.*, 2017, p. 930 ss.; P. MENGOZZI, *op. cit.*

[78] V. P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe*, cit.

[79] E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 7.

[80] Conclusioni avv. gen. Cruz Villanón, 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:7, punto 52.

[81] A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 18. Sul punto v. G. ITZCOVICH, *op. cit.*, p. 376 ss.

[82] A. BARBERA, *op. cit.*, p. 19.

a far valere il proprio punto di vista – e, dunque, a rivendicare l'esercizio della "competenza delle competenze" – può agevolare una altrettanto reciproca convergenza verso un modello genuinamente "eurounitario", da tempo in via di completamento e non necessariamente di tipo federale, ma espressivo di principi comuni agli Stati membri, al di là della peculiare connotazione che detti principi possono continuare a mantenere, in buona fede e nello spirito di leale collaborazione, in ciascuno di essi.

I DIRITTI DEI CITTADINI "STATICI" NELLA GIURISPRUDENZA RECENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

CLAUDIA MORVIDUCCI*

SOMMARIO: 1. Lo *statu*s di cittadino europeo e le questioni meramente interne. – 2. L'attrazione *ratione materiae* del "godimento reale ed effettivo dei diritti di cittadinanza" nell'ambito del diritto dell'Unione. – 3. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza e le questioni tuttora irrisolte. – 4. Il perdurare di uno *status* diverso tra cittadini dinamici e statici.

1. *Lo* status *di cittadino europeo e le questioni meramente interne*

Nell'affrontare le tematiche connesse alla cittadinanza europea la Corte di giustizia si è mossa da due assunti principali, ribaditi più volte nelle proprie sentenze. Il primo è che lo *status* di cittadino dell'Unione «*è destinato ad essere lo* status *fondamentale dei cittadini degli Stati membri*»[1]; il secondo, che «*la cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione* rationae materiae *del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario*»[2]. Ambedue tali assunti sono stati affermati soprattutto in cause relative alla libertà di circolazione e soggiorno nel territorio dei Paesi membri, che costituisce il nucleo essenziale della cittadinanza europea almeno per quanto concerne i diritti che i cittadini possono fare valere nei confronti degli Stati[3]; sono stati richiamati, peraltro, anche in cause vertenti, direttamente o meno, sul diritto di voto al Parlamento europeo[4]. È evidente come il loro operare sia inver-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Questa espressione è stata utilizzata per la prima volta nella sentenza del 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk,* in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia* (*Raccolta*), p. I-6193 ss., punto 31.

[2] *Ex multis*, vedi la sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas Hagen*, in *Raccolta*, p. I-10451 ss., punto 23.

[3] Per la possibilità di distinguere tra diritti derivanti dalla cittadinanza europea che si possono far valere, rispettivamente nei confronti dell'Unione o degli Stati membri, ci si permette di fare riferimento a C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017, p. 61 ss.

[4] Si vedano le decisioni del 12 settembre 2006, causa C-300/04, *M. G. Eman, e O. B. Sevinger,* in *Raccolta*, p. I-8055 ss.; del 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro,* in *Raccolta*, p. I-50 ss. e del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Delvigne.*

samente proporzionale e come dal previlegiare l'uno o l'altro principio derivino conseguenze rilevanti in ordine ai diritti dei cittadini. Immaginando una linea retta tra lo zero rappresentato dall'irrilevanza per il diritto dell'Unione (questioni meramente interne) e l'uno, rappresentato dalla riconducibilità piena ai diritti di cittadinanza espressamente garantiti dal Trattato o da norme derivate, l'individuazione del punto in cui si situa la posizione del cittadino dei cui diritti si fa questione si sposterà su tale linea in funzione anche di come la Corte interpreta ed applica i due principi suddetti. Si può già da ora affermare che l'equilibrio, seppure non senza contraddizioni e ripensamenti[5], tende a spostarsi verso quell'uno che, raggiunto, tutela pienamente il cittadino europeo. Questa conclusione concerne anche una categoria particolare dei cittadini europei, e cioè coloro che non si siano avvalsi della libertà di circolazione, rimanendo sempre all'interno del proprio stato nazionale: mentre taluni diritti di cittadinanza concernono sicuramente tutti i cittadini (si pensi agli articoli 9, 10, e 11 TUE e all'art. 24 TFUE), per quelli connessi all'art. 21 TFUE la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente delimitato l'ambito delle questioni meramente interne in nome della necessità di tutelare lo *status* del cittadino, anche a scapito della lettera del Trattato o di norme secondarie.

È stato rispetto al diritto di soggiorno degli studenti, che la Corte ha stabilito per la prima volta che la cittadinanza europea è destinata a divenire "lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri", consentendo «*a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico*»[6]. La Corte ha, quindi, interpretato il diritto dell'Unione alla luce dell'effetto utile da raggiungere, e cioè in primo luogo garantendo per quanto possibile ai cittadini europei un trattamento non discriminatorio rispetto ai cittadini dello Stato ospite. Infatti, secondo giurisprudenza costante, «*[…] un cittadino dell'Unione europea che risieda legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi dell'art. 6 del Trattato in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione* ratione materiae *del diritto comunitario. Tali situazioni comprendono in particolare quelle rientranti nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e quelle rientranti nell'esercizio della libertà di cir-*

[5] Un'inversione nel tradizionale atteggiamento della Corte favorevole a tutelare i diritti dei cittadini europei può essere ad esempio riscontrata nella giurisprudenza iniziata con la sentenza dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*.

[6] Vedi la sentenza *Grzelczyk*, cit., punto 31.

colare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 8 A del Trattato»[7]. Per effetto, quindi, di una lettura congiunta degli attuali articoli 18 e 21 TFUE o anche, specie a seguito della sentenza *Baumbast*[8], del solo art. 21, la giurisprudenza si è pronunciata nel senso che anche quando i diritti di cui si fa questione non trovino un'espressa regolamentazione, e siano in astratto riconducibili a competenze degli Stati membri, devono essere riconosciuti al cittadino europeo che si sia avvalso della libertà di circolazione[9] qualora risultino connessi all'esercizio di tale diritto, o perché funzionali alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite, o per evitare conseguenze negative che derivino dalla sua fruizione[10].

Non è utile qui ricordare le molteplici conseguenze di tale giurisprudenza[11]: certamente, i diritti così riconosciuti dalla giurisprudenza ai cittadini europei risultano molto più numerosi e più pregnanti di quanto non emerga da una lettura non teleologicamente orientata delle norme sulla cittadinanza europea e soprattutto dell'attuale art. 21 TFUE. La configurazione della cittadinanza europea come *status* fondamentale è stata, altresì, il parametro alla luce del quale la Corte ha operato il test di proporzionalità nel caso di un conflitto tra il godimento dei diritti relativi e i provvedimenti nazionali che applicano le condizioni e limiti concessi

[7] *Ibidem*, punto 32 ss.

[8] Vedi la sentenza del 17 settembre 2002, causa C-413/99, in *Raccolta*, p. I-7091 ss., che ha affermato per la prima volta in modo esplicito la diretta efficacia dell'art. 18 CE: «*Tale diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione sul territorio di un altro Stato membro è certamente attribuito subordinatamente alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato CE nonché dalle relative disposizioni di attuazione. Tuttavia, l'applicazione delle limitazioni e delle condizioni consentite dall'art. 18, n. 1, CE ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno è soggetta a sindacato giurisdizionale. Conseguentemente, le eventuali limitazioni e condizioni relative a tale diritto non impediscono che le disposizioni dell'art. 18, n. 1, CE attribuiscano ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare […]*», punti 85 ss.

[9] Su questo aspetto, vedi le Conclusioni presentate il 30 marzo 2006 dall'Avvocato generale nel caso *Tas Hagen*, cit., punti 33 ss.: «*…i cittadini dell'Unione possono avvalersi del loro diritto alla libertà di circolazione anche qualora la materia interessata o la prestazione richiesta non siano disciplinate dal diritto comunitario […] In quanto libertà fondamentale l'art. 18, n. 1, CE è direttamente applicabile e va interpretato estensivamente. In particolare, tale disposizione, come anche le libertà fondamentali classiche del mercato interno, ha un ambito di applicazione non limitato a singole materie. Conseguentemente, secondo una costante giurisprudenza della Corte, le libertà fondamentali devono essere osservate anche dove il diritto comunitario non prevede (ancora) una disciplina e gli Stati membri conservano le rispettive competenze […]*».

[10] Sulla giurisprudenza citata, vedi per tutti M. E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione euopea*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, p. 339 ss.

[11] Vedi, oltre all'articolo sopra citato, C. MORVIDUCCI, *op. cit*., p. 216 ss.

dalle disposizioni primarie o secondarie del diritto dell'Unione[12], pervenendo alla conclusione, almeno sino alla sentenza *Dano*, che tali disposizioni comportano in genere un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno[13].

La giurisprudenza suddetta trovava peraltro il limite, ribadito in più occasioni dalla Corte, derivante dal fatto che la cittadinanza europea non ha lo scopo di estendere le competenze dell'Unione anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario. La configurazione di questo limite è risultata, come accennato, erosa dalla giurisprudenza stessa. Infatti, nel ricostruire quando una questione rientri nell'ambito di applicazione del diritto alla libera circolazione e al soggiorno dei cittadini dell'Unione negli Stati membri – condizione essenziale perché gli Stati conformino le proprie competenze al rispetto del diritto comunitario – la Corte ha ad esempio asserito che, benché una questione, quale l'individuazione dei beneficiari del versamento di una pensione alle vittime di guerra, rientri certamente nelle competenze statali, il fatto che la normativa statale escluda da tali beneficiari dei cittadini per il fatto di non essere più residenti nei Paesi bassi, avendo esercitato il proprio diritto di libera circolazione, ha un'incidenza sul diritto di questi ultimi all'ottenimento di una prestazione prevista dalla normativa nazionale e non può, quindi, essere considerata come puramente interna e come non avente alcun collegamento con il diritto comunitario[14].

Si può pertanto rilevare come la giurisprudenza della Corte che oppone limiti *ratione materiae* alla operatività dei diritti dei cittadini europei[15] abbia individuato con sempre maggiore frequenza un collegamento

[12] Nella sentenza *Baumbast*, ad esempio, la Corte ha asserito, con riferimento ai requisiti di reddito e di possesso di assicurazioni mediche posti dalla direttiva 90/364 che «[…] *l'applicazione di tali limitazioni e condizioni dev'essere operata nel rispetto dei limiti imposti a tal riguardo dal diritto comunitario e in conformità ai principi generali del medesimo, in particolare al principio di proporzionalità […]*» giungendo alla conclusione che nel caso di specie non era necessario che l'assicurazione medica coprisse tutte le spese, benché la direttiva lo richiedesse (punti 91 ss.).

[13] La Corte ha, infatti, riconosciuto l'interesse degli Stati membri di salvaguardare le proprie finanze rispetto a un eventuale turismo sociale, ma ha richiesto che fosse temperato da una sorta di solidarietà finanziaria. Il riconoscimento del diritto di soggiorno dei cittadini europei, e la concessione di eventuali aiuti economici vanno pertanto concessi a meno che non costituiscano «*un onere irragionevole che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere concesso* […]» (vedi sentenza del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, p. I-2119 ss., punto 56).

[14] Cfr. la sentenza *Tas Hagen*, cit., punti 21 ss.

[15] Nella stessa sentenza *Tas Hagen* sopra citata, la Corte ha premesso che: «*Inoltre, è pacifico che la cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione rationae materiae del Trattato anche a situazioni naziona-*

tra la fattispecie sottoposta al suo giudizio e le norme sulla cittadinanza che comporta "l'attrazione" della materia nell'ambito di efficacia del diritto dell'Unione[16]. Nei casi relativi alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei, peraltro, la Corte non ha adottato criteri esegetici innovativi rispetto a quelli cui era già pervenuta nei confronti delle libertà fondamentali. Sino agli ultimi anni, infatti, ha richiesto che si fosse previamente esercitata tale libertà, per connettervi una serie di diritti: l'interpretazione teleologicamente orientata consisteva, quindi, nell'attrarre una serie di conseguenze non immediatamente deducibili dalle competenze dell'Unione nell'ambito di efficacia del diritto di quest'ultima per "garantire" l'effetto utile, e cioè quella parità di trattamento tra i cittadini europei[17] già esistente ad esempio tra chi si fosse avvalso della libertà di circolazione in quanto lavoratore dipendente e i cittadini dello Stato ospite.

Restava irrisolta – o, anzi, sembrava che dovesse avere risposta negativa – la questione della possibilità di avvalersi dei diritti connessi all'operare della cittadinanza europea per quanti non si fossero preventivamente avvalsi della libertà di circolazione o non potessero invocare disposizioni *ad hoc* del Trattato o di norme derivate, come risultava sia dalla sentenza *Uecker e Jacquet*[18] che dalla sentenza *Governo della Comunità francese c. governo vallone*[19]. In ambedue le decisioni la Corte aveva ribadito che le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone e gli atti adottati in esecuzione di queste ultime «*non possono essere applicati ad attività le quali non presentino nessun elemento di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dal diritto co-*

li che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario» (punto 23).

[16] Sui diversi tipi di collegamento adottati dalla Corte, cfr. M.E. BARTOLONI*, op. cit*., p. 342 ss. Afferma che la Corte ha adottato un «*relaxed approach when examining whether a contested national measure has a deterrent effect on the exercise of EU rights*» K. LENAERTS, *'Civis europeaus sum? from the cross border link to the status of citizen of the Union*, in P. CARDONNEL, A. ROSAS, N. WAHL (eds.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart, 2012, p. 213 ss., *ivi* p. 215.

[17] Vedi la sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-148/02*, Garcia Avello*, in *Raccolta*, p. I-11613 ss., punto 23: «*Tale status consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, nell'ambito di applicazione ratione materiae del Trattato CE, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico*».

[18] Sentenza del 5 giugno 1997, cause C-64/96 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Raccolta*, p. 3171 ss.

[19] Sentenza del 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Governo della Comunità francese c. governo vallone*, in *Raccolta*, p. I-1683 ss.

munitario ed i cui elementi rilevanti rimangano confinati, nel loro insieme, all'interno di un unico Stato membro»[20], anche se ciò poteva dar luogo al fenomeno delle c.d. discriminazione a rovescio.

Appariva assodato per i giudici dell'Unione che il diritto comunitario non può trovare applicazione in situazioni meramente interne, e ciò a prescindere dal «*principio della cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE, che include, segnatamente, ai sensi dell'art. 18 CE, il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*»[21]. Ciò in quanto, come premesso, la «*cittadinanza dell'Unione non ha lo scopo di estendere la sfera di applicazione* ratione materiae *del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario*».

Dalla motivazione della sentenza sul *Governo vallone* emerge in modo univoco come l'elemento discriminante che ha indotto a qualificare come "meramente interna" l'esclusione di taluni cittadini belgi dal regime di assicurazione contro la mancanza di autonomia sia stato il fatto che si trattasse di cittadini belgi che non avevano esercitato la libertà di circolazione, non il fatto che la prestazione richiesta non rientrasse in quanto tale nell'ambito del diritto comunitario[22]. Di conseguenza, l'ambito di applicazione del diritto comunitario doveva configurarsi diversamente nei confronti dei cittadini belgi solo in funzione del previo esercizio o meno della libertà di circolazione, anche se, nel caso di specie, le

[20] Nel caso *Uecker* e *Jacquet* la Corte ha concluso che «*la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori non può essere applicata alla situazione di lavoratori che non hanno mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità*», come i coniugi delle signore Uecker e Jacquet, che «*sono cittadini tedeschi che risiedono in Germania, che lavorano nel territorio di questo Stato membro e che non hanno mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità*» (punti 16 ss.). Nel secondo caso si è trattato della mancata concessione anche ai cittadini belgi che si fossero trasferiti nella Vallonia da altre regioni del Paese di una prestazione assicurativa, che è stata riconosciuta invece dalla Corte a cittadini europei provenienti da altri Stati membri o che si ereano avvalsi della libertà di circolazione.

[21] Questa posizione era stata sostenuta dal governo della Comunità francese, punto 39 della sentenza, ma non accolta dalla Corte.

[22] Congruamente a quanto in precedenza affermato, infatti, per la Corte «*occorre ricordare che, se è vero che gli Stati membri conservano la loro competenza a disciplinare i loro sistemi di previdenza sociale, nell'esercizio di tale competenza devono tuttavia rispettare il diritto comunitario e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori e al diritto di stabilimento*» (punto 43) e, quindi, devono astenersi dall'adottare provvedimenti che, seppur applicabili senza discriminazioni basate sulla cittadinanza, siano idonee ad ostacolare o a scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, delle libertà fondamentali, come, ad avviso della Corte, erano le disposizioni in esame (punti 45 ss.).

motivazioni di queste conclusioni rispetto a cittadini, in ipotesi appartenenti alla comunità francese, che si fossero recati per lavoro all'estero, e al loro ritorno si fossero trasferiti nelle Fiandre, appaiono scarsamente convincenti, se non, appunto, relativamente alla configurazione del limite all'operatività del diritto dell'Unione come effetto "meccanico" dell'esercizio o meno della libertà di circolazione e soggiorno.

Dalla giurisprudenza citata a titolo paradigmatico, risulta che la Corte ha interpretato in modo restrittivo il principio secondo cui la cittadinanza europea non può di per sé allargare la sfera di competenze dell'Unione oltre quanto previsto dalle disposizioni di quest'ultima, a scapito delle competenze statali, a meno che questo non sia imposto dalla necessità di garantire l'efficacia dei diritti e delle libertà espressamente garantiti. In particolare, è sembrata circoscrivere il limite delle questioni meramente interne al suo significato ristretto di questioni in cui tutti gli elementi rilevanti siano circoscritti al territorio di uno Stato membro[23]. Oggetto del presente intervento è verificare, come sopra accennato, se tale conclusione trovi ancora riscontro nella prassi e se, ed eventualmente in quali termini, il limite delle questioni meramente interne nel senso sopra indicato trovi un superamento anche alla luce della configurazione dello *status* di cittadino europeo come *status* fondamentale. In estrema sintesi, l'analisi verterà sul come la cittadinanza europea operi nei confronti del cittadino "statico" o "stanziale"[24], cioè del cittadino europeo che non si sia avvalso della liberà di circolazione e sog-

[23] Si tratta di una ipotesi particolare di questione meramente interna. Infatti, con questa nozione si intendono tutte le materie sottratte all'ambito di operatività del diritto dell'Unione; nel caso qui considerato, ci si riferisce invece in modo specifico alla mancanza dell'elemento di transnazionalità. Nel caso delle quattro libertà di circolazione, e quindi anche della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei, è il *cross border* il collegamento tra il caso di specie e l'ordinamento sovranazionale, il presupposto quindi dell'applicazione del diritto dell'Unione. Nel prosieguo del lavoro, quando si alluderà alle questioni meramente interne in senso stretto, si farà riferimento a ipotesi in cui manca il *cross border*.

[24] Sulla diversa posizione dei cittadini "statici" e dinamici prima della sentenza *Zambrano* vedi e*x multis* J. P. PUISSOCHET, S. GERVASONI, *Droit communautaire et droit national: à la recherche des situations de l'ordre interne*, in *Juger l'administration, administrer la justice: Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, p. 719 ss.; C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, *Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All for Ulysses, Nothing for Penelope?*, in *ELR*, 2009, p. 433 ss.; S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino inattivo*, in *Dir. Un. eur*., 2011, p. 59 ss.; A. ARENA, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, in *Dir. Un. eur.,* 2011, p. 201 ss.; G. CAGGIANO, *La 'filigrana del mercato' nello status di cittadino europeo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 209 ss.

giorno – cui, come si è visto, molti dei diritti dei cittadini europei sono funzionalmente connessi.

2. *L'attrazione* ratione materiae *del "godimento reale ed effettivo dei diritti di cittadinanza" nell'ambito del diritto dell'Unione*

Considerato l'oggetto delle controversie su cui la Corte si era pronunciata sino al primo decennio del presente secolo, risultava irrisolto un quesito, pure adombrato in dottrina, relativo al fatto se, per operare, le norme relative alla cittadinanza europea dovessero essere fatte valere in una controversia relativa all'esercizio di uno dei diritti che ad essa si connettono, come, ad esempio, la libertà di circolazione e soggiorno, o se il fatto stesso che si trattasse dell'attribuzione, o revoca, o possesso stesso, della cittadinanza europea costituisse il "collegamento" necessario e sufficiente per attrarre la tematica nell'ambito di efficacia del diritto dell'Unione.

Si poneva, inoltre, la questione se, qualora un cittadino europeo cerchi di far valere dei diritti in una circostanza in cui il solo collegamento con il diritto dell'Unione è determinato dalla cittadinanza europea stessa (e non quindi da una cittadinanza diversa da quella del Paese ospite)[25], si rientri o meno in una situazione meramente interna: il caso in cui un diritto connesso allo *status* di cittadino europeo venga fatto valere nei confronti del proprio Stato membro anche da chi non se ne sia mai mosso per andare in altro Paese membro e non abbia altra cittadinanza[26], ma rivendichi comunque un tale diritto o il mantenimento della cittadinanza stessa. Il cittadino "statico" potrebbe quindi avvalersi della cittadinanza europea a prescindere dal previo esercizio della libertà di circolazione e soggiorno, esclusivamente *ratione personae*[27]. In questa ipotesi, tutti gli elementi della questione risulterebbero circoscritti ad un unico Paese, e una eventuale soluzione affermativa porterebbe a dedurre dall'esclusivo possesso della cittadinanza europea diritti esigibili nei confronti dello Sta-

[25] Come era avvenuto, ad esempio, nel caso *Zhu Chen* (sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, in *Raccolta*, p. I-9925 ss.).

[26] Come invece era avvenuto nel caso *Garcia Avello* (sentenza del 2 ottobre 2003 citata).

[27] È evidente che qui si fa sempre riferimento ai diritti di cittadinanza che si possono far valere nei confronti degli Stati membri, gli Stati cioè di cui si è cittadini o ospiti. Nel caso dei diritti rivendicabili verso l'Unione, il problema non si pone, in quanto essi sono evidentemente esercitabili dai cittadini europei a prescindere da un qualsiasi "collegamento" diverso da quello consistente nelle norme stesse del Trattato (vedi ad esempio i diritti enunciati nell' art. 24 TFUE).

to nazionale, così derogando, almeno all'apparenza, all'assunto sopra citato in base al quale tale cittadinanza non può ampliare la sfera di applicazione *rationae materiae* del Trattato. Ciò avrebbe inoltre conseguenze significative non solo rispetto all'efficacia dei diritti connessi espressamente alla cittadinanza europea e alla vigenza, rispetto alle situazioni contemplate, dei principi generali del diritto dell'Unione, come quello di proporzionalità: l'"attrazione" così operata nell'ambito di operatività del diritto dell'Unione della posizione di questi soggetti, in quanto cittadini europei, comporterebbe l'estensione dell'efficacia anche della Carta dei diritti fondamentali, in ragione della giurisprudenza *Äkerberg Fransson*[28].

Sembra che alla questione indicata la Corte abbia dato risposta positiva, seppure inizialmente in modo implicito. Il ragionamento seguito, peraltro, non comporta un superamento completo del limite delle situazioni interne: il cittadino "statico" continua ad avere uno *status* meno tutelato di quello "dinamico", non essendogli garantiti i diritti derivanti dall'art. 21 TFUE ma, come si vedrà, quelli intrinsecamente connessi allo *status* di cittadino europeo ai sensi dell'art. 20.

In effetti, nonostante talune aperture nella dottrina[29], sino alla sen-

[28] Sentenza del 7 maggio 2013, causa C-617/10. Un'interessante applicazione di tali principi, per quanto concerne i diritti dei cittadini "statici", si è avuta con la sentenza *Delvigne*, cit., del 6 ottobre 2015, in cui la Corte era stata adita in ordine alla legittimità di una normativa francese che infliggeva la decadenza dai diritti civili, con la conseguente perdita del diritto di voto anche alle elezioni al Parlamento europeo. Qui la questione, come nel caso *Eman Sevinger*, sopra citato, era quella dell'operatività non dell'art. 22 TFUE (trattandosi del diritto di voto al PE di un cittadino nel proprio Stato) bensì, qualora la Carta fosse stata applicabile nella fattispecie ai sensi del suo art. 51, dell'art. 39, comma 2. In proposito la Corte ha ricordato che l'art. 51 si applica in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse: ora, poiché nel regolamentare le modalità di voto al Parlamento europeo gli Stati membri sono vincolati dall'obbligo, «*enunciato all'articolo 1, paragrafo 3, dell'atto del 1976, letto in combinato disposto con l'articolo 14, paragrafo 3, TUE, di assicurare che l'elezione dei membri del Parlamento europeo si svolga a suffragio universale diretto, libero e segreto*», la Carta risultava applicabile e, quindi, anche il suo art. 39, comma 2. Di conseguenza, la Corte ha dichiarato che «*risulta chiaramente che l'interdizione dal diritto di voto che è stata inflitta al sig. Delvigne in applicazione delle disposizioni della normativa nazionale oggetto del procedimento principale rappresenta una limitazione all'esercizio del diritto garantito dall'articolo 39, paragrafo 2, della Carta*», anche se poi ha ritenuto legittima tale limitazione.

[29] In tal senso, vedi ad esempio G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale,* V ed., Torino, 2011, p. 54, secondo cui non solo «*il limite costituito dalla situazione puramente interna*» è inteso dalla giurisprudenza comunitaria «*in modo assai elastico e sempre meno restrittivo nel senso che la fattispecie in esame viene facilmente attratta nell'ambito della competenza comunitaria, ma lo status di cittadino europeo può rivestire anche un suo valore autonomo, nel senso che è idoneo di*

tenza *Rottmann*,[30] non era mai stato affermato esplicitamente dalla giurisprudenza che l'attribuzione stessa della cittadinanza europea fosse in grado di attrarre una situazione nell'ambito di operatività del diritto comunitario, così da poter prescindere da un diverso, ulteriore collegamento determinato dalla rivendicazione di uno dei diritti sanzionati dagli artt. 17 ss. CE o dal previo esercizio della libertà di circolazione. Era stato, quindi, richiesto un nesso diretto tra il Trattato, o le sue norme di applicazione, e il diritto fatto valere dal cittadino nei confronti del proprio Stato, nesso che non si esaurisse nella cittadinanza europea, ma in essa trovasse solo un presupposto. Pronunciandosi, come noto, sulla questione della revoca della naturalizzazione tedesca da cui risultava, in capo al signor *Rottmann*, uno *status* di apolidia, la Corte ha superato le obiezioni sollevate da diversi Stati e dalla Commissione relative al fatto che l'acquisto e la perdita della cittadinanza rientrassero nella competenza esclusiva dei Paesi membri e la questione apparisse meramente interna, priva di collegamenti con il diritto dell'Unione[31], concludendo che «*con tutta evidenza*», una situazione quale quella prospettatale, in quanto «*idonea a cagionare il venir meno dello status conferito dall'art. 17 CE e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione*»[32].

Si può rilevare che nel caso in questione, seguendo l'indirizzo di cui vi era già traccia nella sentenza *Eman* e *Sevinger*, i giudici non hanno indicato quale fosse l'elemento di collegamento con il diritto comunitario, come invece avevano fatto gli Avvocati generale. Dopo aver sottolineato che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri, e che «*l'art. 17, n. 2, CE ri-*

per sé ad attribuire all'individuo i diritti e le libertà riconosciuti dal Trattato», e G. STROZZI, *Limiti e contro limiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 23 ss.: «*Del resto, è riscontrabile in proposito una netta tendenza della Corte di giustizia a fare emergere, anche in situazioni qualificabili come puramente interne e dunque di per sé sottratte all'applicazione del diritto comunitario, il nesso tra la tutela di un diritto e l'ordinamento comunitario, consentendo per tale via agli individui di invocare ugualmente le garanzie previste da questo ordinamento nei confronti degli Stati membri*» (p. 33).

[30] Sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, in *Raccolta*, p. I-1449 ss.

[31] Secondo tale tesi, la cittadinanza europea poteva essere fatta valere solo in una controversia relativa al godimento di uno dei diritti che da essa discendono ai sensi del Trattato ma non in quanto situazione di per sé rilevante: di conseguenza, poiché il signor Rottmann non rivendicava diritti derivanti dalla cittadinanza europea, ma impugnava la revoca della cittadinanza nazionale che ne costituisce il presupposto, il ricorso in via pregiudiziale doveva essere dichiarato irricevibile.

[32] Sentenza citata, punto 42.

collega allo status suddetto i doveri e i diritti contemplati dal Trattato CE che possono essere fatti valere in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione ratione materiae *del diritto dell'Unione*», hanno ribadito il principio che gli Stati membri devono, nell'esercizio della loro competenza in materia di cittadinanza, rispettare tale diritto[33]. La revoca della cittadinanza nazionale – a seguito della quale un cittadino dell'Unione perda questa qualifica e i diritti ad essa connessi – benché rientri nelle competenze degli Stati deve, quindi, rispettare il diritto dell'Unione e in particolare, il principio di proporzionalità[34].

La Corte ha, quindi, stabilito che l'importanza dello *status* di cittadino europeo fa sì che vicende che vengano a condizionarlo, o a porvi termine, non possano sfuggire al sindacato giurisdizionale. Per i giudici, questa conclusione appare "evidente", assiomatica[35]. Se lo *status* del cittadino europeo è fondamentale, ed è fissato dall'art. 20 TFUE, disposizioni statali atte ad inficiarlo rientrano per ciò stesso nell'ambito di operatività del diritto dell'Unione e sono sindacabili sotto il profilo giurisdizionale. I presupposti della revoca della cittadinanza nazionale – solo, si ritiene, se comporta la perdita di quella europea[36] – non sono una questione interna *ratione materiae* ma rientrano nella sfera di applicabilità del diritto dell'Unione.

A seguito della sentenza *Rottmann*, pertanto, si può ritenere che il principio secondo cui la cittadinanza europea non ha lo scopo di amplia-

[33] *Ibidem,* punti 44 ss.

[34] Punto 56: «*Vista infatti l'importanza che il diritto primario annette allo status di cittadino dell'Unione, è necessario, nell'esaminare una decisione di revoca della naturalizzazione, tener conto delle possibili conseguenze che tale decisione comporta per l'interessato e, eventualmente, per i suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione. A questo proposito, è importante verificare, in particolare, se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine*».

[35] In questo senso, si vedano anche le conclusioni dell'AG: «*D'altro canto, non si può fondatamente sostenere, al pari di taluni Stati membri, che solo l'esercizio dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione conferita dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro ricade sotto il controllo del diritto comunitario, e non le condizioni di acquisto e di perdita della cittadinanza di uno Stato membro in quanto tali*» (punto 26).

[36] Il ragionamento della Corte è, infatti, fondato sugli effetti che la revoca della cittadinanza nazionale può avere sulla cittadinanza europea, per cui i requisiti di attribuzione e perdita della cittadinanza dovrebbero restare sotto tutti gli altri profili competenza dello Stato. Ci si può chiedere, peraltro, se una revoca che non rispetti il criterio di proporzionalità, operata nei confronti di una persona che, grazie a una duplice cittadinanza, non perda comunque quella europea, non potrebbe essere comunque "giustiziabile".

re la sfera di applicazione *rationae materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario vada reinterpretato in senso restrittivo: il fatto stesso che si faccia questione della cittadinanza europea, attrae le situazioni nazionali nell'ambito del diritto unionale, costituendo il "*link*" necessario[37]. Per converso, l'altro assunto (la rilevanza dello *status* di cittadino) acquista una nuova valenza, perché evidenzia la centralità e l'autonomia della cittadinanza europea in quanto tale (e non quindi come mero presupposto *ratione personae* dell'esercizio dei vari diritti enunciati negli artt. 18 ss. CE)[38]. Il caso *Rottmann* concerneva una situazione "limite", in cui a seguito di un provvedimento statale poteva venir meno la cittadinanza europea stessa: l'articolo rilevante nel caso *Rottmann* è, quindi, l'art. 17 CE (ora 20 TFUE), ai sensi del quale la cittadinanza è istituita e conferisce una serie di diritti e doveri, non gli articoli successivi che definiscono e disciplinano tali diritti[39].

Appare logico, sebbene non scontato[40], sviluppo di questa conclusione, la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Zambrano*. Anche in questo caso, infatti, la Corte si è riferita all'art. 20 TFUE e al fatto che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati per affermare che tale articolo «*osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione*», citando espressamente la sentenza *Rottmann*[41]. In ambedue i casi, infatti, ci si trova dinanzi a questioni idonee o a cagionare il venir meno dello *status* conferito dall'art. 17 CE e dei di-

[37] Vedi E. PAGANO, *La rilevanza della cittadinanza e dell'unità della famiglia nella recente prassi della Corte di giustizia in tema di ricongiungimento familiare*, in *Riv. dir. eur*., 2017.

[38] Sulla rilevanza assunta dallo *status* di cittadino europeo, che viene considerato dalla Corte come «*the real source of the rights and duties conferred to EU citizens and to their family members*», vedi L. AZOULAI*, "Euro-Bonds": The Ruiz Zambrano judgment or the Real Invention of EU Citizenship*, in *Perspectives on Federalism*, 2011, p. 31 ss.

[39] Sotto questo profilo, risultava superfluo per la Corte di giustizia analizzare se il ricorrente avesse o meno esercitato previamente il diritto di libera circolazione e soggiorno per "attrarre" la materia "revoca della cittadinanza" nell'ambito del diritto dell'Unione. Se si accoglie l'impostazione della Corte, infatti, la tematica non concerne i diritti che il cittadino europeo può far valere, ma il permanere stesso della sua cittadinanza che, in quanto attribuitagli dall'Unione a condizione che risulti in possesso di una cittadinanza nazionale, rende questione "comunitariamente rilevante" la revoca di quest'ultima.

[40] Su questa sentenza vedi P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano*: *prodromi e conseguenze di una* pronuncia inattesa, in *Studi integr. eur*., 2011, p. 417 ss.

[41] Punto 42 della sentenza *Zambrano*.

ritti ad esso correlati o «*a privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo di tali diritti*».

Nel caso *Zambrano*, come noto, questo effetto derivava dalla mancata concessione al padre dei due minori cittadini europei del permesso di soggiorno in Belgio, da cui derivava l'impossibilità per questi ultimi, impossibilitati a restare nel territorio dell'Unione, di godere realmente dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione. Risulta chiaro il nesso logico tra le due sentenze, che richiamano ambedue l'articolo che istituisce la cittadinanza europea ed esaminano le conseguenze che dai provvedimenti nazionali in esame derivano non sui singoli diritti a tale cittadinanza connessi, ma proprio sul suo operare complessivo. L'abbandono del territorio dell'Unione (non, si rilevi, dello Stato membro)[42], produce di fatto gli stessi effetti della revoca della cittadinanza; la questione su cui la Corte si pronuncia non è pertanto quale sia la base giuridica per concedere il permesso di soggiorno a familiari di cittadini europei stanziali , ma la compatibilità con l'art. 20 TFUE di un ostacolo posto da uno Stato membro al godimento effettivo dei diritti di cittadinanza.

3. *Gli sviluppi successivi e le questioni non risolte dalla Corte*

Con le sentenze *Rottmann* e *Zambrano* sembrava essere stata abolita la necessità di un previo esercizio della libertà di circolazione per poter fruire del godimento reale ed effettivo dello *status* di cittadino europeo, che deriva direttamente dall'art. 20 TFUE[43]. L'impatto pratico delle due decisioni appariva peraltro diverso: la riconducibilità alla sfera di appli-

[42] In realtà, è solo l'impossibilità di restare nell'Unione nel suo complesso che incide sullo status di cittadinanza. La Corte non ha preso in esame questo aspetto nella sentenza *Zambrano*, in quanto evidentemente ha ritenuto che il mancato rilascio del permesso di soggiorno al capo famiglia avrebbe comportato un ritorno in Colombia. Nella sentenza *Alopka*, invece, poiché, una volta che fosse stato rifiutato dal Lussemburgo il permesso di soggiorno alla madre di due minori, cittadini europei, questi avrebbero potuto avvalersi anche di una seconda cittadinanza di un Paese membro, «*in linea di principio, il diniego da parte delle autorità lussemburghesi di concedere un diritto di soggiorno alla sig.ra Alokpa non può avere come conseguenza di obbligare i figli della medesima a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se, alla luce di tutte le circostanze del procedimento principale, tale ipotesi ricorra effettivamente*» (sentenza dell'11 ottobre 2013, causa C-86/12).

[43] Vedi K. LENAERTS, *op. cit*., p. 220: «*Contrary to the traditional approach, Ruiz Zambrano stresses that a link with EU citizenship may exist in spite of the absence of physical movement across the border of the home Member State*».

cazione del diritto dell'Unione dei criteri di revoca di una naturalizzazione poneva bensì gravi questioni sul piano del rispetto delle competenze statali, che venivano incise in uno degli aspetti più gelosamente rivendicati, ma il caso appariva invero singolare e, nella pratica, non si è più riproposto. Riconoscere invece anche a cittadini stanziali, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 20, il diritto, sia pure in ipotesi circoscritte[44], al ricongiungimento familiare con cittadini di Paesi terzi poteva produrre conseguenze rilevanti sulle politiche migratorie degli Stati membri.

Inoltre, aver considerato incompatibili con l'art. 20 i provvedimenti statali che impediscano il godimento effettivo dei diritti derivanti dalla cittadinanza senza ulteriori specificazioni creava non semplici problemi interpretativi: si poteva cioè considerare che, poiché l'art. 20, par. 2, lett. a), enuncia, tra l'altro, il diritto di circolazione e soggiorno, anche i cittadini statici se ne possono avvalere nei termini poi definiti dall'art. 21 – ponendo così temine definitivamente al limite delle questioni interne *stricto sensu* – oppure che l'art. 20, così come sopra proposto, garantisce la fruizione non dei singoli diritti di cittadinanza ma della cittadinanza europea nei suoi elementi fondamentali, rendendo così incompatibili solo ipotesi estreme, come avveniva nel caso *Zambrano*. In questo caso, si potrebbe affermare che l'art. 20, par. 1, e non par. 2, conferisce direttamente al cittadino europeo un diritto di soggiorno nel territorio dell'Unione, diverso dal diritto di libera circolazione e soggiorno di cui al successivo art. 21. L'ambito di operatività dell'art. 20 varia con evidenza in maniera significativa a seconda della interpretazione che si accoglie: la prima meglio risponde alla lettera della sentenza, la seconda alla *ratio* che ha indotto la Corte nella sentenza *Rottmann*, a considerare materia di competenza del diritto dell'Unione ogni situazione che comporti il venir meno dello *status* conferito dall'art. 17 CE e dei diritti ad esso correlati.

Come noto, la Corte, consapevole delle critiche sollevate dalla sentenza *Zambrano* e delle sue possibili implicazioni, pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali sottopostele nel caso *Dereci* anche per chiarire alcuni aspetti della sentenza *Zambrano*[45], ha optato per la seconda delle

[44] Nella fattispecie esaminata nella sentenza *Zambrano* si faceva questione dell'impossibilità per dei minori, privi di altri mezzi di sostentamento, di restare nel territorio dell'Unione europea se non fosse stato concesso un permesso di soggiorno al genitore, non cittadino europeo, che se ne prendeva cura; come si vedrà nel paragrafo 4, le circostanze in cui invocare l'applicabilità dell'art. 20 si sono notevolmente ampliate.

[45] Vedi la sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/11, in *Raccolta*, p. I- 11315 ss. punto 30.

tesi indicate. La Corte ha, infatti, preso in considerazione la situazione concernente i cittadini statici, ribadendo che le norme sulla libertà di circolazione non possono essere applicate a situazioni i cui elementi rilevanti restino in complesso confinati all'interno di un unico Stato membro, ma concludendo nel senso che la «*posizione di un cittadino dell'Unione il quale [...] non abbia fatto uso del diritto alla libera circolazione non può essere assimilata, per questa sola ragione, a una situazione puramente interna*». Da tali premesse non risultava chiaro se i giudici nel caso dei cittadini stanziali ribadissero le conclusioni raggiunte nel caso *Governo Vallone*, dichiarando non applicabili le norme sulla libertà di circolazione *ex* art. 21 (pur non escludendo, a seguito della sentenza *Rottmann*, che la questione non fosse più meramente interna in senso lato, a causa della importanza assunta dallo *status* di cittadino europeo, e quindi rilevante ai sensi dell'art. 20), oppure se affermassero che la questione non era qualificabile come meramente interna in senso stretto, e potesse quindi applicarsi anche l'art. 21 e i diritti che ne risultano, in quanto la cittadinanza stessa opererebbe come criterio di collegamento. La Corte si è limitata ad asserire che i cittadini europei godono, anche nei confronti dello Stato di cui hanno la cittadinanza, dei diritti connessi a tale s*tatus*[46].

Il prosieguo della sentenza supporta però la competenza dell'art. 20 e, soprattutto la configura in termini di "eccezionalità", diversamente da quanto risultava nella sentenza *Zambrano*. Per la Corte, infatti, è in forza dell'art. 20 che risultano incompatibili col diritto dell'Unione «*provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo* status *suddetto*», come avviene nel caso in cui il cittadino dell'Unione si trovi obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso. Lo *status* di cittadino europeo risulterebbe quindi tutelato direttamente dall'art. 20 solo qualora si faccia questione del nucleo essenziale dei diritti di cittadinanza[47].

[46] *Ibidem*, punto 63.

[47] *Ibidem*, punti 64 ss. Ciò è confermato anche dall'ulteriore considerazione secondo cui, sia nel caso *Zambrano* che in quello considerato nel caso *Dereci*, a causa dell'allontanamento, «*cittadini dell'Unione si sarebbero trovati, di fatto, nell'impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione. Questo criterio riveste pertanto un carattere molto particolare in quanto concerne l'ipotesi in cui, malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile, un diritto di soggiorno non può, in via eccezionale, essere negato al cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino di*

Risulta pertanto centrale, nella ricostruzione operata dalla Corte nella sentenza *Dereci*, la peculiarità del ricorso all'art. 20, configurato come eccezionale. Tale ricorso trova il proprio presupposto nel fine di evitare il non funzionamento, nella pratica, della cittadinanza europea ed è quindi circoscrivibile, come di fatto è avvenuto, ad ipotesi in cui si tratti di revoca della cittadinanza o di allontanamento dal territorio dell'Unione: il criterio di collegamento rispetto a situazioni sotto tutti gli altri versi meramente interne sarebbe quindi l'effetto utile da riconoscersi allo *status* di cittadinanza *ex* art. 20.

La giurisprudenza successiva ha confermato nelle linee generali tali conclusioni, ma ha lasciato aperte talune questioni, che forse avrebbero meritato, da parte della Corte, maggiori chiarimenti. La prima concerne l'individuazione dei presupposti stessi del ricorso all'art. 20, la seconda il rapporto tra l'art. 20 e l'art. 21 TFUE.

Rispetto al primo profilo, le sentenze hanno usato espressioni diverse nel ricostruire il presupposto citato, oscillando tra quella, estremamente restrittiva, usata nella sentenza *Dereci* a quella, si è visto, molto più pregnante, della sentenza *Zambrano*[48]. Quanto si può ricavare, è che la Corte, proprio in quanto connette il ricorso all'art. 20 allo *status* del cittadino, richiede che il suo diritto eventualmente leso gli impedisca di avvalersi di fatto dello *status* stesso. Questo però porta a chiedersi se esistano altri casi in cui ciò possa avvenire oltre a quello considerato sinora dalla giurisprudenza, che si estrinseca nel diritto a restare nel territorio dell'Unione[49], cui osterebbe il mancato riconoscimento di un diritto di soggiorno a familiari extracomunitari di cittadini europei non autosufficienti. Benché, infatti, la Corte abbia fatto riferimento in generale al "nucleo essenziale" dei diritti di cittadinanza, la cui tutela costituirebbe il presupposto di applicabilità dell'art. 20, non ha indicato quali questi fos-

uno Stato membro, pena pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione di cui gode quest'ultimo cittadino» (punto 67).

[48] Nella sentenza *Zambrano*, infatti, si afferma che «[...] *l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione*» (punto 42), in quella *Dereci* e in quelle successive, come la sentenza *Alopka* citata e *Ymeraga* dell'8 maggio 2013, causa C-87/12), che «[...] *l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo* status *suddetto*» .

[49] Per la Corte, infatti, il criterio relativo alla privazione del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione si riferisce a ipotesi contrassegnate dalla circostanza che il cittadino dell'Unione si trova obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso (punto 66).

sero. In particolare, non ha chiarito se il diritto di risiedere nel territorio dell'Unione sia uno dei diritti essenziali – che si aggiungerebbe a quello di circolazione e soggiorno – o, come sembrerebbe risultare dalla giurisprudenza, il presupposto per il godimento degli stessi[50]. Le conseguenze sono rilevanti almeno sul piano concettuale. Infatti, diversi dei diritti del cittadino europeo possono essere fatti valere anche se ci si trova al di fuori del territorio dell'Unione, basti pensare al diritto di petizione, di adire il Mediatore, di rivolgersi alle istituzioni, di chiedere la tutela diplomatica e inoltre, nei Paesi che concedono il diritto di voto anche ai propri cittadini non residenti nell'Unione, di votare alle elezioni al Parlamento europeo. Se la residenza nell'Unione è il presupposto per il godimento dei diritti "essenziali", questi vengono in pratica a ridursi alla libertà di circolazione e soggiorno e al voto alle elezioni comunali, riportando quindi il *core* dello *status* di cittadino europeo proprio al godimento di quella libertà di circolazione e soggiorno che appare oramai riduttivo.

