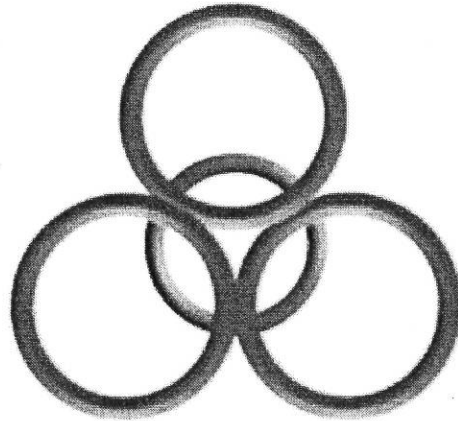




[HOME](#) [INFO](#) [LOGIN](#) [CERCA](#) [CORRENTE](#) [ARCHIVIO](#)

Home > **Annali Online Pubblicazioni dello IUSS**

Annali Online Pubblicazioni dello IUSS



IUSS - FERRARA 1391



Quest' opera è distribuita con [licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia](#).

ISSN: 1974-918X

[OPEN JOURNAL SYSTEMS](#)

[Aiuto](#)

CONTENUTI DELLA RIVISTA

Cerca

Tutti

Cerca

Esplora

- [per fascicolo](#)
- [per autore](#)
- [per titolo](#)
- [altre riviste](#)

DIMENSIONE DEI CARATTERI



HOME INFO LOGIN CERCA CORRENTE ARCHIVIO

Home > Archivi > **Vol 1, N° 1 (2007)**

Vol 1, N° 1 (2007)

Le migliori tesi

Macroarea EGUS - Comparazione Giuridica e Storico-giuridica

La manipolazione del mercato degli strumenti finanziari: tra funzioni del mercato di borsa e principi del diritto penale

Fernando Londono

PDF

1-172

Macroarea EGUS - Diritto Costituzionale

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel diritto europeo

Alessia Ottavia Cozzi

PDF

1-343

Macroarea EGUS - Economia

La progettazione dei sistemi di programmazione e controllo nelle università: un'analisi comparata del ruolo dei fattori istituzionali e degli strumenti economico-aziendali

Laura Maran

PDF

1-339

Macroarea EGUS - Modelli, Linguaggi e Tradizioni nella Cultura Occidentale

Sul volgarizzamento italiano del Tresor di Brunetto Latini

Marco Giola

PDF

1-617

Macroarea MED-BIO - Sistemi biologici: struttura, funzione, evoluzione

Photosynthetic activity and thylakoid biochemistry in plastids of arum italicum miller

Laura Pantleoni

PDF

1-81

Macroarea MED-BIO - Biochimica, Biologia molecolare e Biotecnologie

RNA interference for studying the role of fibrocystin/polyductin in human kidney cell lines

Alessandra Mangolini

PDF

1-124

Macroarea MED-BIO - Farmacologia e Oncologia Molecolare

The role of "NMDA" receptors subunits in movement disorders involving basal ganglia: a behavioural and neurochemical study

Martina Fantin

PDF

1-185

Macroarea MED-BIO - Scienze Biomediche, Endocrinologiche e Neurofisiologiche

OPEN JOURNAL SYSTEMS

[Aiuto](#)

CONTENUTI DELLA RIVISTA

Cerca

Tutti

Cerca

Esplora

- [per fascicolo](#)
- [per autore](#)
- [per titolo](#)
- [altre riviste](#)

DIMENSIONE DEI CARATTERI

Reactive oxigens species (superoxide) in human inner ear perilymph: preliminary results PDF
Andrea Ciorba 1-43

Macroarea MED-BIO - Scienze Farmaceutiche

Studi rivolti alla sintesi di antagonisti del recettore NOP PDF
Giulia Fanton 1-215

Macroarea SCI-TEC - Fisica

Transverse spin effects in polarized semi inclusive deep inelastic scattering PDF
Luciano Pappalardo 1-213

Macroarea SCI-TEC - Matematica e Informatica

Modeling and numerical methods for multiscale hyperbolic and kinetics equations PDF
Giacomo Di Marco 1-235

Macroarea SCI-TEC - Scienze dell'Ingegneria

Modeling of FRP pultruded structures using locking-free finite elements PDF
Fabio Minghini 1-224

Macroarea SCI-TEC - Scienze della Terra

Petrogenesi e significato geodinamico del vulcanismo del plateau nord etiopico PDF
Claudio Natali 1-104



Quest' opera è distribuita con [licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/).