Alla soluzione che si vuole dare alla questione sopra esposta, si collega anche quella inerente ai rapporti tra l'art. 20 e l'art. 21. La Corte aveva affermato che, poiché nelle fattispecie prese in esame i minori non potevano avvalersi del ricongiungimento familiare previsto dalle norme derivate di attuazione dell'art. 21, e specialmente dalla direttiva 2004/38, andava verificata la possibilità di applicare l'art. 20, a titolo di eccezione. Non aveva chiarito però se l'art. 20, in quanto riconduce la questione "interna" nell'ambito di operatività del diritto dell'Unione, comporta anche che sia applicabile l'art. 21. L'art. 20, par. 2, come sopra accennato, dichiara infatti che i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei Trattati, e godono, tra l'altro, del diritto di circolazione e soggiorno, poi disciplinato nell'art. 21. In questo caso, peraltro, tutti i diritti connessi all'art. 21 dovrebbero essere riconosciuti, come del resto pareva desumersi dalla sentenza *Zambrano*, che riconosceva, tra l'altro, il diritto al lavoro per il genitore[51]. Se invece ci si riferisce

[50] Afferma che il diritto a non essere costretti a lasciare il territorio dell'Unione costituisce il presupposto, oltre che uno dei contenuti, dei diritti collegati alla cittadinanza M.E. BARTOLONI, *op.cit*., nota 65.

[51] Sembra parzialmente aderire alla tesi che fa derivare dall'applicabilità dell'art. 20 anche un almeno parziale richiamo all'art. 21, la sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016, causa C-165/14, quando afferma, con riferimento ai presupposti di applicabilità dell'art. 20, che: «*Le suesposte situazioni sono caratterizzate dal fatto che, sebbene siano disciplinate da normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri, vale a dire le normative sul diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Stati terzi al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni del diritto derivato che, in presenza di determinate condizioni, prevedono il conferimento di un siffatto diritto, tali situa-*

all'art. 20 a titolo di eccezione, facendo riferimento al suo paragrafo 1 che istituisce lo *status* di cittadino europeo, risulta più agevole "delimitare" l'ambito dei diritti da questo riconosciuti e rendere accettabile per gli Stati membri questa invasione nelle loro competenze. A partire almeno dalla sentenza *Alokpa* la Corte sembra esserci orientata in questo secondo senso; nelle sentenze *Rendón Marín* e *CS*[52] del 2016, inoltre, ha distinto accuratamente la posizione dei minori a seconda che avessero fruito o meno della libertà di circolazione, applicando rispettivamente l'art. 21 e l'art. 20, e questo, appunto, a titolo "residuale" per non pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione[53].

4. *Il perdurare di una diversa posizione dei cittadini europei dinamici e statici*

Dall'analisi compiuta risulta che la distinzione tra cittadini dinamici e statici non è stata completamente superata, e sulla linea immaginaria sopra configurata la posizione di questi ultimi non ha ancora raggiunto il secondo punto. Solo i primi, infatti, godono pienamente dei diritti connessi allo *status* di cittadino, gli altri, solo se sono minori o comunque non autosufficienti, non in grado cioè di provvedere al proprio sostentamento nel territorio dell'Unione. Questa distinzione fa riferimento a dati di fatto, da accertare di volta in volta, e non è ancora pienamente definita, lasciando quindi un ampio margine di incertezza: è opinabile ad esempio quale sia la posizione di un cittadino europeo, maggiorenne, non in possesso di reddito, coniugato a un extracomunitario privo di permesso di soggiorno ma in grado di mantenere ambedue[54].

zioni presentano tuttavia un rapporto intrinseco con la libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell'Unione, la quale osta a che tale diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai suddetti cittadini nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione di cui trattasi, al fine di non pregiudicare tale libertà» (punto 75).

[52] Vedi la sentenza del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*., cit., e *CS*, causa C-304/14.

[53] Cfr. la sentenza *Alokpa*, cit., punto 33.

[54] La giurisprudenza ha infatti affermato che «*la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sarebbe costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli fosse concesso*» (cfr. la sentenza *Dereci*, cit., punto 68); qui però non si tratterebbe di mera opportunità economica, ma di una vera necessità.

L'allontanamento del coniuge potrebbe in questo caso configurarsi come un'ipotesi assimilabile a quella del caso *Zambrano*, in quanto il cittadino europeo si vedrebbe "costretto" a lasciare il territorio europeo, o il carattere "eccezionale" delle situazioni sinora prese in considerazione dalla giurisprudenza escluderebbe l'applicabilità dell'art. 20? E, ancora, come si è accennato, non è stato definito in cosa consista il "nucleo essenziale" dei diritti il cui godimento effettivo è garantito dall'art. 20.

Questa mancanza di chiarezza deriva certamente dalla natura pretoria della ricostruzione dei criteri di applicabilità dell'art. 20, ma non è forse inevitabile. La Corte si è, infatti, espressa sui casi sottopostile evitando di affrontare espressamente la questione delle implicazioni del possesso della cittadinanza europea sui soggetti "statici", limitandosi a impedire le più evidenti conseguenze negative che, dal non aver fruito della libertà di circolazione, potevano derivare loro. Ha così fatto riferimento a una sorta di stato di necessità, che implica l'applicazione dell'art. 20 a titolo eccezionale, deducendo dagli effetti "inaccettabili" che si sarebbero altrimenti prodotti nel caso di specie, la necessità di derogare a principi di cui peraltro continua ad affermare la validità. Questo approccio non è peraltro dovuto: in altri casi la Corte si è, infatti, pronunciata in modo univoco su questioni di principio, che hanno poi permesso di decidere non solo la causa in questione ma di offrire un chiaro parametro ermeneutico per i casi successivi, come avvenuto nel caso della sentenza *Baumbast* relativamente all'efficacia diretta o meno dell'art. 18 TCE.

La soluzione raggiunta nel caso *Zambrano*, così come ricostruita nella sentenza *Dereci*, non appare del tutto convincente proprio in quanto la Corte l'ha configurata volutamente come una sorta di eccezione, una sorta di sentenza "equitativa" per tutelare i diritti di minori in un caso estremo. La riproposizione, a più riprese, della fattispecie considerata inizialmente come inusitata, dimostra però l'insufficienza dell'approccio e la necessità per la Corte di meglio chiarire in che modo operi l'art. 20. Come sopra accennato, si ritiene che esso configuri un vero e proprio diritto del cittadino europeo di restare nel territorio dell'Unione, che si distingue dal diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri – disciplinato dall'art. 21, e rispetto al quale, quindi, continua a vigere il limite delle questioni meramente interne. Tale diritto discenderebbe ovviamente dall'art. 20, par. 1, e darebbe una nuova valenza a quella nozione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, che, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE, l'Unione offre ai suoi citta-

dini[55] . Questa soluzione porterebbe a compimento il processo di creazione di un effettivo *status* di cittadinanza: come, per il diritto internazionale, ogni cittadino ha il diritto di restare sul territorio dello Stato di cui ha la nazionalità, altrettanto il cittadino europeo ha diritto a restare nel territorio dell'Unione.

I risultati sinora raggiunti dalla giurisprudenza offrono alcuni elementi a favore di tale conclusione, che si connette logicamente alla sentenza *Rottmann*. Quanto può incidere sullo *status* di cittadino europeo risulta per ciò stesso rilevante per il diritto dell'Unione, sia in quanto pregiudichi direttamente tale *status* che quando impedisca la fruizione reale dei diritti ad esso connessi[56]. Questa tesi comporta il superamento della distinzione tra cittadini statici o meno ai fini del diritto a "stare" nel territorio dell'Unione, che deve essere garantito a tutti i cittadini europei in quanto risulti funzionale al godimento del loro *status*. Ciò, evidentemente, quando non vi siano altre disposizioni, più specifiche, che garantiscano tale risultato, come potrebbe essere la direttiva 2004/38 o l'art. 21 TFUE.

La sentenza *Zambrano,* dettata dall'eccezionalità della fattispecie, ha cercato di riconoscere i diritti dei minori senza affrontare espressamente la questione del presupposto del riconoscimento del diritto di soggiorno al genitore, facendo riferimento a quella sorta di "evidenza" del collegamento ai diritti del cittadino europeo già usato nella sentenza *Rottmann*. I chiarimenti successivamente offerti dalla Corte, col circoscrivere l'operatività dell'art. 20 a fattispecie assolutamente particolari, hanno "oscurato" il fatto che, come conseguenza delle due sentenze *Rottmann* e *Zambrano*, la cittadinanza europea costituisce di per se stessa il presupposto di operatività del diritto dell'Unione, e che i limiti e le condizioni ai diritti che da questa derivano sono sindacabili alla luce del criterio della natura fondamentale dello *status* di cittadino europeo.

[55] Per una valorizzazione del "territorio" dell'Unione considerato come autonomo da quello degli Stati membri, vedi L. AZOULAI, *op. cit*., p. 37 ss., secondo cui: «*The reference to the 'territory of the Union' is a central reference in the judgment. This reference is not only the metaphor which designates the sum of the physical territories of the member states. It is a normative reference which refers to a new common space, a space of distribution of rights and common values […]. It grants them rights to circulate and to occupy the European space. There is a strong normative dimension implicit in the reasoning. To reside in Europe means not only to be physically located in its territory but also to be granted a number of rights and ultimately to be under the protection of certain values of personal welfare and moral security*».

[56] Richiamando ancora la sentenza *Zambrano,* infatti, l'art. 20 "osta" «*a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione*» (punto 42).

La giurisprudenza più recente, del resto, sembra orientata nel senso di ampliare progressivamente l'ambito del riconoscimento del diritto di soggiorno del genitore che sia funzionale al rimanere nel territorio dell'Unione del cittadino, applicando i criteri esegetici tipici dell'esercizio del diritto di libera circolazione: si è affermato, quindi, che si deve tener conto degli interessi del minore anche nel caso in cui il genitore extracomunitario che se ne prende cura sia passibile di espulsione per violazione dell'ordine pubblico[57], e che non si può escludere che il genitore abbia diritto al permesso di soggiorno anche quando si prende cura solo "parzialmente" del minore[58]. Soprattutto nel caso *Chavez* si può ritenere

[57] Vedi la sentenza *Rendón Marín*, cit., ai sensi della quale, fermo restando che «[…] *l'articolo 20 TFUE non incide sulla possibilità, per gli Stati membri, di far valere un'eccezione connessa, segnatamente, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della pubblica sicurezza […] dal momento che la situazione del sig. Rendón Marín rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, la sua valutazione deve tener conto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, come enunciato all'articolo 7 della Carta, articolo che deve essere letto […] in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, sancito all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta. Inoltre, […] le nozioni di «ordine pubblico» e di «pubblica sicurezza», in quanto giustificative di una deroga al diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari, devono essere intese in modo restrittivo, cosicché la loro portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri senza controllo da parte delle istituzioni dell'Unione*» (punti 81 s.). Di conseguenza «*l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a tale medesima normativa nazionale in forza della quale la concessione di un permesso di soggiorno viene automaticamente negata, per il solo motivo che egli ha precedenti penali, al cittadino di uno Stato terzo, genitore di minori cittadini dell'Unione, dei quali ha l'affidamento esclusivo, qualora tale diniego produca la conseguenza di costringere detti minori a lasciare il territorio dell'Unione*» (punto 87).

[58] Vedi la sentenza *Chavez-Vilchez e altri* del 10 maggio 2017, causa C-133/15, secondo cui «*l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se un minore, cittadino dell'Unione, sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione globalmente inteso e verrebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dall'articolo di cui sopra nel caso in cui il suo genitore, cittadino di un paese terzo, si vedesse rifiutare il riconoscimento di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui trattasi, il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore costituisce un elemento pertinente ma non sufficiente per poter constatare l'assenza, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, di una relazione di dipendenza tale per cui quest'ultimo subirebbe una costrizione siffatta nel caso di un rifiuto di soggiorno quale sopra evocato. Una valutazione del genere deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, dell'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso*» (punto 72). Inoltre, benché in via di principio incomba sul genitore che chiede il permesso di sog-

in via di fatto superata l'esigenza, posta dalla sentenza *Dereci,* dell'impossibilità reale per il cittadino europeo di restare sul territorio dell'Unione se non viene concesso il permesso di soggiorno al genitore che se ne prende cura, a favore di un atteggiamento più comprensivo, che tende ad applicare gli stessi criteri che si applicano al riconoscimento di un permesso di soggiorno nelle ipotesi disciplinate dalla direttiva 2004/38 e dall'art. 21 TFUE.

Sembra quindi che, sotto il profilo della tutela dello *status* del cittadino, la differenza tra cittadini dinamici e statici stia progressivamente diminuendo. Si tratta però di un processo lungi dall'essere concluso, che potrebbe essere agevolato da una giurisprudenza che chiarisse con maggiore precisione i presupposti di operatività delle norme relative, con un approccio non meramente casistico ma, come la Corte ha saputo spesso fare, offrendo una ricostruzione sistematica di aspetti fondamentali del diritto dell'Unione.

giorno l'onere di provare tale dipendenza, «[…] *spetta tuttavia alle autorità competenti dello Stato membro di cui trattasi procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte*» (punto 78).

CITTADINANZA E DEMOCRATICITÀ DELL'UNIONE EUROPEA

SUSANNA CAFARO*

SOMMARIO: 1. Polisemia della parola cittadinanza. – 2. Alle origini della cittadinanza europea. – 3. Cittadinanza e principi democratici. – 4. *Demos* e *politeia*. – 5. Cittadinanza e formula sovranazionale.

1. *Polisemia della parola cittadinanza*

Il termine cittadinanza, nella sua polisemia e polifunzionalità, può essere esaminato da prospettive diverse, tutte etimologicamente connesse e complementari.

Anzitutto, la cittadinanza è *status*, ovvero un paniere di diritti e doveri in capo all'individuo, conseguenza della sua appartenenza ad un ordinamento.

In secondo luogo, proprio in ragione di questa appartenenza, la cittadinanza vive nel rapporto dialettico tra l'individuo e lo Stato: cittadinanza come partecipazione, come esercizio di diritti politici atti a garantire legittimazione all'ordinamento, ma anche a consentire all'individuo di svolgervi una funzione di controllo. In questo senso la cittadinanza è *politeia*: appartenenza ad un corpo civico che, nel suo atteggiarsi nei confronti dello Stato qualifica e caratterizza anche la forma di governo.

La cittadinanza inoltre si presta ad un'analisi – più sociologica – sull'appartenenza degli individui ad una comunità che si contraddistingue per comuni caratteri linguistici e culturali, per un patrimonio di valori o di convinzioni condivise, per rilevanti fattori storici: insomma, qualifica una comunità di individui come *demos*, ovvero popolo.

Si comprende quindi facilmente perché un tema così ricco di implicazioni trovi spazio, nel dialogo politico, soprattutto per quanto attiene ai meccanismi di acquisizione e perdita dello *status* o di discriminanti nell'esercizio dei diritti ad esso connessi. Lungi dall'essere un mero meccanismo amministrativo, il processo di acquisizione della cittadinanza riflette scelte importanti sulla modalità di integrazione degli individui nel tessuto sociale e sul modo stesso in cui si vuole caratterizzarlo.

* Associato di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento.

In questo contributo si vuol mettere a fuoco anzitutto la dimensione politica della cittadinanza europea.

La cittadinanza europea – per una serie di caratteristiche specifiche – è, come si vedrà, anzitutto *politeia*. Tuttavia, una serie di scelte concettuali e terminologiche operate dai Trattati europei richiedono di metterne in relazione i profili più strettamente politici con quelli relativi ai diritti e ai valori connessi e con la nozione di popolo, ciò al fine di comprenderne le peculiarità ed il suo essere un *unicum* nel panorama giuridico.

2. *Alle origini della cittadinanza europea*

La cittadinanza europea ha origine, formalmente, con la firma del Trattato di Maastricht il 7 febbraio del 1992. È un passaggio politicamente molto significativo nel processo di integrazione europea. Segue da presso gli accadimenti che hanno portato a conclusione l'esperienza storica del bipolarismo e alla riunificazione delle due Germanie. Prelude al passaggio da una Comunità che si colloca geograficamente e politicamente nell'Europa occidentale e nella sfera di influenza statunitense ad un'Unione potenzialmente paneuropea in un mondo globalizzato e multipolare in cui non vi sono più sfere di influenza dai confini definiti né "cortine". In questo scenario di passaggio e di grande instabilità la Comunità dei dodici – che sceglie di rifiutare la qualificazione "economica" – si va a collocare in un "tempio" normativo dai contorni più politici (dotato di due nuovi pilastri sicuramente non economici quali la giustizia e gli affari interni e la politica estera) e si dà l'obiettivo ambizioso dell'unificazione monetaria. Infine, essa si riconosce una dimensione politica codificando una propria cittadinanza – che entra in un rapporto dialettico con le due dimensioni politiche di Consiglio e Parlamento.

In realtà, i cittadini facevano parte della formula comunitaria da lungo tempo. Non erano però qualificati come cittadini europei, ma come cittadini degli Stati membri.

Punto di partenza obbligato – pur se noto – per cogliere l'evoluzione del ruolo dei cittadini nella formula democratica europea è la sentenza *Van Gend en Loos*[1], perché è in questa che la Corte per la prima volta

[1] Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos* c. *Amministrazione olandese delle imposte*. Moltissimo si è scritto su questa sentenza che rappresenta, anche tra in Grands Arrets della Corte, una pietra miliare. Si veda *ex multis* U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza* Van Gend en Loos *dopo cinquant'anni*, in *Studi integr. eur.*, 2013, pp. 225-237.

statuisce in termini chiari e inequivoci che la Comunità è un ordinamento "di nuovo genere" e la sua specificità è l'essere un ordinamento «*che riconosce come soggetti non solo gli Stati, ma anche i loro cittadini*». Questo passaggio fa storia e ritorna l'anno dopo in *Costa* c. *ENEL*[2], in cui leggiamo che «*gli Stati creano un sistema di diritto vincolante per loro stessi e per i loro cittadini*». La formula, chiamando in causa i cittadini, sintetizza i due principi cardine della diretta applicazione e della primazia del diritto europeo.

Il rapporto diretto Comunità-cittadini si caratterizza quindi da subito come elemento significativo e legittimante della sovranazionalità, tanto che la Corte tornerà a richiamare la formula *Van Gend en Loos* più volte nei decenni successivi, e spesso in occasione di prese di posizione forti, in cui è particolarmente utile rievocare i fondamenti della legittimità del sistema, quasi a voler rispondere preventivamente a possibili contestazioni. Inutile dire che ribadendo la legittimità del sistema la Corte riafferma anche la propria, nel ruolo di garante dello stesso. È questa un'utile chiave di lettura delle citazioni dai casi *Van Gend en Loos* e *Costa* c. *ENEL* che ritroviamo nelle sentenze *Simmenthal*[3] e *Francovich*[4] e nel parere 1/91[5].

La formula "gli Stati e i *loro* cittadini", rimane immutata nonostante le elezioni dirette del Parlamento europeo dal 1979 e l'istituzione della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht del 1992. La citazione più recente da *Van Gend en Loos*, con il richiamo ai "loro cittadini" è nel parere 1/2009, a Trattato di Lisbona in vigore. Ai fini dell'esercizio di un ruolo legittimante, dunque, poco importa che i cittadini siano quelli dell'Unione o dei suoi Stati membri.

È stata, tuttavia, sempre la Corte di giustizia ad avvertire, nelle note sentenze *Isoglucosio* del 1980, la necessità di ribadire l'esistenza nell'allora Comunità economica europea di «*un fondamentale principio di democrazia secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa*»[6]. La prima elezione diretta del Parlamento europeo, avvenuta nel giugno 1979, non va trascurata ai fini della comprensione del clima politico in cui maturano queste

[2] Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa* c. *ENEL*.

[3] Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal.*

[4] Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich*.

[5] Parere della Corte di Giustizia del 14 dicembre 1991, n. 1/91.

[6] Sono le sentenze della Corte di giustizia del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères* c. *Consiglio*, punto 33, e causa 139/79, *Maizena GmbH* c. *Consiglio*, punto 34.

sentenze, né – ancor più – la circostanza per la quale la democrazia in Europa è soprattutto democrazia rappresentativa. Solo pochi anni dopo la stessa Corte precisa che in Europa opera un «*fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa*»[7].

Si arriva così alla creazione di una cittadinanza europea – a seguito della revisione operata dal Trattato di Maastricht nel 1992 – senza che questo appaia esattamente un colpo di mano.

Ai cittadini – già elettori del Parlamento europeo – viene riconosciuto uno *status* europeo, che tuttavia non si giustifica nella presenza di determinati requisiti, come negli ordinamenti statali, ma come importante corollario della cittadinanza nazionale[8]. Questa scelta ha importanti implicazioni nel ruolo attribuito agli Stati membri per l'attribuzione, con la propria, anche della cittadinanza europea[9]. Ancora maggiore, la responsabilità in capo agli stessi nel caso deliberino la revoca o privazione di entrambe le cittadinanze: una scelta forte che può essere compiuta autonomamente dagli Stati, ma sempre tenendo a mente le connesse implicazioni europee[10].

Questa nuova cittadinanza determina che i cittadini godano dei diritti e siano soggetti ai doveri previsti dai Trattati europei. La lista dei diritti ascritti alla cittadinanza europea non muta radicalmente nel 1992, subisce piuttosto una riorganizzazione e un arricchimento e, soprattutto, diviene atta a riconoscere uno *status* che i cittadini degli Stati membri avevano progressivamente già acquisito per effetto dell'appartenenza all'ordinamento sovranazionale.

Vi è, anzitutto, il diritto a non essere discriminati in ragione della cittadinanza, pietra angolare del sistema europeo sin dalle origini.

In secondo luogo vi è il diritto alla libera circolazione e allo stabilimento, diritto questo che era stato oggetto di una significativa evoluzione a partire dalla qualificazione dell'individuo come lavoratore, passan-

[7] Sentenza dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione* c. *Consiglio*.

[8] Così sottolinea, ripetutamente, anche la Corte di giustizia. Si vedano *ex multis* le sentenze del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31 e del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, punto 82.

[9] Con il solo limite del rispetto del diritto europeo, si vedano le sentenze del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, punto 10; dell'11 novembre 1999, causa C-179/98, *Mesbah*, punto 29; del 20 febbraio 2001, causa C-192/99, *Kaur*, punto 19; del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 37.

[10] Si veda sul punto E. NALIN, in *Commento alla sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08*, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, in *Sud in Europa*, maggio 2010.

do per l'estensione del diritto ai familiari a carico[11], poi ai prestatori di servizi, ai clienti di questi ultimi[12] per arrivare, già prima dell'entrata in vigore del trattato di Maastricht – con tre direttive adottate nel 1990 – a chiunque, purché in grado di bastare ai propri bisogni essenziali e provvisto di una minima copertura malattia[13]. Nel frattempo, gli accordi di Schengen del 1985, poi "comunitarizzati" con il Trattato di Amsterdam del 1997, eliminavano anche i controlli alle frontiere.

Dal 1992, nel catalogo dei diritti della cittadinanza, il diritto di libera circolazione e di soggiorno per ogni cittadino europeo è formulato in termini pressoché assoluti, pur rimanendo oggetto di precisazioni nelle norme di diritto derivato.

Di natura strettamente politica sono invece gli altri diritti codificati nell'art. 20 del TFUE, sempre risalenti al Trattato di Maastricht. Tra questi, in prima battuta, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni europee e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui il cittadino risiede (art. 20 lett. "b"). Le modalità di esercizio per entrambi i momenti elettorali sono state poi fissate – per le elezioni amministrative – attraverso la direttiva 94/80/CE[14] e – per le europee – con la direttiva 93/109/CE[15].

Completano il quadro il diritto dei cittadini a godere della protezione delle autorità diplomatiche e consolari di un altro Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato qualora il proprio Stato non sia rappresentato in un paese terzo[16] ed una serie di diritti più strettamente civici.

Questi sono: «*il diritto di presentare petizioni al Parlamento euro-*

[11] Il regolamento 1612/68 e la direttiva 75/34 affermavano il diritto dei membri della famiglia del lavoratore, anche se "economicamente non attivi", di stabilirsi con lui nel paese ospitante e di godere sul territorio dello Stato membro ospitante degli «*stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali*».

[12] V. sentenza 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*; sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, p. 195; sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa.*

[13] Ne hanno beneficiato diverse categorie di cittadini comunitari economicamente non attivi: i cittadini comunitari che cessavano la propria attività lavorativa (direttiva 90/365) ovvero lavoratori pensionati o licenziati; gli studenti (direttiva 90/366); nonché i cittadini comunitari diversi da quelli rientranti nelle due categorie di cui sopra (direttiva 90/364).

[14] Del Consiglio del 19 dicembre 1994 (GUCE L368 del 31/12/1994).

[15] Del Consiglio del 6 dicembre 1993 (GUCE L239 del 30/12/1993).

[16] Direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio, del 20 aprile 2015, sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE.

peo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua» (art. 19 "d").

Il catalogo dei diritti del cittadino europeo è frutto in realtà un mosaico ben più ampio di quanto appaia dal titolo ad essi dedicato nel Trattato sul funzionamento dell'Unione. Questo si è arricchito man mano che l'*acquis* comunitario cresceva, aumentando le garanzie dell'individuo – non solo come produttore e fruitore di beni e servizi – e trova una sistemazione ben più articolata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000 e divenuta vincolante con il Trattato dell'Unione firmato nel 2009 a Lisbona.

3. *Cittadinanza e principi democratici*

È solo con quest'ultimo, però, che la cittadinanza è messa direttamente in relazione con i principi democratici e che l'Unione si definisce in termini più politici grazie ad essi.

Se la natura dell'Unione come democrazia (o come repubblica) non è statuita a chiare lettere in apertura del trattato – a confermare la ben nota reticenza verso scelte terminologiche che lasciano preludere/temere/sperare in un'evoluzione verso la statualità – difficilmente si poteva contestare, già prima dell'ultima revisione dei trattati, l'impegno al rispetto di una serie di valori democratici codificati nell'art. 2 del Trattato: un elenco ritoccato più volte, sempre con l'intento di accrescere e precisare tale adesione valoriale

La vera svolta nel rapporto cittadini – Unione avviene dunque nel 2009 con l'inserzione nel TUE del titolo II intitolato "disposizioni relative ai principi democratici" (artt. 9-12)[17] e più specificamente con l'art. 10 che – letteralmente – fonda il funzionamento dell'Unione sulla democrazia rappresentativa (10, par. 1).

Nello specifico, il secondo paragrafo precisa: «*I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro*

[17] Sui quali si rinvia, per un inquadramento generale ai contributi di M. CONDINANZI, P. PIRODDI, M.C. BARUFFI, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 48 ss. e ai commenti di F. DONATI, P.A. MENGOZZI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 84 ss.

volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini».

Se i primi cui si fa riferimento sono i cittadini dell'Unione, che legittimano direttamente attraverso il voto il Parlamento europeo, i cittadini che indirettamente legittimano i membri del Consiglio europeo – attraverso le rispettive modalità costituzionali sono i cittadini degli Stati membri (i "loro"). L'ambivalenza terminologica non è causale nonostante le due categorie, a norma del precedente art. 9 coincidano («*è cittadino dell'Unione chi ha la cittadinanza di uno Stato membro*»). E ciò perché diversi sono i canali attraverso cui la legittimazione opera: europeo il primo, nazionali i secondi. Pur ricadenti entrambi nello schema concettuale della democrazia rappresentativa, diretta la prima, indiretta la seconda[18].

Sempre nell'articolo 10 troviamo due affermazioni importanti quanto ai diritti/doveri di partecipazione del cittadino, tanto in veste di attore che di controllore: «*Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini*». Infine, in chiusura, una previsione che si caratterizza per essere ancora programmatica e tutta da concretizzare: «*I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione*».

La creazione di formazioni politiche europee sembra essere importante al fine di colmare quel vuoto nello spazio politico europeo che ancora porta a dubitare che ci sia un'opinione pubblica ed uno spazio dialettico nel quale le scelte politiche si formano. I partiti politici sono infatti ancora ed esclusivamente (tranne sporadici tentativi) nazionali e seppur confederati in famiglie europee che trovano espressione nei gruppi politici parlamentari, non consentono a chi vi partecipa di svolgere – fuori dalle istituzioni – una vera esperienza politica "europea"[19].

[18] Come scrivono BORGMANN-PREBIL, ROSS, nel commento all'art. 9, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Berlin, 2013, p. 399: «*The significance of the nexus between citizenship and democracy readily transpires when a normative perspective on participation is adopted. Citizens' participation constitutes an inherent value of democratic governance and facilitates the rise of individuals above their private existence. With regard to the democratic legitimation of the Union, the subject of legitimation is the entirety the citizens of the Union, who are at the same time citizens of their MS, whereby there is no competition in law between the two statuses*».

[19] Si veda I. INGRAVALLO, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in P. GARGIULO, G. NESI (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, pp. 211-233.

Diverso è il caso della partecipazione alle formazioni della società civile, alcune delle quali autenticamente europee. È un dato questo che il successivo art. 11 riconosce e codifica, ponendo il principio della democrazia partecipativa[20]. Anche in questa disposizione vi è un'ampia ricorrenza della parola cittadini, come ricorrono più volte le loro forme associative. I primi tre paragrafi sono dedicati al vario atteggiarsi del dialogo tra le istituzioni e le associazioni rappresentative e la società civile. Le istituzioni «*danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione*». Il secondo dispone che le istituzioni «*mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile*», mentre secondo il terzo la Commissione, al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza, «*procede ad ampie consultazioni con le parti interessate*». Accanto a queste previsioni vanno poi annoverate forme di dialogo più risalenti, come il diritto del cittadino europeo di inviare petizioni al Parlamento (art. 24 TFUE, già 21 TCE) o il dialogo tra le parti sociali (art. 150 TFUE, già 130 TCE, e art. 152 TFUE). È interessante notare come quelle che prima erano semplici prassi diventano elemento caratteristico della vita democratica dell'Unione, espressione codificata di una democrazia partecipativa. Questo dialogo con la società civile è più sviluppato e codificato a livello europeo di quanto non lo sia a livello nazionale, almeno per quanto riguarda il nostro Paese.

Il par. 4, infine, prevede che almeno un milione di cittadini dell'Unione, cittadini di un numero significativo di Stati, possano prendere l'iniziativa di invitare la Commissione a presentare una proposta appropriata[21]. Si può discutere della qualificazione di questo strumento

[20] V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *Eur. Public Law*, 2010, p. 123 ss.; G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37; M. STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 29; J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU*, in *CML Rev.*, 2011, p. 1849 ss.; M. MORELLI, *La democrazia partecipativa nella* governance *dell'Unione europea*, Milano, 2011; P. GARGIULO (con la collaborazione di MONTANARI), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012; C. MARXSEN, *Participatory Democracy in Europe: Article 11 TEU and the Legitimacy of the European Union*, in F. FABBRINI, E. HIRSCH BALLIN, H. SOMSEN (eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Oxford - Portland, 2015, p. 151 ss.; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.

[21] Poi precisato dal regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del

come elemento di democrazia diretta, poiché l'iniziativa dei cittadini precede e sollecita l'iniziativa formale della Commissione, non configurandosi quale passaggio autonomo di un *iter* legislativo. Siamo quindi sempre comunque nell'ambito della democrazia partecipativa[22].

4. Demos *e* politeia

Questa cittadinanza europea si caratterizza per l'attribuzione – come illustrato nel secondo paragrafo – di un paniere di diritti arricchitosi nel tempo e in buona misura sorto già prima del dato formale della sua esistenza. Essa si estrinseca politicamente in un ruolo legittimante delle istituzioni politiche europee: direttamente del Parlamento, indirettamente del Consiglio e del Consiglio europeo, in via mediata della Commissione, frutto di nomina del Consiglio europeo e del voto di fiducia del Parlamento. Si esercita altresì attraverso una serie di diritti di partecipazione da esercitarsi individualmente e collettivamente.

Fin qui, siamo in presenza di una nozione prettamente giuridica, che non sembra voler evocare alcuna idea di appartenenza, fedeltà, tanto meno – per definizione – esclusività. Appare dunque assente quella terza qualità della cittadinanza evocata in premessa, l'attitudine ad identificare

Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini (versione consolidata 1.7.2014). Sul tema v. I. INGRAVALLO, *Brevi note sull'iniziativa legislativa dei cittadini europei*, in *Com. Int.*, 2010, p. 251; F. RASPADORI, *La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 675; M. DOUGAN, *What Are We to Make of the Citizens' Initiative?*, in *CML Rev.*, 2011, p. 1807; N. LEVRAT, *L'initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?*, in *Cah. dr. eur.*, 2011, p. 53; A. SANTINI, *Il regolamento sull'iniziativa dei cittadini: verso l'attuazione di un nuovo strumento di democrazia partecipativa dei cittadini*, in N. PARISI et al. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 659 ss.; F. FERRARO, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, in *Studi integr. eur.*, 2012, p. 523; U. VILLANI, *Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne,* in V. KRONENBERG, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (coord.), *De Rome à Lisbonne: les jurisdictions de l'Unione européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi,* Bruxelles*,* 2013*,* p. 198 ss.; da ultimo I. INGRAVALLO *L'iniziativa dei cittadini europei a dieci anni dal Trattato di Lisbona: luci ed ombre,* in *Com. Int*., 2017, n. 2, pp. 241-253; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017, p. 79 ss.

[22] Per un primo bilancio sull'impiego e l'efficacia di questo non più tanto nuovo istituto democratico si rinvia a I. INGRAVALLO *L'iniziativa dei cittadini*, cit., pp. 241-253 e A. SANTINI*, L'iniziativa dei cittadini europei e la conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione: considerazioni alla luce del caso Efler,* in *Dir. com. int.*, 2017, n. 4, pp. 1077-1093.

un popolo. Sulle specificità di questa cittadinanza molto si è scritto[23] soprattutto in negativo, per evidenziare cosa non è (una cittadinanza nazionale, una nazionalità europea), cosa non contempla (un criterio autonomo e non discriminatorio di attribuzione) e per qualificarne il contenuto in termini di diritti, sovente ritenuti insufficienti. E tuttavia essa rimane uno *status* – per quanto poco visibile, se non nel formato del passaporto – unico nel suo genere: la cittadinanza di un ordinamento che non è uno Stato sovrano. E questa è forse la spiegazione per l'assenza di tale qualità.

A spiegare tale scelta – perché, a nostro avviso, di scelta si tratta – vi è la sua collocazione in un ordinamento che rifiuta i caratteri della statualità e che, sin dalle origini, ha fatto del principio di non discriminazione una chiave di volta, una passerella tra i molti popoli e la cittadinanza comune. La scissione operata tra i due concetti di cittadinanza e di nazionalità sarebbe dunque elemento fondante di un progetto politico preciso[24], che si riflette nel motto "Unità nella diversità".

Sebbene, infatti, si siano ritoccati gli articoli 10 e 14 TUE relativi alla legittimazione del Parlamento europeo con la sostituzione dei cittadini ai "popoli degli Stati membri"[25], questi ultimi continuano ad esistere nel Trattato in contesti significativi.

La cittadinanza, come puro concetto giuridico, diventa una scelta forte laddove vale a sostituire il popolo, termine che porta invece con sé quel substrato di storia, cultura, religione, trascorsi comuni che identificano le collettività nazionali. Lo sostituisce però solo nel rapporto tra individui e istituzioni europee: in tale relazione gli individui sono cittadini europei.

L'obiettivo dell'Unione non è certo quello di eliminare i popoli – intesi come popoli degli Stati membri. Questo risulta chiaro sin dall'art. 1 TUE in cui si fa riferimento ad una «*unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*», che ha l'obiettivo, come precisa l'art. 3, «*di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli*» che si conclude con il richiamo alla ricchezza della sua diversità culturale e linguistica.

Quella che le scelte terminologiche nel Trattato di Lisbona chiariscono ormai definitivamente è dunque una chiara separazione di campo

[23] Si vedano, *ex multis*, B. NASCIMBENE, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, pp. 1255-1296.

[24] Si veda E. TRIGGIANI, *op. ult. cit.*, p. 1260.

[25] Si vedano gli articoli 189 e 190 TCE precedente alla riforma di Lisbona.

tra *politeia* e *demos*: tra una serie di *demoi* nazionali, che convivono pacificamente, ed una *politeia* europea, fatta di valori, principi e regole.

La distinzione risulta chiarissima nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali: «*l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la* cittadinanza *dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei* popoli *d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri*» (non corsivi aggiunti).

Dunque, l'integrazione europea come processo giuridico senza un vero afflato popolare – che convive con forti identità nazionali – non è necessariamente una debolezza del sistema, un processo incompiuto, un limite, ma appare piuttosto una scelta. Tra i Paesi europei ci sono elementi forti di comunanza culturale, soprattutto se osservati in prospettiva, nel contesto di un mondo globalizzato. Le comuni "eredità culturali, religiose e umanistiche" menzionate nel preambolo non sono un'invenzione retorica, ma si preferisce fondare l'ordinamento europeo su una "cittadinanza senza popolo". Tale scelta ha i suoi vantaggi: da un lato essa risponde meglio all'esigenza di rassicurare i paladini della sovranità nazionale, attenua il rischio di reazioni nazionalistiche o l'insorgere di paure (anche irrazionali) come quelle che hanno determinato il naufragio del progetto di costituzione o la Brexit. Dall'altra, non confligge con le identità nazionali richiamate e garantite nel Trattato e promuove un modello di integrazione fondato sulla coesistenza delle diversità ben diverso dal modello del *melting pot* americano.

Interessante, a questo proposito, la teorizzazione di una "*demoicracy*", ovvero la coesistenza di più *demoi* di riferimento – che possono essere tanto i popoli degli Stati membri, quanto i *network* transnazionali in cui il dibattito democratico non sia mediato dal livello statale, come osserva Kalypso Nikolaidis[26]. Quest'ultima ricostruzione enfatizza la dimensione orizzontale tra cittadini, organizzazioni e istituzioni provenienti da differenti contesti nazionali e accomunati da interessi condivisi.

D'altro canto, l'appartenenza ad una *politeia* espressa in termini puramente giuridici si presenta quale vera novità del modello europeo, re-

[26] K. NIKOLAIDIS, *The Idea of European Demoicracy*, in J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012.

plicabile in altre aree territoriali o in organizzazioni globali[27] – passibili di vedersi un giorno riconosciute altrettante cittadinanze parziali – e apre le porte a cittadinanze plurime e cumulabili, che non confliggono tra loro. Infine, previene l'insorgenza di un possibile nazionalismo europeo, nota malattia degenerativa delle identità locali o nazionali.

Sebbene questa scelta di scorporare cittadinanza e popolo – che nella gran parte delle realtà statuali sono sovrapponibili – presenti indubbi vantaggi, non possono esserne taciuti i limiti.

Il sistema è formalmente democratico, ma sostanzialmente percepito come ancora distante dai suoi cittadini. La sua formula democratica – per l'essere esplicitamente *sui generis* e sostanzialmente scollegata dall'appartenenza identitaria che caratterizza la nazionalità – costringe ad uno sforzo di astrazione oggettivamente lontano dal comune "sentire" e certamente più difficile da comunicare.

La Commissione europea ha tentato di favorire la crescita di consapevolezza da parte dei cittadini del proprio *status* europeo[28], anche varando campagne di comunicazione *ad hoc*[29], ma senza grandi risultati.

5. *Cittadinanza e formula sovranazionale*

La Corte di Giustizia, statuendo nel lontano 1963[30] che la Comunità è un ordinamento "di nuovo genere" e "che riconosce come soggetti non solo gli Stati, ma anche i loro cittadini" in realtà ha fatto ben più che sottolineare l'importanza dei cittadini in quanto destinatari e beneficiari di norme europee, li ha in realtà inseriti di pieno diritto nella formula comunitaria, che contribuiva in quel momento a definire.

Comunità, Stati e cittadini sono tutti elementi essenziali di un modello prima di allora inedito, cui ci si riferisce oggi come modello di integrazione sovranazionale, ovvero dotato di un apparato istituzionale sovra o "sopra" gli Stati nazionali ed atto ad esprimere una volontà propria, in virtù di poteri vincolanti e di un'effettività che è il portato di un appa-

[27] Come prospettato da A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, in *Eur. JIL*, 2012.

[28] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo ai sensi dell'articolo 25 TFUE sui progressi verso l'effettiva cittadinanza dell'UE 2007-2010, COM(2010)603 def.

[29] COM(2005)494 def., COM(2006)35 def., COM(2007)568 def,. consultazioni europee dei cittadini, COM(2002)704 def., EUdeb8.

[30] Vedi *supra*, nota 1.

rato istituzionale completo di organi di controllo e giudiziari. Si tratta di volontà propria legittimata da un rapporto diretto con i cittadini che sono, nella fase ascendente elettori e controllori delle due camere legislative – il Parlamento e il Consiglio, sia pure in via mediata – e nella fase discendente, destinatari di norme che in alcuni casi non hanno bisogno dell'attuazione statale (regolamenti, decisioni), in altri casi attuate per il tramite di norme statali, ma senza che ai Parlamenti nazionali sia consentito discostarsene, quindi senza una mediazione della sovranità statale.

La sovranazionalità, che nell'invenzione di Jean Monnet aveva una coloritura ancora tecnocratica nel ruolo centrale dell'Alta Autorità (sia pure arricchita di innegabili elementi politici), diventa grazie alla Corte di Giustizia e alle successive evoluzioni del Trattato culminate nel titolo II TUE – *democrazia sovranazionale*[31]. Questa può progressivamente acquisire corpo e sostanza nello svilupparsi di una dimensione politica e partitica europea cui sicuramente contribuisce la prassi – che ambisce a diventare regola – dello *Spitzenkandidat*, ovvero la designazione del Presidente della Commissione attraverso le elezioni europee[32].

Accanto a questa *politeia* europea – che svolge la duplice funzione di costruire un'area di diritti/doveri e di legittimare le istituzioni sovranazionali senza essere popolo europeo – un'altra specificità caratterizza il modello di democrazia che ci troviamo a descrivere: l'assenza di un riferimento esplicito al connotato dell'autogoverno collettivo.

La "sovranità appartiene al popolo" è formula ricorrente nelle costituzioni, come può esistere una democrazia senza un popolo? Come sottolinea Ugo Villani[33], questo appare essere – e non da oggi – l'elemento essenziale e irrinunciabile della democrazia[34].

Ecco dunque che il riferimento ai popoli degli Stati membri opera

[31] Si veda O.S. VOLGIN, *On Supranational Democracy*, in *JLA*, 2017, n. 1, pp. 37-43.

[32] È questo quanto avvenuto nelle ultime elezioni europee, sul fondamento dell'art. 17, co. 7, TUE. La Commissione ha presentato una proposta di regolamento in tal senso – COM(2012)499 def. –, che è stata fatta propria dal Parlamento nella sua risoluzione (IP/12/951) e ha di fatto condizionato il processo di designazione del Presidente della Commissione.

[33] U. VILLANI, *Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne*, in *De Rome à Lisbonne: le jurisdictions de l'Union Européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 193.

[34] Si veda la risoluzione n. 55/96 del 4 dicembre 2000 dell'Assemblea generale delle Nazioni unite, sulla promozione e il consolidamento della democrazia, che richiama il requisito della volontà popolare, già prescritto dall'art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948.

un rimando implicito alle costituzioni nazionali che tali sovranità collettive riconoscono e codificano. La *politeia* europea integra dunque un secondo livello democratico che si alimenta del primo: non a caso, la democraticità dello Stato è requisito di ammissione all'Unione (art. 49 TUE).

Tutto ci dimostra, in ogni caso, come la legittimazione dell'Unione attraverso i cittadini, che data dagli anni '60 – abbia di fatto acquisito sostanza di riforma in riforma: dall'elezione diretta del Parlamento all'istituzione della cittadinanza, dall'introduzione di strumenti di consultazione e partecipazione all'introduzione della legge di (pre)iniziativa popolare, fino ad arrivare da ultimo – sia pure indirettamente – alla legittimazione del presidente della Commissione attraverso le elezioni europee.

Tutto questo senza giungere mai, però, ad assurgere ad elemento identitario forte, rimanendo *politeia*. Paradossalmente, proprio mentre l'Unione avanzava verso la progressiva integrazione con scelte talora anche forti e simboliche: i simboli negli anni Ottanta (la bandiera, l'inno), la creazione dell'Unione e della cittadinanza, l'introduzione della moneta unica, parallelamente si preoccupava di garantire sempre più a chiare lettere il rispetto delle identità nazionali[35].

[35] Si rinvia in proposito, *ex multi*s a A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty,* in *CML Rev.*, 2011; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati",* in *Quaderni Cost.*, 2012, n. 1, pp. 152-154 e, più approfonditamente, a G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017.

LA PERDITA DELLA CITTADINANZA DELL'UNIONE EUROPEA: IL CASO BREXIT

SIMONE MARINAI*

SOMMARIO: 1. La Brexit quale caso paradigmatico per evidenziare i limiti di operatività della cittadinanza dell'Unione europea. – 2. Uno scenario inedito. – 3. Gli strumenti ipotizzabili a tutela dei cittadini britannici che perderanno la cittadinanza dell'Unione. – 4. Una valutazione dei risultati ottenuti all'esito della prima fase dei negoziati. – 5. Prospettive di tutela per i cittadini britannici non contemplati nel corso dei negoziati. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La Brexit quale caso paradigmatico per evidenziare i limiti di operatività della cittadinanza dell'Unione europea*

Il caso Brexit e la perdita della cittadinanza dell'Unione europea che si produrrà per i cittadini britannici al momento del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, permettono di evidenziare in modo paradigmatico i limiti di operatività della cittadinanza dell'Unione.

La cittadinanza dell'Unione ha compiuto indubbi progressi rispetto a quando essa è stata istituita con il Trattato di Maastricht. Merito di tali progressi deve essere riconosciuto, innanzitutto, all'opera interpretativa della Corte di Giustizia che, con giurisprudenza ormai consolidata, ha affermato che la cittadinanza dell'Unione è destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri[1]. A ciò si aggiunga, poi, il

* Associato di Diritto Internazionale, Università di Pisa.

[1] V., ad es., Corte di Giustizia, sentenza del 20.9.2001, *Grzelczyk*, causa C-184/99, punto 31; sentenza dell'11.7.2002, *D'Hoop*, causa C-224/98, punto 28; sentenza del 19.10.2004, *Zhu e Chen*, causa C-200/02, punto 25; sentenza del 2.3.2010, *Rottmann*, causa C-135/08, punto 43; sentenza del 26.2.2015, *Martens*, causa C-359/13, punto 21. Tra i molti studi che esaminano lo *status* di cittadino dell'Unione, si vedano, per tutti, U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II, Bari, 1995, p. 1001; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Citizenship of the Union and Freedom of Movements of Persons*, Leiden-Boston, 2008; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, 2008, p. 1255; M. GESTRI, *La cittadinanza e gli stranieri*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 25 e spec. p. 32 ss.; B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012.

rilievo quasi costituzionale che è stato riconosciuto alla cittadinanza dell'Unione mediante il suo inserimento all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[2].

Ciò nonostante, la vicenda della Brexit dimostra che la cittadinanza dell'Unione è ancora fortemente legata alla cittadinanza dei singoli Stati membri. Difficilmente, infatti, è ipotizzabile che un individuo sia in grado di rivendicare la cittadinanza dell'Unione dopo aver perduto la cittadinanza di uno degli Stati membri.

Se questo è vero, è possibile fin d'ora anticipare che dai negoziati attualmente in corso tra Regno Unito e Unione europea al fine di giungere ad un recesso "assistito" sta emergendo l'esigenza di preservare in qualche modo, anche dopo la Brexit, almeno alcuni dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione.

Nel presente contributo, dopo aver preliminarmente analizzato le caratteristiche della perdita della cittadinanza dell'Unione europea che si produrrà al momento in cui sarà efficace il recesso del Regno Unito dai Trattati istitutivi, verranno richiamate le tesi che, già prima dell'avvio dei negoziati, sono state prospettate al fine di ipotizzare in capo ai cittadini britannici una possibilità di sindacato della perdita della cittadinanza dell'Unione.

Successivamente, verrà esaminato lo stato dei negoziati al fine soprattutto di verificare se i risultati conseguiti con il *Joint Report* dell'8 dicembre 2017[3] siano realmente idonei a consentire ai cittadini residenti sul territorio dell'altra parte – e più specificamente, per quanto in questa sede interessa, ai cittadini britannici[4] – di continuare ad esercitare per il resto della loro vita i diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, diritti che – per i cittadini britannici – si pretenderebbero mantenuti pur a seguito della perdita della cittadinanza sovranazionale.

[2] In particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dedica il Titolo V (artt. 39-46) alla cittadinanza dell'Unione.

[3] *Joint Report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*, TF50 (2017) 19 – Commission to EU 27, 8.12.2017. Per un primo commento, v. H. LABAYLE, *Brexit: la fin du commencement? (1ère partie)*, http://eumigrationlawblog.eu, 14.12.2017; ID., *Brexit: la fin du commencement? (suite et fin)*, http://eumigrationlawblog.eu, 18.12.2017; A. CIRCOLO, *Brevi note sulle conclusioni del primo accordo di recesso: Brexit deal*, in *Eurojus.it*, 21.12.2017.

[4] Tenuto conto che l'angolo visuale in cui si pone il presente contributo è quello della perdita della cittadinanza dell'Unione, non verranno presi in considerazione – se non di riflesso e comunque marginalmente – i diritti dei cittadini dell'Unione europea residenti nel Regno Unito.

Infine, visto che, fino ad oggi, nel corso dei negoziati, sono stati considerati soltanto i diritti dei cittadini britannici che al momento della Brexit saranno residenti in uno degli altri Stati membri (UE-27), dovremo soffermarci sulle prospettive di tutela di tutti gli altri cittadini britannici che verranno privati della cittadinanza dell'Unione. A tal fine, dovranno essere ripresi gli scenari che prefigurano il ripensamento dell'istituto della cittadinanza dell'Unione o, comunque, la creazione di nuovi statuti aggiuntivi caratterizzati dalla separazione della cittadinanza statale rispetto alla cittadinanza dell'Unione.

2. *Uno scenario inedito*

L'attivazione della procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione europea a seguito della notifica che il Premier britannico Theresa May ha indirizzato al Presidente del Consiglio europeo con lettera del 29 marzo 2017, ha aperto uno scenario del tutto peculiare ed inedito che produrrà, per la prima volta, un caso di perdita collettiva di cittadinanza dell'Unione europea.

A tale perdita sono destinati tutti i cittadini del Regno Unito che non abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato membro.

Casi di perdita collettiva di cittadinanza si sono certo verificati nella prassi concernente la cittadinanza statale (*a*), mentre con riferimento alla cittadinanza dell'Unione europea i casi di perdita avevano fin qui riguardato solo singoli individui (*b*).

a) Nella prassi concernente la successione tra Stati, molti potrebbero essere gli esempi in cui lo smembramento di uno Stato, la secessione o comunque il cambiamento di sovranità su una parte di territorio ha comportato una perdita collettiva della cittadinanza statale.

Anche se i tentativi volti a codificare tale materia[5] non hanno avuto,

[5] Le ripercussioni che i mutamenti di sovranità su un determinato territorio possono produrre sull'acquisto o sulla perdita della cittadinanza statale sono state disciplinate, sia pure in modo incidentale e solo mediante isolate norme, all'interno della Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dell'apolidia del 30.8.1961 e, a livello regionale, nella Convenzione europea sulla cittadinanza del 6.11.1997. La problematica è stata poi affrontata in modo più approfondito nel Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla cittadinanza delle persone fisiche in relazione alla successione degli Stati del 1999 e, a livello regionale, nella Convenzione europea per evitare l'apolidia in relazione alla successione tra Stati del 19.5.2006. In argomento, v. tra gli altri C.P. ECONOMIDES, *Les effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques*, in *RGDIP*, 1999, p. 577; A. ZIMMERMANN, *State Succession and the Nationality*

ad oggi, largo seguito, è importante evidenziare che dagli stessi emergono alcuni principi che potrebbero essere ripresi anche quando si esamina il caso della Brexit.

In particolare, un primo principio è quello di impedire che le scelte compiute in materia di cittadinanza da parte degli Stati coinvolti nella successione abbiano carattere discriminatorio. Un secondo principio riguarda invece l'esigenza che gli Stati coinvolti nella successione tengano in adeguata considerazione i legami che l'interessato abbia consolidato con il territorio sottoposto a mutamento di sovranità.

Bisogna certo tener conto che i principi in questione si sono formati in un contesto – quale quello concernente la perdita della cittadinanza statale a seguito di un mutamento di sovranità – che è senz'altro diverso e quindi difficilmente comparabile con quello della perdita della cittadinanza dell'Unione europea a seguito del recesso di uno Stato membro dall'organizzazione regionale in questione. Ciò nonostante, è indubbio che essi siano espressione di principi generalissimi che, proprio per questo, possono comunque tornare utili anche quando venga preso in considerazione il caso della Brexit.

b) Se, prima della Brexit, non si sono verificati casi di perdita collettiva della cittadinanza dell'Unione, sono invece noti i casi in cui tale perdita ha riguardato singoli individui. In proposito, il riferimento più immediato è alla giurisprudenza *Rottmann*[6], in base alla quale la Corte di Giustizia ha affermato la possibilità di un sindacato, alla luce del diritto dell'Unione, a fronte della tradizionale discrezionalità che, secondo il diritto internazionale, gli Stati hanno al momento di decidere i criteri di perdita della cittadinanza statale. Tale sindacato, in particolare, deve essere operato alla luce dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di proporzionalità quando la perdita della cittadinanza statale comporti, come conseguenza, anche la perdita della cittadinanza dell'Unione.

Le prime applicazioni della giurisprudenza in questione da parte dei giudici nazionali hanno però fatto emergere alcune incertezze, in partico-

of Natural Persons – Facts and Possible Codification, in P.M. EISMANN, M. KOSKENNIEMI (eds.), *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits. State Succession: Codification Tested against the Facts*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 611; L. PANELLA, *Cittadinanza e successione tra Stati*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, cit., p. 627; F. COSTAMAGNA, *Statelessness in the context of state succession. An appraisal under international law*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London-New York, 2013, p. 37; I. ZIEMELE, *State succession and issues of nationality and statelessness*, in A. EDWARDS, L. VAN WAAS (eds.), *Nationality and Statelessness Under International Law*, Cambridge, 2014, p. 217.

[6] Corte di Giustizia, *Rottmann*, cit.

lare in merito alla possibilità di impiegare il test formulato dalla Corte di Giustizia anche quando l'interessato non abbia previamente esercitato la libertà di circolazione sul territorio dell'Unione europea[7]. È auspicabile quindi che la Corte di Lussemburgo abbia la possibilità di chiarire l'ambito di operatività dei limiti dalla stessa indicati a fronte di casi di perdita della cittadinanza dell'Unione[8].

3. *Gli strumenti ipotizzabili a tutela dei cittadini britannici che perderanno la cittadinanza dell'Unione*

L'imminente perdita della cittadinanza dell'Unione europea da parte dei cittadini britannici ha stimolato la discussione in merito alla possibilità di individuare strumenti utili per la tutela della loro posizione.

Ci si può chiedere, innanzitutto, se sia ipotizzabile configurare in capo ai cittadini britannici il diritto a mantenere la cittadinanza dell'Unione. In ogni caso, poi, anche se non fosse possibile evitare ai cittadini britannici la perdita della cittadinanza dell'Unione, occorre verificare se agli stessi vada riconosciuto il diritto a conservare i diritti (o, quanto meno, alcuni di essi) maturati in quanto cittadini dell'Unione.

In relazione alla possibilità di mantenere la cittadinanza dell'Unione europea deve essere valutata la pertinenza della giurisprudenza *Rottmann* e del principio, ricavabile dalla stessa, in base al quale le scelte degli Stati membri in materia di cittadinanza, qualora ledano i diritti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione, possono essere sottoposte a un controllo giurisdizionale condotto alla luce del diritto dell'Unione[9].

A ben vedere, i margini per poter invocare la giurisprudenza in questione a fronte della perdita della cittadinanza dell'Unione che conseguirà alla Brexit appaiono esigui.

[7] Per un esame delle ricadute che la sentenza *Rottmann* ha avuto nella giurisprudenza degli Stati membri, ci sia consentito rinviare a S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017, p. 156 ss.

[8] Per un caso attualmente pendente in cui la Corte sarà nuovamente chiamata a pronunciarsi sulle conseguenze che la perdita della cittadinanza statale può produrre sulla cittadinanza dell'Unione, v. Corte di Giustizia, *M.G. Tjebbes e a.* c. *Minister van Buitenlandse Zaken*, causa C-221/17. A commento della questione alla base del rinvio pregiudiziale, v. B. DE HART, S. MANTU, *Loss of Dutch nationality ex lege: EU law, gender and multiple nationality*, http://globalcit.eu/loss-of-dutch-nationality-ex-lege-eu-law-gender-and-multiple-nationality/.

[9] Corte di Giustizia, *Rottmann*, cit., punto 48.

Bisogna tener conto, infatti, della differenza di fondo che sussiste tra la perdita di cittadinanza dell'Unione che interesserà i cittadini britannici ed il caso che sta alla base della giurisprudenza *Rottmann*. In quest'ultimo, l'eventualità della perdita della cittadinanza dell'Unione era una conseguenza della decisione statale di disporre la revoca della cittadinanza nazionale. Nel caso della Brexit, invece, la perdita della cittadinanza dell'Unione si produrrà senza che sia toccata la cittadinanza statale dei sudditi britannici.

Anche a prescindere da tale differenza di fondo, si deve considerare che la giurisprudenza *Rottmann* non comporta un divieto assoluto di revocare la cittadinanza dell'Unione. Piuttosto, la Corte di Lussemburgo chiede che la decisione in questione rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina sulla situazione dell'interessato che viene a subire la perdita dei diritti di cui gode in quanto cittadino dell'Unione.

Nel caso della Brexit, la perdita della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini britannici non può in alcun modo essere sindacata alla luce di un'asserita violazione del diritto dell'UE. Tale perdita, infatti, si produrrà come conseguenza naturale della cessazione dell'applicabilità dei Trattati istitutivi al Regno Unito a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso che le parti eventualmente concluderanno o, in mancanza di accordo, decorsi due anni dalla notifica, da parte del Regno Unito, della volontà di attivare la procedura di cui all'art. 50 TUE.

La perdita della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini britannici, oltre che non poter essere considerata contrastante con il diritto dell'UE – proprio perché conseguenza dell'attivazione della procedura di recesso disciplinata dal diritto dell'Unione – difficilmente potrà essere considerata contrastante con il principio di proporzionalità. Ciò, a maggior ragione, tenuto conto del fatto che i negoziati attualmente in corso tra Regno Unito ed Unione europea si pongono, tra l'altro, l'obiettivo di concordare strumenti per salvaguardare quanto meno alcuni dei diritti dei cittadini che perderanno la cittadinanza dell'Unione.

Il processo che sta conducendo al recesso del Regno Unito potrebbe essere valutato da un diverso e non meno pregnante punto di vista: il rispetto del principio democratico, nella sua declinazione interna ai procedimenti decisionali britannici. Peraltro, neppure tale lettura sembra in grado di consentire il sindacato della perdita di cittadinanza dell'Unione europea da parte dei cittadini britannici. La Brexit, infatti, è conseguenza di un processo che ha preso le mosse con il referendum del 23 giugno 2016. Nel corso di tale consultazione, sia pure con una maggioranza risi-

cata[10], il corpo elettorale britannico si è espresso a favore dell'uscita dall'Unione europea. Se può essere messo in dubbio che nel corso della campagna elettorale sia emerso con chiarezza che l'uscita dall'Unione avrebbe prodotto la perdita della cittadinanza dell'Unione e dei diritti ad essa collegati[11], è certo che la perdita della cittadinanza dell'Unione non può essere considerata come imposta dall'alto o decisa in modo discrezionale e/o unilaterale da parte del Governo britannico. Del resto, poi, l'attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE da parte del Primo Ministro Theresa May è stata preceduta dall'autorizzazione del Parlamento britannico[12]. Infine, in virtù di un emendamento recentemente introdotto nel corso dell'esame dell'*European Union (Withdrawal) Bill* in seno alla House of Commons, i termini finali dell'accordo di recesso dovranno essere approvati mediante legge del Parlamento britannico[13].

Nonostante che i margini per un sindacato della perdita della cittadinanza dell'Unione europea da parte dei cittadini britannici appaiano esigui, sarà comunque interessante seguire gli sviluppi di alcune prime azioni giudiziarie delle quali, di recente, è stata data notizia. In particolare, alcuni cittadini britannici residenti nei Paesi Bassi si sono rivolti alla Corte distrettuale di Amsterdam contestando la loro imminente perdita

[10] All'esito della consultazione popolare del 23.6.2016 i voti a favore dell'uscita dall'Unione europea hanno raggiunto il 51,9%, contro il 48,1% dei voti a favore della permanenza nell'organizzazione internazionale. V. https://www.electoralcommission.org.uk.

[11] Per un esame delle reali ragioni che hanno spinto il corpo elettorale britannico a votare a favore della Brexit, v. G. DE BÚRCA, *How British was the Brexit vote?*, in B. MARTILL, U. STAIGER (eds.), *Brexit and Beyond. Rethinking the Futures of Europe*, London, 2018, p. 46.

[12] V. *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, del 16.3.2017. La necessità di subordinare l'attivazione, da parte del Governo britannico, della procedura di cui all'art. 50 TUE all'autorizzazione parlamentare è stata stabilita da UK Supreme Court, *R (on the application of Miller and another)* v. *Secretary for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5. A commento della sentenza, v. tra gli altri G. DAVIS, *Representing the People vs Challenging Them: Constitutional Niceties in an Age of Instant Democratic Gratification. Episode 2: The Supreme Court*, in *European Papers*, 2016, n. 3, p. 777. Sul ruolo che il Parlamento britannico è stato chiamato a svolgere dopo la pronuncia in questione, v. P. MANZINI, Brexit*: Does notification mean forever?*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016, vol. 3 p. 49; A. MIGLIO, *Of Court, politics and EU law: The UK Supreme Court's failure to refer and its consequences*, ivi, p. 57.

[13] V. *Amendment* 7, approvato dalla House of Commons in data 13.12.2017 e con il quale è stato inserito all'interno della clausola 9 (concernente l'accordo di recesso) dell'*European Union (Withdrawal) Bill* il seguente inciso: «*subject to the prior enactment of a statute by Parliament approving the final terms of withdrawal of the United Kingdom from the European Union*». Con tale clausola il progetto di legge è stato sottoposto dalla House of Commons alla House of Lords in data 18.1.2018.

dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione[14]. L'azione è stata proposta contro lo Stato olandese e l'amministrazione comunale di Amsterdam ed è volta, tra l'altro, ad ottenere che, anche dopo la Brexit, i convenuti non limitino, senza una previa valutazione alla luce del principio di proporzionalità, i diritti che i cittadini britannici residenti nei Paesi Bassi hanno acquisito in quanto cittadini dell'Unione. Nonostante le amministrazioni resistenti si siano difese sostenendo che la domanda rivolta nei loro confronti doveva essere dichiarata inammissibile anche perché relativa ad una questione fittizia, il giudice olandese, con decisione del 7 febbraio 2018, ritenendo che vi è motivo di dubitare che sia corretta l'interpretazione dell'art. 20 TFUE, in base alla quale la perdita dello *status* di cittadino di uno Stato membro comporta anche la perdita della cittadinanza dell'Unione, ha annunciato di essere intenzionato ad investire la Corte di Giustizia tramite rinvio pregiudiziale[15]. Il rinvio, ad ogni modo, non è stato ancora proposto, anche tenuto conto del fatto che, nel frattempo, le amministrazioni convenute sono state autorizzate dallo stesso giudice olandese a proporre un ricorso contro l'intenzione di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale[16].

A prescindere dall'esito di tale vicenda, non c'è dubbio che la Corte di Lussemburgo, qualora venisse investita di una simile questione, potrebbe chiarire fin da subito i margini (a nostro avviso ridotti) esistenti per sottoporre a sindacato la perdita della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini britannici.

In ogni caso, poi, la Corte di Giustizia potrebbe tornare sull'affermazione secondo cui la cittadinanza dell'Unione costituisce lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri e cercare di riempir-

[14] In proposito, v. ad es. M. CASTELLANETA, *Gli inglesi resteranno cittadini UE?*, in *Il Sole 24 Ore*, 11.2.2018.

[15] Rechtbank Amsterdam, decisione del 7.2.2018, *Williams e a.* c. *Staat der Nederlanden e Gemeente Amsterdam*, C/13/640244 / KG ZA 17-1327. A commento della decisione, v. O. GARNER, *Does Member State Withdrawal From The European Union Extinguish EU Citizenship? C/13/640244 / KG ZA 17-1327 Of The Rechtbank Amsterdam ('The Amsterdam Case)*, disponibile al sito internet http://europeanlawblog.eu, 19.2.2018.

[16] Rechtbank Amsterdam, decisione del 20.2.2018, *Williams e a.* c. *Staat der Nederlanden e Gemeente Amsterdam*, C/13/640244 / KG ZA 17-1327 FB/AA. A commento di tale pronuncia e, in particolare, della possibilità – alla luce del diritto dell'Unione – di impugnare, di fronte ad un giudice nazionale di grado superiore, la decisione di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, v. A. ARNULL, *UK Nationals and EU citizenship: References to the European Court of Justice and the February 2018 decisions of the District Court, Amsterdam*, disponibile al sito internet http://eulawanalysis.blogspot.it/2018/03/uk-nationals-and-eu-citizenship.html, 28.3.2018.

la di contenuto in modo tale che la stessa non resti priva di rilevanza pratica. In particolare, ci si può chiedere se sia possibile tutelare tale *status* a prescindere dalla perdita della cittadinanza dell'UE.

A tal fine, è stata richiamata la possibilità di invocare la teoria dei diritti quesiti che, sia pure in altri contesti, è già stata impiegata sia nel diritto internazionale, sia nel diritto dell'Unione europea.

Nel diritto internazionale la teoria dei diritti quesiti è stata ad esempio impiegata in materia di trattamento degli stranieri. In tale ambito, peraltro, tale teoria ha consentito solo una tutela minimale delle situazioni giuridiche che lo straniero ha consolidato sul territorio dello Stato ospite. In particolare, ha permesso di tutelare i diritti sulle proprietà immobiliari o altri diritti contrattuali acquistati all'estero[17].

Anche la Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza, ha avuto occasione di pronunciarsi sull'esigenza di tutelare diritti quesiti. Talvolta, tali diritti sono stati collegati al principio generale di irretroattività[18], altre volte al principio del legittimo affidamento[19].

È evidente, peraltro, che la teoria dei diritti quesiti potrà essere utilizzata solo per la tutela della posizione di quanti abbiano già concretamente esercitato i diritti derivanti dallo *status* di cittadino dell'Unione europea.

Non tutti i diritti collegati a tale *status* sembrano peraltro tutelabili mediante lo strumento in questione. Non sembra possibile, infatti, consi-

[17] V. P. LALIVE, *The Doctrine of Acquired Rights*, in INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW CENTER (Southwestern Legal Foundation), *Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, 1965, p. 145; K.S. SIK, *The Concept of Acquired Rights in International Law: A Survey*, in *Netherlands ILR*, 1977, p. 120. Sulla possibilità di applicare la teoria dei diritti quesiti al caso Brexit, v. HOUSE OF LORDS, EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Brexit: Acquired Rights*, HL Paper 82, 10th Report of Session 2016-17, 14.12.2016; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, D. LÓPEZ GARRIDO, *The impact and consequences of Brexit on acquired rights of EU citizens living in the UK and British citizens living in the EU-27*, Study for the AFCO Committee, European Parliament, PE 583.135, 2017, disponibile al sito internet http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583135/IPOL_STU(2017)583135_EN.pdf; M. WAIBEL, *Brexit and Acquired Rights*, in *AJIL Unbound*, vol. 111, 2018, p. 440.

[18] V. ad es. Corte di giustizia, sentenza del 5.12.1973, causa 143/73, *SOPAD SA*, punto 8 dove si afferma: «*secondo un principio generalmente ammesso, le leggi modificative di una legge precedente si applicano, salvo deroga, agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge*»; sentenza del 10.7.1986, causa 270/84, *Licata,* punto 31, dove si afferma: *«si deve rilevare che, per principio, la norma nuova si applica immediatamente agli effetti futuri di una situazione creatasi quando era in vigore la norma precedente»*.

[19] V. ad es. Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, 18.2.2016, *Robert Fuchs AG*, causa C-80/15, punto 69.

derare quesiti i diritti politici. Maggiori possibilità di tutela hanno invece i diritti che sono maturati a seguito dell'esercizio della libera circolazione dei cittadini britannici in un altro Stato membro dell'Unione prima della Brexit. Anche in questo caso, però, è più probabile che possano essere considerati degni di tutela quei diritti che siano maturati a seguito di un collegamento sufficientemente intenso con il territorio dello Stato membro ospitante.

Un ulteriore possibile strumento utilizzabile per la tutela dei diritti che i cittadini britannici residenti in altri Stati membri hanno acquisito in virtù della cittadinanza dell'Unione europea, è rappresentato dall'art. 8 CEDU concernente il diritto alla vita privata e familiare.

Tale disposizione, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, può, sia pure in casi particolari, consentire di proteggere gli individui da decisioni prese dallo Stato ospitante in materia migratoria[20]. Ciò, in particolare, potrebbe essere il caso dei cittadini britannici che, dopo aver esercitato il diritto di libera circolazione derivante dal possesso della cittadinanza dell'Unione, abbiano maturato nello Stato membro di residenza forti legami personali o familiari che rischiano di essere seriamente compromessi dalla misura di allontanamento.

Se è indubbio che l'art. 8 CEDU non è idoneo a conferire ai cittadini britannici un diritto di residenza sul territorio di altri Stati membri dell'Unione, è altrettanto vero che la disposizione in questione limita la libertà degli Stati membri di allontanare dal loro territorio i cittadini britannici che abbiano consolidato sullo stesso legami particolarmente intensi[21].

Anche lo strumento offerto dall'art. 8 CEDU, quindi, al pari di quanto già osservato con riferimento alla teoria dei diritti quesiti, sembra in grado di funzionare a condizione che il cittadino britannico abbia con-

[20] V. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 luglio 2010, *Kurić e a.* c. *Slovenia*, ricorso n. 26828/06, par. 351. La giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 8 CEDU quale strumento che, a certe condizioni, può funzionare da limite rispetto alla discrezionalità statale in ordine alla decisione di allontanare stranieri presenti sul proprio territorio, è richiamata dalla Commissione del diritto internazionale nel commento all'art. 18 del *Draft Articles on the Expulsion of Aliens*. V. *Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July-8August 2014)*, A/69/10, spec. p. 44 ss.

[21] Sulla possibilità di invocare l'art. 8 CEDU quale strumento di cui potranno avvalersi i cittadini britannici che abbiano consolidato legami particolarmente intensi in altri Stati membri, v. G. MARRERO GONZÁLEZ, Civis europeus sum? *Consequences with regard to Nationality Law and EU Citizenship status of the Independence of a Devolved Part of an EU Member State*, Oisterwijk, 2017, p. 215; A. SCHRAUWEN, *(Not) losing out from Brexit*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2017, n. 1, p. 1 e spec. p. 5 ss.

solidato, al momento della Brexit, un legame sufficientemente intenso con lo Stato membro ospitante.

Proprio in questa direzione sembrano andare i negoziati che sono attualmente in corso tra Regno Unito e Unione europea al fine di concludere un accordo sulle modalità di recesso e sui quali occorre ora volgere la nostra attenzione.

4. *Una valutazione dei risultati ottenuti all'esito della prima fase dei negoziati*

Il Primo Ministro britannico, con un messaggio del 19 dicembre 2017 rivolto via *facebook* ai propri concittadini che vivono in uno Stato membro dell'Unione europea[22], ha affermato di aver sempre sostenuto, fin dall'inizio dei negoziati, la volontà di condizionare il riconoscimento di eventuali diritti ai cittadini dell'Unione europea che vivono nel Regno Unito alla garanzia che reciproci diritti vengano assicurati anche ai cittadini del Regno Unito che vivono sul territorio di uno degli altri Stati membri dell'Unione europea.

Con il medesimo messaggio, Theresa May ha annunciato che tale obiettivo è esattamente quanto è stato ottenuto a conclusione della prima fase dei negoziati a seguito dell'adozione del *Joint Report* dell'8 dicembre 2017.

L'obiettivo di concordare garanzie reciproche intese a salvaguardare, alla data del recesso, lo *status* e i diritti dei cittadini delle due parti e dei loro familiari è stato del resto indicato come prioritario anche negli Orientamenti dettati dal Consiglio europeo il 29 aprile 2017[23].

L'impressione che si ricava è che le parti abbiano voluto far passare il messaggio di essere riusciti, a seguito della conclusione della prima fase dei negoziati, a trovare una soluzione in grado di salvaguardare quanto meno i diritti dei cittadini dell'UE e dei cittadini britannici che, alla data del recesso, saranno rispettivamente residenti nel Regno Unito o in uno dei 27 Stati membri.

In proposito, si richiama ad esempio quanto affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione sullo stato dei negoziati dell'8 dicembre 2017, secondo cui i cittadini in questione potranno continuare ad esercitare, per il resto della loro vita, i diritti derivanti dal diritto

[22] https://it-it.facebook.com/notes/road-to-brexit/prime-minister-theresa-mays-message-to-uk-nationals-living-in-europe/348405625623654/.

[23] Consiglio europeo, Orientamenti, EUCO XT 20004/17 del 29.4.2017, punto 8.

dell'Unione europea nel territorio dell'altra parte, qualora tali diritti derivino da scelte di vita fatte prima di quella che viene indicata, dal *Joint Report*, quale "*specific date*"[24].

Occorre quindi verificare se tale obiettivo sia stato effettivamente conseguito alla luce dei negoziati che hanno condotto al *Joint Report* e, successivamente, al progetto di accordo pubblicato il 19 marzo 2018 che, quanto meno per le disposizioni concernenti i diritti dei cittadini, è stato concordato dai rappresentanti di Regno Unito e Unione europea[25].

Per quanto riguarda la situazione dei cittadini britannici che, al momento del recesso, saranno residenti sul territorio di uno degli Stati membri, appare evidente che non sia possibile affermare che manterranno gli stessi diritti che oggi possiedono in quanto cittadini dell'Unione europea.

Un primo aspetto da prendere in considerazione riguarda le modalità di acquisto dello *status* garantito dal futuro accordo di recesso.

Secondo quanto previsto dal *Joint Report*[26] gli Stati membri dell'Unione potranno richiedere ai cittadini del Regno Unito di presentare una apposita domanda per ottenere lo *status* in questione e, con esso, anche il diritto di proseguire il soggiorno nello Stato ospitante dopo aver ottenuto il rilascio dei relativi documenti che lo attestino.

Le parti hanno voluto precisare nel *Joint Report* che lo *status* in questione non viene ottenuto se la domanda presentata dal cittadino britannico non venga accolta[27]. Ciò significa che la procedura in questione avrà carattere costitutivo e non una funzione di semplice accertamento delle condizioni necessarie per esercitare uno *status* già posseduto.

In questo modo, però, la posizione dei cittadini britannici residenti sul territorio dell'Unione europea diventerebbe sostanzialmente differente rispetto a quella in cui si trovano oggi in quanto cittadini dell'Unione. Come ricordato anche dalla direttiva n. 2004/38, infatti, «*il diritto fondamentale e personale di soggiornare in un altro Stato membro è conferito direttamente dal Trattato ai cittadini dell'Unione e non dipende*

[24] V. Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo (articolo 50) sullo stato di avanzamento dei negoziati con il Regno Unito a norma dell'articolo 50 del trattato sull'Unione europea, COM (2017) 784 def. dell'8.12.2017, punto 4, lett. *a*).

[25] V. *Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community highlighting the progress made (*coloured version*) in the negotiation round with the UK of 16-19 March 2018*, TF50 (2018) 35 – Commission to UK, 19.3.2018.

[26] V. *Joint Report*, cit., punto 16.

[27] *Ibidem*.

dall'aver completato le formalità amministrative»[28]. È certo vero che nel *Joint Report* si afferma che le procedure amministrative in questione dovranno essere agevoli, rapide e trasparenti[29]. Ciò nonostante, la differenza appare sostanziale e non sembra mitigata dal rinvio agli artt. 6 e 7 della direttiva n. 2004/38, che il *Joint Report* opera al fine di determinare le condizioni di acquisto del diritto di residenza (rispettivamente, per periodi fino a tre mesi e per periodi superiori a tre mesi)[30]. Basti pensare, ad es., che se l'art. 6 della citata direttiva prevede che i cittadini dell'UE hanno il diritto di soggiornare per un periodo non superiore a tre mesi sul territorio di un altro Stato membro senza alcuna condizione o formalità, il *Joint Report* è chiaro nell'indicare che il positivo espletamento delle formalità amministrative che uno Stato membro può richiedere sono condizione necessaria per far sorgere lo *status* che sarà riconosciuto dal futuro accordo di recesso.

Le perplessità appena evidenziate sembrano peraltro essere superate dal progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018. Quest'ultimo, infatti, sembra dare per scontato che la procedura amministrativa, eventualmente richiesta da uno Stato membro al fine di consentire al cittadino britannico il riconoscimento del nuovo *status* di residente, non abbia carattere costitutivo e sia solo funzionale al rilascio di un documento che attesti il possesso di uno *status* derivante dall'accordo di recesso[31].

Va poi evidenziato, più in generale, che il progetto congiunto dà per acquisita la previsione di un periodo transitorio con durata a partire dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso e termine finale fissato al 31 dicembre 2020[32]. Ciò comporta, come conseguenza, lo spostamento al 31 dicembre 2020 anche della data rilevante al fine di individuare i cittadini britannici residenti in uno Stato membro dell'Unione che potranno usufruire delle disposizioni che l'accordo di recesso prevede a tu-

[28] V. considerando n. 11 della direttiva 2004/38 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, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, la cui rettifica può essere letta in GUUE L 229 del 29.6.2004, p. 35.

[29] V. *Joint Report*, cit., punto 16.

[30] V. *Joint Report*, cit., punto 20.

[31] V. art. 17, par. 1, del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit., ai sensi del quale «*The host State may require Union citizens or United Kingdom nationals […] residing in its territory in accordance with the conditions set out in this Title, to apply for a new residence status which confers the rights under this Title and a document evidencing such status […]*».

[32] V. art. 121 del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

tela dei cittadini. I cittadini britannici che arriveranno sul territorio di uno degli Stati membri durante il periodo transitorio beneficeranno dunque degli stessi diritti riconosciuti a quanti vi avranno acquistato la residenza prima del recesso del Regno Unito (e, quindi, prima di perdere la cittadinanza dell'Unione).

Un aspetto che rischia di distinguere in modo significativo la futura condizione dei cittadini britannici da quella di cui attualmente godono in quanto cittadini dell'Unione, riguarda il ricongiungimento familiare.

Nel *Joint Report* le parti hanno concordato che il cittadino del Regno Unito potrà essere raggiunto dai propri familiari nel territorio dello Stato membro di residenza anche dopo la Brexit[33]. Tale previsione deve certo essere considerata favorevolmente e non era scontata alla luce delle posizioni iniziali che il Regno Unito aveva espresso con riferimento al ricongiungimento sul proprio territorio dei familiari di cittadini dell'Unione[34]. Bisogna però anche sottolineare che la condizione richiesta affinché il ricongiungimento sia garantito è che il familiare fosse già tale (secondo la definizione di "familiare" fornita dall'art. 2 della direttiva n. 2004/38) alla data della Brexit. Di conseguenza, il cittadino del Regno Unito che al momento della Brexit sia residente in altro Stato membro non avrà più assicurato il diritto (che, invece, è proprio dei cittadini dell'Unione) di farsi raggiungere da persone che diventino suoi familiari solo dopo la data del recesso. Non verrà ad es. garantita ad un cittadino britannico la facoltà di ottenere il ricongiungimento con il partner (non registrato) di lunga data con il quale solo dopo la Brexit abbia contratto matrimonio. L'unica eccezione viene prevista per i bambini, il cui ricongiungimento viene garantito anche se nati o adottati dal cittadino britannico dopo la data del recesso.

Dell'evidente limitazione che subiranno i cittadini britannici dopo la

[33] V. *Joint Report*, cit., punto 12.

[34] Si veda, in proposito, UK GOVERNMENT, *The United Kingdom's Exit from the European Union, Safeguarding the Position of EU Citizens Living in the UK and UK Nationals Living in the EU*, Policy paper presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department, London, 26.6.2017, punto 29 ss., dove si precisava che solo i familiari già residenti nel Regno Unito prima della data di recesso e che avessero una relazione "genuina" con un cittadino dell'Unione europea avrebbero potuto – a certe condizioni richieste anche per quest'ultimo – presentare domanda per il riconoscimento del diritto di soggiorno a tempo indeterminato ("*settled status*") regolato secondo la legislazione britannica in materia di immigrazione (*Immigration Act* 1971). L'unica eccezione veniva prevista a favore dei bambini figli di cittadini dell'Unione europea i quali avrebbero potuto richiedere il riconoscimento del diritto di soggiornare a tempo indeterminato anche qualora fossero giunti sul territorio britannico dopo una data ("*specified date*") da fissarsi tra il 29.3.2017 e la data del recesso.

Brexit è consapevole la Commissione europea la quale, infatti, nella versione del progetto di accordo trasmesso al Regno Unito il 15 marzo 2018 aveva manifestato l'opportunità di garantire il ricongiungimento anche ai futuri partner o ai futuri coniugi[35].

Ciò nonostante, il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 – sia pure impiegando una formulazione non del tutto chiara – ha lasciato cadere il tentativo compiuto dalla Commissione europea ed ha limitato il ricongiungimento a quanti siano già "familiari" dei cittadini britannici nel momento in cui cercano di acquistare la residenza sul territorio di uno Stato membro dell'UE conformemente alle disposizioni dell'accordo di recesso[36].

Un ulteriore esempio, che può essere richiamato a dimostrazione della diversa posizione in cui si verranno a trovare i cittadini britannici che al momento della Brexit (o – secondo il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 – al termine del periodo transitorio) saranno residenti in un altro Stato membro, riguarda la possibilità di usufruire, in tale Paese, del diritto di soggiorno permanente.

In proposito, il *Joint Report* ha previsto che coloro che, alla data del recesso, siano già in possesso di un documento che attesti il diritto di soggiorno permanente conformemente al diritto dell'UE, otterranno gratuitamente la conversione di tale documento in un nuovo documento, ma solo dopo la verifica dell'identità, la conferma del persistere della residenza sul territorio del Paese ospitante e l'espletamento di controlli finalizzati alla verifica di precedenti penali ed a fini di sicurezza.

Con tale previsione si finisce per mutare in senso peggiorativo le condizioni dei cittadini britannici che soggiornano da più di cinque anni sul territorio di un altro Stato membro. In primo luogo, è stato sottolineato che la conversione nello *status* garantito dal futuro accordo di recesso è condizionata al previo possesso di un documento che attesti il diritto di soggiorno permanente[37]. Nessuna garanzia di conversione viene invece

[35] V. art. 9, par. 1, lett. *e*), *ii*) del *Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, TF50 (2018) 33/2 – Commission to UK, 15.3.2018 e, in particolare, la nota in calce alla disposizione in questione nella quale si precisava che la stessa doveva essere intesa in linea con la posizione già espressa dalla Commissione europea quando (nella Comunicazione trasmessa al Consiglio europeo, COM (2017) 784 dell'8.12.2017) aveva manifestato l'opportunità di garantire il ricongiungimento anche ai futuri partner o ai futuri coniugi.

[36] V. art. 9, par. 1, lett. *e*), *ii*) del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[37] V. S. PEERS, *The Beginning of the End? Citizens' rights in the Brexit 'Sufficient Progress' deal*, 9.12.2017, disponibile al sito internet http://eulawanalysis.blogspot.it/2017/12/the-beginning-of-end-citizens-rights-in.html.

prevista per i cittadini britannici che, pur soggiornando da almeno cinque anni in un altro Stato membro, non abbiano mai richiesto un documento che attesti la loro condizione. Per i cittadini britannici che non si sono preoccupati in tempo di ottenere la relativa documentazione, può quindi essere messa in pericolo la conversione nel nuovo *status*. A ciò si aggiunga, poi, che i controlli ai quali potrà essere subordinata la conversione appaiono eccessivamente gravosi per il cittadino britannico e, in ogni caso, tali da peggiorare la sua condizione rispetto a quella di cui può godere attualmente in quanto titolare del diritto di soggiorno permanente ai sensi del diritto dell'Unione. Se infatti appare giustificato che il cittadino britannico venga sottoposto alla verifica dell'identità e del persistere della residenza sul territorio del Paese ospite, destano perplessità le ulteriori verifiche di carattere penale ed a fini di sicurezza. Ciò, soprattutto se si tiene conto che tali controlli potranno essere condotti in modo sistematico nei confronti di tutti coloro che propongano domanda al fine di ottenere lo *status* garantito dal futuro accordo di recesso[38]. Così facendo, sembra che si vada ad infrangere il principio, consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia[39] e ripreso nella normativa di diritto derivato, secondo cui le cause che possono giustificare l'allontanamento per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza devono riguardare il caso individuale e non essere legate a ragioni di prevenzione generale[40]. Senza contare, poi, che il titolare di diritto di soggiorno permanente ai sensi del diritto dell'Unione può essere destinatario di un provvedimento di allontanamento solo a fronte di gravi motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica. D'altra parte, è possibile osservare che il *Joint Report* prevede che le limitazioni per motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza per condotte poste in essere prima della data del recesso devono essere applicate conformemente al Capo VI della direttiva 2004/38[41] e quindi anche rispettando la disposizione che esclude la possibilità di mo-

[38] V. *Joint Report*, cit., punto 24.

[39] V. ad es. Corte di Giustizia, sentenza del 26.2.1975, *Bonsignore*, causa 67/74, punto 6.

[40] Si veda, in proposito, l'art. 27 par. 2 della direttiva 2004/38 che esclude giustificazioni estranee al caso individuale, ragioni di prevenzione generale e richiede di valutare il comportamento personale. Il par. 3 della stessa disposizione, poi, consente allo Stato membro ospitante di chiedere ad altri Stati membri informazioni sui precedenti penali dell'interessato, ma precisa che tale consultazione non può avere carattere sistematico. Sull'interpretazione delle clausole di ordine pubblico e pubblica sicurezza impiegate dalla direttiva 2004/38, v. M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, cit., p. 429 e spec. p. 434 ss.

[41] V. *Joint Report*, cit., punto 26.

tivare l'allontanamento sulla base di giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale, così come la possibilità di compiere controlli di carattere sistematico. Tale rinvio, di per sé positivo, appare contraddittorio rispetto a quanto in precedenza previsto dallo stesso *Joint Report* e non fa altro che alimentare l'incertezza del quadro giuridico che si trovano a dover affrontare i cittadini britannici. In ogni caso, poi, il rinvio in questione non opera per le condotte poste in essere dal cittadino britannico dopo la data del recesso[42].

Il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 conferma la possibilità di porre in essere, in modo sistematico, controlli di carattere penale ed a fini di sicurezza nei confronti di quanti chiedano la conversione del documento attestante il diritto di soggiorno permanente ottenuto conformemente al diritto dell'UE in un nuovo documento che consenta la prosecuzione del soggiorno. Il progetto congiunto di accordo precisa comunque che tali controlli possono essere rivolti esclusivamente a verificare se siano applicabili i limiti di ordine pubblico e pubblica sicurezza e cerca di circoscrivere la possibilità di richiedere informazioni ad altri Stati membri in merito ai precedenti penali dell'interessato, prevedendo che tale procedura sia esperibile solo se sia ritenuta "essenziale"[43].

Tra i risultati conseguiti dal *Joint Report* (e poi confermati nel progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018) va comunque menzionata la previsione dell'ampliamento del periodo massimo di assenza dal territorio dello Stato ospitante (periodo che passa da due a cinque anni consecutivi) prima che il diritto di soggiorno permanente venga perduto[44].

I cittadini del Regno Unito residenti in uno Stato membro dell'Unione europea manterranno poi il diritto alle cure sanitarie, alla pensione ed altri benefici collegati alla sicurezza sociale. Anche dopo la Brexit dovranno essere tenuti in considerazione e computati i precedenti periodi di assicurazione, lavoro e residenza sul territorio dell'Unione europea[45].

Il cittadino britannico, dopo la Brexit, potrà continuare a beneficiare delle decisioni di riconoscimento delle qualifiche emesse prima della data del recesso[46]. Allo stesso modo, verranno portate a completamento le

[42] V. *Joint Report*, cit., punto 27.

[43] V. art. 17, par. 1, lett. *p*) del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[44] V. *Joint Report*, cit., punto 25 e art. 14, par. 3, del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[45] V. *Joint Report*, cit., punto 28 ss. e art. 28 ss. del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[46] V. *Joint Report*, cit., punto 32.

procedure di riconoscimento che sono in corso alla data del recesso. Da tali previsioni, però, si ricava che il cittadino del Regno Unito, già residente in un altro Stato membro al momento della Brexit, non potrà più richiedere, dopo la data di recesso, di attivare i predetti meccanismi di riconoscimento. La stessa qualifica, quindi, acquisita nel Regno Unito prima della Brexit potrà usufruire delle procedure agevolate di riconoscimento del diritto dell'Unione europea a seconda che la relativa domanda sia stata presentata prima o dopo il recesso del Regno Unito. Ad ogni modo, tale questione potrà eventualmente essere ripresa nella seconda fase dei negoziati[47]. Al momento, il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 si limita a specificare le previsioni già contenute nel *Joint Report*, salvo disporre lo spostamento, fino alla fine del periodo transitorio, dell'applicazione della normativa di diritto dell'UE in materia di riconoscimento delle qualifiche[48].

Altra questione che è stata rimessa alla seconda fase dei negoziati[49], ma di cui non vi è traccia nel progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018, riguarda la problematica concernente il diritto dei cittadini britannici, che al momento della Brexit siano residenti sul territorio dell'Unione europea, di spostarsi liberamente in un altro Stato membro. Infatti, solo fino a quando i cittadini britannici manterranno anche la cittadinanza dell'Unione potranno decidere di spostarsi in altri Stati membri esercitando il diritto di libera circolazione. Una volta perduta la cittadinanza dell'Unione europea, se anche manterranno la possibilità di conservare il diritto di soggiorno sul territorio del Paese di residenza in virtù dello *status* previsto nel *Joint Report* e disciplinato nel progetto congiunto di accordo, non potranno più liberamente spostarsi in altri Stati membri dell'Unione.

È evidente che dopo la Brexit il cittadino del Regno Unito, anche se alla data del recesso (o – secondo il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 – al termine del periodo transitorio) risieda sul territorio di uno Stato membro, non verrà più trattato come se "per tutta la vita" avesse i diritti del cittadino dell'Unione europea.

[47] V. European Commission, *Task Force for the Preparation and Conduct of the Negotiations with the United Kingdom under Article 50 TEU and the UK, Joint Technical Note*, TF50 (2017) 20 – Commission to EU 27, 8.12.2017, punto 58.

[48] V. art. 25 ss. del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[49] V. European Commission, TF50 (2017) 20, cit., punto 58.

5. *Prospettive di tutela per i cittadini britannici non contemplati nel corso dei negoziati*

Nel corso della prima fase dei negoziati, il Regno Unito e l'Unione europea si sono concentrati sulla futura condizione giuridica dei soli cittadini britannici che, al momento della Brexit, saranno residenti sul territorio di uno degli Stati membri. Il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 ha esteso la disciplina prevista nel *Joint Report* ai cittadini britannici che, entro la fine del periodo transitorio (31 dicembre 2020), saranno residenti sul territorio di uno degli Stati membri.

È indubbio che la posizione di questi cittadini britannici venga percepita come maggiormente meritevole di attenzione, visto che gli stessi si troveranno in una situazione di particolare incertezza dovuta al fatto che, in caso di *hard* Brexit, correranno il rischio di non poter proseguire il loro soggiorno sul territorio dell'Unione europea e, quindi, di dover anche abbandonare l'attività lavorativa ed i rapporti familiari che abbiano eventualmente consolidato nel Paese ospitante.

I negoziati non hanno invece fino ad oggi riguardato i cittadini britannici che, alla data della Brexit (o, più precisamente, alla fine del periodo transitorio), saranno residenti sul territorio del Regno Unito. Restano infatti esclusi dai diritti concordati con il *Joint Report* e con il successivo progetto congiunto di accordo tanto i cittadini britannici che non hanno mai esercitato la libertà di circolazione sul territorio dell'Unione europea, tanto i cittadini britannici che, pur avendo in passato esercitato tale libertà, si trovino – magari anche transitoriamente – ad essere residenti sul territorio del Regno Unito.