ISSN: 1974-918X



Università degli Studi di Ferrara

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COSTITUZIONALE**

COORDINATORE PROF. ROBERTO BIN

**IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E
FAMILIARE NEL DIRITTO EUROPEO**

DOTTORANDA

DOTT.SSA ALESSIA – OTTAVIA COZZI

TUTORE

PROF.SSA SERGIO BARTOLE

XIX° CICLO

ANNI 2004 - 2006

Quattro cani per strada

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

L'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

1. Introduzione, sul significato di «vita privata» e «vita familiare»	1
2. Inquadramento generale sui metodi interpretativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo	8
3. La dottrina del margine di apprezzamento: origini e contenuto	12
4. Le variabili che determinano l'ampiezza del margine di apprezzamento	19
4.1. Casi in cui il margine di apprezzamento dipende dalla natura del diritto leso	23
4.1.1. La tutela dell'integrità fisica e morale	24
4.1.2. Margine di apprezzamento e tutela dell'orientamento sessuale, dove si spinge la Corte	34
4.1.3.e dove la Corte è più cauta: la vita familiare degli omosessuali....	41
4.1.4. Il diritto all'identità sessuale: la protezione della vita privata dei transessuali	51
4.2. Il diritto al nome avanti alla Corte di Strasburgo	65
4.2.1. L'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati in materia di diritto al nome	76
4.3. Casi in cui il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati è ampio: il ricongiungimento familiare e l'espulsione dello straniero	82
5. La dottrina delle obbligazioni positive e il principio di effettività	89
6. Considerazioni conclusive sulla dottrina del margine di apprezzamento	96
7. Cenni sull'utilizzo dell'argomento comparativo.....	103

CAPITOLO II

IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. Introduzione	109
1.1. Le sentenze <i>Stauder</i> e <i>National Panasonic</i> : il diritto al rispetto della vita privata all'origine della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti	124
2. Il diritto al nome avanti alla Corte del Lussemburgo	130
2.1. Il diritto al nome come mero riflesso di una libertà economica	132
2.2. Il diritto al nome come componente autonoma della cittadinanza europea	137
3. Il trattamento dei transessuali avanti alla Corte di Giustizia	146
3.1. Il divieto di licenziamento in ragione del cambiamento di sesso	152

3.2.	La sentenza <i>K.B.</i> , ovvero del diritto dei transessuali di sposarsi.....	158
3.3.	<i>Sarah Margaret Richards</i> , ovvero del confine tra competenze comunitarie e competenze nazionali in materia di età pensionabile	169
3.4.	Prime conclusioni sull'incidenza del parametro convenzionale nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di trattamento dei transessuali	171
4.	La tutela degli omosessuali avanti alla Corte di Giustizia.....	173
4.1.	La sentenza <i>Grant</i> , o dove l'interpretazione estensiva del parametro comunitario alla luce dei diritti fondamentali si ferma... ..	176
4.2.	La sentenza <i>D. e Regno di Svezia c. Consiglio</i> del 2001.....	183
4.3.	La costruzione del parametro comunitario alla luce delle legislazioni e prassi degli Stati membri	187
5.	La disciplina del ricongiungimento familiare di cittadini comunitari avanti alla Corte di Giustizia	196
5.1.	Il quadro normativo di riferimento	197
5.2.	Alle origini del diritto al rispetto della vita familiare del lavoratore migrante: la sentenza <i>Commissione c. Germania</i> del 1989.....	202
5.3.	La sentenza <i>Morson e Jhanjan</i> del 1982 o di una fattispecie puramente interna in materia di ingresso e soggiorno nel territorio di uno Stato membro	205
5.4.	Le sentenze <i>Singh e Carpenter</i> , ovvero dove il diritto comunitario si estende a situazioni che sarebbero potute apparire puramente interne....	209
5.5.	La sentenza <i>Akrich</i> , o dove il diritto comunitario si ferma per evitare abusi nella legislazione nazionale in materia di immigrazione.....	222
5.6.	<i>Baumbast e Chen</i> , o quando i legami familiari si rompono, ma i bambini hanno bisogno di protezione.....	230
5.7.	Recenti sentenze sul diritto al ricongiungimento familiare del cittadino comunitario, ancora un'interpretazione estensiva del parametro comunitario.....	244
5.8.	Il ricongiugimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza <i>Parlamento c. Consiglio</i> del 27 giugno 2006.....	255
5.9.	Prime conclusioni sulla tutela del ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	273
6.	Conclusioni in merito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto al nome, parità di trattamento degli omosessuali e dei transessuali e ricongiungimento familiare	283

CAPITOLO III

IL RAPPORTO TRA LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO, LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI LUSSEMBURGO E LA CARTA DI NIZZA NEI LAVORI PREPARATORI ALLA CARTA

1.	L'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla redazione della Carta di Nizza	292
1.1.	Il diritto al rispetto della vita privata nei lavori preparatori alla	

redazione della Carta	294
1.2. Il diritto al rispetto della vita familiare nei lavori preparatori alla redazione della Carta	300
2. L'influenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo	309
Conclusioni	317
Bibliografia	321

Introduzione

Scopo della presente ricerca è ascoltare le assonanze e le dissonanze tra le giurisprudenze delle Corti europee, la Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo in relazione ad un determinato diritto, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, per poi verificare se la partitura seguita dalle due orchestre sia stata del pari ripresa da coloro che hanno redatto la Carta di Nizza in seno alla Convenzione presieduta dal dott. Herzog.