All'indomani dell'adozione del *Joint Report*, il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 13 dicembre 2017, ha ricordato che molti cittadini britannici hanno espresso forte opposizione alla perdita dei diritti di cui godono in virtù della cittadinanza dell'Unione. Tenuto conto della situazione in cui verranno a trovarsi tali cittadini, il Parlamento europeo ha proposto che l'UE-27 studi modalità – improntate all'esigenza di rispettare i principi di reciprocità, equità, simmetria e non discriminazione – al fine di attenuare le conseguenze che per gli stessi provocherà la perdita della cittadinanza dell'Unione[50].

Al momento, tale invito non è stato raccolto, tanto che il Consiglio europeo, negli Orientamenti del 15 dicembre 2017[51], neppure ha fatto

[50] Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2017 sullo stato di avanzamento dei negoziati con il Regno Unito (2017/2964(RSP)), P8_TA(2017)0490, punto 11.

[51] Consiglio europeo, Orientamenti, EUCO XT 20011/17 del 15.12.2017.

cenno all'esigenza di trovare rimedi per far fronte alla perdita della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini britannici che non sono stati presi in considerazione dal *Joint Report*.

È possibile, ad ogni modo, in questa sede riprendere alcune soluzioni che sono state prospettate nei mesi scorsi e verificarne la concreta fattibilità.

Innanzitutto, merita di essere menzionata la proposta che, nel novembre 2016, durante l'iter di approvazione di una Risoluzione del Parlamento europeo, aveva lanciato il rappresentante lussemburghese Charles Goerens auspicando l'inserimento nei Trattati istitutivi di una cittadinanza europea associata da attribuire a quanti desiderino essere parti del progetto europeo pur essendo cittadini di uno Stato ex-membro dell'Unione[52]. In particolare, si proponeva di offrire a tali cittadini associati i diritti di libertà di circolazione e di soggiorno, così come il diritto di elettorato attivo per il Parlamento europeo. Nonostante che l'emendamento in questione non sia stato approvato e che, quindi, non ve ne sia traccia nel testo della Risoluzione poi approvata dal Parlamento europeo il 16 febbraio 2017[53], è indubbio che lo stesso abbia contribuito ad alimentare il dibattito mediatico in relazione alla possibilità di riconoscere un apposito *status* accessibile per tutti i cittadini britannici, a prescindere dal previo esercizio della libera circolazione sul territorio dell'Unione europea.

In questo dibattito si inseriscono a pieno titolo le iniziative di cittadini europei (I.C.E.) che sono state presentate al fine di ottenere, sostanzialmente, la separazione della cittadinanza dell'Unione europea dalla cittadinanza statale. Una prima I.C.E., aperta alla firma in data 11 gennaio 2017, denominata "Strumento europeo di libera circolazione", mirava alla creazione di passaporti europei senza la mediazione della cittadinanza nazionale. Tali passaporti, secondo i proponenti, avrebbero dovuto rappresentare un segnale ed uno strumento "permanente" dello *status* di cittadino dell'Unione e del loro diritto alla libera circolazione nell'Unione europea[54]. L'iniziativa, peraltro, non ha avuto seguito per

[52] V. Parlamento europeo, *Evoluzioni e adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale*, Emendamento n. 882 al Progetto di relazione Guy Verhofstadt (PE585.741v01-00), 2014/2248(INI), 9.11.2016.

[53] V. Risoluzione del Parlamento europeo sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea, P8_TA(2017)0048 del 16.2.2017.

[54] A commento dell'iniziativa, v. O. GARNER, *The European Citizens Initiative on a European Free Movement Mechanism: A New Hope Or A False Start For UK Nationals After Brexit?*, 23.2.2017, disponibile al sito internet http://europeanlawblog.eu.

non aver raggiunto il numero di firme necessarie entro l'anno dalla sua apertura. Una seconda I.C.E, aperta alla firma in data 27 marzo 2017, denominata "Cittadinanza dell'UE per gli europei: uniti nella diversità al di là di *jus soli* e *jus sanguinis*", mirava a garantire la cittadinanza dell'Unione a persone che non posseggono la cittadinanza di uno Stato membro. La Commissione europea, al momento di decidere sulla sua ammissibilità, ha sottolineato che non esiste nei Trattati istitutivi una base giuridica che conferisca alle istituzioni il potere di adottare un atto legislativo per garantire la cittadinanza dell'Unione a persone che non sono in possesso della cittadinanza di uno Stato membro. Tuttavia, ha ritenuto di dover registrare ugualmente l'iniziativa in questione nella misura in cui essa può essere interpretata nel senso di mirare ad attribuire diritti simili a quelli derivanti dalla cittadinanza dell'Unione ai cittadini di uno Stato divenuto terzo a seguito del recesso dall'UE[55]. Con motivazione analoga la Commissione europea ha registrato anche una terza I.C.E., aperta alla firma il 2 maggio 2017, denominata "Mantenimento della cittadinanza europea" e volta, da una parte, a consentire il mantenimento dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione per coloro che hanno esercitato la libertà di circolazione prima del recesso dall'Unione e, dall'altra, a garantire ai cittadini di uno Stato in via di recesso il mantenimento del loro *status* di cittadini dell'Unione. Secondo la Commissione, infatti, mentre la conservazione dei diritti già acquisiti potrà essere oggetto del negoziato condotto ai sensi dell'art. 50 TUE con lo Stato che ha deciso di recedere, il mantenimento di uno *status* analogo a quello di cittadino dell'Unione ben può essere stabilito mediante un atto legislativo volto a regolare i diritti dei cittadini di Stati terzi legalmente residenti in uno Stato membro[56]. Quest'ultima iniziativa sembra quindi soprattutto attenta alla tutela dei diritti dei cittadini britannici che hanno esercitato la libertà di circolazione.

È stato sottolineato, in dottrina, che le proposte volte a separare la cittadinanza dell'Unione dalla cittadinanza statale possono essere criticate perché rischiano di costituire un ingiustificato vantaggio per i cittadini britannici rispetto ai cittadini degli altri Stati membri che non godrebbero nel Regno Unito di uno *status* corrispondente e perché potrebbero incentivare spinte "secessioniste" di altri Stati membri che, confidando nella

[55] V. Decisione (UE) n. 2017/599 della Commissione del 22.3.2017 sulla proposta di iniziativa dei cittadini dal titolo "*Cittadinanza UE per gli europei: uniti nella diversità nonostante lo jus soli e lo jus sanguinis*", in GUUE L 81 del 28.3.2017, p. 18.

[56] V. Commission Decision of 22.3.2017 on the proposed citizens' initiative entitled "Retaining European Citizenship", C(2017) 2002 final.

possibilità che i propri cittadini possano in qualche modo mantenere i diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione, potrebbero essere incoraggiati nel seguire l'esempio del Regno Unito ed attivare a loro volta la procedura di recesso dall'Unione[57].

Per mitigare tali inconvenienti è stato allora ipotizzato di subordinare l'acquisto della cittadinanza europea associata al pagamento di una determinata somma di denaro[58]. Proposte di questo tipo, forse volutamente provocatorie, appaiono prive di fondamento giuridico quanto meno nella misura in cui neppure chiariscono quale dovrebbe essere il soggetto destinatario della somma di denaro. Non certo gli Stati membri, visto che gli stessi hanno solo il potere di attribuire la cittadinanza statale, prospettiva però che nel caso in questione non sembra essere presa in considerazione. Ma neppure l'Unione europea, visto che questa ricollega l'acquisto della cittadinanza dell'Unione al possesso della cittadinanza statale. Non c'è dubbio che le proposte in questione prendano spunto dalla recente prassi di alcuni Stati membri che hanno subordinato l'acquisto della propria cittadinanza (e quindi, di conseguenza, anche della cittadinanza dell'Unione), al pagamento di una determinata somma di denaro[59]. Se è vero che tale prassi, di per sé, non può essere considerata contraria al diritto internazionale ed al diritto dell'Unione europea, bisogna però anche tener conto dei rilievi critici che sono stati mossi nei confronti della stessa da parte delle istituzioni dell'Unione. In particola-

[57] V. ad es. G. MORGAN, *Union Citizenship for UK Citizens*, in F. DE WITTE, R. BAUBÖK, J. SHAW (eds.), *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, EUI Working Papers RSCAS 2016/69, San Domenico di Fiesole (FI), 2016, pp. 33-34.

[58] V. G. MORGAN, *Union Citizenship for UK Citizens*, cit., p. 34, che ipotizza di subordinare l'acquisto della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini britannici al pagamento della somma di € 10.000,00. Oppure, in alternativa, lo stesso A. ipotizza che i cittadini britannici, a titolo di corrispettivo per l'acquisto della cittadinanza dell'Unione, forniscano la loro attività lavorativa nell'ambito di progetti a favore dell'Unione europea oppure, ancora, paghino una tassa rapportata al salario percepito.

[59] Su tale prassi, v. S. CARRERA, *How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2014, n. 64, disponibile al sito internet http://www.ceps.eu; A. SHACHAR, R. BAUBÖK (eds.), *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers RSCAS 2014/01, San Domenico di Fiesole (FI), 2014; C. CIPOLLETTI, *Cittadinanza statale e cittadinanza europea: il caso della legge maltese*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 462; F. CASOLARI, *EU Citizenship and Money: A* Liaison Dangereuse? *International and EU Legal Issues Concerning the Selling of EU Citizenship*, in *Biblioteca della Libertà*, 2015, n. 212, p. 45; A.M. CALAMIA, *Riforme abusive dei modi di acquisto della cittadinanza dell'Unione europea? Considerazioni intorno alla prassi recente di alcuni Stati membri*, in ID. (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, Torino, 2017, p. 3 e spec. p. 12 ss.

re, la Commissione europea si è concentrata sul rischio che i programmi nazionali che permettono la vendita della cittadinanza possano urtare con il principio di leale collaborazione tra Stati membri, qualora non sia assicurato un *genuine link* tra l'individuo e lo Stato territoriale[60]. Il Parlamento europeo, in aggiunta, ha sottolineato che i programmi in questione rischiano di compromettere il concetto stesso di cittadinanza dell'Unione europea che costituisce una delle principali conquiste del diritto dell'UE[61]. Per tale ragione, secondo il Parlamento europeo, la cittadinanza dell'Unione non dovrebbe mai essere un "prodotto commerciabile"[62].

Nel contesto della Brexit, l'intento che si perseguirebbe, prevedendo l'attribuzione a pagamento della cittadinanza europea associata ai cittadini britannici, sarebbe quello di compensare la perdita della cittadinanza dell'Unione conseguente al recesso dello Stato membro e consentire di mantenere i diritti in precedenza posseduti. Ciò nonostante, sarebbero pur sempre riproponibili i rilievi secondo cui i diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione (indipendentemente dal fatto che essa venga attribuita in forma "piena" oppure in forma "associata") non dovrebbero essere oggetto di commercio e che la tutela degli stessi trova un tanto maggiore fondamento quanto più solido è il legame dell'individuo e il territorio degli Stati membri. Quindi, anche a prescindere dal pagamento di una somma di denaro, la previsione di una cittadinanza europea associata o, comunque, il mantenimento dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione, sono più facilmente sostenibili per i cittadini britannici che abbiano instaurato legami significativi con il territorio degli Stati membri.

D'altra parte, la possibilità di riconoscere diritti propri dello *status* di cittadino dell'Unione anche a cittadini di Stati terzi è già stata affermata dalla Corte di Giustizia quando si è trattato di decidere sulla concessione del diritto di elettorato attivo e passivo per il Parlamento europeo ai resi-

[60] In tal senso, v.: V. REDING, *Citizenship must not be up for sale,* European Commission, Speech/14/18, 15.1.2014 disponibile al sito internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-18_en.htm; *Joint Press Statement by the European Commission and the Maltese Authorities on Malta's Individual Investor Programme (IIP)*, 29.1.2014, disponibile al sito internet http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-70_en.htm; Commissione europea, Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni ai sensi dell'articolo 25 TFUE sui progressi verso l'effettiva cittadinanza dell'UE 2013-2016, COM (2017) 32 final del 24.12.2017, p. 3.

[61] V. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014 sulla cittadinanza dell'UE in vendita, P7_TA(2014)0038, par. 1.

[62] Ivi, par. 7.

denti a Gibilterra. Nel caso specifico, la Corte si era pronunciata a seguito di un ricorso per infrazione proposto dalla Spagna contro il Regno Unito che, nel dar seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[63] che aveva accertato la violazione, da parte di tale Stato, dell'art. 3 del Protocollo n. 1 alla CEDU, aveva introdotto modifiche legislative necessarie per consentire ai residenti a Gibilterra l'esercizio del diritto di voto alle elezioni del Parlamento europeo. Secondo la Corte di Giustizia, simili misure non potevano essere considerate contrarie alla disciplina concernente la cittadinanza dell'Unione europea. Infatti, «*se è vero che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri […], tale constatazione non comporta necessariamente che i diritti riconosciuti dal Trattato siano riservati ai cittadini dell'Unione*»[64]. È significativo, ai nostri fini, che la Corte sottolinei che uno Stato membro può concedere il diritto di elettorato attivo e passivo al Parlamento europeo anche a cittadini di Stati terzi, sempre che questi abbiano con esso uno stretto legame[65]. Ancor più chiaramente, l'Avvocato Generale Tizzano, nelle Conclusioni presentate in relazione alla causa in questione, ha affermato che l'estensione dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione anche ai cittadini di Stati terzi non deve essere considerato un fenomeno eccezionale che "smembra" l'unitarietà della nozione di cittadinanza[66]. Ciò nonostante, secondo l'Avvocato Generale, tale potere può «*essere esercitato solo a titolo eccezionale ed entro limiti e a condizioni compatibili con il diritto comunitario […e nel] rispetto dei principi generali dell'ordinamento – quali in particolare, nella specie, i principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione*»[67]. Ed ancora: «*in questo senso, mi parrebbe ad esempio conforme a quei principi escludere la possibilità di estendere il diritto di voto a soggetti che non abbiano alcun legame effettivo con la Comunità […]*»[68].

Rileggendo tali Conclusioni nel contesto della Brexit, non sembra peregrina l'idea di riconoscere ai cittadini britannici, anche dopo che il Regno Unito sarà diventato Stato terzo dell'Unione, uno statuto che riprenda quello di cui godevano in quanto cittadini dell'Unione.

[63] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18.2.1999, *Matthews* c. *The United Kingdom*, ricorso n. 24833/94.

[64] Corte di Giustizia, sentenza del 12.9.2006, *Spagna* c. *Regno Unito*, causa C-145/04, punto 74.

[65] Ivi, punto 76.

[66] Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano presentate il 6.4.2006, *Regno di Spagna* c. *Regno Unito* e *Eman e Sevinger*, cause C-145/04 e C-300/04, punto 92.

[67] Ivi, punto 103.

[68] Ivi, punto 104.

Il nuovo statuto potrebbe certo essere concordato in via pattizia tra Regno Unito e Unione europea. Statuti speciali vengono del resto già riconosciuti a cittadini di Stati terzi che hanno concluso accordi di associazione con l'Unione. La conclusione di un accordo di associazione per disciplinare le future relazioni tra Regno Unito e Unione europea è stata di recente auspicata dal Parlamento europeo[69] tenuto conto del fatto che si tratta di uno strumento flessibile che consentirebbe vari gradi di cooperazione su un'ampia gamma di settori di intervento[70].

La previsione, all'interno di un simile accordo di associazione, di disposizioni volte ad introdurre un apposito statuto per tutti i cittadini britannici si giustificherebbe in ragione del legame che questi possono vantare con l'Unione europea in quanto cittadini di un ex Stato membro.

Il legame in questione non è infatti riscontrabile solo per i cittadini britannici che, al momento della Brexit, saranno residenti sul territorio di un altro Stato membro e che quindi verranno compresi nell'eventuale accordo di recesso. Un legame effettivo con l'Unione contraddistingue anche i cittadini britannici che, ad esempio per motivi di lavoro, si trovino in una situazione di costante pendolarismo tra il Regno Unito ed uno Stato membro, pur avendo formalmente mantenuto la residenza nel Paese di origine. Il legame è minore, ma certo non inesistente, nel caso in cui si tratti di cittadini britannici che hanno già esercitato la libertà di circolazione ma che, al momento della Brexit, si trovino – magari transitoriamente – residenti sul territorio del Regno Unito. Oppure si pensi ai cittadini britannici che hanno sempre mantenuto la residenza nel Regno Unito ma che hanno compiuto ripetuti brevi soggiorni in altri Stati membri dell'Unione anche solo per motivi di turismo. Potrebbe infine sostenersi che anche i cittadini britannici statici – che mai hanno esercitato la libertà di circolazione – hanno comunque un legame con l'Unione. Tale legame è costituito dal semplice fatto di essere stati cittadini dell'UE e, quindi, titolari dei relativi diritti (anche se, per ipotesi, non abbiano mai potuto concretamente esercitarli).

Qualora non fosse possibile concludere un simile accordo di asso-

[69] V. Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2018 sul quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito (2018/2573(RSP)), P8_TA(2018)0069 e spec. v. i considerando I e J, nonché il punto 5.

[70] Se è vero che spesso gli accordi di associazione hanno rappresentato un'anticamera di una successiva adesione all'Unione europea, nella prassi sono stati conclusi anche accordi di associazione con Stati terzi privi dei requisiti formali per l'adesione. In tal senso, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2017, p. 828, al quale si rinvia anche per una panoramica dei diversi accordi di associazione conclusi nella prassi.

ciazione tra Regno Unito e Unione europea, risulterebbero più esigui i margini per riconoscere ai cittadini britannici, dopo la Brexit, una condizione quanto meno in parte analoga a quella dei cittadini dell'Unione.

Sulla base di quanto affermato anche dalla Commissione europea al momento di registrare le I.C.E. sopra richiamate, lo statuto in questione potrebbe in linea di principio essere introdotto unilateralmente dall'Unione europea mediante un atto legislativo adottato nell'ambito delle sue competenze in materia di immigrazione quanto meno se limitato a regolare i diritti di cittadini di Stati terzi legalmente residenti in uno Stato membro[71]. Qualora invece si pretendesse di estendere tale statuto anche ai cittadini britannici statici che manterranno la residenza nel Regno Unito, sarebbe a nostro avviso necessario procedere mediante una revisione dei Trattati.

È poco probabile però che, in mancanza di reciprocità con il trattamento che verrà riservato dal Regno Unito ai cittadini dell'Unione europea, gli Stati membri maturino una simile decisione.

6. *Considerazioni conclusive*

Nel ripercorrere l'incerto quadro dei negoziati condotti al fine di concludere un accordo sulle modalità del recesso del Regno Unito dall'Unione europea abbiamo osservato che, ad oggi, è emersa in modo chiaro la volontà delle parti di tutelare i diritti dei rispettivi cittadini. Ai fini della presente ricerca, è stata presa in particolare in considerazione la situazione dei cittadini britannici che, con la Brexit, perderanno la cittadinanza dell'Unione.

Se quanto concordato nel *Joint Report* dell'8 dicembre 2017 e nel successivo progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 confluirà effettivamente in un accordo di recesso, gran parte dei diritti posseduti dai cittadini del Regno Unito che, alla data del recesso (e, più precisamente, al termine del periodo transitorio che si concluderà il 31 dicembre 2020) siano residenti in uno Stato membro, rimarranno inalterati rispetto a quelli che attualmente gli stessi posseggono in qualità di cittadini dell'Unione europea.

Ciò non toglie, però, che siano emerse anche importanti differenze rispetto allo *status* di cittadino dell'Unione, differenze che conducono ad

[71] La base giuridica per un simile atto potrebbe essere costituita, in particolare, dall'art. 79, par. 2, lett. *b*) TFUE.

un generale peggioramento dello *status* dei cittadini britannici. Non sembra quindi corretto il messaggio che le parti negoziali hanno cercato di far passare al fine di tranquillizzare quanto meno i cittadini britannici che, alla data della Brexit, saranno residenti sul territorio di uno degli Stati membri. Non è cioè possibile affermare che gli stessi abbiano la garanzia di veder salvaguardati "a vita" i diritti che abbiano già maturato in virtù di scelte che, prima della Brexit, sono stati in grado di compiere avvalendosi della cittadinanza dell'Unione.

Tra l'altro, poi, neppure deve essere dato per scontato che i punti di accordo fin qui raggiunti saranno effettivamente concretizzati all'interno di un futuro accordo di recesso.

In proposito, ha destato particolare sconcerto la posizione di alcuni membri del governo britannico e dello stesso capo negoziatore David Davis che, all'indomani dell'adozione del *Joint Report*, ha dichiarato che il documento in questione deve essere inteso come una semplice dichiarazione di intenti, lasciando quindi aperta la possibilità che anche i punti concordati possano essere nuovamente rimessi in gioco.

Simili dichiarazioni sono state peraltro subito seccamente contestate sia dal Parlamento europeo nella Risoluzione adottata il 13 dicembre 2017[72], sia dal Consiglio europeo negli Orientamenti adottati il 15 dicembre 2017[73]. Entrambe le istituzioni si sono infatti affrettate a precisare che la seconda fase dei negoziati potrà procedere solo se gli impegni presi all'esito della prima fase verranno integralmente rispettati e poi trasfusi fedelmente nell'accordo di recesso.

Il progetto congiunto di accordo del 19 marzo 2018 prevede alcune soluzioni che tendono a migliorare la situazione dei cittadini rispetto a quelle concordate nel *Joint Report*[74].

Il solo fatto che esso dia per acquisita la previsione di un periodo transitorio con durata a partire dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso e termine finale al 31 dicembre 2020 comporta, a favore dei cittadini britannici, un'estensione dal punto di vista temporale dei diritti di cui attualmente godono in quanto cittadini dell'Unione e, in ogni caso, un periodo maggiore per compiere scelte che potrebbero ripercuotersi in modo irreversibile sul loro statuto.

Non bisogna dimenticare, peraltro, che il progetto congiunto di accordo, pur essendo stato condiviso quanto alle disposizioni concernenti i

[72] Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2017, cit., considerando lett. *P*) e punto 2.

[73] Consiglio europeo, Orientamenti, cit., par. 1.

[74] V. *supra*, par. 4.

diritti dei cittadini, presenta ancora molti punti sui quali l'esito del negoziato è quanto meno incerto.

Tra l'altro, il rischio che l'accordo di recesso non venga mai concluso è legato anche ai problemi di politica interna che si trova ad affrontare il Regno Unito.

Si pensi, ad es., al fatto che il Governo britannico, dopo le elezioni politiche del giugno 2017, si basa su una coalizione che comprende anche il *Democratic Unionist Party*, partito conservatore nordirlandese a base protestante. La leader di tale piccolo partito, Arlene Foster, nei giorni che avevano immediatamente preceduto l'adozione del *Joint Report*, aveva provocato non poche fibrillazioni all'interno della maggioranza di Governo a seguito della dichiarazione di non accettare l'inserimento nell'accordo di recesso di disposizioni che portino a disciplinare in modo diverso lo *status* dell'Irlanda del Nord dal resto del Regno Unito. Nonostante le rassicurazioni ricevute e l'introduzione di una formula di compromesso all'interno del testo del *Joint Report*, non c'è dubbio che il piccolo partito di Governo pretenderà di incidere nuovamente nella seconda fase dei negoziati. È significativa, in proposito, la dura presa di posizione del Primo Ministro britannico a fronte della proposta, contenuta nel progetto di accordo di recesso, di continuare a considerare il territorio nordirlandese quale parte del territorio doganale dell'Unione europea[75]. Anche il progetto congiunto presentato il 19 marzo 2018 considera tale proposta come una semplice posizione dell'Unione europea su cui nessun accordo è stato trovato[76].

Al contempo, ulteriori frizioni interne derivano dalla posizione della Scozia il cui Primo Ministro, Nicola Sturgeon, ha in più occasioni dichiarato di non accettare che nel futuro accordo di recesso sia prevista una disciplina separata per l'Irlanda del Nord qualora non siano offerte condizioni simili anche alla Scozia[77].

Senza contare, poi, che in seno allo stesso Governo britannico non mancano i sostenitori di una posizione maggiormente intransigente che vede con diffidenza ogni negoziato con l'Unione europea ed auspica una

[75] In merito a tale proposta, il Primo Ministro britannico ha affermato: "*No UK Prime Minister could ever agree to it*". Per il video di tale dura presa di posizione, v. *Prime Minister Questions: 28 February, 2018*, www.parliament.uk.

[76] V. art. 4 del *Draft Agreement 16-19 March 2018*, cit.

[77] Sul dibattito concernente le future relazioni di Irlanda del Nord e Scozia con l'Unione europea, v. N. SKOUTARIS, *Territorial Differentiation in EU Law: Can Scotland and Northern Ireland Remain in the EU and/or the Single Market?*, in *CYELS*, 2017, p. 287.

hard Brexit in quanto ritenuta più in linea con la volontà popolare espressa in occasione del referendum del giugno 2016.

Bisogna infine tener conto che, come abbiamo già osservato[78], secondo un emendamento all'*EU (Withdrawall) Bill* accolto il 13 dicembre 2017 dalla House of Commons, il futuro accordo di recesso dovrà comunque essere approvato mediante apposita legge dal Parlamento britannico, riaprendo quindi la possibilità di ridiscutere il testo che sarà negoziato dai rappresentanti del Governo britannico.

Il cammino che dovranno ancora seguire i negoziatori è quindi impervio e i diritti dei cittadini britannici di cui si è, sia pure in parte, faticosamente tenuto conto nel corso dei negoziati non possono dirsi ancora al sicuro. La loro sorte, infatti, dipenderà anche dalla effettiva capacità di concludere un accordo di recesso che presenta molti altri temi caldi, ciascuno dei quali può rappresentare un ostacolo tale da far saltare l'intero tavolo delle trattative.

A prescindere dalla conclusione dell'accordo di recesso, abbiamo esaminato le altre strade che potrebbero essere percorse per tutelare i diritti dei cittadini britannici che dovranno far fronte alla perdita della cittadinanza dell'Unione.

Abbiamo osservato che i rimedi ipotizzati non sono in grado, a nostro avviso, di impedire la perdita della cittadinanza dell'Unione per i cittadini britannici. La cittadinanza dell'Unione, così come oggi è concepita, è un attributo strettamente collegato al possesso della cittadinanza di uno Stato membro. La perdita di quest'ultima qualifica comporta inevitabilmente anche la perdita della cittadinanza dell'Unione.

Nonostante tale constatazione, abbiamo osservato che gli strumenti che potrebbero consentire ai cittadini britannici di conservare, quanto meno in certa misura, i diritti già posseduti, appaiono tanto più convincenti quanto più si riferiscono a diritti che siano già stati esercitati ed abbiano permesso ai cittadini britannici di consolidare un legame sufficientemente stretto con gli Stati membri dell'Unione europea[79]. Tale legame può certo essere dimostrato dal possesso della residenza sul territorio di uno Stato membro dell'Unione nel momento in cui il recesso del Regno Unito diventerà effettivo[80]. Questo tipo di legame è forse il più evidente

[78] V. *supra*, par. 3.

[79] V. *supra*, par. 3.

[80] Sulle teorie che evidenziano il crescente rilievo che progressivamente ha assunto la residenza, soprattutto nell'ambito dell'Unione europea, quale criterio per definire l'appartenenza ad una determinata comunità, v. B. NASCIMBENE, *Finding a Solution through Citizenship*, in *Eur. Jour. Migr. Law*, 1999, p. 329; G. DAVIES, *'Any Place I*

e quindi anche il più facilmente accertabile, tanto che è stato utilizzato nel corso dei negoziati fin qui condotti tra Regno Unito e Unione europea quale criterio per individuare i cittadini britannici destinatari dell'apposito regime che sarà oggetto del futuro accordo di recesso[81].

Ciò nonostante, abbiamo osservato che anche altre categorie di cittadini britannici che non siano residenti sul territorio di uno Stato membro al momento della Brexit (ad es.: quanti per motivi di lavoro siano in una situazione di costante pendolarismo tra il Regno Unito ed uno Stato membro; quanti abbiano a lungo esercitato la libertà di circolazione ma che si trovino transitoriamente residenti sul territorio del Regno Unito; quanti abbiano compiuto ripetuti brevi soggiorni in altri Stati membri dell'Unione anche solo per motivi di turismo) potranno ugualmente vantare un legame significativo con l'Unione e quindi, in quanto tali, sembrano degni di tutela.

Risulta invece più difficile prospettare forme di tutela per i cittadini britannici "statici" e, in particolare, per quanti non abbiano mai esercitato i diritti di libera circolazione sul territorio dell'Unione.

Una soluzione potrebbe essere rappresentata dalla previsione di uno statuto speciale per i cittadini britannici all'interno di un accordo di associazione che, secondo quanto auspicato recentemente anche dal Parlamento europeo, potrebbe essere uno strumento in grado di disciplinare, dopo il recesso, le future relazioni tra Regno Unito e Unione europea[82].

In mancanza di soluzione condivisa tra le parti, l'Unione europea potrebbe in linea di principio disciplinare anche unilateralmente uno statuto da riconoscere ai cittadini britannici. Allo stato, però, una disciplina unilaterale sarebbe possibile, in virtù delle attuali competenze in materia di immigrazione, solo con riferimento ai cittadini britannici legalmente residenti in uno degli Stati membri. Se ci si volesse spingere oltre, sarebbe necessaria una revisione dei Trattati istitutivi. Tale scenario è peraltro

Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality, in *Eur. law journ.*, 2005, p. 43; B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanza di residenza. Recenti profili*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1301; ID., *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionale. Vers de nouveaux statuts de résidents?*, in *R.A.D.I.*, t. 367, 2014, p. 253, spec. p. 321 ss.; E. TRIGGIANI, *Diritti, cittadinanza e sovranità*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 639 e spec. p. 641 ss.; P. GARGIULO, *L'idea della cittadinanza civile*, *ivi*, p. 103.

[81] V. *supra*, par. 4.

[82] V. *supra*, par. 5.

difficilmente ipotizzabile in mancanza di reciprocità con il trattamento riservato dal Regno Unito ai cittadini dell'Unione.

Ferma tale considerazione, sarebbe a nostro avviso auspicabile che tutti i cittadini britannici potessero essere messi in grado di usufruire di uno statuto idoneo a consentire di bilanciare la scelta, pur legittima, del Regno Unito di recedere dall'Unione, con l'altrettanto legittima aspettativa degli individui che siano interessati a conservare i diritti già posseduti in quanto cittadini dell'Unione.

PARTE IV

Problematiche specifiche: realizzazioni ed asimmetrie applicative

AUTONOMIA, LIBERA CIRCOLAZIONE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DEI RAPPORTI PERSONALI: UNA NUOVA DIMENSIONE PER LA CITTADINANZA DELL'UNIONE?

BERNARDO CORTESE*

SOMMARIO: I. Introduzione. – 1. Autonomia diretta, autonomia indiretta e circolazione dei cittadini dell'Unione. – II. I diversi regimi internazionalprivatistici e le rispettive dimensioni di autonomia in relazione alle decisioni di circolazione. – 2. Premessa. – 3. Responsabilità genitoriale. – 4. Obbligazioni alimentari. – 5. Divorzio e separazione personale. – 6. Successioni. – 7. Regimi patrimoniali di tipo matrimoniale e unioni registrate. – III. Autonomia, statuto personale e libertà di circolazione. – 8. Alcune conclusioni intermedie relative alla codificazione del diritto internazionale privato dei rapporti personali. – 9. La scelta tra sistemi al di fuori del "mercato delle regole". – IV. Cittadinanza dell'Unione e cittadinanze nazionali. – 10. Il perdurante, ma temperato, rilievo internazionalprivatistico della cittadinanza nazionale. – 11. Verso un metodo del riconoscimento degli *status* personali. – 12. Il rovesciamento del rapporto tra Stato e individuo.

I. *Introduzione*

1. *Autonomia diretta, autonomia indiretta e circolazione dei cittadini dell'Unione*

Obiettivo della presente indagine è interrogarsi sulle ricadute che il sempre maggior spazio di autonomia riconosciuto agli individui nella definizione dei loro rapporti e *status* personali, nel contesto del diritto dell'Unione europea, ha sugli *status* di cittadinanza, tanto europea quanto nazionale, che in quel contesto concorrono. Tale indagine vuole svilupparsi in un'ottica particolare: quella del diritto internazionale privato.

Tuttavia, il concetto di autonomia che si vuole utilizzare qui non si limita a quello classico del diritto internazionale privato, su cui pure l'intervento del legislatore dell'Unione ha influito significativamente, nella materia dei rapporti personali. Infatti, la valorizzazione di quel tipo di autonomia diretta difficilmente può dirsi rilevante *di per sé*, in un ragionamento che voglia valorizzare la cittadinanza dell'Unione come

* Associato di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova.

elemento di relativizzazione della cittadinanza nazionale. Ciò perché quell'autonomia internazionalprivatistica è riconosciuta nell'ambito di scelte di codificazione aventi portata universale.

Piuttosto, sembra utile accogliere qui una nozione più ampia di autonomia, che attinge ad un più generale concetto – diremmo filosofico – di autonomia come *equilibrio tra libertà e condizionamento esterno*, ricavato da una congruenza tra gli approcci kantiano ed hegeliano all'autonomia[1].

Una volta che ci si muova in tale più ampio contesto concettuale di riferimento, è abbastanza naturale allargare lo sguardo a quell'ampia dimensione di libertà di circolazione delle persone che il diritto dell'Unione europea offre all'individuo e che costituisce una delle dimensioni centrali della cittadinanza dell'Unione.

Infatti, per quanto qui più ci interessa, la libertà di circolazione mette l'individuo in condizione di scegliere, sia pure indirettamente, anche il regime giuridico eteronomo al quale sottoporsi. Che ciò avvenga nel campo delle relazioni economiche discende con evidenza dal Trattato, con le sue previsioni in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, da un lato, e di libertà di circolazione dei lavoratori, dall'altro.

Tuttavia, quella dimensione di autonomia indiretta insita nella libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione tocca ormai anche la sfera dei rapporti personali. Infatti, l'ondata di interventi del diritto internazionale privato UE in materia di rapporti personali ha determinato una generalizzata sostituzione dell'elemento della cittadinanza con quello della residenza abituale, quale criterio di collegamento prevalente[2] tanto a fini di determinazione della legge applicabile, quanto ai fini di definizione della giurisdizione.

Si sono in tal guisa aperti significativi ambiti di autonomia, nel senso ampio qui considerato. Come si mostrerà meglio nel prosieguo, infatti, l'utilizzo della residenza abituale quale criterio di collegamento obiettivo, combinato il più delle volte da un possibile correttivo incentrato

[1] Cfr. C. KESSEDJIAN, *Introduction*, in ID. (dir.), *Autonomie en droit européen*, Paris, 2013, pp. 13-14.

[2] Tramite un'inversione della posizione dei due criteri nella serie di criteri successivi di collegamento assunti dalla norma di conflitto: cfr. M. FALLON, *La révision de la loi italienne de droit international privé au regard du droit comparé et européen des conflits de lois*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, n. 4, pp. 729-742, in part. p. 735. Per un'attenta analisi del perdurante ruolo della nazionalità come criterio di collegamento nel contesto del diritto UE v. J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, in *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2010, pp. 426-456.

sulla diversa volontà individuale, porta con sé la possibilità di un *consapevole* mutamento del regime eteronomo applicabile all'individuo e ai suoi rapporti giuridici, quale conseguenza di una decisione di circolazione da questi assunta e del mutamento di residenza abituale in cui tale decisione si esplicita.

La natura consapevole di tale mutamento si può esprimere in gradazioni diverse.

Anzitutto, l'individuo può limitarsi a tener conto di quel mutamento di regime personale, nel momento in cui assume la decisione di circolazione, assunta per ragioni differenti (ricerca di un contesto economico, o sociale, che offra maggiori opportunità rispetto a quelle che gli si offrono nello Stato membro di origine). Ciò potrà avvenire adeguando le proprie scelte di definizione concreta della vita privata e familiare a quel mutamento: in tal caso, la dimensione di autonomia è minima, perché si svolge comunque all'interno di un quadro eteronormativo sulla cui definizione l'individuo non ha avuto, in concreto, alcun influsso. Al contrario, quell'individuo potrà invece decidere di contrastare tale mutamento di regime, privilegiando la continuità con il regime precedentemente applicabile: l'autonomia si fa quindi più marcata, poiché l'individuo esercita in concreto un potere di determinazione del quadro eteronomo ad esso applicabile, nel contesto di una decisione di localizzazione comunque riferibile interamente alla sua volontà.

Ulteriormente, l'individuo può ponderare la scelta di circolazione, orientandola, in una rosa di possibili destinazioni alternative, verso uno Stato membro in cui, in ragione del regime dei rapporti personali ivi previsto, la sua personalità potrà più facilmente svilupparsi. Infine, la decisione di circolazione assunta dall'individuo potrà essere *direttamente determinata* proprio dalla volontà di assoggettarsi ad un regime giuridico più confacente ai propri bisogni ed interessi, essendo così espressione di una vera e propria *indirect choice of law*[3]. In queste due ipotesi, e nell'ultima in particolare, l'autonomia dell'individuo conosce la sua massima espansione, poiché è la scelta del regime giuridico applicabile ai propri rapporti personali a guidare la sua scelta di circolazione.

[3] Cfr. P.M. NORTH, *Choice in Choice of Law*, in ID., *Essays in Private International Law*, Oxford, 1993, pp. 171-200, in part. p. 172 ss.; più di recente J. BASEDOW, *The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law*, in *R.A.D.I.*, 2013, vol. 360, pp. 9-515, p. 239.

II. *I diversi regimi internazionalprivatistici e le rispettive dimensioni di autonomia in relazione alle decisioni di circolazione*

2. *Premessa*

Per verificare la tesi ora enunciata, può essere utile una ricognizione dei principali strumenti di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione, nella materia delle relazioni personali e famigliari, che ci aiuti a cogliere da un lato l'effettiva portata dell'autonomia internazionalprivatistica in molti di essi prevista e, dall'altro, l'utilizzo di criteri capaci di valorizzare la dimensione di autonomia "indiretta" dell'individuo, legata all'esercizio da parte di questo della libertà di circolazione.

3. *Responsabilità genitoriale*

Iniziamo dal regime della responsabilità genitoriale, retta come è noto dal regolamento 2201/03[4] per quanto attiene alla giurisdizione e al riconoscimento e, per la legge applicabile, dalla Convenzione dell'Aja del 1996[5], cui di recente ha aderito, ultimo degli Stati dell'Unione, anche il nostro Paese[6].

In tale conteso vanno distinti chiaramente l'ipotesi di sottrazione, da quella di trasferimento lecito.

Nel caso di sottrazione, infatti, si ha un tendenziale congelamento del regime complessivo, dato il principio della *lex autoritatis* sancito all'art. 15 della Convenzione e data la perdurante competenza dell'autorità di residenza abituale precedente l'illecito trasferimento, alle condizioni previste dall'art. 10 del Regolamento. Di conseguenza in tali situazioni non possono giocare alcun ruolo né l'autonomia diretta, ovviamente esclusa, né quella indiretta.

All'opposto, per il caso di trasferimento lecito, il mutamento di residenza abituale determina anche mutamento del regime applicabile, *pro*

[4] Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003. V. in generale F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 63-84.

[5] *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, in seguito: la "Convenzione dell'Aja del 1996".

[6] Legge 18 giugno 2015, n. 101, GURI 2015, n. 157, p. 5.

futuro[7]. Pur nell'esclusione di un ruolo formale all'autonomia internazionalprivatistica, dunque, anche in quest'ambito si concedono controllati spazi di autonomia ai soggetti coinvolti, le cui decisioni di circolazione influiscono in modo significativo, seppure indiretto, sul regime della responsabilità genitoriale.

Tale indicazione esce rafforzata dalla sentenza della Corte nella causa *Mercredi*[8] dove, in relazione al lecito trasferimento della madre con il figlio neonato in uno Stato membro diverso da quello di precedente residenza abituale e nel quale entrambi soggiornano solo da pochi giorni, la Corte esclude che la nozione di residenza abituale richieda una durata minima del soggiorno. Piuttosto essa ritiene significativa, soprattutto, «*la volontà dell'interessato di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi*»[9], sottolineando altresì che «*l'ambiente di un minore in tenera età è essenzialmente l'ambiente familiare, determinato dalla persona o dalle persone di riferimento con le quali il minore vive, da cui è effettivamente accudito e che si prendono cura di lui*»[10], nel caso di specie, la madre.

In tal modo la Corte apre la nozione di residenza abituale ad una dimensione anche volontaristica[11]. La differenza tra autonomia diretta ed autonomia indiretta finisce, in tale quadro normativo, per scolorare: ciò appare tanto più significativo se si considera che ci si muove all'interno di un contesto ampiamente problematico, per la possibile coesistenza di interessi contrapposti dei genitori.

In tale materia, va detto, il legame tra l'autonomia e la cittadinanza dell'Unione è abbastanza tenue, dato che la disciplina della legge applicabile è posta da una Convenzione che, oltre ad avere carattere universale, è aperta all'adesione di Stati terzi. Nondimeno, quel legame sussiste comunque, in concreto, poiché è solo nel contesto della cittadinanza dell'Unione che la circolazione, e con essa la fissazione di una nuova re-

[7] V. per la legge applicabile la Convenzione dell'Aja del 1996, art. 16 (costituzione) e art. 17 (esercizio); quanto alla competenza v. art. 8 Regolamento 2201/2003, salva la possibile, limitata ultrattività della competenza della precedente residenza abituale per la modifica delle condizioni di visita, *ex* art. 9.

[8] Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Mercredi*, in *Racc*., 2010, p. I-14309.

[9] *Ibidem*, punto 51.

[10] *Ibidem,* punto 54.

[11] Cfr. R. HAUSMANN, *Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 499-522, p. 506, per l'accento sull'*animus manendi*, rispetto al quale gli elementi oggettivi divengono unicamente indizi di accertamento della volontà.

sidenza abituale in uno Stato diverso da quello di origine, è fortemente banalizzata dall'essere oggetto di un diritto soggettivo pieno, nel contesto di un ordinamento interindividuale sovranazionale capace di imporsi alle differenti scelte degli ordinamenti dei singoli Stati membri.

4. *Obbligazioni alimentari*

Veniamo ora al regime delle obbligazioni alimentari, disciplinate dal regolamento 4/2009[12] per l'aspetto della giurisdizione e del riconoscimento e dal Protocollo dell'Aja del 2007[13] per quanto riguarda la legge applicabile.

Anzitutto, nell'ambito della disciplina della giurisdizione, emerge come criterio generale quello della residenza abituale - del convenuto, o del creditore, a scelta di quest'ultimo[14]. Degna di nota, nella presente prospettiva d'indagine, è altresì la possibilità di elezione del foro[15]. L'*electio fori* può avere ad oggetto, in linea generale, il foro della residenza abituale di una delle parti, o invece il foro di cittadinanza di una di quelle[16]. Per le controversie tra coniugi o ex coniugi, oltre a potersi convenire la giurisdizione dell'autorità chiamata a conoscere delle controversie matrimoniali tra quelli, è possibile altresì convenire la competenza (esclusiva) del foro dell'ultima residenza abituale comune, purché di durata non inferiore ad un anno.

Quanto alla legge applicabile, la regola generale è data dall'applicazione della legge dello Stato di residenza abituale del creditore (art.

[12] Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008. Cfr. F. POCAR, I. VIARENGO, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 805-828; B. ANCEL, H. MUIR WATT, *Aliments sans frontières*, in *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2010, pp. 457-484.

[13] *Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, in seguito: il «Protocollo dell'Aja». Sul Protocollo si veda il *Rapport explicatif* di A. BONOMI; inoltre A. BONOMI, *The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2008, pp. 333-357; A. MALATESTA, *La Convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 829-848.

[14] Regolamento 4/2009, art. 3, lettere a) e b).

[15] Regolamento 4/2009, art. 4. L'*electio fori* è però preclusa in caso di controversie concernenti obbligazioni a favore di un minore (par. 3).

[16] Per la limitatezza delle opzioni aperte, tale scelta è stata qualificata di *tromp l'oeil* da B. ANCEL, H. MUIR WATT, *op. cit*., p. 467.

3), prevedendosi altresì espressamente che il mutamento della residenza abituale determini il mutamento della disciplina, *pro futuro*[17].

In relazione alle obbligazioni alimentari tra genitori e figli e comunque a favore di minori di 21 anni, fuori dal caso di matrimonio è però fatta salva la prevalenza della *lex fori*, a garanzia del diritto di alimenti da questa previsto, ma non ottenibile *e lege causae*[18] (o viceversa)[19]; è fatta salva altresì l'analoga prevalenza dell'eventuale legge nazionale comune su quelle due prime[20].

È inoltre esclusa l'applicazione della legge di residenza abituale del creditore, in caso di coniugi o ex coniugi, qualora uno di essi vi si opponga e vi sia un collegamento più stretto con altro Stato, in particolare quello dell'ultima residenza abituale comune.

Del pari, per le obbligazioni diverse da quelle nei confronti di minori o derivanti da un rapporto matrimoniale (esistente o cessato), è concesso al debitore opporre la difesa relativa all'inesistenza di un'obbligazione alimentare secondo la legge del proprio stato di residenza abituale, o secondo l'eventuale legge nazionale comune[21].

La scelta di legge è prevista dall'art. 7, in relazione ad un procedimento specifico (già instaurato o da instaurarsi), a favore della *lex fori*. È possibile inoltre, salvo che nei rapporti che coinvolgono un minore o un incapace, convenire in qualsiasi momento l'applicazione della legge nazionale di una delle parti al momento della designazione, o della legge di residenza abituale di una di esse in quello stesso momento; infine, è possibile, negli stessi limiti, convenire l'applicazione della legge applicabile al regime patrimoniale tra le parti, o al loro divorzio o separazione, sia perché scelta dalle parti, sia perché oggettivamente applicabile a quei rapporti[22].

Ne emerge, ai fini della presente indagine, un quadro complesso.

Da un lato, ad esclusione dei rapporti che riguardano un'obbligazione alimentare a favore di un minore, è data alle parti facoltà di scelta congiunta, tanto del foro quanto della legge applicabile, a favore della legge della residenza abituale di (almeno) una parte, o della legge nazionale. Qualora le parti si avvalgano, dunque, della libertà di circolazione

[17] Protocollo dell'Aja, art. 3, parr. 1 e 2.
[18] Protocollo dell'Aja, art. 4, par. 2.
[19] Protocollo dell'Aja, art. 4, par. 3.
[20] Protocollo dell'Aja, art. 4, par. 4.
[21] Protocollo dell'Aja, art. 6.
[22] Protocollo dell'Aja, art. 8.

prevista dai Trattati, è loro aperta l'opzione tra continuità e mutamento del loro regime giuridico.

Dall'altro lato, la decisione unilaterale di una delle parti di mutare la propria residenza abituale, come conseguenza di una scelta di circolazione, ha delle conseguenze sul regime applicabile. Tali conseguenze sono dirimenti nel caso di trasferimento (lecito) della residenza abituale di un figlio minore creditore di alimenti, mentre in tutti gli altri casi la scelta del creditore di mutare residenza abituale, e con essa il mutamento del regime obiettivo in linea di principio applicabile, non può portare al riconoscimento di un diritto agli alimenti altrimenti inesistente.

Anche in relazione a tale regime va osservato che il legame con la cittadinanza dell'Unione è apparentemente tenue. Come in tutti questi strumenti, infatti, il regime della legge applicabile è un regime universale e può dunque portare all'applicazione della legge di uno Stato terzo.

Nondimeno, alcuni elementi rinforzano il legame tra autonomia e cittadinanza, già dal punto di vista dell'operare degli strumenti di diritto internazionale privato.

In primo luogo, l'*electio fori* prevista dall'art. 4 del Regolamento 4/2009 ha un significato solo all'interno dello spazio giudiziario europeo, ed è prevista a favore di un foro di residenza abituale o di cittadinanza di una delle parti. Ove essa sia esercitata a favore dello Stato di residenza abituale, essa può dunque rinforzare le conseguenze di una decisione di circolazione legata – prevalentemente o comunque in modo privilegiato – alla cittadinanza dell'Unione. Ove essa sia esercitata a favore dello Stato di cittadinanza, evidentemente ciò accade nel contesto della cittadinanza dell'Unione, non essendo tale scelta aperta a favore della legge di uno Stato terzo.

Il rilievo di un tale potere di scelta del foro si riversa anche sul profilo della legge applicabile, considerando che, in forza dell'art. 4 del Protocollo dell'Aja, la *lex fori* assume una particolare forza, nel contesto di un metodo delle considerazioni materiali che la vede prevalere sulla *lex causae*, quando il diritto agli alimenti sia previsto dalla prima ma non dalla seconda a favore di un minore di 21 anni o comunque nei rapporti tra genitori e figli.

In terzo luogo, l'autonomia riconosciuta a favore delle parti in relazione alla scelta di legge risulta anch'essa strettamente connessa alla cittadinanza dell'Unione, dato il potere di scelta della *lex fori* ex art. 7 del Regolamento: poiché la *lex fori* non può che essere, in tale contesto, che la legge di uno Stato membro, ciò comporta un rilievo speciale delle scelte di circolazione tendenzialmente legate alla cittadinanza dell'Unione.

Infine, seppur nei limiti già sottolineati, l'adozione del criterio della

residenza abituale sia in relazione alla giurisdizione sia in relazione alla legge applicabile, ed in particolare l'esplicita previsione in tale ultimo contesto del rilievo del mutamento della residenza abituale, manifesta il rilievo della scelta di circolazione e, dunque, ancora una volta della dimensione di autonomia indiretta specialmente valorizzata nel contesto della cittadinanza dell'Unione.

5. *Divorzio e separazione personale*

Per ciò che riguarda divorzio e separazione personale, si tratta di coordinare le disposizioni del Regolamento 2201/2003[23], con quelle del Regolamento 1259/2010[24].

Entrambi gli strumenti in questione valorizzano in modo significativo la residenza abituale comune, attuale o passata, quale criterio di collegamento rilevante sia ai fini della giurisdizione, sia ai fini della legge applicabile.

Quanto al regolamento Bruxelles II-bis, va ricordato il suo art. 3, basato su una serie molto ampia di criteri alternativi, tra i quali figura anche la residenza abituale dell'attore, purché questi vi abbia risieduto per almeno un anno prima della domanda, o addirittura sei mesi soltanto, se è anche cittadino di quello Stato.

Dal canto suo, il Regolamento Roma III, attribuendo ai coniugi una facoltà di scelta della legge applicabile, seppur in un novero limitato, e adottando per il caso di collegamento obiettivo gli stessi criteri dell'art. 3 del Regolamento Bruxelles II-bis, ma quali criteri *successivi*[25], apporta un reale contributo sia in termini di flessibilità, che di prevedibilità della disciplina[26].

Inoltre, innovando in maniera significativa rispetto al quadro com-

[23] Cit. *supra*, nota 4.

[24] Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010. Sul regolamento A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *The Law Applicable to Divorce in Europe: The Future Rome III Regulation*, in *Cuad. Der. Transn*., 2009, pp. 36-71; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 1053-1065; P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Rev. crit. dr. intern. privé,* 2011, pp. 291-338; C. HONORATI, *La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, pp. 247-282.

[25] Regolamento 1259/2010, art. 8.

[26] *Contra* A. RÖTHEL, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 882-987, p. 891.

plessivo delle soluzioni accolte dagli Stati membri[27], l'art. 5 del Regolamento 1259/2010 consente ai coniugi di scegliere, come legge applicabile alla loro separazione o al loro divorzio[28], in alternativa, quella dello Stato di residenza abituale comune, al momento dell'accordo, o dell'ultima residenza abituale comune, se al tempo dell'accordo uno di loro continua a risiedervi, affianco alla possibilità di scegliere la legge nazionale di uno di loro o la *lex fori*.

Venendo ad una valutazione degli effetti della mobilità intra-UE delle persone in relazione al profilo dell'autonomia, v'è da osservare che la disciplina ora sommariamente descritta consente, in caso di mobilità congiunta, il cambio di regime in favore della legge della nuova residenza abituale, nel tendenziale parallelismo tra *forum* e *ius*. Al tempo stesso, quella disciplina consente ai coniugi, tramite l'esercizio del potere di scelta di legge, di congelare il loro regime, agganciandolo ad un ordinamento con cui il rapporto presenta un legame a loro giudizio più intenso[29]: quello dell'ultima residenza abituale comune, in cui uno dei coniugi continui a risiedere, o quello di cittadinanza di uno (ma specialmente di entrambi) i coniugi. In caso di mobilità disgiunta della coppia (tanto più se in situazione conflittuale), ed in assenza di accordo sulla legge applicabile, invece, l'art. 8 del Regolamento Roma III porta ad una neutralizzazione del mutamento di residenza abituale, se vi è una cittadinanza comune, o invece ad un semplice ritardo degli effetti di quel mutamento, ancorando il regime per un anno all'ultima residenza abituale comune, e lasciando poi spazio alla *lex fori* – che però a quel punto corrisponderà, in linea di massima, alla legge dello Stato di residenza abituale dell'attore[30].

Anche in relazione a tale regime, come per tutti i regimi di diritto internazionale privato di cui ci si occupa in questo studio, la natura universale della disciplina della legge applicabile esclude un legame diretto tra le scelte del legislatore del diritto internazionale privato e la cittadinanza dell'Unione. Tuttavia, anche qui il contesto della circolazione dei coniugi, valorizzato tramite la scelta del criterio della residenza abituale, di-

[27] F. POCAR, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. BARIATTI (a cura di) *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 267-278, p. 275.

[28] *Rectius*: alle condizioni del divorzio: si argomenti dal considerando 10, co. 3, del regolamento: cfr. A. RÖTHEL, *op. cit*., p. 882. Si riferiscono invece alla legge applicabile allo *status* I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, pp. 59-86, p. 75.

[29] Cfr. E. DI NAPOLI, *op. cit*., p. 918.

[30] Cfr. Regolamento 2201/2003, art. 3, lett. *a*), trattini 5. e 6.

viene particolarmente significativo in relazione alla situazione del cittadino dell'Unione e del suo coniuge.

6. *Successioni*

Il regime internazionalprivatistico comune delle successioni, introdotto con il Regolamento 650/2012[31], si incentra sul criterio della residenza abituale del defunto al momento della morte, sia per la definizione della giurisdizione[32], sia per quanto attiene alla legge applicabile[33]. Esso, pertanto, valorizza massimamente le conseguenze della mobilità del *de cuius* sul regime applicabile alla sua successione, salve le ipotesi eccezionali di collegamento manifestamente più stretto con altro Stato[34].

Parallelamente, il regolamento introduce uno spazio di autonomia internazionalprivatistica, con previsioni coerenti sia per quanto attiene alla legge applicabile[35], sia per quanto attiene al foro[36]. In particolare, per ciò che attiene alla scelta di legge, il testatore può sottoporre la sua successione alla legge dello Stato in cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Non è invece possibile ancorare, tramite scelta di legge, il regime della successione al diritto dello Stato di residenza abituale *al momento della scelta*. Il Regolamento giustifica tale esclusione sulla necessità di escludere la frode alla legge in danno dei legittimari[37].

Il regime di autonomia diretta in tal modo introdotto appare mirato a consentire al testatore di valorizzare, quanto alla legge applicabile, un legame da questi ritenuto più significativo con il proprio Stato nazionale e perciò meritevole di resistere al mutamento della residenza abituale, ed

[31] Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012. Cfr. R. MOURA RAMOS, *Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne: Premières réflexions*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2013, pp. 205-235; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 293-323. Più estesamente v. D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014.

[32] Art. 4.

[33] Art. 21.

[34] Art. 21, par. 2.

[35] Art. 22; cfr. anche art. 24, n. 2.

[36] Art. 5, 6 e 7.

[37] Considerando n. 38. Critici su tale giustificazione A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto*, *op. cit*., p. 63, con ulteriori riferimenti alla dottrina.

alle parti interessate alla successione di convenire la giurisdizione degli organi giurisdizionali dello Stato membro la cui legge è stata scelta dal testatore[38].

Parzialmente differente è la conseguenza della regola adottata in materia di patti successori[39]. Qui il collegamento obiettivo, sempre riferito alla residenza abituale del testatore, cristallizza però il regime con riferimento al tempo della conclusione del patto. Anche la scelta delle parti, che possono preferire alla legge della residenza abituale quella nazionale del testatore, è riferita al dato rilevante al momento del patto successorio. In entrambi i casi, dunque, la mobilità del *de cuius* non produrrà effetti sulla legge applicabile al patto successorio, coerentemente con l'esigenza di stabilità che l'istituto stesso esprime, negli ordinamenti che lo contemplano[40].

Anche in relazione al regime delle successioni vale l'osservazione fatta più sopra per gli altri regimi passati in rassegna: la natura universale della disciplina della legge applicabile esclude un legame diretto tra le scelte del legislatore del diritto internazionale privato e la cittadinanza dell'Unione. Tuttavia, anche qui il contesto della circolazione, valorizzato tramite la scelta del criterio della residenza abituale, diviene particolarmente significativo in relazione alla situazione del cittadino dell'Unione.

7. *Regimi patrimoniali di tipo matrimoniale e unioni registrate*

L'ultimo regime che merita di essere qui analizzato è quello introdotto, quale cooperazione rafforzata, in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, da un lato, e di unioni registrate, dall'altro. I Regolamenti 1103/2016 e 1104/2016[41] seguono un'impostazione complessivamente coerente: nel prosieguo ci si concentrerà sul primo, per poi dedicare brevi riflessioni di confronto al secondo.

Quanto ai regimi patrimoniali tra coniugi, il Regolamento 1103/2016 consente ai coniugi la scelta, per atto scritto riferibile ad en-

[38] Art. 5.

[39] Art. 25.

[40] Cfr. P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel regolamento UE n. 650/2012*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, pp. 12-32.

[41] Regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016. Sui due regolamenti v. N. JOUBERT, *La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale*, in *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2017, pp. 1-26.

trambi[42], della legge dello Stato di residenza abituale, o di cittadinanza, di uno o di entrambi al momento dell'accordo[43].

In mancanza di scelta[44], si applica la legge dello Stato di prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio[45]. Ove i coniugi non abbiamo mai avuto una residenza abituale comune, si applicherà l'eventuale legge nazionale comune al momento della conclusione del matrimonio; in mancanza, la legge del collegamento più stretto, da valutarsi sempre in relazione al momento della conclusione del matrimonio[46].

Il collegamento obiettivo con lo Stato di prima residenza abituale può essere superato, su richiesta di uno dei coniugi, a favore della legge dell'ultima residenza abituale comune che si sia protratta per un periodo significativamente più lungo della prima, se l'istante dimostra che entrambi i coniugi hanno fatto affidamento su tale legge nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali[47]. In buona sostanza, tale disposizione consente (ma non impone) al giudice di valorizzare un accordo tacito tra le parti, che pur non soddisfa le condizioni di forma previste dal regolamento[48], ma che dà peso alla scelta di circolazione.

Quanto al foro, al di fuori dei casi di accessorietà dell'azione relativa al regime patrimoniale rispetto ad un'azione successoria o di divorzio, separazione, scioglimento del matrimonio, la competenza è definita da criteri sostanzialmente riconducibili alle ipotesi già valorizzate all'art. 3 del Regolamento Bruxelles II-*bis*, ad esclusione però dei *fora actoris* in quello previsti, e con un meccanismo di concorso successivo di quei cri-

[42] Art. 23, paragrafo 1, primo periodo.

[43] Art. 22. Il Regolamento non innova, sostanzialmente, rispetto all'effetto combinato degli artt. 29 e 30 LDIP se non, ancora una volta, per il diverso collegamento oggettivo su cui tale scelta si inserisce. N. JOUBERT, *op. cit*., p. 16 ss., sottolinea invece la modifica rispetto al previgente diritto francese.

[44] Sul regime obiettivo v. più estesamente F. VISMARA, *Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel Regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, pp. 356-371.

[45] Art. 26, n. 1, lett. *a*).

[46] Art. 26, n. 1, lett. *b*) e *c*).

[47] Art. 26, par. 3.

[48] Apparentemente più restrittiva l'interpretazione di F. VISMARA, *op. cit*., p. 368, secondo cui dovrebbero risultare «*specifiche attività di organizzazione e pianificazione […] legate ad una determinata legge*». Sicuramente ricompresi in tale previsione saranno casi di *Handeln unter Falschem Recht* come quelli evocati da E. JAYME, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2009, pp. 1-10, p. 5 ss. Non si può però escludere che anche situazioni meno caratterizzate possano rientrarvi, ferma restando la tutela dei terzi.

teri, invece che alternativo. Tali correttivi portano alla prevalenza del criterio della residenza abituale comune al momento dell'instaurazione del giudizio, o dell'ultima residenza abituale comune. In mancanza di residenza abituale comune, attuale o passata, la competenza è determinata dal foro del convenuto, o da quello di eventuale cittadinanza comune.

Fuori dai casi di mera accessorietà dell'azione relativa al regime patrimoniale, ai coniugi è inoltre concesso di scegliere il foro. Tale scelta può esercitarsi unicamente a favore dello Stato la cui legge è applicabile, per volontà delle parti o per collegamento obiettivo, o dello Stato di conclusione del matrimonio.

Le ricadute di un tale regime in termini di autonomia, connessa alle scelte di mobilità dei cittadini dell'Unione, sono complesse.

Le regole sul diritto applicabile in mancanza di scelta tendono a cristallizzare il regime matrimoniale in relazione al momento iniziale, quello di conclusione del matrimonio[49], con prevalenza della residenza abituale comune su altri criteri. La clausola di flessibilità di cui all'art. 26 consente però di garantire una certa fluidità al regime e di valorizzare la successiva scelta di circolazione, quando ciò corrisponda alle aspettative delle parti.

La scelta formale di legge, invece, consente di adattare appieno il regime ad un intervenuto mutamento di residenza abituale, ove la coppia lo desideri. La facoltà di scelta non ha però, unicamente, tale significato: essa può anche di segnare la preferenza della coppia per l'applicazione del diritto nazionale anche solo di uno dei coniugi, scegliendo, in tal caso, un elemento di cristallizzazione diverso da quello accolto di preferenza dal Regolamento.

Il regime della giurisdizione, consentendo in linea di principio il parallelismo tra *forum* e *ius* grazie all'*electio fori,* può determinare un ulteriore rinforzo della dimensione di autonomia insita nella decisione di spostare la residenza abituale comune. Come per la scelta di legge, però, anche in tal caso il parallelismo può servire a cementare un legame diverso, quello con lo stato nazionale.

Infine, va notato che, se per quanto riguarda le previsioni relative alla scelta di legge il carattere universale del regolamento esclude una formale differenza di regime a seconda del possesso o meno della cittadinanza dell'Unione, è vero però che solo in relazione a cittadini

[49] La cristallizzazione del regime in assenza di scelta di legge contraria è, comunque, relativa. Infatti, trattandosi comunemente di regimi modificabili dai coniugi in qualsiasi momento, ove intervenga un mutamento della residenza abituale comune basterà addivenire ad un nuovo accordo, anche senza esplicita scelta di legge, per determinare l'applicazione della legge della nuova residenza abituale.

dell'Unione possono operare *appieno* le previsioni relative alla contemporanea scelta di legge e scelta del foro, le quali permettono di "cementare" la scelta di legge, sia essa coerente o invece contraria alla manifestazione di autonomia indiretta insita nella scelta della circolazione.

Per quanto riguarda le unioni registrate, pur nella sovrapponibilità di modello normativo seguito dai due regolamenti[50], l'influsso della mobilità della coppia sul regime applicabile all'unione registrata è inferiore rispetto a quanto visto in relazione ai regimi patrimoniali di tipo matrimoniale, ma ciò unicamente in ragione della non universale accettazione, negli Stati membri dell'Unione, dell'istituto delle unioni registrate[51].

III. *Autonomia, statuto personale e libertà di circolazione*

8. *Alcune conclusioni intermedie relative alla codificazione del diritto internazionale privato dei rapporti personali*

L'analisi degli strumenti di diritto internazionale privato uniforme relativi ai rapporti personali ed ai rapporti patrimoniali ad essi strettamente connessi mostra anzitutto come il tendenziale abbandono del criterio della cittadinanza a favore di quello della residenza abituale porti con sé uno spazio aggiuntivo di autonomia per gli individui che si avvalgono delle libertà di circolazione garantite ai cittadini dell'Unione.

La scelta del criterio della residenza abituale, infatti, non si limita a determinare conseguenze di efficienza del sistema di amministrazione della giustizia, derivanti dal tendenziale parallelismo tra *forum* e *ius*[52], che pur rappresenta uno dei tratti unificanti dei diversi interventi più sopra analizzati.

L'analisi che si è condotta mostra infatti che, scegliendo di spostare la propria residenza abituale in un diverso Stato membro, gli individui –

[50] La differenza sta essenzialmente nella previsione di una facoltà di scelta della legge applicabile estesa anche alla legge dello Stato ai sensi del cui diritto l'unione è stata costituita, che è del resto applicabile in mancanza di scelta. Rimane possibile, come per i regimi matrimoniali, la scelta della legge della residenza abituale dei partner al momento della conclusione della convenzione o della legge nazionale di almeno uno dei partner, in riferimento a quello stesso momento: Regolamento 1104/2016, art. 22, art. 26.

[51] Attualmente non risultano accessibili forme di convivenza registrata diverse dal matrimonio eterosessuale in Polonia, Slovacchia, Lettonia e Lituania.

[52] C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: Un principe universel entre libéralisme et étatisme*, in *R.A.D.I.*, 2013, pp. 285-478, p. 376.

e, in maniera privilegiata, i cittadini dell'Unione – sottopongono in linea di principio i loro rapporti personali al diritto del nuovo Stato di residenza abituale. Considerata la parallela, tendenziale sottoposizione al diritto di quello Stato anche dell'attività economica svolta da quegli individui – in forza dei principi di assimilazione operanti in materia di stabilimento e di circolazione dei lavoratori – il cittadino dell'Unione che eserciti la libertà di circolazione prevista dal Trattato determina il mutamento del regime giuridico applicabile alla gran parte dei rapporti di cui è protagonista.

L'autonomia così riconosciuta è indiretta, certo. Essa è però completata dal riconoscimento di un'autonomia diretta di tipo internazionalprivatistico, secondo quella che appare una tendenza consolidata del diritto internazionale privato dell'Unione[53].

In particolare, il potere di scelta della legge applicabile riconosciuto in materia di successioni, di divorzio e separazione personale, di regimi patrimoniali ed unioni registrate e, infine, financo in materia di obbligazioni alimentari non coinvolgenti minori o incapaci, va in linea generale nel senso di trasformare l'autonomia indiretta in autonomia diretta. L'individuo, infatti, nella maggior parte dei casi sopra analizzati, si vede attribuire il potere di modificare la tendenziale sottoposizione dei propri rapporti giuridici al diritto dello Stato in cui ha la residenza abituale nel momento rilevante, potendo a volte preferire il mantenimento del legame con il diritto di uno Stato di residenza abituale precedente, ed essendo comunque sempre in grado di scegliere la legge nazionale di uno o di entrambi i soggetti coinvolti nel rapporto giuridico *de quo*.

Nell'aprire all'individuo l'alternativa tra diritto dello Stato di residenza abituale e diritto dello Stato di nazionalità, come è stato osservato, la codificazione del diritto internazionale privato dell'Unione depotenzia il rilievo della preferenza data alla residenza abituale, quale principale criterio di collegamento oggettivo, riducendo entrambe le diverse alternative di collegamento oggettivo a mere scelte di convenienza lasciate nella disponibilità delle parti[54].

Schematizzando all'essenziale, la scelta lasciata all'individuo è tra inte-

[53] Anche se non sembra condivisibile la tesi per cui la scelta di legge sarebbe principio costituzionale dello spazio di circolazione europeo: nel senso criticato A. MARZAL YETANO, *The Constitutionalization of Party Autonomy in Private International Law*, in *JPIL*, 2010, pp. 155-193, spec. p. 193. Più equilibrata la posizione di J. BASEDOW, *Theorie der Rechtswahl, oder: Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, in *RablesZ*, 2011, pp. 32-59, p. 57 ss. V. anche *infra*, nt. 57.

[54] P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di legge in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.,* 2011, pp. 488-496, in particolare p. 490.

grazione giuridica nella nuova comunità sociale in cui ha deciso di trasferirsi, da un lato, e continuità con le proprie radici e con la cultura del proprio Paese di origine, dall'altro[55]. Si tratta di un'origine da intendersi però in più sensi. Da un lato, può essere un'origine profonda, perché legata alla nazionalità, con il suo forte significato culturale, di particolare rilievo in relazione ai rapporti di famiglia. Si può però trattare, invece, di un'origine meno profonda, quella data da un legame stabile con una comunità sociale precedente, che l'interessato o gli interessati ritengono prevalente rispetto alla nuova comunità, all'interno della quale hanno spostato la loro residenza abituale.

Il più delle volte, inoltre, un corrispondente potere di scelta del foro consente di rendere la sottoposizione del rapporto ad una determinata legge coerente con la giurisdizione. Con la previsione di un potere di scelta parallelo di *forum* e *ius*, però, si consente all'individuo – di norma, alle parti del rapporto – di rinforzare l'effetto dell'autonomia internazionalprivatistica, assicurandosi, in tal caso, l'assenza di limiti esterni all'applicazione del diritto prescelto. Infatti, i tradizionali limiti alla scelta di legge operano *nel foro*[56]: è l'ordine pubblico del foro e sono le sue norme di applicazione necessaria che limitano la portata della scelta di legge. Se però, in relazione ad una fattispecie che non sia puramente interna ad un singolo Stato membro, il foro può essere scelto dalle parti, con quello si riconosce alle parti anche il potere di sottoporre la disciplina del loro rapporto all'ordinamento giuridico di un dato Stato membro, considerato nel suo insieme come prevalentemente competente, e di svincolarsi dall'*emprise* degli altri ordinamenti nazionali coesistenti nel quadro dell'Unione.

Tale potere di scelta convergente del foro e della legge applicabile opera unicamente nel caso di scelta del sistema giuridico di uno Stato membro dell'Unione. In tal modo, la combinazione di potere di scelta della legge e del foro dà luogo a dei sotto-regimi internazionalprivatistici privilegiati in buona misura riservati ai cittadini dell'Unione, nonostante l'impostazione in linea di principio universale della disciplina del diritto applicabile contenuta negli atti che si sono passati in rassegna.

[55] Cfr. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *R.A.D.I.*, 1995, pp. 9-267, p. 167 ss., p. 201 ss.; P. GANNAGÉ, *La pénetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, in *Rev. crit. dr. intern. privé*, pp. 425-454, p. 426. In senso analogo, con riferimento specifico alla nazionalità e sottolineandone la natura di indice di un (mero) «*lien de proximité*» con il diritto di uno Stato, J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité*, cit., p. 447, in particolare p. 449.

[56] Cfr. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté*, cit., p. 386 ss. per il rinvio ai diversi approcci giurisprudenziali e dottrinali circa la validità della clausola di deroga della giurisdizione che porti all'aggiramento delle *lois de police* del *forum derogatum*.

9. *La scelta tra sistemi al di fuori del "mercato delle regole"*

Da un punto di vista sistematico più ampio, inoltre, per i cittadini dell'Unione ed i loro familiari il riconoscimento di una rilevantissima autonomia indiretta, legata al diritto di circolazione di cui essi sono titolari, coniugata al potere di scegliere la legge applicabile e, tendenzialmente, ad un parallelo potere di scelta della giurisdizione competente, finisce per porre l'individuo al centro di un meccanismo di allocazione delle competenze tra Stati membri.

In buona sostanza, cioè, gli individui che si avvalgono delle libertà di circolazione riconosciute ai cittadini dell'Unione sono lasciati arbitri della determinazione del diritto ad essi applicabile[57] – all'interno di un novero limitato di alternative, certo, che finisce però per esaurire l'intero ambito dei diritti con i quali la fattispecie presenta un legame significativo.

Il fenomeno così descritto è tanto più significativo, a me pare, in quanto si pone al di fuori dell'ambito del mercato, e con ciò anche al di fuori della giustificazione ideologica (liberista) del *mercato delle regole*. Quale possa essere allora il significato più profondo di tale scelta sarà l'oggetto del prosieguo dell'indagine.

IV. *Cittadinanza dell'Unione e cittadinanze nazionali*

10. *Il perdurante, ma temperato, rilievo internazionalprivatistico della cittadinanza nazionale*

Il ragionamento ci conduce così al tema della cittadinanza e dell'interazione tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione.

L'analisi che si è condotta in precedenza ha mostrato la scelta operata dal legislatore dell'Unione di temperare il rilievo della cittadinanza quale criterio di collegamento a favore del criterio della residenza abituale. L'adozione di tale criterio mira a garantire l'obiettivo dell'integrazione del soggetto (*in primis* cittadino dell'Unione) che esercita il diritto di circolazione: un valore certo divergente, se non addirittura oppo-

[57] Cfr. H.P. MANSEL, *Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts*, in S. LEIBLE, H. UNBERATH (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom-0 Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena, 2013, pp. 243-292, p. 262, anche per ulteriori riferimenti alla riflessione dottrinale sulle giustificazioni di fondo di quella che, secondo l'A., è una vera e propria tendenza del diritto internazionale privato contemporaneo.

sto a quello dell'identità culturale, garantito invece dall'uso del criterio di collegamento della nazionalità. La proporzionalità di un tale cambio di paradigma è comunque garantita dalla facoltà lasciata all'individuo, nella gran parte dei regimi analizzati, di optare per il proprio diritto nazionale.

11. *Verso un metodo del riconoscimento degli* status *personali*

Ora, il fatto è che il movimento di indebolimento e relativizzazione della cittadinanza nazionale nel contesto del diritto internazionale privato dei rapporti personali si manifesta anche a prescindere dall'intervento legislativo di uniformazione delle norme di conflitto, e consegue, nella giurisprudenza della Corte, al semplice operare delle norme e dei principi relativi alla cittadinanza dell'Unione.

Contro tali sviluppi si sono levate voci critiche, che hanno sottolineato la possibilità di abusi e strumentalizzazioni dell'istituto della cittadinanza dell'Unione, capaci di svuotare il significato della cittadinanza nazionale anche in settori rimasti nella piena competenza degli Stati membri[58].

Si fa riferimento qui alla giurisprudenza della Corte che desume, dai principi applicabili nell'ambito della cittadinanza dell'Unione, l'obbligo di riconoscimento del patronimico acquisito o modificato in altro Stato membro (*Garcia Avello*[59], *Grunkin e Paul*[60], *Sayn-Wittgenstein*[61]). Si è detto che con tale giurisprudenza si sarebbe riconosciuta, in sostanza, eccessiva latitudine all'autonomia del privato, lasciato arbitro della prevalenza di un sistema di diritto statale sull'altro, a prescindere dalle regole esistenti in materia di diritto applicabile e ciò tanto in situazioni di doppia cittadinanza, quanto in situazioni di unica cittadinanza nelle quali l'individuo va consapevolmente alla ricerca dell'ulteriore libertà lasciata dallo Stato di residenza abituale in materia di mutamento del nome[62].

È senz'altro vero che la giurisprudenza della Corte sulla cittadinanza

[58] Cfr. C. KESSEDJIAN, *Introduction*, cit., p. 16.

[59] Sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, 2003, p. I-11613.

[60] Sentenza 14 ottobre 2008, causa C-35/06, *Grunkin e Paul*, in *Racc.*, 2008, p. I-7639.

[61] Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, in *Racc.*, 2010, p. I-13693.

[62] M. LEHMANN, *What's in a Name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2008, vol. X, pp. 135-164, in particolare p. 143.

dell'Unione ha in effetti determinato, in relazione ad alcune situazioni, un aumento del grado di libertà nell'equilibrio che costituisce l'autonomia dell'individuo, degradando corrispondentemente la potestà normativa dello Stato anche in settori non raggiunti da dirette competenze UE.

Ebbene, al di là del giudizio sull'opportunità o meno di un tale sviluppo, sembra innegabile rinvenire in quelle sentenze, così come in alcune idee sul riconoscimento di pieno diritto poste alla base del Libro verde sulla libera circolazione dei documenti pubblici[63], se applicate in un contesto di effettiva possibilità di scelta tra i sistemi di stato civile potenzialmente concorrenti (quello dello Stato membro di residenza o quello dello Stato nazionale, tramite le rappresentanze consolari), un nuovo paradigma del diritto internazionale privato dell'Unione, quello del riconoscimento delle situazioni giuridiche[64], frutto del diritto "forte" (senza voler abusare dell'aggettivo fondamentale) di circolazione nello spazio di libertà dell'Unione, che della cittadinanza dell'Unione è uno dei pilastri.

Il paradigma in parola sembra essere coerente con quello già descritto nel valutare le conseguenze dell'intervento del legislatore del diritto internazionale privato dell'Unione sui rapporti personali: la cittadinanza dell'Unione determina cioè l'autonomia dell'individuo in relazione alla scelta tra continuità del legame nazionale ed integrazione nel nuovo contesto dello Stato di residenza abituale[65]. Tale paradigma trova il suo meccanismo di espressione in una metodologia internazionalprivatistica

[63] *Libro Verde Meno adempimenti amministrativi per i cittadini Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, COM/2010/747 def., ed in particolare la sua sezione 4, su Riconoscimento reciproco degli effetti degli atti di stato civile. Sul libro verde e sulla meno ambiziosa proposta di regolamento che ne è seguita cfr. P. LAGARDE, *The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2013-2014, vol. XV, pp. 1-12; C. KOHLER, *Towards the recognition of civil status in the European Union*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2013-2014, vol. XV, pp. 13-29. Per l'anticipazione nella giurisprudenza della Corte v. sentenza 2 dicembre 1997, causa C-336/94, *Dafeki*, in *Racc*., 1997, p. I-6761 e cfr. R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 163-203, p. 198 ss.

[64] Cfr., seppur con notazioni in parte critiche, E. JAYME, C. KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPRax,* 2001, pp. 501-514. Più estesamente poi P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, p. 229 ss.; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, in *RabelsZ*, 2006, pp. 651-731; C. KOHLER, *Towards the recognition of civil status*, cit.

[65] In tal senso la condivisibile ricostruzione di C. KOHLER, *op. ult. cit*., p. 28.

di riconoscimento degli *status* personali[66] di cui l'individuo ha perseguito ed ottenuto l'instaurazione, piuttosto che di determinazione astratta *ex ante* del diritto applicabile[67]. Si tratta di una metodologia che si sviluppa per linee esterne rispetto alla codificazione del diritto internazionale privato dell'Unione e che assume in parte le fattezze di diritto interlocale dell'Unione[68], pur non escludendosi in principio che proprio la codificazione possa esserne l'esito[69].

Un tale "metodo del riconoscimento" sembra superare il metodo del riferimento all'ordinamento competente[70], e la stessa idea sottesa all'affermazione di un principio di continuità dei rapporti giuridici basato sulla necessità di proteggere i diritti fondamentali dell'individuo[71]. Non è infatti unicamente in gioco il mantenimento di efficacia di posizioni giuridiche o *status* già acquisiti, sulla base della valutazione di un ordinamento considerato oggettivamente competente, alle cui determinazioni debba riconoscersi continuità *nonostante* la circolazione[72].

Nella prospettiva che qui si propone, infatti, l'autonomia riconosciuta all'individuo (diretta o indiretta che sia), gli riconosce il potere di scegliere il sistema all'interno del quale costituire una determinata situazione giuridica relativa all'ambito dei rapporti personali, ottenendone poi il riconoscimento negli altri sistemi nazionali che compongono l'Unione.

12. *Il rovesciamento del rapporto tra Stato e individuo*

La circolazione di cui parliamo non è necessariamente "semplice" e bilaterale – tra uno Stato di origine e *uno* Stato di destinazione. Essa di-

[66] Cfr., per una individuazione del concetto di *status* personale rilevante nel presente contesto, R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *R.A.D.I.*, 2010, pp. 253-500, p. 267 ss.

[67] Cfr. C. KOHLER, *op. ult. cit*., p. 20 ss., in particolare p. 25 ss.; cfr. altresì J. GUILLAUMÉ, *The Weakening of the Nation-State and Private International Law*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2012-2013, vol. XIV, pp. 510-538, p. 526.

[68] E. JAYME, C. KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?*, in *IPRax,* 2000, pp. 454-465, p. 456.

[69] Per un auspicio di tal segno K. SIEHR, *Right of Personality in European Private International Law*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi Forlati*, cit., pp. 251-263.

[70] Su cui ampiamente P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *R.A.D.I.*, 1986, pp. 229-419.

[71] Cfr. R. BARATTA, *Note sull'evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 721-728, in particolare p. 725.

[72] In tale prospettiva, sviluppata nell'ottica di un concetto di *possession d'état*, R. BARATTA, *La reconnaissance internationale*, cit., p. 463.

viene sempre più frequentemente complessa e multilaterale, in relazione ai mutamenti sociali che vedono, da un lato, i rapporti personali farsi e disfarsi con molta maggiore frequenza che in passato e, dall'altro, i contesti di attività economica delle persone modificarsi anch'essi con frequenza un tempo sconosciuta. In tale quadro, alla natura… liquida di quegli *status* e di quei rapporti[73], si accompagna anche una corrispondente possibilità di mutamento della *professio iuris* direttamente o indirettamente consentita al cittadino dell'Unione.

Si aggiunga che all'individuo non è imposta una *professio iuris* generale, né è richiesta una coerenza di principio tra le scelte di sottoposizione che può operare nei vari settori dei rapporti personali. Nel caso di circolazione dei cittadini dell'Unione le scelte di integrazione nel nuovo ambiente sociale e giuridico, o di preservazione dell'identità culturale legata all'origine, sono dunque tessere di un mosaico che può ben svelare un disegno complesso, andando a comporre un regime giuridico multiforme, peculiare di un determinato individuo o nucleo famigliare.

Cosicché, se da un punto di vista formale è pur vero che la cittadinanza dell'Unione si aggiunge a quella nazionale, senza sostituirsi ad essa, è però altrettanto vero che i diritti e le libertà riconosciute dalla prima, nel loro concreto esercitarsi, acquisiscono ormai una forza destabilizzante nei confronti di importanti aspetti della seconda[74] – una forza condizionata però alla volontà dell'individuo.

Di conseguenza, il dato di sintesi sembra essere non tanto la prevalenza dell'una cittadinanza sull'altra, quanto un complessivo aumento della sfera di autonomia dell'individuo, e specialmente del cittadino dell'Unione, cui il sistema riconosce il ruolo di arbitro nell'allocazione delle competenze normative[75] tra Stato di cittadinanza e Stato di residenza abituale.

Tale risultato è compiutamente raggiunto, a me sembra, unicamente nel contesto delle libertà di circolazione connesse alla cittadinanza dell'Unione. Del resto, anche quelle riscostruzioni che hanno ipotizzato l'affermazione di un vero e proprio «*right to international mobility*» basato sulla generalizzazione dell'autonomia internazionalprivatistica,

[73] Cfr. J. BASEDOW, *European Divorce Law*, in *Liber Amicorum Walter Pintens*, Cambridge, 2012, vol. I, pp. 135-150, in particolare p. 135 ss.

[74] Di talché non appare del tutto fuori di luogo la pur provocatoria ipotesi di *souveraineté transnationale* dell'individuo: L. AZOULAI, *L'autonomie de l'individu européen et la question du statut*, in C. KESSEDJIAN, *Autonomie en droit européen*, cit., pp. 187-205, p. 190 ss.

[75] Cfr. H.-P. MANSEL, *Parteiautonomie*, cit., p. 262.

sembrano piuttosto porsi in una prospettiva *de lege ferenda* che non in quella *de lege lata*[76]. Neppure mi sembra che il legame che indubbiamente può sussistere, in determinate situazioni concrete, tra la continuità delle situazioni giuridiche ed il diritto fondamentale all'identità personale e alla vita familiare[77], sia sufficiente a costruire una teoria generale che rovescia il rapporto tra individuo e Stato nella determinazione del diritto applicabile.

L'elemento chiave che può dare consistenza all'ipotesi di un tale rovesciamento di paradigma nel contesto della circolazione nello spazio dell'Unione rimane, a me pare, la cittadinanza dell'Unione, che dimostra così di avere una consistenza ben maggiore di quella che emerge dalle disposizioni ad essa espressamente dedicate nei Trattati.

In quest'ottica si comprende meglio, a me sembra, anche quel passaggio della giurisprudenza comunitaria in cui, con la sentenza *Rottmann* del 2010[78] si è posto un limite alla stessa decisione di ritirare la cittadinanza nazionale. Un tale sviluppo ha sollevato critiche ben comprensibili: esso comporta, infatti, una forte limitazione della libertà degli Stati membri in un ambito che pure essi avevano inteso espressamente riservarsi, come si desume da molteplici dichiarazioni allegate ai Trattati, che ribadiscono del resto l'impostazione del diritto internazionale generale in materia[79].

Nondimeno, la sentenza *Rottmann* finisce per iscriversi in una linea di continuità con gli sviluppi del diritto derivato più sopra descritti, oltre che con la giurisprudenza che ha desunto dalle norme sulla cittadinanza dell'Unione conseguenze rilevanti sul diritto al nome.

Se al cittadino dell'Unione si riconosce il diritto di autodeterminare il proprio regime giuridico complessivo, indirettamente tramite la scelta del mutamento della residenza abituale e direttamente tramite la scelta del sistema giuridico ad esso applicabile, appare comprensibile il rovesciamento della prospettiva che la Corte lascia intravvedere: non è più (solo) lo Stato a scegliere chi sono i suoi cittadini, ma sono oramai i cittadini dell'Unione a scegliere, grazie a tale cittadinanza, lo o gli Stati – e relativi sistemi giuridici – con cui instaurare un rapporto privilegiato.

[76] Cfr. J. GUILLAUMÉ, *op. cit.*, pp. 519 ss. e 530 ss.

[77] V. estesamente A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *R.A.D.I.*, 2000, vol. 283, p. 9-127; C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutari ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 593-617, in particolare p. 595 ss., p. 603 ss.

[78] Sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, in *Racc*., 2010, p. I-1449.

[79] S. CORNELOUP, *Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, in *Clunet*, 2011, pp. 491-516, in particolare p. 505 ss.

Ecco allora che porre un limite alla decisione dello Stato di togliere la cittadinanza, qualora questa decisione determini la perdita non solo della cittadinanza nazionale, ma anche di quella dell'Unione, sembra l'unica soluzione compatibile con la scelta di garantire il singolo contro gli atti, foss'anche del proprio Stato nazionale, che determinerebbero la privazione dei suoi diritti di cittadino dell'Unione, che sarebbe stata esplicitata di lì a poco dalla Corte con la sentenza *Ruiz-Zambrano*[80]. Un ulteriore capitolo, sembra di poter dire, nel cammino di autocostituzione dell'ordinamento interindividuale dell'Unione europea[81].

[80] Sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz-Zambrano*, in *Racc*., 2011, p. I-1177.

[81] Cfr. B. CORTESE, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, pp. 271-316, rielaborazione e sviluppo del contributo pubblicato in B. CORTESE (a cura di), *Studi Forlati*, cit., pp. 301-339.

ONCE AGAIN WITH REVERSE DISCRIMINATION IN THE CASE OF DUAL CITIZENS: FROM *MCCARTHY* TO *LOUNES*

DIANA MARÍN CONSARNAU*

SUMMARY: 1. The protection under Union law. – 2. Reverse discrimination as background in the *Lounes* case. – 3. The key role of Article 21 TFEU in the *Lounes* case. – 4. Reverse discrimination: A matter of asymmetry and/or balance? – 5. Conclusion.

1. *The protection under Union law*

From a perspective of citizenship and the rights of free movement, the situation of families is complex. Not just with regard to issues concerning family models and relationships, such as the legal equivalence of same sex marriages[1] or the complex introduction of unmarried couples[2], but also with regard to the nationalities of family members. This last aspect is essential in order to determine the applicable rules on family reunification. The nationality of the applicant is the decisive element when determining the residence rights of family members, in particular when the applicant holds the nationality of a Member State, and is therefore an EU citizen.

There exists a protective framework of secondary Union law regarding the family reunification of EU citizens that exercise the right to freedom of movement and residence, and which has been laid down in Directive 2004/38/EC[3]. However, this protection does not cover all situa-

* Lecturer - Private International Law, University Rovira i Virgili.

[1] Currently, case C-673/16 (*Coman and Others*) is before the CJEU, in which the Court will have the opportunity to pronounce itself, for the first time, on the concept of spouse within the meaning of Directive 2004/38, and to decide whether or not same sex marriages are to be included with respect to Member States that do not recognize or even prohibit this type of marriage.

[2] On the inclusion of unmarried couples, see D. MARÍN CONSARNAU, *Las "Uniones registradas" en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104*, in *Cuad. Der. Transn.*, 2017, no. 2, pp. 420-427.

[3] Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, *on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC*, OJ L 158 of 30.4.2004.

tions. For example, when an EU citizen has always resided in the Member State of his nationality[4] or in those circumstances that are not explicitly regulated under the Directive, as is the case when an EU citizen returns to his Member State of origin after exercising the right to free movement and residence in another Member State.

This reality enables Member States to establish different levels of regulation that might allow for reverse discrimination in the field of family reunification. This may arise when family members of a citizen of that Member State receive a less favourable treatment with regard to residence rights than family members of citizens of other EU Member States who have moved their place of residence to that Member State[5],

[4] An issue that has been brought to the fore by the CJEU in the case *Ruiz Zambrano*. Judgment of the CJEU of 8 March 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.2011, paragraph 39. P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2012, no. 23, pp. 13-15.

[5] The definition of reverse discrimination and its consequences have been extensively reviewed in legal doctrine. In this respect, see Pickup: «*Reverse discrimination arises when a national of a Member State is disadvantaged because he or she may not rely on a protective provision of Community law when a national of another Member State in otherwise identical circumstances may rely on that same provision*», in D. PICKUP, *Reverse discrimination and freedom of movement for workers*, in *CML Rev.*, 1986, no. 23, p. 137; Jessurun d'Oliveira: «*It then involves the power of a Member State to treat people possessing the nationality of that Member State worse than it would be obliged to treat citizens of another Member State*», in H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act?*, in AA.VV., *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europa: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam*, Deventer, 1990, p. 71; Cannizzaro: «*The term reverse discrimination is normally used to refer to situations in which, as a result of the operation of Community law, citizens of one EC Member State receive less favourable treatment than that afforded to citizens of other Member States*», in E. CANNIZZARO, *Producing reverse discrimination Through the Exercise of EC Competences*, in *Y.B.Eur.L.*, 1998, p. 29; Janer Torrens: «*Reverse discrimination implies that a State discriminates against its own nationals compared to own nationals or the nationals of other Member States who exercise one of the Community freedoms*», in J.D. JANER TORRENS, *El ámbito de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa*, in *Revista derecho com. eur.*, 2003, no.14, p. 308; Borrás: «*Thus, the exclusion of internal situations from the scope of application of EU law can bring about an unfortunate result: the appearance of reverse discrimination. This means that a Member State may treat its own nationals or internal situations less favourably than the nationals of other Member States or situations that originate in another Member State*», in A. BORRÁS, *Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, in *R.A.D.I*, 2005, p. 341; Schaffrin: «*Discrimination arises also in the case of EU citizens who have*

thus creating, according to doctrine, a kind of underclass of EU citizens[6].

However, the rich practice regarding the effects of reverse discrimination with regard to the residence permits of family members shows us that family reunification, in the case of these families, is not conceived as a right that is exclusively linked to the exercise of the right to free movement and residence of EU citizens.

This is a debate which we try to address whenever it arises in the classroom when explaining to our students what the differences are between the general scope of application of the national regulations regarding aliens and the EU regulations on free movement.

They tend to be surprised that a Spanish citizen may enjoy rights of family reunification regarding his or her spouse or partner that are different from those enjoyed by, for instance, an Italian citizen who has moved his residence to Spain.

This inevitably leads to a discussion on reverse discrimination in the classroom, where positions diverge depending on the position in favour or against equal treatment.