La prima parte della ricerca si propone, dunque, di esaminare come le due Corti abbiano costruito il parametro relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, o meglio i diritti, come si dirà tra breve. Per “costruzione” del parametro si intende la sua definizione, la ricognizione dei contenuti che lo identificano, dei materiali da cui quei contenuti sono tratti, nonché i metodi argomentativi utilizzati in via ascendente, per delineare il parametro, ed in via discendente, per applicarlo al caso di specie.

Il punto di partenza della ricerca è costituito dall’art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, che tutela espressamente il «Diritto al rispetto della vita privata e familiare». Il solo profilo della definizione formale appare insufficiente per una descrizione della consistenza del diritto nella giurisprudenza di Strasburgo, poiché le nozioni di «vita privata» e «vita familiare» sono state declinate in una notevole varietà di “sottodiritti” impensabile a partire dal solo testo della disposizione. Si è scelto, pertanto, di non analizzare tutta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 8 della Convenzione, ma di selezionare alcuni dei profili/diritti “scoperti” dalla Corte nell’alveo dell’art. 8.

In punto di metodo, la selezione ha voluto coprire sia profili della vita privata che attengono al nucleo originario della protezione delle scelte intime, dunque il diritto al rispetto dell’integrità fisica e psichica, il diritto al rispetto dell’identità sessuale e dell’orientamento sessuale; sia profili che si allontanano dal nucleo originario, involgendo la proiezione dell’individuo nella sfera sociale che lo circonda, come il diritto al nome. Infine, per ciò che attiene alla vita familiare, si è analizzata la giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare ed espulsione dello Straniero.

Sempre in punto di metodo, si è scelto un preciso “punto di vista” attraverso cui leggere la giurisprudenza selezionata, consistente nella funzione e misura del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte agli Stati per ciascuno dei diritti selezionati. La dottrina del margine costituisce un criterio interpretativo tipico della giurisprudenza di Strasburgo. Essa è stata individuata come linea guida dell’analisi della giurisprudenza in quanto, da un lato, consente di misurare la consistenza del diritto garantito, evidenziando quale parte del contenuto del diritto sia direttamente delineata dalla Corte di Strasburgo; dall’altro, in un’ottica di rapporto tra sistemi di riferimento, consente di accertare se e con quale intensità possa variare il vincolo imposto dalla Convenzione agli Stati in funzione della natura del diritto leso.

Nel secondo capitolo, si è analizzata la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa ai medesimi diritti selezionati nella prima parte. Anche in questo caso, una selezione fondata sul mero richiamo formale del parametro si è rivelata

immediatamente insufficiente per comprendere la consistenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare nell'ordinamento comunitario. In realtà, il tentativo che si è voluto porre in essere è stato quello di scegliere sentenze che incidono i medesimi settori materiali giudicati da Strasburgo sulla base dell'art. 8 indipendentemente dal parametro attivato dalla Corte di Giustizia. Si è, in altre parole, partiti dalle fattispecie giudicate da Strasburgo per ciascuno dei diritti selezionati nel capitolo I, per verificare se e come fattispecie analoghe trovino protezione avanti alla Corte di Giustizia.

A tal fine, sono state selezionate sentenze in cui il principio generale del diritto al rispetto della vita privata e familiare è espressamente attivato, ma anche sentenze in cui tale principio non è richiamato né in forma espressa né in forma implicita, ed in cui, tuttavia, la Corte di Giustizia giunge ad assicurare egualmente una tutela analoga a quella della Corte di Strasburgo in forza di parametri distinti, quali il principio di non discriminazione in base alla retribuzione e alla nazionalità, le libertà fondamentali di circolazione, la cittadinanza europea. Per ciascuno dei settori materiali esaminati, il trattamento dei transessuali e degli omosessuali, il diritto al nome, la disciplina del ricongiungimento familiare, si verificherà, perciò, qual è in concreto il parametro applicato, disposizione comunitaria scritta o principio generale non scritto di protezione della vita privata e familiare. Per le sentenze che contengono un espresso rinvio al suddetto principio generale, ci si chiede quale contenuto abbia tale principio rispetto all'analogo diritto tutelato da Strasburgo; alla luce di quali argomenti venga applicato; quale sia la sua funzione nell'economia della decisione. Quanto a quest'ultimo aspetto, si è tentato di comprendere perché il principio del rispetto della vita privata e familiare sia attivato dalla Corte di Giustizia in alcuni casi, mentre in altri non lo è, pur essendo potenzialmente conferente alla fattispecie.

Gli elementi così tratti vanno a comporre la partitura sulla quale le due Corti fondano la rispettiva esecuzione, partitura che, a dire il vero, non è precostituita, ma che esse stesse contribuiscono di volta in volta a scrivere.

L'ultima parte della ricerca è volta a chiarire se e in che modo i risultati della lenta, ma continua costruzione del parametro ad opera delle due Corti per mezzo dell'interpretazione siano stati utilizzati in sede di redazione della Carta di Nizza. A tal fine, sono stati analizzati i lavori preparatori della Convenzione che ha elaborato il progetto di Carta nel corso dell'anno 2000. Tale progetto è rimasto pressoché invariato nel corso della seconda Convenzione, che ha proposto il progetto di Trattato per una Costituzione europea, per ciò che attiene alla formulazione delle disposizioni sostanziali, mentre sono state modificate le clausole orizzontali finali. Non si è voluto, tuttavia, è bene anticiparlo, effettuare un'analisi astratta sul valore giuridico e sugli effetti della Carta in rapporto ai tre sistemi di riferimento di tutela dei diritti, nazionale, convenzionale e comunitario. Si è voluto, invece, limitare la ricerca al momento della scrittura, per comprendere se l'acquis giurisprudenziale abbia indirizzato la redazione delle disposizioni relative alla vita privata e familiare e del diritto a contrarre matrimonio, in altre parole se l'eco della giurisprudenza abbia influenzato coloro che scrissero la Carta, sia nel senso di accogliere soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza, sia nel senso di respingerle.

CAPITOLO I

L'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1 INTRODUZIONE, SUL SIGNIFICATO DI «VITA PRIVATA» E «VITA FAMILIARE»; 2 INQUADRAMENTO GENERALE SUI METODI INTERPRETATIVI UTILIZZATI DALLA CORTE DI STRASBURGO; 3 LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO: ORIGINI E CONTENUTO; 4 LE VARIABILI CHE DETERMINANO L'AMPIEZZA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO; 4.1 CASI IN CUI IL MARGINE DI APPREZZAMENTO DIPENDE DALLA NATURA DEL DIRITTO LESO; 4.1.1 LA TUTELA DELL'INTERGITÀ FISICA E MORALE; 4.1.2 MARGINE DI APPREZZAMENTO E TUTELA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE, DOVE SI SPINGE LA CORTE... 4.1.3...E DOVE LA CORTE È PIÙ CAUTA: LA VITA FAMILIARE DEGLI OMOSESSUALI; 4.1.4 IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ SESSUALE: LA PROTEZIONE DELLA VITA PRIVATA DEI TRANSESSUALI; 4.2 IL DIRITTO AL NOME AVANTI ALLA CORTE DI STRASBURGO; 4.2.1 L'AMPIEZZA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO DEGLI STATI IN MATERIA DI DIRITTO AL NOME; 4.3 CASI IN CUI IL MARGINE DI APPREZZAMENTO RICONOSCIUTO AGLI STATI È AMPIO: IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO; 5 LA DOTTRINA DELLE OBBLIGAZIONI POSITIVE ED IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ; 6 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO; 7 CENNI SULL'UTILIZZO DELL'ARGOMENTO COMPARATIVO.

1.Introduzione, sul significato di «vita privata» e «vita familiare»

La prima domanda che spontaneamente si pone l'interprete allorchè affronta le sentenze della Corte di Strasburgo sull'art. 8 della Convenzione europea è che cosa si intenda per “vita privata” e per “vita familiare”¹. La Corte di Strasburgo, per vero, non ha mai dato una definizione esaustiva né dell'una né dell'altra nozione. Si tratta, invece, di concetti che sono stati chiariti nel corso dell'evoluzione della giurisprudenza, in occasione dei singoli casi trattati. Ciò che,

¹ Per agevolare il lettore, si riporta il testo dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848: «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*».

Per un primo commento alla disposizione, V. ZENO ZENCOVICH, *art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 307-317; C. RUSSO, *art. 8 §1*, in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 305-321; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *art. 8 § 2*, *ivi*, 323-354; F.G. JACOBS – R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, IV ed., 241- 298; VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOF (éd), *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998; C. PARAVANI, *art. 8 Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2004, 291-380.

innanzitutto, colpisce nella lettura della giurisprudenza è che nell'ambito di queste due nozioni, "vita privata" e "vita familiare", la Corte ha riconosciuto tutela ad una gamma di diritti che non trovano immediata rispondenza nel testo scritto della disposizione, per vero generico ed indeterminato, e che sono il frutto di un lento, ma progressivo percorso scandito dall'interpretazione evolutiva del testo convenzionale.