Invariably, they end up asking what the situation in Spain is like. We explain to them that currently, in principle, no differential treatment is applied[7] as a result of the decision of the Spanish Supreme Court of 1 June 2010[8], which has been confirmed by the Court's decision of 18 July 2017[9] that we will further discuss at the end of this paper. But we advise that this situation might change if eventually it were to be established that a different treatment might be applied exclusively in the case of Spanish citizens who have always resided in Spain (which in turn might lead to a further debate regarding its constitutionality and the principle of

not made use of their right to free movement in relation to EU citizens who have done so, where the nationals aliens law of a Member State is more restrictive than Community la won that issue», in D. SCHAFFRIN, *Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union?*, in J-Y. CARLIER, P. DE BRUYCKER, *Immigration and asylum law of the EU: current debates,* Brussels, 2005, p. 143.

[6] P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea*, in *Diario La Ley*, 2003, no. 5771.

[7] This treatment is regulated in Royal Decree 240/2007 of February 16th, *on the entry, free movement and residence in Spain of citizens of the Member States of the European Union and other States who are party to the Agreement on the European Economic Area*. The consolidated version (in Spanish) is available at: http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184.

[8] Decision of the Spanish Supreme Court of 1 June 2010, RJ 2010/5470.

[9] Decision of the Spanish Supreme Court of 18 July 2017, ECLI:ES:TS:2017:2966.

equal treatment)[10]. This could be allowed only if Spanish citizens who have exercised their right to freedom of movement and residence in another Member State, enjoy the same treatment regarding their family members when returning to Spain (as any other EU citizen who moves their residence to Spain)[11].

With regard to the return of nationals of the Member State, we find that a literal, systematic and teleological interpretation of Directive 2004/38 brings us to the conclusion that this instrument does not include derived rights of residence for third country nationals who are family members of an EU citizen, in case of residence in the Member State of which he is a national. However, this does not preclude that – as the CJEU has recognized – under certain circumstances their situation may be covered by Article 21 TFEU, in which case the Directive may be applied by analogy. The reasoning of the Court is based on the idea that otherwise potential barriers may be created that limit the exercise of the right to free movement. After all, if a third country national who is a family member of an EU citizen is denied the right of residence in the Member State of origin of the EU citizen concerned, the insecurity regarding the possibilities of continuing his family life in the Member State of origin after having started or continued a family life in another Member State, might dissuade the EU citizen from leaving his Member State of origin in order to conduct activities in another EU Member State.

The premise of this case law originating from policies promoting reverse discrimination is that EU citizens do not understand – or if they understand, do not accept – being discriminated against depending on whether one does or does not exercise their right to free movement and residence. Let us be honest, one of the priorities of international families is to be able to enjoy legal residence. And even though they have not exercised their right to free movement and residence, they are still EU citizens, which lead to domestic judicial organs being surprised by cases dealing with the difficulties in obtaining residence permits for family members.

The lack of direct answers in secondary law generates a need to submit preliminary questions which are strongly determined by the pro-

[10] Possible issue pointed out by E. SPAVENTA, *Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, The Netherlands, 2007, p. 128 and pp. 113-134.

[11] For incomprehensible reasons, the explanatory memorandum to RD 240/2017 asserts that a differential treatment is applied when this is actually not the case.

file of each individual case and the number of which only increases in response to the evolving case law of the CJEU. In those cases where secondary law fails to offer protection, some legal coverage could be still provided by the role played by primary law under Articles 20 and 21 TFEU.

Considering this situation, logical reasoning would suggest that protection exists, albeit perhaps not fully adequate, based on different legal foundations[12]. Even so, in our opinion the problem remains that, from the perspective of domestic legislators and/or implementing bodies or practitioners, this dual application is hard to understand. It is not simply a matter of transposing Directive 2004/38/EC into the internal legal order, but also of implementing regulation that also takes account of the case law of the CJEU in accordance with Articles 20 and 21 TFEU. Yet the weight of Directive 2004/38/EC is such that it has become the principal legal source for deciding on residence permits of family members, relegating Articles 20 and 21 TFEU to a more secondary role.

For this reason, one wonders whether in view of the direction in which the case law of the CJEU has evolved, it would not be more appropriate if the secondary law were also to become more inclusive[13] or whether on the contrary we may be able to continue to keep reverse discrimination at bay through Articles 20 and 21 TFEU.

This question was eventually raised before in the CJEU in the *Lounes*[14] case, in which the circumstances affecting this EU citizen led to the introduction of new nuances in the earlier doctrine established by *McCarthy*[15]. Considering this new case, the aim of this paper is to contribute to an exchange of views about the status of reverse discrimination regulations after this judgment.

[12] M. SOTO MOYA, *La libre circulación de personas como concepto ambivalente*, in *R.E.D.I.*, 2008, no. 1, pp. 163-177.

[13] During the negotiations on Directives 2003/86/EC and 2004/38/EC an unsuccessful attempt was made to address the issue of family reunification of EU citizens living in the Member State of their nationality. See D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, 2010, pp. 103.

[14] Judgment of the CJEU of 14 November 2017, *Toufik Lounes v. Secretary of State for the Home Department*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862.

[15] Judgment of the CJEU of 5 May 2011, *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

2. *Reverse discrimination as background in the* Lounes *case*

Reverse discrimination is not an unknown reality in the context of the EU, where some Member States, such as the United Kingdom, opt to treat their own nationals differently and less favourably in processes of family reunification in comparison to EU citizens who are nationals of another EU Member State, when they move to that country[16].

When these types of regulations that promote reverse discrimination are applied, the family members of EU citizens, in order to attempt to escape the obstacles to obtaining a residence permit, tend to seek the protection of European Union law. The fundamental tensions at work in these cases arise from the relationship between European citizenship and the right to free movement.

It has become clear that the awareness of European citizen rights combined with the particularities of intra-community movements is the driving force that is currently bringing about a rich case law. The combination of these factors has led the case law of the CJEU to evolve into a protective cover of European Union law based on Articles 20 and 21 TFEU, defining barriers that may not be crossed when considering what is or what is not a purely domestic situation. This case law has direct consequences for these regulations that allow for reverse discrimination in the case of family reunification.

The *Lounes* judgment is another example of that rich case law, which in our opinion is the result of an undenounced issue of reverse discrimination.

In the United Kingdom, the Immigration (European Economic Area) Regulations 2006[17] exclude British citizens from their scope of application, evidencing a situation of reverse discrimination in family reunification processes. This aspect has also been highlighted by other cases, such as the one leading to the McCarthy case, the ruling on which basically only made British law even more restrictive, excluding its own nationals from the scope of application of *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*[18].

[16] With regard to reverse discrimination and family reunification in different Member States, see A. WALTER, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen: Centre for Migration Law, 2008.

[17] The original version of Article 2 provided that the United Kingdom was excluded from the term "EEA State". After several modifications by means of Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012 (2012/1547) and Immigration (European Economic Area) (Amendment) (no. 2) Regulations 2012 (2012/2560), Article 2 now provides that a "EEA national" is «*a national of an EEA State who is not also a British citizen*».

[18] As explained in paragraph 20 of the judgment: «*The order for reference indicates*

In essence, these are preliminary questions addressing the difficulties in obtaining recognition of derived (not autonomous) rights of residence by the family members of Union citizens, which in our view originates from regulations that produce reverse discrimination.

In spite of this, in neither of these cases does the Court refer to reverse discrimination. Neither does it do so in other cases in which reverse discrimination would seem to be the underlying issue, such as *Ruiz Zambrano*, *Dereci and Others*[19], *Alokpa*[20] and *Chávez-Vílchez and Others*[21]. Only in the conclusions of the Advocates General has this question been duly addressed[22].

3. *The key role of Article 21 TFEU in the* Lounes *case*

Before fully going into the protection provided by Article 21 TFEU in these cases, it would be convenient to go over the facts that we have already briefly mentioned in the previous paragraphs.

Ms Ormazábal, a Spanish national, moved to the United Kingdom as a student in 1996. Subsequently, she worked there full time since 2004 and resided there as a foreigner until she became a naturalised British citizen in 2009. However, she holds dual citizenship because she retained her Spanish nationality. In 2014 Mrs Ormazábal married Mr Lounes, an Algerian national who lives illegally in the United Kingdom. Shortly after their marriage, Mr Lounes applied for a residence card as a family member of an EEA (European Economic Area) national.

that, prior to that amendment, British citizens who, like Ms Ormazábal, were also nationals of another EEA Member State were – unlike British citizens without such dual nationality – regarded as EEA nationals for the purposes of Regulation 2 of the EEA Regulations 2006 and could therefore rely on the rights conferred by those regulations. However, since that amendment, such citizens have no longer been regarded as such and can therefore no longer benefit from those rights, with the consequence that their family members who are third-country nationals can likewise no longer rely on a right of residence in the United Kingdom in that capacity».

[19] Judgment of the CJEU of 15 November 2011, *Murat Dereci and Others v. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

[20] Judgment of the CJEU of 10 October 2013, *Adzo Domenyo Alokpa and Others v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-86/12, ECLI:EU:C:2013:645.

[21] Judgment of the CJEU of 10 May 2017, *Chávez-Vílchez and Others,* C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354.

[22] D. MARÍN CONSARNAU, *La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la unión vs. el fenómeno de la discriminación inversa*, in J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, pp. 598-599.

His request was rejected because of the acquisition of British citizenship by his wife before the marriage, given that British citizens are excluded from the scope of application of family reunification processes laid down in Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 and Directive 2004/38/EC.

As indicated earlier, according to the CJEU, the circumstances in the *Lounes* case precluded the applicant from relying on the rights conferred under Directive 2004/38/EC. The fact that Ms Ormazábal acquired the nationality of the Member State to which she moved, while already being the national of another Member State, raises new considerations as in this case she did move from one Member State to another, however, she did so before being naturalised in the host Member State while retaining her nationality of origin.

According to the CJEU, the circumstances of her case place Ms Ormazábal outside the scope of application of Directive 2004/38/EC, due to the fact that at the time of her marriage she was already a British citizen[23]. The family reunification rights for all Union citizens who exercise their rights of free movement are laid down in Article 3(1) of Directive 2004/38/EC. Despite the dual nationality of Ms Ormazábal, the CJEU, once again, referring to the *McCarthy* case, has held that Directive 2004/38/EC does not confer a derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national. Ms Ormazábal resided at the time of her marriage in the United Kingdom as a British Citizen, not as a Spanish citizen.

Since she acquired British nationality, Ms Ormazábal no longer resides in a Member State other than that of which she is a national, as required by Article 3(1) of Directive 2004/38/EC. Consequently, she is no longer covered by the term "beneficiary" as defined under the Directive. And it is in the United Kingdom, the Member State of which she holds the nationality, where her husband seeks to reside as a family member of a Union citizen, and not in a third country, creating a purely domestic situation where Union law should not intervene.

Nevertheless, the fact that she is not considered a beneficiary under Directive 2004/38/EC does not mean this is a purely domestic situation. Before being a British citizen Ms Ormazábal exercised her right to freedom of movement by moving to and legally residing in another Member State different from that of her own nationality. The Court considers that

[23] Paragraphs 37-44.

it is necessary to determine whether such a right of residence may arise under the provisions of the Article 21 TFEU, which confers on every citizen of the Union the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties[24].

Unlike the *McCarthy* case, the dual nationality of Ms Ormazábal allows for the protection of Article 21 TFEU[25]. The acquisition of the nationality in the host Member State means the culmination of one's integration into the society of that Member State. As a consequence, there is no reason why the Union citizen concerned should be treated less favourably than Union citizens who have also exercised that freedom but who hold only their nationality of origin. For this reason, we understand that reverse discrimination regulations are not in accordance with Article 21 TFEU when a Union citizen who has exercised his or her freedom of movement acquires the nationality of the host Member State in addition to their nationality of origin.

In our view, the preservation of the other nationality therefore does not constitute the key element justifying this protection, but the fact that a Union citizen has exercised their right to freedom of movement and residence in the course of their life, which is exactly what has led them to reach a level of integration that allowed them to acquire the nationality of the host Member State[26]. According to the Court, taking into account the considerations of Advocate General Yves Bot[27], acquiring the nationality of the host Member State represents the highest degree of integration, which would therefore be negatively affected by placing these Union citizens in a less favourable position in case of family reunification.

Nonetheless, it must be observed that the Court includes in its ruling

[24] In this respect, the Court observes that even though the preliminary question is limited to the question whether or not Ms Ormazábal may still be considered a beneficiary under Article 3(1) of the Directive considering her specific circumstances, this does not prevent the Court from using other relevant elements of interpretation of EU law, such as the scope of protection of Article 21(1) TFEU. Paragraphs 46-48.

[25] Regarding the methods used by the Court to arrive at different rulings using similar reasoning, see R. CIPPITANI, *Argumentos interpretativos del tribunal de justicia y el derecho a libre circulación de los familiares nacionales de países terceros*, in *Revista electrónica Cátedra Jean Monnet*, 2014, no. 2, pp. 32-36.

[26] As Peers points out, the key element in cases of Union citizens with nationalities of different EU Member States is the effective exercise of the right of free movement and residence. S. PEERS, *Dual citizens and EU citizenship: clarification from the ECJ*, taken from http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=Lounes.

[27] Submitted on 30 May 2017, ECLI:EU:C:2017:407.

that the Union citizen "retains her nationality of origin", an aspect which may be taken as an indication of new limits, just as occurred in the United Kingdom after the *McCarthy* judgment. For the moment, the domestic legislator must therefore be advised that the fact that a national of a Member State who has moved to another Member State where he/she resides, subsequently acquires the nationality of the host Member State while retaining his original nationality, does not necessarily imply that he/she loses that right by not being able to reside with his or her family members, as this would deprive Article 21(1) TFEU of its effectiveness.

4. *Reverse discrimination: A matter of asymmetry and/or balance?*

Even though Article 21(1) TFEU offers protection for this type of cases and prevents it from being relegated to a purely domestic question, the fact is that the current legislation and domestic practice are unable to cover all the possible situations that may present themselves due to the rigidity that characterizes immigration law. The result is that we continue to be faced with a permanent judicialisation of the problem. In practice, it is worthwhile to reject applications, because in how many cases will judicial redress will be sought in a court of higher instance? Is this what we aim for in a context of community freedoms and Union citizenship?

An example of this tension is found in the application of Spanish immigration law in the case of *Rendón Marín*[28]. One of the advantages of the interpretation by the CJEU is that even though it is recognized that there may be limits to the application of Article 20 TFEU as a protection mechanism, the right to family life and the best interests of the child must be evaluated case by case[29]. As a result of this, the CJEU, reiterating the spirit of *Ruiz Zambrano*, has declared that legislation such as the Spanish one, that provides for automatic denial, without a case by case assessment, to grant a residence permit on the basis of exceptional circumstances to the father of a Spanish minor because of his criminal record, is contrary to Article 20 TFEU[30].

[28] Judgment of the CJEU of 13 September 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675.

[29] D. MARÍN CONSARNAU, *Familia, extranjería e interés superior del menor*, in S. SANZ CABALLERO, *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Navarra, 2017, pp. 360-362.

[30] M. HAAG, *CS and Rendón Marín: Union Citizens and their Third-Country Na-*

In spite of this interpretation by the CJEU, the Spanish legislation has not been modified, nor is the best interests of the child included in the provision regulating the aspect of family ties (Article 124(3) of Royal Decree 557/2011 of April 20st)[31]. Consequently, administrative procedures are unlikely to lead to acceptance of applications for residence permits if a criminal record is found to exist, forcing applicants to use judicial procedures. In this respect, the system relies on a natural, case-by-case assessment by the competent organs to solve these cases. In practice, however, the application of immigration law, based on a literal interpretation of the rules (Article 31(5) of Organic Law 4/2000 of January 11th[32], and Article 128 of Royal Decree 557/2011 of April 20th), inevitably leads to judicial procedures in cases where applicants seek residence permits on the grounds of family ties.

However, *Rendón Marín* allows us to discover other things. In this case, the father, who is Colombian, has a Spanish son and a Polish daughter. In its preliminary ruling, the Supreme Court does not inquire into the role that Article TFEU might have played if the father had claimed a right of residence under Article 21 TFEU for his daughter, a citizen of the Union and national of another Member State, who was born in the host Member State where she always resided. The fact is that the appellant does not even consider this option. The Spanish legislation does not provide for it either, in spite of the case law established in *Zhu and Chen*[33], as well as *Alokpa and Others*. In this respect, we might even ask ourselves whether the solution of "family ties" (*arraigo familiar*) for the parents of Spanish children provided by Article 124 of Royal Decree 557/2011 is not in itself an example of reverse discrimination.

tional Parents – A Resurgence of the Ruiz Zambrano Ruling?, taken from http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/09/cs-and-rendon-marin-union-citizens and.html.

[31] Royal Decree 557/2011 of April 20th approving the Regulations of Organic Law 4/2000 on the Rights and Liberties of Aliens in Spain and their Social Integration, as recast by Organic Law 2/2009 [*Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*]. The consolidated version (in Spanish) is available at: http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703.

[32] Organic Law 4/2000 on the Rights and Liberties of Aliens in Spain and their Social Integration [*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*]. The consolidated version (in Spanish) is available at: http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544.

[33] Judgment of the CJEU of 19 October 2004, *Zhu and Chen*, C-200/02, ECLI:EU: C:2004:639.

Article 21 TFEU is thus ignored up to a point where the CJEU is obliged to recall the scope of this provision. In this context, we are of the opinion that the *Ruiz Zambrano* doctrine based on the protection offered under Article 20 TFEU has eclipsed the recourse to Article 21 TFEU as a ground for recognition in the specific case of derived rights of residence. In the cases of *Alokpa*, *Rendón Marín* and *Chavez-Vílchez,* the CJEU, recalling the doctrine arising from *Zhu and Chen*, points out that even though in these situations certain financial requirements must be met by the child in accordance with the provisions of Article 7 of Directive 2004/38/EC, the residence rights of the third-country parent are based on Article 21 TFEU, even if the child is shown to be financially dependent. Thus, before analysing the compatibility of residence under Article 20 TFEU, the Court starts by examining whether the situation is covered by Article 21 TFEU.

So, what has the response been to this consideration of the Court? The Spanish internal legislation still fails to provide an explicit option for people such as Mr Rendón Marín to apply for a residence permit based on Article 21 TFEU, i.e. parents of Union citizens who reside in a Member State other than that of their nationality, and who are dependent on their parent, who is a third-country national. The Supreme Court does not pay particular attention to this aspect either[34]. It limits itself to stating that the children of the applicant meet the requirements of Article 7(1)(d) of Directive 2004/38/EC, and does not pronounce itself on the type of residence permit to be granted in this case. The appeal in cassation concerns the denial of a residence permit on the basis of exceptional circumstances, and not the denial of a residence card of a family member of a Union citizen.

Going back to the facts underlying the judgment in the *Lounes* case, we might ask what would have been the viability in Spain of obtaining a residence permit as a family member of a Union citizen if she had moved to Spain as a British citizen and later on had acquired the Spanish nationality based on residence[35], and as such had contracted marriage in Spain with an Algerian national.

In terms of residence and based on Article 2 of RD 240/2007, there would not have been any problem given that in Spain, unlike the United Kingdom, the family reunification of Spanish nationals is not subject to regulations that favour reverse discrimination. Does it make sense that the

[34] Judgment of the Spanish Supreme Court of 10 January 2017, RJ 2017\1745.

[35] In this case she would have been required to give up her nationality of origin. Art. 23 Civil Code.

treatment of nationals under the regulations on family reunification differs so much from one Member State to another, considering that, in principle, this is an internal matter when there is no connection with Union law due to the fact that the right to free movement and residence was not exercised? Is this a matter of asymmetry or balance in order to ensure that no interference takes place in affairs that without any doubt may result purely domestic? In any case, the delimitation of purely domestic issues on the basis of practice helps to establish, although the frontiers are sometimes rather vague, up to which point Union law may intervene in these matters.

Nonetheless, we would like to point out that even when domestic legislation offers the same rights of residence to family members, this does not imply that reverse discrimination is fully eliminated from the application process of residence permits. An example of this is the Spanish case. Spanish law entitles family members of Union citizens to residence permits, yet provided that they qualify as beneficiaries. Spouses are beneficiaries, but *the problem is to prove this status*.

Let us explain this. Applying the *Lounes* case to Spain, in principle there would not be a problem with regard to residence if the marriage was celebrated before a Spanish authority. However, if the marriage is performed by a foreign authority, the couple does have to meet additional requirements to provide proof of a relationship that are not required from any other Union citizen. So if Ms Lounes had been Italian, it would have sufficed to present the marriage certificate complying only with the requirements of authenticity and the corresponding translation[36], yet being Spanish the marriage would have to be registered in the Spanish Civil Registry, creating a series of complications related to the competence of the consular registry or the central civil registry that might give rise to impediments in obtaining the residence permit for the family member of the third-country partner[37].

[36] As for the public documents required in the application procedure for a residence card as family member of a Union citizen, see M. FONT I MAS, *Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica*, in *Rev. der. migr. extran.*, 2012, no. 31, pp. 224-229.

[37] An aspect which is dealt with by M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, in *R.E.D.I.*, 2017, no. 2, pp. 95-96. Also extensively discussed by D. MARÍN CONSARNAU, *El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la exigencia de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera*, in M. FONT I MAS, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, 2014, pp. 333-358.

Nor can it be categorically stated that the equal treatment in the case of national citizens is an oasis without problems. One of the requirements Union citizens may have to meet in order to be allowed to reside in a host Member State together with their family members is that they must show that they have sufficient resources in order not to become a burden for the host Member State during their period of residence (Article 7 Directive 2004/38/EC). In Spain, this requirement was not implemented until 2012 through the reform of RD 240/2007 of February 16th by means of Royal Legislative Decree 16/2012 of April 20th[38]. The question that was subsequently raised was whether a Spanish citizen requesting family reunification would also be required to show that he or she possessed sufficient resources in order to obtain a residence permit for family members. The competent administration on this issue considered that this was indeed required, yet the lower courts disagreed as they held that a Spanish citizen did not need to apply for Spanish residence, so it would be out of place to include this requirement in the application procedure for residence permits for family members. In the final instance, the Supreme Court resolved this issue. In its judgment of 18 July 2017, turning away from the point of view of the lower courts, it declared Article 7 of Royal Decree 240/2007 to be applicable to the foreign family members of Spanish residents in Spain.

5. *Conclusion*

In our modest opinion, the *Lounes* judgment is one more step against reverse discrimination but is not the final push. The CJEU does not attack reverse discrimination directly. In spite of the fact that the Court holds that Directive 2004/38/EC is not applicable and that in principle it might seem reasonable to assume that this allows and promotes reverse discrimination policies, maintaining this stance might even have a contrary effect.

Although Directive 2004/38/EC does not directly cover the case analysed, which might potentially promote this kind of regulations, protection is provided by Article 21 TFEU, which entails the recognition of derived rights of residence and establishes a standard that, according to the case law of the CJEU, may not be stricter than the one foreseen in the Directive.

[38] *Spanish Official Journal* no. 98 of 24 April 2012.

As a result, each Member State should assess whether its reverse discrimination policies are in accordance with the protection standards of Articles 20 and 21 TFEU under the criteria developed by the CJEU. Even so, the circumstances of the individual case may tip the balance in favour or against this protection, which in turn might reduce the urgency of banning reverse discrimination from the regulations on family reunification.

In this context, the question is whether the time has come to make this final step or whether we can keep on maintaining a tricky system meant to circumvent the case law leading to the evolution of the doctrine of the CJEU.

STATUS ALTERNATIVI DI CITTADINANZA PER RIFUGIATI E TITOLARI DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA

FRANCESCA PERRINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La portata della speciale tutela prevista per i rifugiati nella Convenzione di Ginevra. – 3. La tutela prevista per i titolari di protezione sussidiaria: tra ampliamento e arretramento. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il fenomeno degli ingenti flussi migratori induce ad una riflessione, in generale, sulla condizione dello straniero e, in particolare, su alcune categorie di immigrati particolarmente vulnerabili.

Infatti, all'interno dell'ampio e variegato fenomeno migratorio, bisogna distinguere le varie categorie di immigrati che, in base al loro *status*, hanno diritto ad un trattamento diverso. Accanto ai migranti economici un numero considerevole di immigrati è dato da coloro che, a vario titolo, potrebbero beneficiare della protezione internazionale.

Da qui l'attenzione verso la tutela internazionale ed europea degli immigrati che, essendo assimilati ai cittadini con riferimento al godimento di alcuni diritti, rivestono particolare interesse sotto il profilo delle nuove possibili forme di cittadinanza, vale a dire i rifugiati ed i titolari di protezione sussidiaria.

È pacifico che, su un piano generale, una prima forma di assimilazione tra cittadini e stranieri deriva dall'obbligo che incombe agli Stati di riconoscere a tutti gli individui (quindi a prescindere dal vincolo di cittadinanza) il godimento dei diritti fondamentali. La tutela dei diritti umani, infatti, non ammette distinzione alcuna tra cittadini e stranieri (si pensi al diritto alla vita, al divieto di tortura, ecc.) con la conseguenza che i diritti fondamentali vanno riconosciuti a tutti gli "individui" e non solo ai "cittadini". Del resto, anche l'art. 2 della nostra Costituzione non si riferisce ai soli cittadini laddove «*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità…*», mentre altri articoli della Costituzione fanno espresso riferimento ai "cittadini"[1].

* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Messina.

[1] In proposito v. A. DI STASI, *Migrazioni cd. stanziali, cittadinanza e "cittadinan-*

Per quanto riguarda, invece, le due categorie di migranti oggetto del presente contributo, è a tutti noto che si tratta di due figure che rivestono una notevole importanza in ragione della loro particolare vulnerabilità, in quanto in entrambe le ipotesi si rende necessaria una tutela specifica e l'istituto della protezione sussidiaria rappresenta un importante esempio di evoluzione della disciplina internazionale in materia di tutela dei rifugiati.

Se, da una parte, infatti, il contenuto e la portata dello *status* di rifugiato nella Convenzione di Ginevra appaiono sufficientemente consolidati, dall'altra, proprio l'ingente ondata migratoria degli ultimi anni ha posto in luce la necessità di ampliare la sfera dei soggetti bisognosi di protezione. Da qui la normativa dell'Unione europea volta a riconoscere la protezione internazionale anche ai titolari di protezione sussidiaria.

Ciò fa sì che nei confronti di tali categorie di migranti gli Stati devono riconoscere non solo i diritti fondamentali, ma anche una serie di altre situazioni giuridiche. Proprio questa estensione della tutela pone un interrogativo: nella misura in cui tale riconoscimento è capace di produrre una forma di assimilazione (sostanziale e non certo formale) con i cittadini, si può ritenere che si stia consolidando una nuova forma di cittadinanza?

2. *La portata della speciale tutela prevista per i rifugiati nella Convenzione di Ginevra*

Per esaminare la condizione giuridica dei rifugiati occorre prendere le mosse dalla pietra miliare in materia, vale a dire la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato[2]. Pur essendo passati molti an-

ze". Il soggiornante di lungo periodo nell'Unione europea, in AA.VV., S*tudi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013, p. 472, in cui alla nota 9 si sottolinea come oggi il popolo di uno Stato sia «*sempre più composto da individui appartenenti, come cittadini stricto sensu, a Stati diversi con la conseguenza che l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali spetta sempre più spesso a Stati non nazionali, cioè con i quali non esiste alcun vincolo di cittadinanza*».

[2] Adottata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, ratificata dall'Italia con la l. 24 luglio 1954 n. 722. La Convenzione è stata poi integrata da un Protocollo adottato nel 1967 con il quale si è voluto abolire il limite temporale e geografico contenuto nell'art. 1 della Convenzione ai sensi del quale questa si applica agli «*avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa*». In generale sulla Convenzione di Ginevra si veda, tra gli altri, M.R. SAULLE, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo* status *dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006,

ni dalla sua adozione ed entrata in vigore (ed essendo sensibilmente mutato il contesto internazionale) ancora oggi la Convenzione viene in rilievo, soprattutto ove si consideri lo spirito che anima il contenuto del testo che ruota interamente intorno alla persona costretta ad abbandonare il proprio Paese di origine ed avente come unico obiettivo quello di offrire a tali persone una adeguata forma di tutela.

Occorre ricordare che la Convenzione si inserisce nel settore del diritto internazionale che è dedicato alla tutela dei diritti umani con l'intento di assicurare a coloro i quali viene riconosciuto lo *status* di rifugiato il più ampio esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Ancora oggi la definizione di rifugiato, di cui all'art. 1.A.2 della Convenzione continua ad avere piena validità ed i requisiti in esso contemplati per il riconoscimento dello *status* di rifugiato non solo non sono messi in discussione, ma ispirano anche i più moderni atti di diritto internazionale e (come si dirà oltre) di diritto dell'Unione europea. Pertanto, per determinare se un individuo possa essere considerato rifugiato gli Stati devono avere riguardo al timore motivato di essere oggetto di atti di persecuzione per una delle cause di cui al citato articolo della Convenzione; alla lontananza dal proprio Paese; all'assenza di tutela da parte del proprio Stato.

Ciò che nel tempo ha subìto una positiva evoluzione è il concetto di "persecuzione", evoluzione che si è realizzata per via giurisprudenziale grazie al fatto che la Convenzione non ne fornisce una esplicita definizione. Proprio l'assenza di una definizione tassativa del concetto di persecuzione ha consentito un ampliamento della nozione di rifugiato. Si deve, infatti, ad un'interpretazione estensiva della citata norma una graduale estensione del novero di persone cui si può riconoscere lo *status* di rifugiato fino al punto da ricomprendere negli atti di persecuzione anche violazioni particolarmente gravi dei diritti umani e comportamenti discriminatori (in quest'ultimo caso, per esempio, vi sono stati casi di riconoscimento dello *status* di rifugiato nei confronti di coloro i quali sono stati oggetto di discriminazione in ragione del genere o dell'orientamento sessuale)[3].

Ma l'attualità della Convenzione è rinvenibile anche per la parte in cui essa detta le regole in materia di trattamento da garantire allo straniero al quale sia riconosciuto lo *status* di rifugiato.

p. 151 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012.

[3] In proposito v. C. FRANCHINI, *Lo* status *di rifugiato nella Convenzione di Ginevra*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 73 ss.

A questo proposito viene in rilievo, innanzitutto, che il primo e fondamentale obbligo posto a carico degli Stati è l'obbligo di *non refoulement*, previsto dall'art. 33 in virtù del quale gli Stati non possono respingere coloro i quali rischiano di subire nel Paese di origine atti che pongano in pericolo la loro vita e la loro libertà per motivi di razza, religione, nazionalità, condizione sociale, opinioni politiche. In questo caso si tratta di garantire, in primo luogo, l'incolumità di coloro i quali sono fuggiti dai loro Paesi di origine per "il fondato timore di persecuzione"[4].

[4] L'art. 33 così recita: «*1. Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche. 2. Il beneficio di detta disposizione non potrà tuttavia essere invocato da un rifugiato per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di una condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato*». L'importanza e l'ampia portata della previsione convenzionale di cui all'art. 33 sono inevitabilmente alla base della sua trasformazione in norma di natura consuetudinaria, deducibile non solo dalla circostanza che l'art. 42 della Convenzione elenca l'articolo in esame tra le norme cui gli Stati non possono apporre riserve, ma anche dalla presenza dello stesso divieto in altri strumenti di diritto internazionale, nonché dalle affermazioni dello stesso UNHCR che lo qualifica come norma di carattere imperativo (UNHCR, Executive Committee, *Conclusion N. 25 (XXXIII) "General"*, 1982, par. *b*). Sulla natura consuetudinaria del principio di *non refoulement* v., tra gli altri, F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di* non-refoulement *dei richiedenti asilo*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2010, n. 4, p. 487 ss.; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo* status *dei rifugiati*, cit., p. 167; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei dritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2009, n. 3, p. 600, in cui si legge: «*L'obbligo* di non refoulement *(...) è oggetto di previsioni ad hoc in svariati strumenti convenzionali di cui gli Stati contraenti la CEDU sono parte, nonché (...) di una norma di carattere consuetudinario*». Sebbene l'art. 33 faccia espresso riferimento al divieto di respingimento per i rifugiati, si ritiene che esso non possa che riferirsi anche ai richiedenti asilo, in ragione del fatto che il riconoscimento dello status di rifugiato ha, come è noto, natura dichiarativa e non costitutiva ed è, quindi, da considerarsi implicita la necessità di tutelare il richiedente asilo dal rischio di subire gravi violazioni dei diritti fondamentali con conseguenze irreparabili. In proposito v. P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo* status *dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 168, in cui si legge: «*Il principio del divieto di respingimento si applica al richiedente asilo – non diversamente da come si applica a colui al quale sia stato riconosciuto lo stato di rifugiato – come tutela prodromica rispetto all'esito della procedura. A prescindere dalla circostanza che ogni diversa soluzione sarebbe incongruente con una interpretazione coerente del sistema, ciò si spiega con la circostanza che la decisione relativa all'asilo non è costitutiva dello status, bensì ricognitiva di uno* status *che si acquista* ex tunc *in relazione alla presenza dei requisiti per l'eleggibilità. In altri termini, la Convenzione del 1951 definisce rifugiato, non già colui che è stato formalmente riconosciuto come tale, bensì una persona che soddisfi le condizioni previste a prescindere dalla circostanza che non sia stato (ancora) formalmente*

Accanto alla sicurezza fisica (che, peraltro, vale anche per il richiedente asilo), coloro i quali acquisiscono lo *status* di rifugiato devono, ai sensi della Convenzione, vedersi riconosciuti una serie di diritti che valgono anche per i cittadini unitamente ad altri che valgono anche per gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato ospite.

Nel primo caso vengono in rilievo i diritti in materia di culto (sia nel senso della libertà di praticare la religione che nel senso di libertà di istruzione religiosa)[5], di protezione della proprietà intellettuale e industriale[6], di accesso alla giustizia[7], di assistenza pubblica[8], in materia di lavoro, assistenza sociale[9] e di istruzione pubblica (distinguendo tra

riconosciuto come tale ai sensi di una procedura di diritto interno. L'operare del principio del non-refoulement *a favore del richiedente l'asilo costituisce, sotto altro profilo, una necessaria misura cautelare rispetto al pericolo imminente di un danno grave, ingiusto, irreparabile per la persona*».

[5] Ai sensi dell'art. 4: «*Gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati sul loro territorio un trattamento favorevole almeno quanto quello accordato ai cittadini per quanto riguarda la libertà di praticare la loro religione e la libertà di istruzione religiosa dei loro figli*».

[6] Secondo l'art. 14: «*Riguardo alla protezione della proprietà industriale, particolarmente quella relativa alle invenzioni, i disegni, i modelli, i marchi di fabbrica, il nome commerciale, e riguardo alla protezione della proprietà letteraria, artistica e scientifica, ogni rifugiato beneficerà, nel paese in cui ha la residenza abituale, della protezione di cui usufruiscono i cittadini di detto Paese. Nel territorio di qualsiasi altro Stato contraente ogni rifugiato beneficerà della protezione concessa in detto territorio ai cittadini del Paese di cui ha la residenza abituale*».

[7] All'art. 16 si legge: «*1. Ogni rifugiato avrà libero e facile accesso ai tribunali nel territorio degli Stati contraenti. 2. Ogni rifugiato, nello stesso Stato contraente in cui ha la residenza abituale, potrà usufruire dello stesso trattamento dei cittadini per quanto riguarda l'accesso ai tribunali, ivi compresa l'assistenza giuridica e l'esenzione della "cautio judicatum solvi". 3. Negli Stati contraenti diversi da quello in cui hanno abituale residenza e per le materie di cui al paragrafo 2, verrà concesso ai rifugiati lo stesso trattamento concesso ai cittadini del Paese in cui hanno residenza abituale*».

[8] In base all'art. 23: «*In materia di assistenza pubblica, gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio lo stesso trattamento concesso ai loro cittadini*».

[9] Ai sensi dell'art. 24: «*1. Gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio lo stesso trattamento concesso ai cittadini per quanto riguarda le seguenti materie: a) Nella misura in cui queste materie sono regolate da leggi o regolamenti o sono soggette a controllo da parte della pubblica amministrazione: la remunerazione, compresi i contributi familiari quando questi fanno parte della remunerazione, la durata del lavoro, il lavoro straordinario, le ferie pagate, le restrizioni relative al lavoro a domicilio, l'età minima per l'assunzione al lavoro, l'apprendistato e l'addestramento professionale, il lavoro delle donne ed il lavoro dei minori, il beneficio dei vantaggi previsti dai contratti collettivi; b) Le assicurazioni sociali (le disposizioni di legge relative ad infortuni sul lavoro, malattie professionali, maternità, malattia, vecchiaia, invalidità, morte, disoccupazione, carichi di famiglia e così pure ogni altro rischio che, conformemente alla legislazione nazionale, è coperto da una forma di assicu-*

quella elementare, per la quale vale l'equiparazione con i cittadini e quella superiore, per la quale vale l'equiparazione con gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato)[10].

Il titolare dello *status* di rifugiato è poi equiparato allo straniero regolarmente soggiornante con riferimento al godimento di altri diritti, come l'acquisto di beni mobili e immobili e i diritti connessi, nonché i contratti di locazione e di altro tipo riguardanti la proprietà mobiliare e immobiliare[11]; il diritto di associazione[12]; l'accesso alle professioni dipendenti[13] al lavoro autonomo[14] e alle libere professioni[15]; l'accesso

razione sociale), salvo: i) appositi accordi per la salvaguardia dei diritti acquisiti e in corso di acquisizione; ii) particolari disposizioni della legge nazionale del Paese di residenza, relative alle prestazioni o frazioni di prestazioni pagabili interamente da fondi pubblici come pure ai contributi versati a coloro che non hanno raggiunto la quota richiesta per ottenere una normale pensione. 2. I diritti a prestazioni dovuti alla morte di un rifugiato, conseguente ad un infortunio sul lavoro o ad una malattia professionale, non saranno pregiudicati dal fatto che l'avente diritto risiede fuori del territorio dello Stato contraente. 3. Gli Stati contraenti estenderanno ai rifugiati i benefici degli accordi conclusi tra loro o che concluderanno, relativi alla salvaguardia dei diritti acquisiti e dei diritti in via di acquisizione, in materia di assicurazioni sociali, a condizione soltanto che i rifugiati siano in possesso dei requisiti previsti per i cittadini dei Paesi firmatari degli accordi in questione. 4. Gli Stati contraenti prenderanno in benevola considerazione la possibilità di estendere ai rifugiati, per quanto sarà possibile, i benefici di analoghi accordi stipulati o da stipulare tra questi Stati contraenti e Stati non contraenti».

[10] L'art. 22 recita: «*1. Gli Stati contraenti accorderanno ai rifugiati, per quanto riguarda l'istruzione elementare, lo stesso trattamento accordato ai cittadini. 2. Gli Stati contraenti accorderanno ai rifugiati il trattamento più favorevole possibile e, comunque, non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale, per quanto riguarda i gradi di istruzione diversi da quella elementare ed in particolare l'ammissione agli studi, la convalida di certificati di studio, di diplomi e titoli universitari conseguiti all'estero, l'esenzione delle tasse e la concessione di borse di studio*».

[11] Secondo l'art. 13: «*Gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati il trattamento più favorevole possibile, e comunque non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale, per quanto concerne l'acquisto di beni mobili ed immobili ed i diritti connessi, la locazione e gli altri contratti relativi ai beni mobili ed immobili*».

[12] L'art. 15 prevede che: «*Per quanto riguarda le associazioni apolitiche e non lucrative ed i sindacati professionali, gli Stati contraenti accorderanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole accordato nelle stesse circostanze ai cittadini di un Paese straniero*».

[13] All'art. 19 si legge: «*1. Ogni Stato contraente accorderà ai rifugiati residenti regolarmente sul suo territorio, titolari di diplomi riconosciuti validi dalle autorità competenti di detto Stato e desiderosi di esercitare una libera professione, il trattamento più favorevole possibile e, comunque, non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale. 2. Gli Stati contraenti faranno quanto è loro possibile, compatibilmente con le loro leggi e costituzioni, per assicurare la sistemazione di detti rifugiati nei territori, diversi da quello metropolitano, delle cui relazioni internazionali essi sono responsabili*».

all'alloggio[16]; la libera circolazione all'interno del territorio dello Stato che ha concesso l'asilo[17].

Non si può non rilevare che il godimento di tali diritti, sebbene sia subordinato all'obbligo di *facere* da parte degli ordinamenti statali, configuri per i titolari dello *status* di rifugiato una sorta di cittadinanza *de facto* che contribuisce al rafforzamento di quel *genuine link* che, sin dal lontano caso *Nottebhom*, la Corte Internazionale di Giustizia ha indicato come limite alla *domestic jurisdiction* degli Stati in materia di cittadinanza[18].

A ciò si aggiunga il seguito che la Convenzione di Ginevra ha avuto e continua ad avere sul piano internazionale sia dal punto di vista giurisprudenziale che normativo.

Non si può a tale proposito non fare riferimento, per quanto attiene al primo profilo, alle numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo di condanna (anche nei confronti dell'Italia) per violazione del principio di *non refoulment* in applicazione degli artt. 3 e 8 della CEDU[19].

[14] In base all'art. 18: «*Gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati che si trovano regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole possibile, e comunque non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale, per quanto riguarda l'esercizio di un lavoro autonomo nell'agricoltura, nell'industria, nell'artigianato e nel commercio, e così pure per quanto riguarda la creazione di società commerciali ed industriali*».

[15] All'art. 19 si legge: «*1. Ogni Stato contraente accorderà ai rifugiati residenti regolarmente sul suo territorio, titolari di diplomi riconosciuti validi dalle autorità competenti di detto Stato e desiderosi di esercitare una libera professione, il trattamento più favorevole possibile e, comunque, non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale. 2. Gli Stati contraenti faranno quanto è loro possibile, compatibilmente con le loro leggi e costituzioni, per assicurare la sistemazione di detti rifugiati nei territori, diversi da quello metropolitano, delle cui relazioni internazionali essi sono responsabili*».

[16] Secondo l'art. 21: «*Per quanto riguarda gli alloggi, gli Stati contraenti, nella misura in cui questa materia è regolata da leggi o regolamenti è sottoposta a controllo da parte delle autorità pubbliche, concederanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole possibile e, in ogni caso, un trattamento non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale*».

[17] L'art. 26 dispone: «*Ogni Stato contraente concederà ai rifugiati che si trovano regolarmente sul territorio il diritto di eleggervi il luogo di residenza e di circolarvi liberamente, salve le limitazioni che i regolamenti sanciscono per gli stranieri in generale nelle stesse circostanze*».

[18] In proposito v. A.M. CALAMIA, *Le norme "non statali" e lo straniero*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 5 ss.; L. PANELLA, *Cittadinanza e forme alternative di tutela degli immigrati nel diritto internazionale*, in L. BONFIELD, G. CATALDI, N. PARISI, P. VENTURI (a cura di), *Immigrazione e diritto alla cittadinanza*, Napoli, 2015, p. 249 ss.

[19] A questo proposito occorre evidenziare che anche la Corte europea dei diritti

Mentre, per quanto concerne il profilo normativo, occorre sottolineare che il catalogo dei diritti dei rifugiati potrebbe essere suscettibile di un ulteriore ampliamento. E ciò, innanzitutto, in quanto è la stessa Convenzione a prevedere la possibilità per gli Stati di riconoscere un trattamento più favorevole, ma anche in quanto altri diritti potrebbero essere riconosciuti in applicazione di altri strumenti di diritto internazionale[20].

Si cita, a titolo di esempio, la Convenzione ONU sui diritti dei lavo-

dell'uomo ha pronunciato importanti sentenze nelle quali la situazione interna dei Paesi in cui avrebbero dovuto essere trasferiti i richiedenti è stata dettagliatamente analizzata al fine di verificare quali e quanti rischi di violazioni dei diritti umani potessero verificarsi qualora il trasferimento fosse stato effettuato. Vale la pena di ricordare a tale proposito il caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* del 21 ottobre 2014, in cui i ricorrenti (32 cittadini afgani, 2 cittadini sudanesi, un cittadino eritreo) furono respinti verso la Grecia, Paese di primo ingresso. Particolarmente rilevante l'affermazione della Corte in ordine all'impossibilità per le Parti contraenti di ricorrere a pratiche incompatibili con la Convenzione e con i suoi Protocolli neanche di fronte alle difficoltà che hanno gli Stati (come è appunto il caso dell'Italia) di gestire i flussi migratori e i richiedenti asilo. Pertanto, l'Italia rinviando in Grecia i ricorrenti, in virtù della regola di cui al Regolamento Dublino, che affida allo Stato membro dell'Unione europea in cui avviene il primo ingresso la competenza ad esaminare la richiesta di asilo, ha compiuto un'espulsione collettiva e indiscriminata violando così l'art. 4 del Protocollo 4. Nel caso in oggetto, tra l'altro, la Corte, chiamata a giudicare della presunta violazione dell'art. 3 della Convenzione, richiama sia la celebre sentenza relativa al caso *Hirsi e al. c. Italia* del 23 febbraio 2012, sia la sentenza relativa al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011, ribadendo che lo Stato che intende procedere al respingimento ha l'obbligo di assicurarsi, seppure nel quadro del sistema di Dublino, che il Paese di destinazione offra adeguate garanzie che la persona respinta non sia successivamente inviata nello Stato di origine senza che vi sia stata una valutazione dei rischi che potrebbe correre in tale ultimo Paese. Già nella sentenza relativa al caso *M.S.S.*, i giudici di Strasburgo avevano condannato il Belgio per lo stesso tipo di violazione. Allo stesso modo, nel caso in oggetto, l'Italia non avrebbe potuto procedere all'espulsione dei ricorrenti verso la Grecia senza una preventiva indagine sulla politica e sulla normativa in materia di asilo vigente nell'ordinamento greco. Tale analisi, infatti, sarebbe stata volta a verificare se vi fossero o meno dei rischi per i ricorrenti di essere espulsi dalla Grecia verso il loro Paese di provenienza dove avrebbero potuto essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti. Anche nel caso *Tarakhel c. Svizzera* del 4 novembre 2014 i giudici di Strasburgo ribadiscono che la statuizione di cui al Regolamento Dublino non può derogare all'obbligo per gli Stati parti contraenti della CEDU di garantire sempre il rispetto dei diritti umani. Pertanto, il rinvio di uno o più migranti verso lo Stato membro dell'Unione in cui era avvenuto il primo ingresso deve avvenire solo dopo un'accurata indagine sulla situazione individuale dei singoli individui e solo dopo avere adeguatamente esaminato il sistema di asilo previsto nello Stato verso cui si vuole operare il respingimento.