Nel tentativo di riordinare la giurisprudenza relativa all'art. 8 della Convenzione per tipologia di diritto applicato, ovvero per settore materiale di incidenza, ne ho ricavato un lungo elenco, che riporto in ordine sparso: per la vita privata, diritto al nome; diritto all'immagine; diritto alla conoscenza delle proprie origini familiari; diritto alla conoscenza e alla protezione dei propri dati personali; tutela dell'integrità psico-fisica e dello sviluppo della personalità del minore; diritto all'integrità fisica dei detenuti; diritto al rispetto dell'identità sessuale; diritto al rispetto dell'orientamento sessuale; diritto alla salute; diritto all'abitazione; diritto ad un ambiente salubre; per la vita familiare, diritto alla protezione dei legami familiari in caso di affidamento dei minori, dunque diritto di visita dei genitori; diritto al riconoscimento della paternità; diritto all'educazione dei figli; diritti del figlio naturale; diritti legati al fenomeno migratorio, quali la protezione dell'unità familiare in caso di espulsione dello straniero; il diritto al ricongiungimento familiare. L'art. 8, inoltre, protegge espressamente il domicilio, che è stato inteso sia come domicilio delle persone fisiche che delle persone giuridiche, e la corrispondenza, estesa dalla giurisprudenza alle comunicazioni, in tema per esempio di intercettazioni telefoniche.

Con una bella espressione, la dottrina ha definito la giurisprudenza convenzionale sul rispetto della vita privata e familiare un "abecedario"². Ma che cosa sono, in definitiva, la vita privata e la vita familiare? I lavori preparatori alla Convenzione rivelano che, nella sua versione definitiva, il testo dell'art. 8 recitava: *«Nessuno sarà oggetto di immissioni arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio, nella sua corrispondenza»*. La disposizione traeva diretta ispirazione dal testo dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti

² F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in ID (dir), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 11-33, spec. 12.

dell'uomo, che prevede: «Nessuno sarà oggetto di immissioni arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, né di violazioni del suo onore e della sua reputazione». Secondo la dottrina, nell'intenzione dei redattori del testo del 1950 la "vita privata" era destinata a coprire la sfera intima della persona, volendo proteggerla dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici³.

La dottrina riconosce, tuttavia, che una svolta nella nozione di vita privata si sia avuta con la sentenza *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992, a proposito della perquisizione dell'ufficio di un avvocato. Riprendendo una formula costante, la Corte affermò di non ritenere «né possibile né necessario cercare di definire in maniera esaustiva la nozione di "vita privata"», per poi però immediatamente aggiungere: «Sarebbe tuttavia troppo restrittivo limitarla ad un "cerchio intimo" in cui ciascuno può condurre la sua vita personale nel modo che preferisce e tenere totalmente separato il mondo esterno da questo cerchio. Il rispetto della vita privata deve anche comprendere, in una certa misura, il diritto per l'individuo di nutrire e sviluppare relazioni con i suoi simili»⁴.

³ I riferimenti ai lavori preparatori sono tratti da F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in ID (dir), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 12-13. Quanto alla definizione della vita privata come mera protezione dagli abusi e dalle ingerenze dei poteri pubblici, si veda l'opinione dissenziente del giudice Fitzmaurice alla sentenza *Marcks* del 13 giugno 1979, rimasta famosa: «Il est tout à fait clair (du moins à mes yeux) - et tout le climat dans lequel l'idée de la Convention européenne des Droits de l'Homme a été conçue étaye cette opinion - que le principal, sinon le seul objet, le seul champ d'application visé par l'article 8 (art. 8) était ce que j'appellerai la "protection domiciliaire" de l'individu. Celui-ci et sa famille ne devaient plus être exposés au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, aux intrusions domestiques, perquisitions et interrogatoires, aux contrôles, retards et confiscations de correspondance, à l'installation d'appareils d'écoute (mouchards), aux restrictions d'emploi de la radio et de la télévision, à l'écoute ou au débranchement du téléphone, aux mesures privatives comme les coupures d'électricité ou d'eau, à des abominations comme le fait d'obliger les enfants à rapporter les activités de leurs parents, et même parfois des époux à témoigner l'un contre l'autre, bref à toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes, de ces pratiques comme on n'en connaissait presque plus, du moins en Europe occidentale, depuis les époques d'intolérance religieuse et d'oppression jusqu'à leur réapparition (l'idéologie remplaçant la religion) dans de nombreux pays entre les deux guerres mondiales et par la suite. C'est tout cela, et non la réglementation interne, nationale, des rapports familiaux qui fait l'objet de l'article 8 (art. 8); et c'était pour éviter ces horreurs, ces tracasseries et ces vexations que "(la) vie privée et familiale (...) (le) domicile et (...) (la) correspondance" devaient être respectés, que l'individu devait être investi du droit à ce respect - et non pas pour régler l'état civil des enfants en bas âge» (§7).

⁴ Sentenza *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992, §29. Tutte le sentenze citate sono facilmente reperibili nel sito www.echr.coe.int, attraverso il motore di ricerca HUDOC. In francese il passaggio citato recita: «La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le

La sentenza *Niemietz* ha determinato, secondo la dottrina, un salto qualitativo nella definizione di vita privata, affiancando alla protezione della sfera personale la tutela della proiezione dell'individuo nella sfera sociale⁵. Ne è derivata l'applicazione dell'art. 8 della Convenzione a fattispecie che involgono la dimensione delle relazioni umane e che chiamano in causa, per esempio, il diritto al nome, il diritto all'immagine o, ancora, il diritto di esercitare una professione. Si è determinato, per l'effetto, un progressivo ampliamento della tutela di cui all'art. 8 della Convenzione dalla sfera propria delle scelte personali alla dimensione economica e lavorativa della vita della persona.

Viene naturale interrogarsi sul se esista una connessione tra i profili della vita privata cui si è accennato, in apparenza molto diversi, ovvero se la Corte abbia evidenziato il nesso di collegamento che lega questi distinti aspetti. La Corte di Strasburgo, come vedremo, tendenzialmente non giustifica in alcun modo l'individuazione di un nuovo diritto nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione. Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, la Corte ha fatto riferimento al concetto di autodeterminazione nelle scelte personali quale componente unitaria sottesa ai distinti diritti/profilo della vita privata. Così è accaduto, per esempio, nella sentenza *Pretty* del 29 luglio 2002, in tema di diritto di un malato terminale a morire dignitosamente, di cui si riporta per intero un passaggio, poiché costituisce uno dei rari casi di "ricognizione" da parte della Corte dei diritti da essa stessa enunciati:

«Come la Corte ha già avuto occasione di osservare, la nozione di vita privata» è una nozione ampia, non suscettibile di una definizione esaustiva. Essa copre l'integrità fisica e morale della persona (6). Essa può a volte comprendere alcuni aspetti dell'identità fisica e

monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables».

⁵ In questo senso, F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in ID (dir), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 15; F. GRANET-LAMBRECHTS, *Le droit à l'identité*, ivi, 191-213, spec.195; D. ROMAN, *La protection sociale*, ivi, 231-277, spec. 256 ; J. MOULY, *Vie professionnelle et vie privée, de nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention Européenne*, ivi, 279-303, spec. 280 e 295; M-T. MEULDERS-KLEIN, *L'irrésistible ascension de la «vie privée» au sein de droits de l'homme*, ivi, 306-332, spec.309.

⁶ La Corte rinvia a *X. e Y. c. Paesi Bassi* del 26 marzo 1985, serie A n. 91, p. 11, §22, che sarà oggetto di specifica analisi nei prossimi paragrafi.

sociale dell'individuo (⁷). Elementi quali, per esempio, l'identità sessuale, il nome, l'orientamento sessuale e la vita sessuale rientrano nella sfera personale protetta dall'art. 8 (⁸). Questa disposizione protegge egualmente il diritto allo sviluppo personale e il diritto di stabilire e intrattenere rapporti con gli altri essere umani e il mondo esterno (⁹). Benché non sia mai stato precisato in alcun giudizio precedente che l'art. 8 della Convenzione comporta un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, la Corte ritiene che la nozione di autonomia personale rifletta un principio importante che è sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8» (§61).

Del pari, nella sentenza *Goodwin* del 11 luglio 2002, in materia di diritto dei transessuali di contrarre matrimonio, la Corte ha affermato:

«..la dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione. Sul piano dell'art. 8 della Convenzione, in particolare, ove la nozione di autonomia personale riflette un principio importante che è sotteso all'interpretazione delle garanzie di questa disposizione, la sfera personale di ciascun individuo è protetta, compreso il diritto di ciascuno di stabilire i dettagli della sua identità di essere umano...» (§90)

In relazione alla dimensione sociale della vita privata, inoltre, nella sentenza *Pfeifer c. Austria* del 15 novembre 2007, sul diritto alla tutela della propria immagine, si afferma:

«Quanto all'applicabilità dell'art. 8, la Corte riafferma che la "vita privata" si estende ad aspetti relativi all'identità personale, quali il diritto al nome o all'immagine, ed include inoltre l'integrità fisica e psicologica della persona; la garanzia offerta dall'art. 8 della Convenzione è principalmente tesa ad assicurare lo sviluppo, senza interferenze esterne, della personalità di ciascun individuo nelle sue relazioni con gli altri esseri umani. Esiste quindi una sfera di interazione della

⁷ La Corte cita *Mikulic c. Croazia*, n. 53176/99, CEDH 2002-I, sul riconoscimento di paternità e sul diritto del singolo di conoscere le proprie origini per uno sviluppo completo ed equilibrato della propria personalità.