[20] Ai sensi dell'art. 5: «*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può ledere gli altri diritti e vantaggi accordati ai rifugiati indipendentemente dalla Convenzione stessa*».

ratori migranti e dei membri delle loro famiglie[21], il cui articolo 3, da una parte esclude dal campo di applicazione la categoria dei rifugiati, ma dall'altra ammette una possibilità di deroga a tale esclusione qualora «tale applicazione sia prevista dalla legislazione nazionale in materia o negli strumenti internazionali vigenti nello Stato membro in questione». Va da sé che la portata della deroga è fortemente ridimensionata non solo dalla discrezionalità dello Stato ospite, ma ancor prima dalla limitatissima validità della Convenzione, visto l'esiguo numero di ratifiche poste in essere fino a questo momento e visto, oltretutto, che non figurano tra gli Stati che hanno ratificato proprio quegli Stati destinatari di flussi migratori.

3. *La tutela prevista per i titolari di protezione sussidiaria: tra ampliamento e arretramento*

Molto più rilevante è, invece, il seguito che la Convenzione di Ginevra ha avuto sul piano normativo nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

Come si diceva, l'aumento dei flussi migratori ha posto la necessità di ampliare la categoria delle persone da proteggere in ragione della loro vulnerabilità. A questo proposito, nell'ambito del sistema europeo comune di asilo, l'UE ha adottato la direttiva 2011/95 nota come "nuova direttiva qualifiche" (atto di rifusione della precedente direttiva 2004/83/CE)[22], che si occupa della protezione internazionale di due categorie di soggetti particolarmente vulnerabili, che fuggono dai Paesi di origine per avere subito (o evitare di correre il rischio di subire) atti di persecuzione ovvero perché correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno e che, nel caso di accoglimento della domanda di protezione internazionale acquisterebbero lo *status*, rispettivamente, di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria.

Accanto ai rifugiati, quindi, compare una nuova categoria di soggetti

[21] Adottata il 18 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° luglio 2003. Per un commento alla Convenzione si rinvia a R. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori*, in *Riv. dir. int.*, 2003, n. 3, p. 764 ss.; I. PALANDRI, *La Convenzione ONU del 1990 sullo* status *dei lavoratori migranti quale tentativo di codificare i diritti dei migranti*, in A. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *op. cit*., p. 531 ss.

[22] In GUUE L 337 del 20.12.2011, pp. 9-26. Sulla nuova direttiva v. G. MORGESE, *La direttiva 2011/95/UE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in *Com. int.*, 2012, n. 2, p. 255 ss.

da tutelare laddove, per danno grave, deve intendersi: «a) *la condanna o l'esecuzione della pena di morte; o* b) *la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine, o* c) *la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto interno o internazionale*»[23].

Con riferimento ai rifugiati, la normativa europea si ispira largamente al contenuto della Convenzione di Ginevra, specificando meglio le cause di persecuzione.

L'aspetto principale della nuova normativa riguarda l'allineamento dei due *status*, per cui, pur essendo due le categorie di soggetti (rifugiato e beneficiario di protezione sussidiaria) per i quali è prevista la protezione internazionale, il contenuto della stessa sostanzialmente non cambia. E, quindi, è evidente come si amplia in maniera considerevole la sfera dei soggetti da tutelare.

Per entrambe le categorie vale il divieto di respingimento (art. 21) ed, inoltre, i due *status* vengono equiparati tra loro e vengono a loro volta equiparati ai cittadini per il godimento di alcuni diritti in materia di: occupazione, istruzione (con la stessa differenza tra istruzione elementare e istruzione superiore prevista nella Convenzione di Ginevra) procedure di riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche, assistenza sanitaria. Con riferimento all'alloggio ed alla libera circolazione nel territorio dello Stato membro i due *status* sono, invece, equiparati agli stranieri regolarmente soggiornanti.

Discutibile appare, invece, la disparità di trattamento di cui all'art. 29 che, in materia di assistenza sociale, prevede che i rifugiati siano totalmente equiparati ai cittadini dello Stato membro, mentre per i beneficiari di protezione sussidiaria è prevista la possibilità per gli Stati di limitare l'accesso alle sole prestazioni di carattere essenziale.

Per completezza è opportuno menzionare la proposta della Commissione di regolamento che sostituirebbe l'attuale direttiva qualifiche[24]. Occorre evidenziare che, stando alla proposta così come è stata formulata dalla Commissione, sembrerebbe esservi un arretramento rispetto alla normativa attuale in riferimento al contenuto della protezione internazionale, intanto perché l'obiettivo non appare più essere quello di un ravvicinamento dei due *status*, ma, al contrario, il mantenimento di uno stan-

[23] Così recita l'art. 15.

[24] COM(2016) 466 final. Ai fini del presente contributo non viene in rilievo tutto il contenuto del regolamento che, quindi, non sarà in tale sede esaminato nella sua globalità.

dard differenziato per quanto concerne la durata del permesso di soggiorno[25] e l'accesso all'assistenza sociale[26].

L'accesso al mercato del lavoro e alla sicurezza sociale viene poi subordinato al rilascio del permesso di soggiorno, determinando una condizione di precarietà economica[27].

Un arretramento è poi ravvisabile, in generale, in tema di integrazione laddove si prevede una "precarizzazione" della condizione di beneficiario di protezione internazionale. La proposta di regolamento prevede, infatti, l'obbligo per le autorità statali di sottoporre lo *status* di rifugiato e di beneficiario di protezione sussidiaria ad una "revisione", non solo in fase di rinnovo del permesso di soggiorno, ma anche in qualsiasi momento in cui l'Agenzia europea per l'asilo dovesse segnalare cambiamenti significativi nel Paese di origine[28]. È, dunque, evidente il rischio che il beneficiario di protezione internazionale non avverta la necessità di integrarsi nella società di accoglienza, visto che in qualsiasi momento potrebbe vedersi revocata la protezione e ciò costituirebbe un arretramento proprio nel cammino che si stava intraprendendo verso una forma di cittadinanza alternativa.

4. *Considerazioni conclusive*

È evidente, quindi, che molti dei diritti di cui godono i cittadini si applicano ora non solo ai rifugiati, ma anche ai titolari di protezione sussidiaria, ampliando così la sfera di soggetti che, se non godono di una

[25] Ai sensi dell'art. 26, par. 1, lett. *a*): «*Per i beneficiari dello status di rifugiato il permesso di soggiorno ha un periodo di validità di tre anni, rinnovabile per periodi di tre anni»;* lett. b): *«Per i beneficiari dello status di protezione sussidiaria il permesso di soggiorni ha un periodo di validità di un anno, rinnovabile per periodi di due anni*».

[26] All'art. 34, par. 2 si legge: «*Gli Stati membri possono limitare l'assistenza sociale concessa ai beneficiari di protezione sussidiaria alle prestazioni essenziali*».

[27] Ai sensi dell'art. 22, par. 3: «*Nei limiti derivanti dagli obblighi internazionali, la concessione di prestazioni in materia di accesso all'occupazione e sicurezza sociale è subordinata al rilascio di un permesso di soggiorno*».

[28] A questo proposito l'art. 15 recita: «*(...), l'autorità accertante riesamina lo status di rifugiato in particolare: a) qualora le informazioni sui paesi d'origine e l'analisi comune delle informazioni sui paesi d'origine a livello di Unione di cui agli articoli 8 e 10 del Regolamento (UE) XXX/XX [Regolamento relativo all'A del Regolamento (UE) XXX/XX [Regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo] denotino un cambiamento significativo nel paese d'origine che è rilevante per il bisogno di protezione del richiedente; b) al momento del primo e del secondo rinnovo del permesso di soggiorno rilasciato a un beneficiario di protezione sussidiaria*».

cittadinanza in senso proprio, godrebbero, comunque, di una forma alternativa di cittadinanza.

E ciò è sicuramente da salutare con favore ove si consideri che la società contemporanea, con la sua spiccata caratterizzazione multietnica, è chiamata a rispondere alle esigenze di integrazione e di accoglienza di un numero di stranieri destinato inesorabilmente ad aumentare. È chiaro, quindi, che la massima integrazione possibile di queste tipologie di stranieri favorirebbe il loro inserimento nello Stato ospite, allentando così le tensioni cittadini/stranieri che troppo spesso la cronaca ci testimonia.

Se da una parte, quindi, il godimento dei summenzionati diritti permetterebbe alle due categorie di migranti particolarmente vulnerabili, prese in considerazione nel presente contributo, di integrarsi pienamente nella società di accoglienza, dall'altra non si possono sottacere gli ostacoli che si frappongono al pieno riconoscimento di tali diritti.

Come si è visto, infatti, si tratta di diritti di natura sociale il cui effettivo esercizio, oltre ad essere subordinato all'obbligo di *facere* degli Stati, comporta un onere economico a carico della pubblica amministrazione. Ciò fa sì che il pieno ed effettivo esercizio dei diritti in questione rischia di essere fortemente ridimensionato sul piano pratico, ove si consideri, da una parte, l'imponente numero di richieste di protezione internazionale e, dall'altra, la crisi economica degli ultimi anni.

È evidente, quindi, che questo genere di difficoltà potrebbe minacciare la portata dei diritti summenzionati, confinandoli ad uno sterile elenco ed evitando così che il loro godimento realizzi pienamente quella integrazione sociale che potrebbe fare ipotizzare una forma alternativa di cittadinanza. Da qui l'orientamento verso interventi normativi caratterizzati da elementi di arretramento, come emerge dalla proposta di regolamento "qualifiche" sopra ricordata.

Arretramento che si manifesta proprio quando si fa forte l'esigenza di "contrastare" i flussi migratori.

Anzi, possiamo affermare che ogni volta che il fenomeno migratorio è visto come un fenomeno da contrastare piuttosto che come un fenomeno da "gestire", l'aspetto dell'integrazione viene fortemente penalizzato e, con esso, ovviamente, anche le possibili forme alternative di cittadinanza.

QUESTIONING THE EXISTENCE OF THE EU CITIZENSHIP THROUGH THE PERSPECTIVE OF THE JUDICIAL PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AFTER BREXIT

SUZANA PECIN*

SUMMARY: 1. Setting the Stage. – 2. Judicial practice of the Court of Justice of the EU. – 2.1. Nature of EU citizenship through the prism of Brexit. – 2.2. Judicial practice of the European Court of Human Rights. – 2.3. Hierarchical or Heterarchical relation between the courts? – 3. Conclusion.

1. *Setting the Stage*

The article aims to address the issue of existence of the citizenship of those citizens who found themselves in a legal limbo when the United Kingdom (UK) electorate voted to leave the European Union (EU). The UK and the remaining EU member States (EU27) are still negotiating the position of citizens affected by Brexit,[1] discussing their residence rights, access to work, social services, etc. While the legal basis shall comprise the Article 7 of the Charter of fundamental rights of the EU (Charter) and the Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), for the assessment of the rights of citizens affected by Brexit, the focus will, additionally, also be on the legal dimensions of the cessation of the EU citizenship as conceived by the judicial practice of the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights (ECtHR). The purpose of this article is to consider what is the outcome according to the judicial practice referring to the EU citizenship after Brexit, also considering the different levels of protection of human rights arising from the judicial systems of the EU and the Council of Europe and their plausible heterarchy.

The EU citizenship, being one of the most crucial characteristic of the federal aspect of the EU, was introduced into the law of the European

* LL.B. (Ljubljana), LL.M. (Luxembourg), Judicial Trainee at the Higher Court of Ljubljana, Ph.D. Student of the Faculty of Law University of Ljubljana. All opinions expressed are purely personal to the author.

[1] Citizens, affected by Brexit refers to second country nationals in the UK and of British nationals in other parts of the EU.

Communities (EC) with the Maastricht Treaty, enacted in 1992.[2] The right was transposed into consecutives treaties,[3] while currently valid Article 9 of the Treaty on EU and, similarly, Article 20(1) of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) prescribe that every citizen of a member State is consequently a citizen of the EU, and determine its nature by defining that EU citizenship is additional to – and does not replace – national citizenship.[4] Therefore, the State exercising its discretion when enacting national law, makes EU citizenship of derivative nature, since its acquisition depends on the acquisition of the nationality of a member State, attributing a *sui generis status* to EU citizenship. Such specific nature of the EU citizenship is similar to, however cannot be subsumed under citizenship of unitary State or under dual citizenship usually existing in federal systems.

This relation of dependence, since the EU citizenship may only be activated by the nationality of the member State, asserts that certain characteristics and effects of the EU citizenship are contained by national citizenship. Such relation however cannot be subsumed under the terms of "additionality" or "complementarity", as those terms delineate a degree of relative autonomy, which cannot entail a logic of complete subsumption of the EU citizenship under the citizenship of the member State. Additionally, it shall be observed that the EU citizenship entails a series of rights, which shall be distinguished from the rights attributable to the national citizenship, entailing a further degree of independence of the EU citizenship. Consequently, the relation of complementarity or additionality will not be replaced with a relation of complete subjugation.[5]

Furthermore, the EU citizenship is associated to the rights related

[2] Maastricht Treaty, TEU or Union Treaty: Treaty on European Union, 7 February 1992, 1992 OJ (C191) 1.

[3] Treaty of Amsterdam Amending the TEU, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 2 October 1997, 1997 OJ (C340) 1; Treaty of Nice Amending the TEU, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 26 February 2001, 2001 OJ (C80) 1; Treaty Establishing a Constitution for Europe, Rome, 29 October 2004, 2004 OJ (C310) 1, (the latter did not enter into force).

[4] Treaty on EU and the Treaty on the Functioning of the EU, 2010 OJ (C83), 2012 OJ (C326). Regarding the nature of EU citizenship, it is noteworthy that the wording of the Article 20 TFEU changed in the course of time, since in the Treaty of Maastricht the European citizenship was of "derivative" nature and in Treaty of Amsterdam "complementary" and, with the Treaty of Lisbon, has become "additional". More in Z. GEOGIADOU, *Foreword*, in C. N. DE GROOT (ed.) *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Citizenship*, Oisterwijk, 2015, p. xix.

[5] D. KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship and Member State nationality: updating or upgrading the link?*, in J. SHAW (ed.), *EUI Working Paper* RSCAS No. 2011/62, 2011, p. 24.

to the area of freedom, security and justice (AFSJ) as derives from Article 3(2) of the Treaty EU prescribing *inter alia* that the EU will offer its citizens an AFSJ without internal frontiers.[6] Additionally, it must be noted that the Lisbon Treaty, replicating the Treaty Establishing a Constitution for Europe,[7] abolished the three-pillar structure and consequently extended the application of the EU citizenship to other areas of the EU law, namely the whole AFSJ, including the former third pillar.[8] Moreover, from a policy perspective,[9] it is noteworthy that the Stockholm Programme assigns the central place to the EU citizen, who will be at the heart of the AFSJ.[10] Therefore, it must be presumed that EU citizenship is associated to the rights related to the AFSJ and, consequently, the UK exiting the EU might *inter alia* signify the cessation of the EU citizenship and rights related to the AFSJ, respectively. In this perspective, it is necessary to establish what is the future of the EU citizenship and, consequently, the rights related to the AFSJ. Further assessment encompasses the examination of whether it is possible to establish the future existence of the EU citizenship through comparison with the UK's secession form the EU or the UK's withdrawal from the EU's Treaties, and consequently, the future of the rights of EU citizens related to the AFSJ.

2. *Judicial practice of the Court of Justice of the EU*

The rising importance of EU citizenship, based on the judicial prac-

[6] The overview of the main themes of EU Justice and Home Affairs Law, the institutional framework and on the substance concerned in S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, III ed., New York, 2011.

[7] Treaty Establishing a Constitution for Europe, OJ 2004 C310/01, encompasses identical language regarding the objectives of the EU and establishes the same arrangement with respect to organising the EU citizenship and the AFSJ within the Treaty.

[8] S. COUTTS, *Citizenship of the European Union*, in D. ACOSTA ARCARAZO, C. C. MURPHY (ed.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 96. On more arguments why EU citizenship can be associated with the right related to the AFSJ see whole chapter, p. 92-109. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, cit., pp. 4-71.

[9] European Commission*, An Area of Freedom, Security and Justice serving the citizen*, (Communication) COM (2009) 262 final, p. 2.

[10] The Stockholm Programme – *An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens*, OJ 2010 C115/1, p. 8.

tice of the Court of Justice of the EU, i.e. *Grzelczyk*,[11] *Martens*[12] and *Dano*,[13] indicates that the *status* of EU citizens is destined to be the fundamental *status* of nationals of the member States.[14] Despite its importance recognized on the EU level, the enactment of national legislation regulating national citizenship falls within the domain of the member States.[15] Nevertheless, national legislation must comply with it for the purpose of not breaching EU law, which shall in any manner prevail on the basis of the doctrine of supremacy.[16]

In the *Morson* case, the Court of Justice of the EC held that the Treaty provisions on freedom of movement for workers and the rules adopted to implement them can only be applied to cases that include a factor linking them with any of the situations regulated by Community law.[17] Therefore, EC law cannot be applied in the case of a worker who never exercised the right to freedom of movement within the Community. The Court stated that such link did not exist in this particular case, therefore an attempt to invoke EC law in order to secure family reunification between the individuals who used to be nationals of the member State was not grounded as a consequence of the independence of Suriname. The importance of this case lies in the fact that individuals who

[11] Judgment of the Court of Justice of the EC of 20 September 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458.

[12] Judgment of the Court of Justice of the EU of 26 February 2015, *Martens*, C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118.

[13] Judgment of the Court of Justice of the EU of 11 November 2014, *Dano*, C□333/13, ECLI:EU:C:2014:2358.

[14] More on the assessment of the term "*status*" and its development in the case-law of the Court in D. THYM, *Ambiguities of Citizenship and Human Rights*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT (eds.), *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, Oxford and Portland, Oregon, 2016, p. 126.

[15] More on the issue of the importance of the EU citizenship, recognized as the fundamental *status* of nationals of the member States in D. THYM, *Ambiguities of Citizenship and Human Rights*, cit., p. 128. He refers for critical assessment to the U. HALTERN, *Pathos and Patina*, in *Eur. law jour.*, 2003, n. 9, pp. 26-32; J PRIBÁŇ, *The Juridification of European Identity, its Limitations and the Search of EU Democratic Politics*, in *Constellations*, 2009, pp. 44-58.

[16] However, in 2009 the *Bundesverfassungsgericht* in its decision *Lissabon Urteil* ruled that citizenship laws are to be considered "core sovereignty". See P. MINDUS, M. GOLDONI, *Between Democracy and Nationality: Citizenship Policies in the Lisbon Ruling*, in *European Public Law*, 2012, n. 2, pp. 351–371. Based on such decision *Bundesverfassungsgericht* clearly retained legislative and judicial *Kompetenz-Kompetenz* for member states, continuing to develop the importance of the notion *Herren der Verträge*, originating from the judgement *Maastricht Urteil.*

[17] Judgment of the Court of 27 October 1982, *Morson*, C-35/82 and 36/82, ECLI:EU:C:1982:368.

enjoyed full entitlements of supranational rights since their birth, lost those overnight, as a consequence of the State declaring its independence from a member State of the EC and were consequently deprived of the "legal heritage"[18] deriving from the EC.[19]

In *Micheletti* case, the Court of Justice of the EC decided on the issue of EU citizenship prior to its formal introduction into the Treaties.[20] Mr. Micheletti held Argentinean and Italian nationalities and acquired the latter in accordance with Italian law based on *ius sanguinis* principle.[21] He applied to the Spanish authorities for a permanent residence card as a Community national that would enable him to practise there as a dentist and would provide residence cards for family members; however, his application was dismissed, thus he claimed recognition of his right to obtain a Community national's residence card.[22] The Court held that, «*under international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality*».[23] Although the Court's approach in *Micheletti* was broadly consistent with the orthodox view that member States are vested with the exclusive competence to determine who their nationals are, such decision serves as a basis for imposing obligations on member States by dictating the scope of their sovereignty, since to a certain extent it determines the nature of national citizenship by establishing the characteristics of the EU citizenship.[24]

Prima facie, the *Rottmann* case might be used for comparison to the Brexit situation.[25] Mr. Rottmann, the applicant in the main proceedings, was a national of the Republic of Austria. On the basis of naturalisation

[18] The term "legal heritage" was initially used in the judgement of the Court of 5 February 1963*, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 12. Among others F. MANCINI in *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*, Oxford and Portland, Oregon, 2000, part Introduction, p. xviii.

[19] D. KOCHENOV, *EU Citizenship and Withdrawals from the Union: How Inevitable Is the Radical Downgrading of Rights?,* LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series, LEQS Paper No. 111/2016, 2016, p. 24.

[20] Judgment of the Court of Justice of the EC of 7 July 1992, *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295.

[21] *Ibid.*, para. 2.

[22] *Ibid.,* para. 4.

[23] *Ibid*., para. 10.

[24] E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 24.

[25] Judgment of the Court of Justice of the EU of 2 March 2010, *Rottman*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

in Germany, the applicant acquired German citizenship in 1999, but in accordance with Austrian law, lost the Austrian nationality. In 2000, the city of Munich was informed by the municipal authorities of Graz that a warrant for the arrest of the applicant had been issued in Graz, causing the withdrawal of the naturalisation with retroactive effect, on the grounds that the applicant had not disclosed the fact that he was the subject of judicial investigation in Austria and that he had, as a consequence, obtained German nationality by deception, rendering the person concerned stateless. The Court declared that a potential cessation of the *status* conferred by Article 20 of the TFEU, ex Article 17 of the EC Treaty, and the rights attached thereto falls, by reason of its nature and its consequences, within the ambit of EU law.[26] In such case, the Court has the jurisdiction to rule on the preliminary questions of national courts regarding the potential cessation of EC citizenship, depriving the individual of his rights deriving from the *status* of EC citizen.[27]

The mentioned case might exemplify the further existence of the EU citizenship for citizens affected by Brexit. However, it is necessary to differentiate between the present case, in which Germany, decided to withdraw its citizenship, and the case of Brexit, where the UK would not deprive its citizens of UK citizenship, but of the additional EU citizenship. However, the resulting outcome, i.e. the cessation of the EU citizenship, is the same in both situations. The Court emphasised the importance that primary law ascribes to the *status* of EU citizen, based on which it is necessary to consider the consequences that the decision entails for the person concerned and, if relevant, for the members of his family with regard to the loss of the rights enjoyed by every citizen of the EU.

The Court of Justice of the EU was called upon in the proceedings between Mr. Zambrano, a Columbian national, and the *Office national de l'emploi* regarding the refusal by the latter to grant Mr. Zambrano unemployment benefits under Belgian legislation.[28] The Court held that Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving EU citizens of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their *status* as EU citizens.[29] The Court concluded that a refusal to grant a right of residence to a third country national with dependent minor children in the member State where those

[26] *Ibid*., para. 42.
[27] *Ibid*., para. 46.
[28] Judgment of the Court of Justice of the EU of 8 March 2011, *Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.
[29] *Ibid.*, para. 42.

children are nationals and reside, and also a refusal to grant such a person a work permit, has such an effect.[30]

The emphasis in the *Zambrano* case is on the concept of EU citizenship, the purpose of which is to protect the non-EU citizen parents of the EU citizen's children from expulsion from the territory of the EU, since the effects of such a measure would have been to deprive their EU citizen's children of the substance of the rights attaching to EU citizenship or to vacate them of any useful effect. Crucially, in some of its earlier jurisprudence,[31] the Court had linked the rights of third-country national parents of EU citizen's children to the exercise by the latter of their Treaty rights of free movement and residence.[32] *Zambrano* is consistent with the Court's perception of the EU citizenship as an autonomous, rather than derivative, *status*, linked to the exercise by its beneficiaries of their rights of free movement and residence.[33]

In *Dereci*, the Court again emphasised the importance of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of the *status* of EU citizen.[34] The Court held that the provisions on EU citizenship must be interpreted as meaning that they do not preclude a member State from refusing to allow a third country national to reside on its territory, where that third country national wishes to reside with a member of his family who is EU citizen residing in the member State of which he has nationality, who has never exercised his right to freedom of movement, provided that such refusal does not lead, for the EU citizen concerned, to the denial of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of his *status* as a citizen of the Union, which is a matter for the referring court to verify.[35]

[30] *Ibid*., para. 43.

[31] Judgment of the Court of Justice of the EC of 19 October 2004, *Zhu and Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639.

[32] P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM, *EU Citizenship and the European Federal Challenge through the Prism of Family Reunification*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 443.

[33] For critical comments on the cross-border/purely internal situation dichotomy, see, e.g., E. SPAVENTA, *Seeing the Wood Despite the Trees?*, in *CML Rev.*, 2008, n. 1, pp. 13-45; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne,* Bruxelles, 2008, pp. 267–317. See also Opinion of Advocate General Sharpston, Government de la Communauté française, C-212/06, EU:C:2007:398, para. 141-144; Opinion of Advocate General Sharpston, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, para. 101.

[34] Judgment of the Court of Justice of the EU of 15 November 2011, *Dereci*, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

[35] *Ibid*., para 74.

The Court decided in the *CS* case that a third-country national who has been convicted of a criminal offence could not be expelled from the member States' territory to a third country if that third-country national is the primary carer of a young child who is a national of EU member State, residing in it since birth, despite the fact that the latter has never exercised his right of freedom of movement, if the expulsion of the third-country national would have a consequence that the child, i.e. EU citizen, would leave the territory of the EU, thereby depriving him of the genuine enjoyment of the substance of his rights as the EU citizen.[36] However, only in exceptional circumstances may a member State adopt an expulsion measure provided that it is founded on the personal conduct of that third-country national, which must constitute a genuine, present and sufficiently serious threat adversely affecting one of the fundamental interests of the society of that member State, and that it is based on consideration of the various interests involved.

The trend of the judicial practice of the Court established by the *Zambrano* case continues in its recent *Lounes* case.[37] The Court decided in the proceedings between Mr. Lounes and the Secretary of State for the Home Department since the latter refused to issue a residence card for Mr. Lounes, who was a third-country national, married to Spanish national that based on naturalization acquired citizenship of the UK. The Court assessed whether Directive 2004/38[38] and Article 21(1) TFEU are to be interpreted as meaning that, in a situation in which a Spanish citizen has exercised her right of free movement by moving to and residing in a UK, under Article 7(1) or Article 16(1) of that directive, and has then acquired the nationality of that member State, while also retaining her nationality of origin, and has several years later, married a third-country national, Mr. Lounes, with whom she continues to reside in UK, that third-country national has a right of residence in the UK, on the basis of either Directive 2004/38 or Article 21(1) TFEU. Initially, the Court stated that Directive 2004/38 does not confer any autonomous

[36] Judgment of the Court of Justice of the EU of 13 September 2016, *Secretary of State for the Home Department v. CS*, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, para. 50.

[37] Judgment of the Court of Justice of the EU of 14 November 2017, *Lounes*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862.

[38] Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, *on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the member states amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC,* OJ 2004 L 158, p. 77, and corrigenda OJ 2004 L 229, p. 35, OJ 2005 L 30, p. 27, and OJ 2005 L 197, p. 34.

right on family members of an EU citizen who are third-country nationals, nor does directive concerned govern the residence of an EU citizen in the member State of which he is a national nor does it confer, in the territory of that member State, a derived right of residence on family members of that citizen who are third-country nationals.[39] However, despite the fact that third-country nationals, who are family members of an EU citizen, were not eligible for a derived right of residence in the member State of which that citizen is a national on the basis of directive concerned, but were accorded such right on the basis of Article 21(1) TFEU.[40] The rights which nationals of member States enjoy under Article 21(1) TFEU include the right to family life, together with their family members, in the host member State and should on basis of effectiveness of Article 21(1) TFEU be able to enjoy the rights arising under that provision, even after they have acquired the nationality of the member State, other that the State of origin, in addition to the nationality of origin and must be able to build a family life with their third-country-national spouse, by means of the grant of a derived right of residence to that spouse.[41] With such decision the Court broadened the scope of the beneficiaries who are entitled to the rights deriving from the EU citizenship. Despite such trend, it must be noted that by the recognition of the right to reside in the member State to the third-country national, the Court does not automatically imply that such person is eligible for EU citizenship.

On the basis of the judicial practice of the Court, it seems that EU citizenship was emancipated from national citizenship to certain extent, implying an autonomous nature of the former, a consequence of which might be that the cessation of the national citizenship does not trigger the cessation of EU citizenship *per se*. Moreover, the cautious development of EU citizenship by the Court was later, on the basis of its importance, even transposed into primary law of the EU,[42] and it indicates that EU citizenship can by no means cease to exist, since it is a fundamental *status* of citizens, while it would only be possible to deprive people of it if the EU itself would cease to exist. However, such relatively autonomous nature shall still be questioned since Treaties constitute from formal perspective only international treaties, and cannot be consequently recognized as the constitution of federal State.

[39] See Judgement *Lounes*, para. 32, 37.
[40] *Ibid.*, para. 46.
[41] *Ibid.*, para. 60.
[42] See Note 3 and 4.

2.1. *Nature of EU citizenship through the prism of Brexit*

Member States are not unbound when withdrawing nationality from their own nationals, if this might constitute a violation of EU law, since the question whether an individual possesses the nationality of a member State is no longer settled solely by reference to national law. Therefore, when EU law has to be applied for the purpose of determining the loss of citizenship, national law must duly comply with EU law, *de facto* influencing State discretion in this area. However, it stems from judicial practice of the Court of Justice of the EU that its competences are limited as set out in the EU Treaties, but this does not prevent the Court from establishing EU citizenship as a substantial and independent phenomenon. With this, the Court of Justice of the EU in a certain perspective limits the discretion of the member States by introducing different tests, such as the test of due regard to EU law and the test of the deprivation of the genuine enjoyment of the substance of rights.

This nevertheless does not imply that States do not have discretion in defining their citizenship policy. It seems that the EU leaves a margin of appreciation to member States, meaning that also their autonomy remains considerable. Moreover, in the *Rottmann* and *Dereci* cases, the Court did not announce itself as the supreme adjudicator on the acceptable standard of rights and obligations of member States, since competence to take final decisions was left to the national courts. Therefore, it can be concluded that EU citizenship is of relatively autonomous nature that confers upon it the quality of an additional *status*.

The EU was initially more of the nature ascribed to international organizations, but, later on, it developed through the processes of federalization,[43] humanization[44] and constitutionalization[45] into a *sui generis* en-

[43] The European Coal and Steel Community (ECSC) was a new form of supranational integration, establishing a community not classified under the traditional form of international organization. Further development of the European Economic Community, later EC and EU, clearly manifested it is a successful project of functional integration, primarily including only economic objective. However, the success in certain policies led to automatic spillover to other areas, consequently causing the process of increased integration. More in N. FOSTER, *Foster on EU Law*, VI ed., Oxford, 2017, pp. 13-15; S. OETER, *Federalism and Democracy*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 56-57. Mentioned development reached the threshold of the union autonomously integrating but not assimilating different entities retaining certain powers, functions and competences fundamental to the preservation of formal constitutional recognition of difference and diversity. The elements of supranationality have become stronger during the evolution of the substantive and institutional prism of the EU which results in increasing federal features and conse-

tity, today strongly resembling a federal State. The presence of mentioned processes in the evolution of the EU supports different interpretations of the judicial practice of the Court of Justice of the EU, providing that the plausible assessment of the question of existence of the EU citizenship might be considered also through the fact that the EU is purely an international organization, having its basis in international agreements. On the other hand, it seems highly plausible that the treaties already transformed into the constitutional legal act from the legal and political perspective, respectively. The reason for such conclusion shall be *inter alia* derived from the fact that primary law of the EU contains rights, subject to review, and it establishes a structure for democratic

quently confirms the presence of the process of federalization in the EU. More in M. BURGESS, *Federalism*, in A. WIENER, T. DIEZ (eds.), *European Integration Theory*, I ed., Oxford, 2004, pp. 28-29.

[44] The process of humanization of the EU is crucial not only for the process of federalization and constitutionalization, but for the sole existence of the legal regime of the EU. Despite initial persistent rejection of the Court of Justice of the EC's jurisdiction to protect human rights within the domain of the EC, it confirmed by case of 4 February 1959, *Stork*, C-1/58, ECLI:EU:C:1959:4 in which it held that it is not required to ensure in the interpretation and application of the Treaty the application of national law, despite the fact that the complaint explicitly referred to the infringement of the principles of German constitutional law. However, the Court exemplified in case of 12 November 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 issued in 1969 that it shall guard fundamental rights, recognized as general principles of the EC law. Expansion of Court's jurisdiction to protect fundamental rights was acknowledged to the extent that when in case of 12 June 2003, *Schmidberger,* C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 while assessing the relation between the fundamental freedoms, being the essence of existence of the EU, and fundamental rights, the Court decided in favour of the latter, and continued with the protection of human rights at its highest standards.

[45] Process of the constitutionalization is continuously present within the EU for last six decades, confirmed by the fact that the ECSC was founded on international treaty that over time evolved into a polity which is based on a hierarchically placed, codified law; unique institutional framework created on the separation of powers with the crucial role of the Court of Justice of the EU issuing pivotal judgements; many common and effectively adjusted policies, principles and values; a highly present compliance with supranational law and an integrated political, economic and administrative elite. Despite the unsuccessful attempt to enact the Treaty establishing a Constitution for Europe in 2005, the process of constitutionalization was not halted, however only redirected to the mechanism of formal but implicit constitutionalization. The process even progressed since the primary law in encompassing the EU Charter of fundamental rights, that constitutes vital document guaranteeing the protection of human rights within the EU, comparable to highly complex national constitutions and other international treaties of human rights. More on the process of the constitutionalization in T. CHRISTIANSEN, C. REH, *Constitutionalizing the European Union*, New York, 2009; C. MÖLLERS*, Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalization*, in, A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, cit., pp. 183-226.

participation.[46] Nevertheless, EU is established on international treaties that can be only amended unanimously with the consensus given by all member States. The latter fact would imply that the sole importance shall be ascribed to the international treaties. The Treaties prescribe, namely in Article 50 of the Treaty on the EU, that the matter will be settled by the negotiations. The introduction of a phase of negotiation into the process of withdrawal of the UK from the EU implies the possibility of many scenarios.

2.2. *Judicial practice of the European Court of Human Rights*

The ECtHR in its *Slivenko* case decided on the issue of the eviction and deportation by the Latvian government of the applicants, Mrs. Tatjana and Mrs. Karina, Russian citizens, while they attempted to acquire permanent residence in Latvia.[47] This was done despite the fact that Latvia adopted legislation that regulated the *status* of citizens of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR). On 20 August 1996, the immigration authorities issued a deportation order in respect of the applicants that was served on the applicants on 22 August 1996. The applicants contested the order and, in July 1998, the Supreme Court of Latvia ruled that they were subject to the Latvian-Russian treaty on the withdrawal of Russian troops of April 1994 due to the fact that they were the family of a former Russian military officer to which the treaty applied. However, in October 1998 both applicants were arrested pursuant to the Supreme Court's decision that they illegally resided in Latvia and in accordance with domestic law regarding illegal immigrants. It was not until February 1999 that the applicants received a letter from the Latvian Citizenship and Migration Authority informing them that they had to leave Latvia immediately and in July 1999 both applicants moved to Russia.

In this case, the ECtHR recognized the importance of the network of personal, social and economic relations that frame the private life of each

[46] R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007, p. 3. For further assessment see T. CHRISTIANSEN, C. REH, *Constitutionalizing the European Union*, cit.

[47] Judgement of the ECtHR of 9 October 2003, *Slivenko v. Latvia*, CE:ECHR:1009JUD004832199. More on the assessment of the Judgement *Slivenko* in S. BARDUTZKY, *Citizens Affected by Brexit, the European Convention of Human Rights and Political Constitutionalism*, in M. ŽGUR, N. KOGOVŠEK ŠALAMON, B. KORITNIK (eds.), *Constitutional Law Challenges in the 21st Century Liber Amicorum Ciril Ribičič*, Maribor and Ljubljana, 2017, p. 143.

individual. With this, the ECtHR developed an autonomous protection of human rights based on the long-term-residence *status*.[48] Particularly, the ECtHR stated:

«*They were thus removed from the country where they had developed, uninterruptedly since birth, the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being. […] In these circumstances, the Court cannot but find that the applicants' removal from Latvia constituted an interference with their "private life" and their "home" within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention*».[49]

The ECtHR deemed it sufficient to note that after the dissolution of the USSR, former Soviet military troops remained in Latvia under Russian jurisdiction, at the time when both Latvia and Russia were independent States and it further held that with the Latvian-Russian treaty on the withdrawal of the Russian troops and the measures for the implementation of this treaty, the Latvian authorities sought to protect the interest of the country's national security.[50] The ECtHR ruled that the Latvian authorities overstepped the margin of appreciation and failed to strike a fair balance between the legitimate aim of the protection of national security and the interest of the protection of the applicants' rights under Article 8(1) of the ECHR.[51] Consequently, the applicants' removal from the territory of Latvia could not be regarded as having been necessary in a democratic society.[52]

Referring to Brexit, this might imply that non-citizens living in a foreign State for an extended period of time, who have developed a network of personal, social and economic relations that constitutes the private life of every human being protected by the ECHR, cannot be automatically expelled. The ECtHR developed the autonomous human rights protection on the basis of the long-term-residence *status* of individuals, thus providing even stronger *status* to EU citizens residing in the UK. Consequently, this implies that citizens concerned with Brexit will not cease to have rights derived from the EU citizenship. However, the Slivenko judgement was adopted in a specific context, since the subject of

[48] D. THYM, *Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-Term Residence Under Article 8 ECHR*, in R. RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 115.

[49] See Judgement *Slivenko*, cit., para. 96.

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.*, para. 128.

[52] *Ibid.*

the ECtHR's assessment was not Latvian legislation regulating the *status* of citizens of other federal units of the USSR in general, but an assessment of a special arrangement for military personnel.

On the other hand, in another case, *Kurić,* the ECtHR had to decide whether the fact that the applicants, some of whom were stateless and others of whom were nationals of States which had formerly constituted part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), were erased from the civil registry interfered with the ECHR.[53] The ECtHR decided that it was undisputable that the "erasure" had impacted the private and family life of the applicants as protected by Article 8(1) of the ECHR.

However, the ECtHR went even further than in *Slivenko* and held:

«*It is important to note that prior to 1991 the applicants did not enter Slovenia as aliens but settled there as SFRY citizens and registered their permanent residence in the same way as citizens of the then Socialist Republic of Slovenia. At the moment of the "erasure" on 26 February 1992, the applicants therefore had a stronger residence status than long-term migrants, whose status is protected in a number of Contracting States, and in comparison with aliens seeking to enter or remain in a state after only a short period of time*».[54]

This means that the situation of EU citizens who came to the UK before it decided to withdraw from the EU and the UK citizens who came to one of the EU27 States is comparable to the situation of the applicants in the *Kurić* case. It is not even possible to claim that they came as foreigners since they were EU citizens and, consequently, have an even stronger *status*, meaning they should be even more privileged than the long-term residents and other foreigners from third countries.

As established, comparing the process of the dissolution of the SFRY and the withdrawal of the UK from the EU, a certain analogy is plausible, that provides guidelines for further assessment of the existence of the EU citizenship. As in the EU, there existed parallel citizenships in the SFRY, i.e. one on the level of the federation, the other on the level of a particular republic that was actually a federal unit. However, the situation might be slightly different, since the SFRY, and not its federal units, must be considered as a sovereign State that existed before its dissolu-

[53] Judgement of the ECtHR of 26 June 2012, *Kurić and Others v. Slovenia*, CE:ECHR:2012:0626JUD002682806.

[54] Judgement of the ECtHR (Third Section) of 13 July 2010, *Kurić and Others v. Slovenia*, CE:ECHR:2010:0713JUD002682806, para. 357.

tion. This does not apply to the EU since the focus of determining the criteria for acquisition of the national citizenship is in the domain of member States, based on which an additional citizenship is guaranteed. It is noteworthy that the EU was initially created as international organization that through an integration process acquired more federal elements; however, until today it still remains an international organization established on international treaties that can be only amended unanimously with the consensus given by all member States. The question of whether EU can be characterised as an international organization or a federal State through the perspective of the existence of EU citizenship – already assessed above – might be crucial for the final result in Brexit negotiations.

Moreover, even if it is possible to establish the autonomous nature of the EU citizenship, once it is already obtained by acquiring the citizenship of a member State, it is clear that it has a secondary character. Initially, in the legal framework of the SFRY, the enjoyment of civil, economic, social, and even political rights was related to the permanent resident *status*.[55] However, the acquisition of SFRY citizenship was since 1976 under the jurisdiction of the republics. This was also observed by the ECtHR, since it held that section 1 of the Citizenship of the Socialist Republic of Slovenia Act 1976 provided that every citizen of the Socialist Republic of Slovenia was simultaneously a citizen of the SFRY, thus establishing the primacy of republic citizenship.[56]

Such findings quite strongly determine the legal dimension of the *status* of citizens affected by Brexit due to the complex judicial practice of the ECtHR, meaning it will provide certain rights to the EU citizens affected by Brexit.

2.3. *Hierarchical or Heterarchical relation between the courts?*

Regarding the historical developments and assessments of legislative and judicial practice of the Court of Justice of the EU and ECtHR, some claim that the existing system of human rights protection is constructed on the basis of the hierarchical relation between those courts. However, a heterarchical relation between the courts seems more plausible.[57] It is not only the existence of Opinion 2/13 of the Court of Justice

[55] *Ibid.*, para. 25.

[56] *Ibid.*, para. 196. Citizenship of the Socialist Republic of Slovenia Act, Official Gazette of the SRS, No. 23/76 of 1976.

[57] More on the assessment of the relation between the Court of Justice of the EU

of the EU that emphasizes the discrepancies that have to be overcome if the EU wishes to accede to the ECHR;[58] it further seems that the Court is not willing to be subject to the control mechanisms provided for by the ECHR and does not recognize the ECHR as formally forming part of EU law.[59] Consequently, it does not have an obligation to follow the judicial practice of the ECtHR.

If all of the reasons that the Court enumerated in its judicial practice were to be implemented into the legal systems of the EU and the Council of Europe, the relation between the courts and their judicial practice would still remain in heterarchical relation, unless the EU accedes to the ECHR. In such case the relation between the two would be a matter of the Accession Agreement of the EU to the ECHR that would be concluded between the 47 member States of the Council of Europe and the EU.

Advocate General Campos Sánchez-Bordona in the *Luca Menci* case emphasised that the ECHR does not constitute a legal instrument which has been formally incorporated into EU law and, further, that the judicial practice of the ECtHR should be disregarded where, in the case of rights laid down in the Charter, which are similar in content to those laid down in the ECHR and the protocols thereto, the interpretation of the Court of Justice of the EU establishes a higher level of protection..[60]

The Court of Justice of the EU stated that *ne bis in idem* principle is protected by Article 50 of the Charter which shall be interpreted according to Article 4 of Protocol No 7 to the ECHR on the basis of Article 52(3) of the Charter which provides that in so far as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR the meaning and scope of those rights must be the same as those laid down by the ECHR. Further, the Court stated that the ECtHR has held that a duplication of tax and criminal proceedings and penalties punishing the same

and the ECtHR in P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon, 2013; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, pp. 31-34.

[58] Opinion of the Court of Justice of the EU of 18 December 2014, Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, Opinion 2/13.

[59] Judgement of the Court of Justice of the EU of 20 March 2018, *Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, para. 22; Judgment of the Court of Justice of the EU of 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, para. 44; Judgement of the Court of Justice of the EU of 15 February 2016, *N.*, C-601/15, EU:C:2016:84, para. 45.

[60] Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona, *Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2017:667.

violation of the tax law does not infringe the *ne bis in idem* principle as enshrined in Article 4 of Protocol No 7 to the ECHR, where the tax and criminal proceedings at issue have a sufficiently close connection in substance and time.

The Court of Justice of the EU referred to the judgement of the ECtHR, namely *A and B v. Norway*,[61] and concluded that EU law ensures a level of protection of the *ne bis in idem* principle which is not in conflict with that guaranteed by Article 4 of Protocol No 7 to the ECHR, as interpreted by the ECtHR. On account of such analysis, it is clear that the Court of Justice of the EU in its case-law considers the ECHR and the judicial practice of the ECtHR. On the other hand, the ECtHR in the recent case *Avotiņš v. Latvia*,[62] that was issued after Opinion 2/13 of the Court of Justice of the EU, the ECtHR re-confirmed the *Bosphorus* presumption of equivalent protection.[63] The ECtHR held that EU protects fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that of the ECHR.[64]

The important component being the enactment of the Charter into the primary law of the EU, providing with procedural and substantive guarantees for the highly complex protection of the law of human rights. Therefore, since the heterarchy seems highly plausible, its foundation should be situated on mutual recognition and respect between the two legal orders and its courts, influencing the determination of the guidelines in Brexit, resulting in the application of the higher level of rights guaranteed.

The law of the Council of Europe, with special emphasis on the judicial practice of the ECtHR, would indicate that the citizens affected by Brexit shall certainly retain all of the rights and freedoms to which they are entitled under the current regime of the UK constituting a member State of the EU. It seems however that the law of the EU on the basis of the judicial practice of the Court of Justice of the EU does not imply a different result, but due to the fact that EU is of *sui generis* nature, embodying not only the elements of the federal State, but also the elements

[61] Judgement of the ECtHR of 15 November 2016, *A and B v. Norway*, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, para. 132.

[62] Judgement of the ECtHR of 23 May 2016, *Avotiņš v. Latvia*, CE:ECHR:2016:0523JUD001750207.

[63] Judgement of the ECtHR of 30 June 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, CE:ECHR:2005:0630JUD004503698.

[64] *Ibid*., para. 155.

of pure international organization, this might result in different, however not opposite outcome.

3. *Conclusion*

The judicial practice of the Court of Justice of the EU indicates a relatively autonomous nature of the EU citizenship, but it must not be overlooked that the EU and its institutions are limited by the principle of conferred powers to the EU, perhaps making the competences of the EU marginal. On the other hand, the question remains what is the relevancy of the law of the Council of Europe regarding the assessment of the existence of the EU citizenship for the citizens affected by Brexit after the UK's withdrawal from the EU. If the EU is to be considered as a federal State, the law of the Council of Europe implies further existence of the rights to which citizens affected by Brexit are entitled at present. This however overlooks the fact that the EU is founded on international treaties, which requires an assessment of the withdrawal of the UK from the EU from the perspective of international law. Such considerations imply the possibility of the cessation of the EU citizenship and with this probably the cessation of all rights of the citizens affected by Brexit.