⁸ La Corte rinvia a *B. c. Francia*, 25 marzo 1992, serie A, n. 232-C, p. 53-54, in tema di tutela dell'identità sessuale; *Burghartz c. Svizzera*, 22 febbraio 1994, serie A n. 280-B, p. 28, §24, in tema di diritto al nome; *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, serie A n. 45, p. 18-19, §41 e *Laskey, Jaggard e Brown*, in tema di orientamento sessuale.

⁹ Si cita nuovamente *Burghartz*, cit., sul diritto al nome, e *Friedl c. Austria*, 31 gennaio 1995, serie A n. 305-B, parere della Commissione, p. 20, §45.

persona con gli altri, anche in un contesto pubblico, che può ricadere nell'ambito di applicazione della "vita privata"» (§33).

A posteriori, dunque, la Corte sembra rileggere la propria giurisprudenza rinvenendo l'elemento di connessione sotteso alla gamma di diritti che nel tempo essa stessa ha individuato come componenti della nozione di vita privata in un principio più generale, il principio di autonomia personale.

Nel prosieguo dell'analisi, si analizzeranno specificamente soltanto alcuni dei profili ricondotti dalla giurisprudenza di Strasburgo alla nozione di vita privata, ed in particolare tre aspetti legati alla sfera personale ed intima della vita privata: il diritto all'integrità fisica e psichica, il diritto all'identità sessuale e il diritto al rispetto dell'orientamento sessuale, in quanto aspetti che toccano il nucleo se si vuole originario della protezione garantita dall'art. 8 della Convenzione. Si affronterà, inoltre, un profilo attinente alla cosiddetta dimensione sociale della vita privata, il diritto al nome.

Per quanto attiene alla vita familiare, come per la vita privata la giurisprudenza non ne fornisce alcuna definizione esaustiva¹⁰. Per definirne la nozione, occorre tener conto del fatto che il testo della Convenzione dedica una specifica disposizione, l'art. 12, al diritto di sposarsi e fondare una famiglia. All'epoca in cui il testo convenzionale è stato redatto, si poteva probabilmente pensare che la vita familiare di cui all'art. 8 fosse la vita all'interno della famiglia, come cellula fondata sul matrimonio¹¹. L'associazione in seno all'art. 8 della vita familiare alla

¹⁰ Per un inquadramento della nozione di vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, spec. 38-56; G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza delle Corti europea dei diritti dell'uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, 131-154; F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 63-98; S. PATTI, *Famiglia*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 493-510.

¹¹ Si noti che la Convenzione europea non tutela la famiglia in quanto tale, bensì i diritti individuali che possono essere fatti valere al suo interno. Non contiene, infatti, il testo convenzionale un articolo analogo all'art. 16, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui: «*la famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e ha diritto alla protezione della società e dello Stato*».

vita privata, d'altra parte, lasciava intendere sulla base del solo dato testuale che l'art. 8 fosse destinato specificamente alla tutela del diritto individuale al rispetto della propria vita familiare. Nello spirito del 1950, l'art. 8 sembrava, in sostanza, volto a garantire il diritto di ciascuno all'intimità delle sue relazioni familiari, ovvero il diritto di ciascuno di vivere con la sua famiglia al riparo da ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici¹².

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come noto, ha tuttavia ben presto separato la tutela della vita familiare dalla protezione della famiglia, assegnando al concetto di vita familiare una sfera di applicazione più ampia del solo rapporto fondato sul matrimonio. In tal senso, la Corte ha ritenuto sussumibili nell'art. 8 il rapporto tra un genitore *single* e il figlio, dunque la filiazione naturale¹³, le coppie conviventi¹⁴, nonché il rapporto tra nonni e nipoti, tra fratelli, tra genitori anziani e figli adulti.

Nel caso del rapporto di filiazione, il legame familiare nasce automaticamente sia nei confronti della madre¹⁵ che nei confronti del padre¹⁶ sin dal momento della

¹² In questo senso, sulla base dei lavori preparatori alla Convenzione, F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in ID (dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 11-59, spec.13.

¹³ Sentenza *Marcks* del 13 giugno 1979, in *Riv. dir. internazionale*, 1980, 233, con nota di M. R. SAULLE, *Filiazione naturale e diritti umani*, *ivi*, 1980, 35.

¹⁴ Nella sentenza *Elsholz* del 13 luglio 2000, per esempio, la Grande Camera della Corte ha espressamente affermato che: «la nozione di famiglia nel senso in cui la intende questo articolo [8] non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio e può comprendere altri legami "familiari" fattuali allorché le parti coabitano al di fuori del matrimonio» (§43).

Sull'applicazione dell'art. 8 alle coppie di fatto, si veda il saggio di M. LEVINET, *Couple et vie familiale*, in F. SUDRE (dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 107-160.