Therefore, it is of utmost importance that while it seems true that certain benefit should be provided to the citizens affected by Brexit, since it is not possible to completely disregard the fact that the EU was initially created as international organization that through integration process acquired many federal elements. Through the processes of federalization, humanization and constitutionalization the EU highly resembles the federal State, however until today the EU still remains the international organization founded on international treaties which constitute part of the primary law of the EU, that can be only amended unanimously with the consensus given by all States. Such consideration might legitimately lead to the conclusion that EU citizenship will cease to exist, consequently depriving the citizens affected by Brexit of the rights related to the AFSJ. Looking at the judicial practice of both courts, the conclusion to draw is that citizens affected by Brexit will be provided with certain benefits, replacing the benefits deriving from the EU citizenship. However, the permanent residence *status* does not guarantee that citizens, affected by Brexit, will be entitled to benefit from the rights related to the AFSJ, leaving special agreements to the negotiations. In this regard, it is noteworthy that the *sui generis* nature of the EU and cohesion between the legal orders will have an influence on the determination of

the guidelines for the case of Brexit, resulting in the application of the higher level of rights guaranteed by the judicial practice of one or the other court that might result in retention of the rights related to the AFSJ.

Furthermore, notwithstanding which of the possibility seems more plausible or whether the legal order of the EU and the legal order of the Council of Europe are in hierarchical or heterarchical relation, it is rational to consider the situation from the perspective of the mutual recognition and respect among both legal orders, respectively.

While it seems that the guidelines stemming from the judicial practice of both courts impose on both negotiating parties the obligation to grant certain benefits, this is exactly what the UK government recently proposed, when it suggested that EU citizens and their family members, who can prove that they fall within the scope of the Withdrawal Agreement, must be granted the *status* of permanent resident by the UK.[65] However, the problem occurs because after Brexit, the main *focus* might be on the UK Human Rights Act, the destiny of which is yet to be questioned. Bearing in mind that the political framework might bring unexpected changes, the UK, as an example of State where the political constitutionalism must be perceived, special importance will always be attributed to the higher level guaranteed by the judicial practice of either the Court of Justice of the EU or the ECtHR regarding each specific question that will be addressed in the negotiations. Such judicial practice provides sufficient guidelines for both negotiating parties and guarantees the existence of the highest standards of the rights and freedoms for the people concerned with Brexit.

[65] Details of the UK's proposed administrative procedures for EU citizens obtaining settled *status*, https://www.gov.uk/government/publications/citizens-rights-administrative-procedures-in-the-uk, accessed on: 23rd of April 2018.

THE SHAPE OF THE EU CITIZENS' FREEDOM OF MOVEMENT AND RESIDENCE RIGHTS

MARÍA TERESA SOLÍS SANTOS*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The right to freedom of movement and residence contained in Article 20. – 3. Boundaries to the freedom of movement and residence rights. Special consideration to Belgium. – 4. Conclusions.

1. *Introduction*

The *status* of EU citizen has become a fundamental *status* of the nationals of EU Member States[1]. During the past years, it has evolved quite significantly, to the point that it acquired a key importance due to the recent consideration of the EU citizenship as one of the cornerstones of the European integration process[2].

The introduction of citizenship of the Union is one of the most important recent innovation of European Union law. The concept was, formally, introduced by the Treaty of Maastricht (1992)[3]. Currently, the legal framework of the EU citizenship is expressly defined in articles 9 TEU and 20 TFEU. Both legislative texts define the EU citizenship as:

* PhD candidate, University of Antwerp. The view expressed in this contribution and any errors are, of course, mine.

[1] As confirmed by different judgments of the ECJ. The first time that the ECJ stated that was in the C-184/99, *Grezelczyk,* ECLI:EU:C:2001:458, para. 31. However, the ECJ has reiterated this statement in its subsequent case-law. See to this extent C-148/02, *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539, para. 22; C-200/02, *Zhu and Chen*, ECLI:EU:C:2004:639, para. 25; C-135/08, *Rottman*, ECLI:EU:C:2010:104, para. 43; C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358, para. 58, among others.

[2] This topic has been subject to different studies by the scholars, see to that extent for example C. ENE, A. MICU, *From European citizenship to EU citizenship*, in *European Journal of Science and Theology*, 2012, no. 8, Supplement 1, pp. 163-199; J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002; E.D.H. OLSEN, *The origins of European citizenship in the first two decades of European integration*, in *Journal of European Public Policy*, 2008, no. 1, pp. 40-57; D. KOSTAKOPOULOU, *Co-creating European Union citizenship. A policy review*, European Commission. Directorate-General for Research and Innovation 2013 Socio-economic Sciences and Humanities, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2013; among others.

[3] The Treaty was signed the 7th February 1992 and it entered into force the 3rd November 1993.

«[…] every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to national citizenship and shall not replace it». The concept is configured as an additional and/or supranational form of citizenship and, therefore, it is dependent on the national citizenship. Additionally, and due to its configuration, the EU citizenship as such needs to be triggered for being effective, i.e. an EU citizen needs to use their rights in order to rely on the full scope of protection of the EU law[4].

Article 20 TFEU establishes also the set of rights granted to the holders of the status of EU citizens. This set of rights is further developed in articles 21-25 TFEU. The most salient rights granted by the EU Treaties are: the right to non-discrimination on grounds of nationality (it is not only circumscribed to this type of discrimination, as other types are also covered), some political rights, free-movement and establishment rights within the territory of the internal market. Even though article 20 TFEU covers the basic rights of EU citizens, their rights are spread within the EU *acquis*. Of all the rights granted to EU citizens, the freedom of movement and residence can be considered as 'core' EU citizenship rights[5] for the simple reason that they trigger the rest of the EU citizens' rights[6].

The object of this paper is to analyse certain boundaries that are (still) persistent in the freedom of movement and residence rights of EU citizens. In the following sections an overview of the right to freedom of movement and residence will be provided (section II), the boundaries that EU citizens encounter when exercising their rights to freely move

[4] Notwithstanding, it is arguable that the EU citizenship has acquired a level of autonomy in the recent years showing that it is not a static notion, to that extent see K. LENAERTS, *EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2015, no. 1, pp. 1-10; ID., *The concept of EU citizenship in the case law of the European Court of Justice*, in *Era Forum*, 2013, pp. 569-583; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, United Kingdom, 2015, pp. 852-891; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, United Kingdom, 2014, pp. 466-516, among others.

[5] Using the wording given to the importance of this rights by the general rapporteurs H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights*, Report elaborated in the context of the BEUCITIZEN, Barriers towards EU citizenship, Grant Agreement Number 320294 SSH.2012.1-1, May 2016, p. 5.

[6] This statement has to be read with some nuances and it is not entirely accurate considering the reading of the C- 34/09, *Ruíz Zambrano*, ECLI: EU: C: 2011:124. Even though, the judgment of *Ruíz Zambrano* was really 'innovative' considering the lack of cross-border aspect needed to trigger the EU citizenship, the ECJ seems to have clarified its recent judgments this special aspect by requiring the cross-border link, see to that extent the case C-434/09, *McCarthy*, ECLI:EU:C:2011:277, para. 26, 57.

and reside are analysed in relation with the main factors that influence the existence of those barriers (section III). This paper wraps up with some conclusion over the main factors that are (still) hampering the freedom of movement and residence rights (section IV).

2. *The right to freedom of movement and residence contained in Article 20*

The right of freedom of movement and residence are considered the two 'core' EU citizenship rights[7]. Currently, a lot of EU citizens have taken advantage of these rights even without being really conscious of it. It is obvious that EU citizens (and their family members accompanying them[8]) can travel all around the EU. However, they cannot only move within the EU; they can also establish their residence in another Member State for a short or long term. These actions, that nowadays are so common, are sufficient to trigger the rest of the rights linked to the status of EU citizen[9].

The legal framework of these rights is established in article 20 TFEU and is further developed in article 21 TFEU which states that «e*very citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect».* Article 21 TFEU is implemented in various aspects by the Directive 2004/38/EC on the Rights of Free Movement and Residence

[7] This is explained partly as the inheritance of the former market citizenship.

[8] Whatever their nationality is, including EU citizens. The spouse, (registered) partner, descendants and ascendants falls normally under the notion of family member of an EU citizen. According to the European Commission, *Freedom to move and live in Europe. A Guide to your rights as an EU citizen* (hence: *Freedom to move and live in Europe*), 2013, p. 7. Guide online available at the website http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/guide-free-mo-2013_en.pdf. Last accessed 2 January 2018.

[9] The application of the Directive also requires that EU citizens move in order to fall under its scope of application, as established in article 3. This requirement is also contained in article 3 of the Directive as to fall under its scope of application. This requirement has been also confirmed by the ECJ in its interpretation of the Directive 2004/38/EC, see to that extent the case C-212/06, *Government of the French Community and Walloon Government*, ECLI: EU:C:2008:178, para. 33; C-127/08, *Metock and Others,* ECLI:EU:C:2008:449, para. 77; C-403/03, *Schempp*, ECLI:EU:C:2005:446, para. 22; C-434/09, *McCarthy*, ECLI: EU: C: 2011:277, among others.

for EU citizens and their families (hereinafter: the Directive)[10]. The Directive establishes the essential requirements that the EU citizens must fulfil in order to be able to exercise and fully enjoy their rights as EU citizens. In articles 4 and 5 of the Directive the right of freedom of movement is affirmed. These two articles constitute, as some scholars have expressed[11], the appropriate provisions through which EU citizens' residence rights can be exercised. In these two articles, the Directive provides the EU citizens with the necessary information and prerequisites to be fulfilled when exercising their freedom of movement, on the one hand [12]; and on the other, it also provides the EU citizens with the legal certainty to enable them and their family members to exercise their freedom of movement in a lawful way under EU law.

Moreover, the Directive establishes that every EU citizen, as well as their family members[13], have «*the right to reside in the territory of another Member State for a period of up to three months without any conditions or any formalities other than the requirements to hold a valid identity card or passport*».[14] After the initial period of three months, the EU citizens are allowed to reside longer than three months in the host Member State if they are workers or self-employed persons, jobseekers, students, or in case they are economically inactive they may reside in the host Member State for longer than three months if they «*have sufficient resources for themselves and their family members not to become a burden on the social assistance system of the host Member State during their period of residence and have a comprehensive sickness insurance cover in the host Member State*». The Directive projects the right of residence based on the intended period that the EU citizen would like to remain in the host Member State[15]. The short-term residence normally is permitted without the necessity to fulfil any condition other than being in possession of a valid I.D., passport or visa. However, when the EU citizen wants to remain longer in the host Member State, his/her right of res-

[10] Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004*, on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States* [2004], OJ L 158/77.

[11] E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A Commentary,* Oxford, 2014, p. 87.

[12] *Ibid.*, p. 87.

[13] Irrespectively of their nationality and they must be in possession of a valid passport, if they are not a national of the Member States.

[14] Article 6 of the Directive.

[15] As indicated by E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., p. 109.

idence will be conditional upon carrying out an economic activity in the host Member State (employed, self-employed, student or job-seeker) or have sufficient means of livelihood (in case of non-economically active EU citizen) and a health insurance to support themselves as well as their family members accompanying or joining them[16]. In case that the EU citizen, and his/her family members, has resided for a continuous period of five years in the host Member State, they may obtain their status of permanent resident and, as of that moment, they are exempted from the fulfilment of the abovementioned conditions[17].

Furthermore, this set of rights enables the EU citizenship holder not only to access the territory of a Member States but also to be treated on equal conditions as a national of the Member State in which (s)he is moving to; which allows him/her to participate to the day-to-day life of their host Member State and to enjoy (under certain conditions and limitations) the social welfare system of the host Member State[18].

Despite the above, not all EU citizens may exercise their freedom of movement and residence in the same way. In this sense, the Directive divide the EU citizens upon categories, i.e. economically active and economically inactive, giving to the job-seekers an intermediate status. Consequently, the active EU citizens, i.e. workers and self-employed, have a more expansive freedom to movement and residence than the non-economically active EU citizens, whose residence in the host Member State is conditional[19].

3. *Boundaries to the freedom of movement and residence rights. Special consideration to Belgium*[20]

The previous section shows that the EU citizenship grants to the holder a great range of rights; however, these rights are not unlimited and they are subject to certain limitations contained in the Directive. The

[16] *Ibid.*, p. 109.
[17] *Ibid.*, p. 109.
[18] H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights*, cit., p. 8.
[19] See E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., pp. 120-121.
[20] The main data of Belgian boundaries are obtained from the H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, WP. 7.3. Civil Rights. Belgium, in H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit.

right to freely move and reside within the EU, thus, is not unlimited for EU citizens. The most severe limitation of the right of freedom of movement and residence is the expulsion of EU citizen from the territory of the host Member State. The main grounds of expulsion listed in article 27 of the Directive are public policy, public security or public health[21]. Additionally, article 35 of the Directive establishes that «*Member States may adopt the necessary measures to refuse, terminate or withdraw any right conferred by this Directive»*, in order to prevent any fraud or abuse of rights. In any event, «*such a measure must be proportionate and subjected to procedural safeguards provided for in article 30 and 31*». This was conceived with the view to prevent frauds and abuses of the freedom of movement and residence rights, which explains its configuration as a minimum harmonization provision. More precisely, it enables Member States to enact and strengthen the necessary measures against marriage of convenience or any other relationship contracted for the sole purpose of enjoying the right of free movement and residence[22]. In any event, when Member States take an expulsion measure, such a measure must be proportionate and based upon individual assessments[23].

Furthermore, article 24.2 of Directive 2004/38/EC sets out, in the context of the principle of equal treatment, a limitation to the right of residence. It establishes that «*host Member State is not obliged to provide social assistance in the first three months of residence or, where appropriated, the longer period provided for in article 14 (4) (b), nor shall it be obliged, prior to acquisition of the right of permanent residence, to grant maintenance aid for studies, including vocational training, consisting in student grants or students loans to persons other than workers, self-employed persons, persons who retain such status and members of their families*».

These are the main grounds of limitation on which an expulsion de-

[21] As stated in Chapter VI of the Directive which comprises articles 27 to 33. The decision of expulsion taken under the article 27 of the Directive shall comply «*with the principle of proportionality and shall be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned*». However, the system presented in the Directive is a gradual one in which the residence period in the host Member State has a great influence making the expulsion more difficult, as stated in article 28 of the Directive.

[22] As clarified in paragraph 28 of the preamble of the Directive.

[23] The ECJ has confirm these prerequisites in its case-law in several occasions. See to this extent for example *McCarthy*, cit., para. 52: *«measures adopted by the national authorities, on the basis of Article 35 of Directive 2004/38, in order to refuse, terminate or withdraw a right conferred by that directive must be based on an individual examination of the particular case»*. See also H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit., p. 15.

cision can be taken by a Member State. My analysis focuses on the decision of expulsion of EU citizens based on economic grounds, i.e. the EU citizen is receiving 'social assistance'[24] or s(he) may be considered a potential candidate for receiving social assistance which will position them to be considered a burden for the social welfare system of the host Member State. This ground of expulsion has to be considered together with article 7 of the Directive, which includes the requirement for the EU citizens of having sufficient means of livelihood[25] for themselves (and their family members, if applicable) in order not to be an unreasonable burden for the social welfare system of the host Member State. In the following lines, an in-depth analysis of the Belgian application and/or interpretation of these requirements is conducted[26].

As mentioned, claiming, or even being considered as a potential claimer of, social assistance or social benefits is one of the main obstacles that the EU citizens are encountering in exercising their freedom to movement and residence within the Member States. This has served as a base upon which the residence permit can be denied or as a ground of expulsion for EU citizens from their host Member States. Thus, it (still) constitutes a barrier toward these core EU citizenship rights[27].

Article 8.4 of the Directive expressly refers to 'sufficient resources' by establishing that «*Member States may not lay down a fixed amount which they regard as 'sufficient resources', but they must take into account the personal situation of the person concerned. In all cases this amount shall not be higher than the threshold below which nationals of the host Member State become eligible for social assistance, or, where this criterion is not applicable, higher than the minimum social security pension paid by the host Member State*»[28]. The Directive does not pro-

[24] In the broader sense of the term.

[25] In case he is not economically active.

[26] Some of the Belgian data were obtaining while conducting the country report H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit.

[27] As highlighted by M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families. Comparative Analysis*, Study for the LIBE and PETI Committees, Directorate-General for International Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, September 2016.

[28] Even thought, Member States are preventing from establishing a fix amount, recent research on the field shows that this is not the case in some cases. See to this extent A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains,* European Citizens Action Services (ECAS), March 2018. Report online available at the website <http://ecas.org/wp-content/uploads/2018/03/ECAS-Long-report-final.pdf>.

vide with a notion of what it should be understood by 'sufficient resources' but it provides some parameters to evaluate such sufficient resources in article 8.4[29]. Thus, Member States have discretion in determining the level of resources that might be sufficient for maintaining the non-economically active EU citizens and, if applicable, their family members[30]. In any event, from the wording of the Directive it seems that the reference to 'sufficient resources' refers to the minimum resource amount needed to live in a host Member State so as not to become an unreasonable burden for its public coffers[31]. The ECJ[32], in its interpretation of the notion of 'sufficient means', emphasizes that it is not required that the EU citizen has himself sufficient resources if such resources can be obtained from a third party[33]. The ECJ has defined in recent case-law the concept of 'social assistance' of the Directive by maintaining that the «*concept must be interpreted as covering all assistance introduced by the public authorities, whether at national, regional or local level, that can be claimed by an individual who does not have resources sufficient to meet his own basic needs and the needs of his family and who, by reason of that fact, may become a burden on the public finances of the host Member State during his period of residence which could have consequences for the overall level of assistance which may be granted by that State*»[34]. According to this interpretation provided by the ECJ on the notion of 'social assistance' and in application of the Directive provisions, national authorities must carry out an evaluation on the specific consequences for the public coffers of the State that will result from (eventually) granting this assistance to the EU citizen. Consequently, Member States cannot consider that an EU citizen is or has become an unreasonable burden for the public coffers of the State without having carried out such an evaluation[35]. Moreover, the Directive prevents Member States from establishing a fixed amount as sufficient resources. It also requires that the sufficient resource amount is not bigger than the minimum one

[29] For a further discussion on these parameters see E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., p. 146-147.

[30] Ibid, p. 126.

[31] Ibid, p. 127.

[32] See to this regard for example *Zhu and Chen*, cit., para. 19-33.

[33] See E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., p. 127.

[34] C-140/12, Brey, ECLI:EU:C:2013:565, para. 61.

[35] See to that extent H. VERSCHUEREN, *Free movement of EU citizens. Including the poor?*, in *Maastricht JECL*, 2015, no. 1, pp. 10-34, p. 25. See also to that extent J.-Y. CARLIER, *La Libre Circulation des Personnes dans l'Union Européenne*, in *J.D.E.*, 2015, pp. 166-178.

that would permit the individual to live without claiming for social assistance[36].

This fact may have a negative reading in cases in which the EU citizen's resources are too low and thus (s)he claims for a contribution from the social assistance system of the host Member State[37]. In some cases, this can be seen as a proof of not meeting the condition of have sufficient resources. However, an automatic refusal to grant the right of residence to a person eligible in principle to receive social assistance in the host Member State is a breach of article 8.4 of the Directive[38].

I will dive now into a rather more detailed analysis of the main barriers that EU citizens encounter when exercise their right to residence in Belgium. As mentioned above, economic reasons have grounded the expulsion of EU citizens within the Union[39]. One of the countries that have endorsed this practice is Belgium[40]. Belgium has been one of the Member States that have registered the highest proportion of foreign citizens (third-country nationals and EU citizens) during the recent financial and economic crisis years. As a result of this migration flow, a tendency can be perceived on the part of Belgium, to strengthen the migration rules and policies.

During the period of 2013-2014, Belgium revoked the residence permit to an average of 2700 EU citizens[41]. The revocation of the resident permit to EU citizens by the Belgian authorities properly speaking is not an expulsion as such, however it can be considered 'administrative death' of the EU citizen in the territory of Belgium, meaning that without the resident permit it is very difficult to lawfully remain in the terri-

[36] E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., p. 146.

[37] Imagine for example the case of a pensioner who would like to establish in Belgium, with a pension from Romania. It is common knowledge that the amount that an average pensioner obtains in Belgium is much higher than the average pension from Romania.

[38] As pointed by E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, cit., p. 128.

[39] Recently, it has been also highlighted as a persistent barrier by the A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains*, cit., p. 48 and p. 60.

[40] As confirmed by M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families*, cit., p. 64; H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit., p. 28-29; H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 70-72. See also A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains*, cit., p. 60.

[41] H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 70-72.

tory of Belgium[42]. Not only short-term residents were invited to leave the country, also EU citizens who held the status of permanent residence in Belgium, on the ground of being an unreasonable burden on the Belgian social security system were invited as well[43]. The most affected nationalities of EU citizens who has suffered from these measures are Spanish, Italians, Frenchs, Romanian and Bulgarian[44].

One of the main reasons explaining the expulsions grounded on economic reasons in Belgium results from the fact that the EU citizens have received, or could receive, or could be potentially eligible to receive social assistance or social benefits and thus, they are or could be an unreasonable burden for the Belgian social assistance system. Even to be entitled to received unemployment benefits in Belgium results, in some cases, in the Belgian authorities considering that the EU citizen is an unreasonable burden to the social security system and thus it is enough for the EU citizen to be eligible to receive an 'order to leave the country' or to be deprived of his/her resident card[45]. The expulsion measures are taken, *a priori*, without considering the personal situation of the applicant when evaluating if (s)he has sufficient resources[46].

To have a better overview of this practice it is necessary to differentiate the time frame in which the social assistance is requested. With regard to the right to reside for a period shorter than three months, Belgium has transposed correctly article 6 of the Directive[47]. To this extent,

[42] H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit., p. 29.

[43] S. MASLOWSKI, *The expulsion of European Union Citizens from the Host Member State: Legal Grounds and Practices*, in *Central and Eastern European Migration Review*, 2015, no. 2, pp. 61-85, p. 74.

[44] S. MASLOWSKI, *The expulsion of European Union Citizens from the Host Member State,* cit., p. 74.

[45] Examples of this kind of cases have been echoed in the Belgian Medias, see for example the news of the website EURONEWS at http://www.euronews.com/2016/03/11/belgium-says-jobless-europeans-not-welcome. Also A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains*, cit., highlights this fact.

[46] As confirmed by M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., p. 122.

[47] And most of the Member States as well. However, some of them requires additional conditions other to those established in article 6 of the Directive to EU citizens such as to demonstrate to not become an unreasonable burden on the social welfare system of the State or to have sufficient resources for him/her and his family. See to this extent the conclusion of op. cit. M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., pp. 21-32.

the administrative practice in Belgium is that the application of an EU citizen for social assistance or social benefits within the first three months upon moving to Belgium will result in the loss of the right of residence[48], and this is perfectly in line with EU legislation.

However, what it seems to be more controversial in this respect is the right of residence for a period longer than three months. Once again the main problems that EU citizens, more precisely economically inactive EU citizens, encounter when exercising their right of freedom to movement and reside is to demonstrate that they have 'sufficient resources' in order not to become an unreasonable burden for the host Member State[49]. The Belgian jurisprudence of the Aliens Litigation Council has interpreted that if the EU citizen has to claim for social assistance, that is an indication that the applicant has to reach at least the level of income below which a social assistance may be granted. Thus, not reaching this level or claiming for social assistance means that he/she does not fulfil the prerequisite not to become an unreasonable burden for the state[50].

The main factors that have facilitated this practice by the Belgian authorities can be listed as follows. First of all, the discretion that the Immigration Office is granted when evaluating if a person has sufficient means in order not to become an unreasonable burden for the Belgian welfare system[51]. This includes that the Office can check whether a person receives or not social assistance[52]. This factor finds its roots in how

[48] H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit., p. 21. See also J.-Y. CARLIER, *La Libre Circulation des Personnes dans l'Union Européenne*, cit., pp. 172-173.

[49] Even thought, the authorities do not have to require the EU citizen to demonstrate a higher income than those thresholds, a recent study shows that this is not always the case. See to this extent A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU*, cit., p. 48, footnote 186.

[50] See H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 59-60. See also to that extent A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU*, cit., p. 48, footnote 186

[51] The Belgian authorities should understand that a person has sufficient means for living if they have a yearly payment, a pension or disability allowance in combination with a health insurance, according to what is established by the guidelines of the Immigration Office online available at https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Guidedesprocedures/Pages/Je%20suis%20citoyen%20de%20l%E2%80%99Union,%20ne%20travaille%20pas%20en%20Belgique,%20mais%20j%E2%80%99ai%20des%20ressources%20suffisantes.aspx. However, the practice has shown that these guidelines are not sufficient in order to guarantee the EU citizen his/her freedom of movement and residence rights.

[52] As confirmed by M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obsta-*

the EU law, and in this case the Directive, is conceived[53]. The Directive focusses on what the Member States cannot do instead of setting what they can do. This kind of focus has a direct influence on how the Member States implemented the Directive[54]. Normally, the civil servants are the first ones who apply the law, thus sometimes is easier just to provide them with clear instructions on how they must act rather than what they cannot do[55]. Belgium transposed the Directive with some delay, which led to the Commission to launch an infringement proceeding against Belgium. Moreover, Belgium also failed in the transposition of the procedural safeguards against the expulsion of EU citizens who have claimed any social assistance or social benefit of the Belgian social Assistance system[56]. As a result, the EU citizens are not protected against unfair expulsions from Belgium[57]. In any event, Belgium has not been alone in failing when transposing the Directive[58].

Secondly, the constant transfer of information between the social security and the immigration office. There is a settled practice in Belgium through which the Ministry of Social Integration sends, on a monthly basis, to the Immigration Office a list of those EU and non-EU citizens who have received some social benefits during the past three months[59]. This kind of practice finds its roots in a political decision. At one point, the Belgian Government decided to combine two different port-folios of two different Ministry, crossing the information constantly[60]. As a result, Belgian authorities are constantly revising the fulfilment of the conditions of not becoming an unreasonable burden for its social assistance system, and thus controlling the economic situations of, main-

cles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families, cit., p. 122.

[53] As highlighted by scholars. For a general analysis of the Citizens Rights Directive see E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive, op. cit.*

[54] Ibid*.,* p. 246.

[55] The example is taken from *ibid.*, p. 246.

[56] According to the results obtained from the M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., p. 24.

[57] *Ibid*., p. 24.

[58] For further information about these failures see M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., pp. 24-48. See also H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit.

[59] M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., pp. 122-123.

[60] As further explained in H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 70-72.

ly, economically inactive EU citizens[61]. This constant transfer of data has been highly criticized not only by scholars[62] but also by civil society[63] because it violates the Directive. As a consequence of this constant transfer of data, a lot of EU citizens have suffered an automatic withdrawal of their resident rights by the Belgian authorities without having had in consideration the specific personal circumstances of each individual case resulting on a clear breach of EU law[64].

Additionally, the amendments to the Law of 15 December 1980 on access to the territory, residence, establishment and removal of foreigners[65] made in 2011 have made it more difficult for the EU citizens to fulfil the prerequisites required by the Directive in order to establish in a lawful way in Belgium[66].

[61] S. MASLOWSKI, *The expulsion of European Union Citizens from the Host Member State,* cit., p. 74.

[62] See to that extent J.-Y. CARLIER, *La Libre Circulation des Personnes dans l'Union Européenne*, cit., 2014, pp. 167-179; ID., *La Libre Circulation des Personnes dans L'Union Européenne*, cit., 2015, pp.166-178; ID., *La Libre Circulation des Personnes dans L'Union Européenne*, cit., 2016, pp. 153-159 .

[63] The organization 15M Brusselas Marea Granate presented in 2014 a petition to the European Parliament regarding the violations that the Belgian authorities were committing to the freedom of movement and residence rights of the EU citizens with such unlawful measures. Different parliamentary questions have also been raised in the European Parliament to this regard, see to that extent the Parliamentary Question raised by Rares-Lucian Niculescu (PPE) on 9 January 2014 rule 117 [E-000183-14]; Parliamentary Question raised by Mr. Willy Meyer (GUE/NGL) on 15 January 2014, rule 117 [E-000335-14]; Parliamentary Question raised by Mr. Marina Albiol Guzmán (GUE/NGL) and Paloma López Bermejo (GUE/NGL) on 10 February 2015, rule 130 [E-002168-15]. The answers from the Commission side to this question were vague and showed the difficulties to detect this kind of behavior by the Member States due to the lack of EU citizen's complaints. See H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 70-72.

[64] See M. BALLESTEROS, G. KELLY, N. MEURENS, A. PEREGO, *Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families,* cit., p. 123; H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit., pp. 70-72; op. cit. J.-Y. CARLIER, *La Libre Circulation des Personnes dans L'Union Européenne*, cit., 2014, pp. 167-179.

[65] Loi du 15 Décember 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers / Wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *M.B. / B.S.* 31 December 1980.

[66] See H. DE WAELE, M.T. SOLÍS SANTOS, *Case-study Exploring Obstacles in the Exercising Core Citizenship Rights*, cit.

4. *Conclusions*

From the above, a few clear ideas can be extracted. Despite the efforts of the Commission in overcoming the barriers that the EU citizens encounter when exercising their EU citizenship rights, there (still) exist some (persistent) barriers that hamper the exercise of their moving rights[67].

There are some factors that explain why these barriers (still) exists. One of the most important is the transposition of EU law in the national legislation of the Member States and how the national authorities and national Courts interpret it. The transposition is made following different standards which results in different standards for defining key concepts such as 'sufficient resources'[68].

Finally, one can observe a different level of EU citizenship depending on the economic activity, or the lack of economic activity, of the EU citizen when (s)he intends to exercise his or her freedom of movement and residence rights. As a result, different levels of protection of the EU citizen are observed also under EU law. Consequently, different levels of EU citizenship can be distinguished based on these facts, thus it seems that non-economic migrants face more often and harder legal limitations when exercising their right to freely move and reside in a host Member State[69].

[67] They not only encounter economic burdens when trying to exercise the freedom of movement and residence as a number of persistent barriers are still present in their daily life as shown by A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains*, cit.

[68] See to that extent H. VAN EIJKEN, P. PHOA, *Exploring obstacles in exercising core EU citizenship rights,* cit.,

[69] H. VERSCHUEREN, *Free movement of EU citizens. Including the poor?,* cit., p. 33. See also to this extent A. NICOLAU, *Freedom of Movement in the EU: A Look behind the Curtains*, cit.

CONCLUSIONI

PAOLO MENGOZZI*

Il Convegno, promosso da Maria Caterina Baruffi, Angela Di Stasi e Lina Panella, che in questi due giorni si è tenuto nell'Università degli Studi di Salerno, nel quadro del gruppo di interesse "Diritti fondamentali e cittadinanza nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia", come hanno auspicato nelle loro introduzioni Ugo Villani e Angela Di Stasi, ha costituito un felice dialogo tra le diverse anime della SIDI.

Alle tre sessioni e alla Tavola rotonda in cui il Convegno si è articolato, hanno dato un'efficace animazione, con introduzioni, interventi e sintesi, le presidenze assicurate da Angela Del Vecchio, Roberta Clerici e Ruggiero Cafari Panico.

I relatori della prima sessione (Gaetano Azzariti, Pietro Gargiulo, Pablo Antonio Fernández-Sánchez e Lina Panella) sono partiti dal rilievo che il concetto di cittadinanza non è stato storicamente e non è tutt'oggi univocamente inteso ed ha una dimensione marcatamente politica. Alcune società statali lo hanno utilizzato e lo utilizzano sulla base del criterio dello *jus sanguinis*, legandolo alle proprie tradizioni culturali e familiari, altre sulla base del criterio dello *jus soli* per favorire la partecipazione alla vita che si svolge nel proprio territorio, altre ancora sulla base di criteri misti ancorati ad esigenze dell'uno e dell'altro tipo.

L'ordinamento italiano, pur privilegiando l'attribuzione della cittadinanza *jure soli*, si sbilancia non poco, come risulta dal 2° comma dell'art. 4 della Costituzione, verso il suo collegamento con l'idea di partecipazione sancendo che «*Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*»; e, poi, però, con la l. cost. 1/2000, attribuisce il diritto di voto agli italiani all'estero che anche da lungo tempo sono estranei alla partecipazione alla vita del nostro paese e si può ritenere siano dotati di una cittadinanza "annacquata" o puramente "sentimentale".

Sul piano del diritto internazionale, il diritto di ogni individuo ad una cittadinanza è stato affermato dall'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo con una vaga implicazione di un dovere degli Stati di non privare gli individui di un tale *status*. Nel 1961 sul piano

* Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea.

convenzionale si è previsto un obbligo in tal senso ma solo per il caso in cui una tale privazione li renda apolidi, con la possibilità di una deroga a un tale obbligo solo in casi eccezionali, ad esempio per interessi superiori di uno Stato o perché la cittadinanza sia stata acquisita in modo fraudolento. Ma tale Convenzione è stata sin qui ratificata solo da 7 Paesi (l'Italia l'ha ratificata di recente): sul piano del diritto internazionale generale l'interesse dello Stato continua a prevalere su quello degli individui.

Nel quadro di esperienze che hanno riguardato l'ambiente comunitario, si è innanzitutto segnalato che, a seguito della sentenza *Matthews* della Corte europea dei diritti dell'uomo e della conclusione di un'intesa tra la Commissione e il Regno Unito, persone residenti a Gibilterra sono state ammesse a votare per il Parlamento europeo (senza che questo sia venuto ad attribuire loro la libertà di circolazione e la protezione diplomatica consolare). E poi si è fatto riferimento all'istituzione in Spagna della cittadinanza civile che ha conferito diritti specifici a cittadini non spagnoli. A questo riguardo alcuni hanno osservato che quest'esperienza potrebbe essere estesa in tutta l'Unione, anche per far fronte alla tutela degli immigrati, altri invece che essa è strettamente legata al particolare interesse della Spagna ad attirare turisti e in particolare pensionati, altri infine hanno sostenuto che più che di un particolare tipo di cittadinanza si possa parlare di un riconoscimento di una serie ampia di diritti, normalmente non attribuiti agli stranieri.

A sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, successive alla sentenza *Matthews,* si è fatto poi riferimento per evocare due importanti prese di posizione che hanno interessato il Belgio e l'Italia. Nel primo caso, quella Corte ha ritenuto non conforme alla CEDU un atto di espulsione di un marocchino affermando un suo diritto a mantenere la sua residenza in Belgio nonostante egli, in quel Paese, fosse stato condannato 147 volte dato che ivi si trovava dall'età di due anni e non aveva alcun collegamento col suo paese di origine. Nel secondo caso i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che un rom non potesse essere espulso dal territorio italiano perché in Italia si trovavano tutti suoi familiari.

In relazione a quanto risultante da queste due sentenze si è evidenziata la possibilità di parlare, accanto ad una cittadinanza formale, di una cittadinanza sostanziale. É stato, però, segnalato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha assunto recentemente un atteggiamento di tipo diverso con riferimento alla revoca della cittadinanza. Ha ritenuto che uno Stato membro abbia il potere di effettuarla anche quando essa possa dar luogo ad una situazione di apolidia, ove la cittadinanza sia stata acquisita in modo fraudolento e/o la persona interessata si sia a lungo astenuta dall'opporsi a un tal provvedimento.

Alla luce di questi diversi tipi di esperienze si è auspicato che si pervenga al più presto ad un Protocollo sul diritto alla cittadinanza da annettersi alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

Le relazioni della seconda sessione (tenute da Costanza Honorati, Bruno Barel e Talitha Vassalli di Dachenhausen) si sono intrecciate con gli interventi presentati (da Bernardo Cortese, Diana Marín Consarnau, Francesca Perrini e Maria Teresa Solís Santos) durante la Tavola Rotonda finale.

Mirando a considerare i rapporti tra cittadinanza e nuovi *status personae e familiae*, una particolare attenzione è stata dedicata alla maternità surrogata. A questo riguardo si è rilevato, innanzitutto, che mentre, da un lato, il Parlamento europeo nel 2015 ha adottato una risoluzione con cui ha dichiarato che tale pratica viola la dignità della donna, d'altro lato la maternità surrogata risponde ad un'esigenza reale di una parte della società e deve, quindi, trovare una disciplina giuridica anche a fronte del fatto che, quando non è ammessa dal diritto di uno Stato, ad essa si fa ricorso all'estero. A tale scopo occorre occuparsi particolarmente dello *status* giuridico del minore e della tutela del suo interesse. E poi si devono distinguere tra i diversi tipi di fecondazione eterologa dato che distinti sono i valori implicati da ciascuno tipo. *Last but not least*, non bisogna trascurare gli aspetti internazional-privatistici della materia dato che una cosa sono le fattispecie puramente interne e un'altra quelle rispetto alle quali l'ordinamento nazionale si deve ritrarre per riferirsi ad un altro ordinamento.

Quest'ultima osservazione si è incrociata con l'analisi che, nel quadro della Tavola rotonda, è stata compiuta della disciplina internazional-privatistica che, come conseguenza delle libertà di circolazione introdotte tra i suoi Stati membri, l'Unione si è data del divorzio e della separazione personale, delle successioni, dei regimi patrimoniali e delle unioni registrate. Considerando il bilanciamento che tale disciplina effettua tra l'utilizzazione del criterio della cittadinanza delle persone e quello della loro residenza abituale, si è rilevato che il largo uso di questo secondo criterio è segno di un complessivo aumento della sfera di autonomia dell'individuo, cittadino dell'Unione, cui il sistema riconosce il ruolo di arbitro nell'allocazione delle competenze normative tra Stato di cittadinanza (e comunque di origine) e Stato di residenza abituale (e, dunque, di destinazione o, meglio ancora, di circolazione). Al cittadino dell'Unione si riconosce così il diritto di autodeterminare il proprio regime giuridico complessivo, indirettamente, tramite la scelta del mutamento della residenza abituale, e direttamente, tramite la scelta del sistema giuridico ad esso applicabile.

Ciò ha permesso di considerare che ai diritti che i trattati istitutivi e la giurisprudenza della Corte di giustizia riconoscono espressamente come la dote del cittadino dell'Unione si accompagni anche questo suo diritto di autodeterminare il proprio regime giuridico personale complessivo.

Il rilievo in questione ha costituito un ponte con quanto è stato considerato nella terza sessione dedicata alla cittadinanza dell'Unione (in cui hanno svolto relazioni Claudia Morviducci, Susanna Cafaro e Simone Marinai). In questa sessione si è distinta la cittadinanza dell'Unione degli stanziali (avvicinati alla figura di Penelope) da quella degli altri (ricondotti alla figura di Ulisse) per dedicare speciale attenzione ai primi e rilevare che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha modificato la loro situazione giuridica. Al riguardo è stato fatto particolare riferimento alla sentenza *Zambrano* con cui è stato riconosciuto il diritto ad ottenere un permesso di soggiorno e un permesso di lavoro in Belgio a un cittadino colombiano padre di due figli in tenera età nati in quel paese, in quanto i genitori, non avendoli registrati presso l'Ambasciata del proprio Paese, avevano impedito che ne acquistassero la relativa cittadinanza, dando luogo ai presupposti per l'acquisto da parte loro della cittadinanza belga e, di conseguenza, della cittadinanza dell'Unione.

Come noto, la Corte ha ritenuto che il sig. Zambrano avesse un diritto ad ottenere i permessi che aveva richiesto e a non essere allontanato dal territorio belga come un diritto derivato dal diritto dei figli – che non avevano in alcun modo usufruito della libertà di circolazione – ad essere tutelati come cittadini dell'Unione nei loro diritti essenziali e godere del sostenimento che il padre era l'unico a poter praticamente garantire.

Pur esprimendosi apprezzamento per quanto così statuito dalla Corte di giustizia, *a*) si è rilevato che nei successivi casi *McCarthy*, *Dereci* e *Chakroun* essa, senza precisare cosa si debba intendere per diritti essenziali garantiti ai cittadini dell'Unione, si è limitata ad affermare che la posizione presa nel caso *Zambrano* doveva essere considerata eccezionale, *b*) si è lamentato che essa a questo modo si sia mantenuta nel vago non andando al di là dell'affermazione secondo cui si debba valutare caso per caso quando sussistano diritti essenziali.

A giustificazione dell'atteggiamento preso dalla Corte di giustizia si è richiamato che non si può trascurare la particolare attenzione che gli Stati membri, in una materia così legata alla loro sovranità, prestano al rispetto del principio di attribuzione; ove avesse utilizzato un criterio più generale e non limitato ad una valorizzazione di buon senso del carattere eccezionale degli aspetti umani del caso di specie, essa avrebbe prestato il fianco ad una confutazione della sua presa di posizione come *ultra vires*.

Questa valorizzazione di buon senso del carattere eccezionale degli aspetti umani del caso di specie ha costituito un precedente a partire dal quale, successivamente, nel caso *Lounes*, la Corte ha allentato la sua preoccupazione di non superare il vincolo derivantele dal principio di attribuzione.

Nel caso, una cittadina spagnola, la signora Ormazabal, che si era trasferita nel Regno Unito per un corso di studi, dopo avere ivi ottenuto un permesso di soggiorno permanente, era diventata cittadina di quel Paese e da quel momento non si era mai spostata dal suo territorio, divenendovi cittadina stanziale. Nel 2013 aveva avviato una relazione con un cittadino algerino che nel 2010 aveva ottenuto un visto per scopo di visita nel Regno Unito valido sei mesi e aveva continuato a restarvi illegalmente oltre tale periodo. Successivamente, la signora Ormazabal e il signor Lounes si erano sposati e questi aveva presentato domanda di una carta di soggiorno in qualità di familiare di un cittadino del SEE ai sensi di un Regolamento con cui il Regno Unito aveva recepito la direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Sulla base di questo Regolamento il signor Lounes, vistasi respingere la sua domanda, aveva avanzato ricorso ai giudici britannici, i quali hanno fatto rinvio alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha ritenuto che l'art. 21, par. 1 TFUE (che conferisce ad ogni cittadino dell'Unione il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri) e la direttiva 2004/38 (che mira ad agevolare l'esercizio di detto diritto) non conferiscono ad un cittadino di uno Stato terzo quale il signor Lounes alcun diritto di soggiorno autonomo, ma soltanto un diritto derivato da quelli di cui gode il cittadino dell'Unione; un diritto del cittadino di Stati terzi, familiare di un cittadino dell'Unione, esiste, in linea di principio, solo quando è «necessario per assicurare l'effettivo esercizio da parte di tale cittadino della sua libertà di circolazione».

La signora Ormazabal, dacché era divenuta cittadina britannica, non aveva invocato alcuna necessità di esercitare la libertà di circolazione e non risulta nemmeno che l'avesse invocata nella procedura apertasi con la domanda di permesso di soggiorno del suo coniuge. Ciò nonostante, con una considerazione di buon senso comparabile a quella svolta nel caso *Zambrano*, la Corte ha dato rilievo al fatto che quella signora, prima di essere divenuta una cittadina stanziale britannica, aveva esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro di origine e che, di conseguenza, la situazione su cui era chiamata a pronunciarsi non era puramente interna.

Potrà deprecarsi che la Corte, dopo la sentenza *Zambrano*, si sia limitata a quanto ha statuito con la sentenza *Lounes*; ma l'equilibrio che è chiamata a rispettare tra la preservazione della sovranità degli Stati membri e l'esercizio delle sue funzioni le impone di non andare oltre. La situazione sarebbe probabilmente diversa se un più forte processo di democratizzazione dell'Unione potesse portare alla sovranità di quest'ultima nel quadro di una sua evoluzione in senso federale.

Un problema diverso, sempre in materia di cittadinanza dell'Unione, si è posto prestandosi attenzione al fatto che il *Raad van State* olandese, con una recente richiesta di pronuncia pregiudiziale, ha chiesto alla Corte di esprimersi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una regolamentazione dei Paesi Bassi secondo cui cittadini aventi anche la cittadinanza di un Paese terzo (nel caso, del Canada) che in questo risiedono da 10 anni, perdono automaticamente la cittadinanza olandese, e quindi la cittadinanza dell'Unione. I giudici del rinvio chiedono alla Corte di giustizia se una tale regolamentazione, anche alla luce della sentenza *Rottman*, possa considerarsi conforme al principio di proporzionalità. Non vi è dubbio che la questione è molto delicata. Varrà la pena di riparlarne una volta che la Corte di giustizia si sarà pronunciata anche per verificare come avrà coordinato la sua soluzione con l'affermazione fatta nella sentenza *Van Duyn*, secondo cui «*un principio di diritto internazionale, che il Trattato CEE non ha certamente reso inoperante, impedisce ai singoli Stati membri di negare ai propri cittadini l'ingresso nel proprio territorio*».

Due ulteriori idee sono infine state suggerite dall'interazione che si è avuta tra le diverse sessioni e la tavola rotonda. In base alla prima, la nozione di cittadinanza civile potrebbe servire per definire lo statuto delle persone interessate dalla Brexit. In base alla seconda, le adozioni attenuate meriterebbero di essere oggetto di un'autonoma regolamentazione internazional-privatistica dell'Unione.

Ancora una volta gli organizzatori del Convegno hanno saputo brillantemente promuovere un tema tanto vasto cercando di mettere in luce i vari suoi aspetti: nel loro insieme, i lavori che, nella fase finale, hanno visto interessanti interventi di De Sena, Marcelli e Pitrone, sono risultati molto vivaci, anche per la proficua interazione che si è avuta tra i diversi contributi provenienti dal diritto internazionale, dal diritto internazionale privato e dal diritto dell'Unione, nell'ottica di favorire una sempre più elevata tutela delle persone.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000[*]

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

[*] Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Componenti:

Prof.M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta
Dott. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof.ssa Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma il 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento l'8 giugno 2017

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta
Prof. Federico Casolari
Prof.ssa Angela Di Stasi
Prof.ssa Alessandra Gianelli
Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Finito di stampare nel mese di maggio 2018
presso la *Vulcanica Print* Nola (Na)