¹⁵ Sentenza *Marcks* del 13 giugno 1979, sul principio *mater semper certa est* ed il riconoscimento automatico del legame di filiazione per il solo fatto della nascita. La Corte, tuttavia, nella successiva sentenza *Odièvre* del 13 febbraio 2003 ha ritenuto compatibile con la Convenzione, in presenza di determinate condizioni, la pratica del parto anonimo consentita in Francia. Sul punto, J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 283 ss.

Per ciò che attiene alla presunzione di esistenza di un legame familiare effettivo anche in seguito alla separazione tra genitori e figli, si veda la ricca giurisprudenza in materia di allontanamento del minore dalla casa familiare, tra cui *B. c. Regno Unito*, *H. c. Regno Unito*, *W. c. Regno Unito* e *O. c. Regno Unito*, tutte del 8 luglio 1987; *Hoffmann c. Austria* del 23 giugno 1993; *McMichael c. Regno Unito* del 24 febbraio 1995; *Eriksson* del 22 giugno 1989; *Kutzner c. Germania* del 10 luglio 2002; *Kaplan c. Austria* del 18 aprile 2007.

Sul rapporto di filiazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, P. MURAT, *Filiation et vie familiale*, in F. SUDRE (dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 161-208.

¹⁶ Sentenza *Kroon c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1994, sul riconoscimento di paternità.

nascita e si presume esistente fino a prova contraria anche se genitori e figli sono stati separati. Nel caso, invece, degli altri legami, per godere della protezione dell'art. 8 la relazione familiare deve essere effettiva, ossia fondata su una concreta condivisione della vita in comune.

La giurisprudenza sull'espulsione dello straniero rivela inoltre che, sebbene tutte le tipologie di legame familiare in senso ampio ora descritte siano attratte nella sfera di applicazione dell'art. 8, la loro tutela in concreto è modulata diversamente a seconda del tipo di legame esistente. Se, infatti, per aversi applicazione dell'art. 8 ad una fattispecie di espulsione è sufficiente la sola presenza sul territorio dello Stato ospitante di componenti della famiglia di origine, quali la madre, il padre o i fratelli, e ciò anche per un soggetto adulto che non abiti più nella casa familiare, nel momento della valutazione della proporzionalità della misura espulsiva rispetto al fine di tutela dell'ordine pubblico il legame con il *partner*, matrimonio o relazione affettiva stabile, ma soprattutto il legame con i figli, sono ritenuti in fatto dalla Corte meritevoli di una tutela più intensa.

Come per la vita privata, nell'analisi che segue si darà conto di uno specifico profilo di tutela della vita familiare. Si è scelto, come già emerso, di esaminare la giurisprudenza in materia di ricongiungimento familiare ed espulsione dello straniero.

2. Inquadramento generale sui metodi interpretativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo

Prima di affrontare l'analisi di singoli diritti, si vuole delineare un quadro d'insieme della giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 8 della Convenzione, tratteggiando in breve quali sono i metodi interpretativi cui la Corte ricorre e descrivendo la struttura delle sue sentenze¹⁷. Tale quadro d'insieme ci consentirà nel prosieguo della ricerca di affrontare alcuni specifici aspetti del

¹⁷ In generale sui metodi interpretativi utilizzati dalla Corte, O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 37-63; P. VAN DIJK E G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 71-95; F. JACOB-R.C.A. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 2006, 38-55; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 67-73, nonché i contributi raccolti in F. SUDRE (dir), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998.

rispetto della vita privata e familiare avendo già chiarito i tratti comuni della giurisprudenza convenzionale sull'art. 8 e senza, dunque, dover ritornare sulle caratteristiche generali qui di seguito descritte.

L'interpretazione delle clausole di un trattato internazionale è, innanzitutto, regolata dalla Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul Diritto dei Trattati.

L'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna recita:

«Un trattato deve essere interpretato secondo buona fede, seguendo il senso ordinario attribuito alle parole del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo».

L'art. 31 pone, dunque, su un piano di parità quali regole di interpretazione tre criteri: il criterio letterale, il criterio sistematico ed il criterio teleologico.

La Corte di Strasburgo riconobbe espressamente di sentirsi vincolata ai criteri indicati dall'art. 31, par. 1, nella sentenza *Golden* del 1975:

«Le tesi presentate alla Corte riguardano innanzitutto il metodo da seguire per l'interpretazione della Convenzione ed in particolare dell'art. 6 par. 1. La Corte è disposta a ritenere, con il governo e la Commissione, che essa deve ispirarsi agli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [...], [che] enunciano essenzialmente delle regole di diritto internazionale generalmente ammesse e alle quali la Corte ha già fatto ricorso. A questo titolo, esse rilevano per l'interpretazione della Convenzione europea, con la riserva, se del caso, di "ogni regola pertinente all'organizzazione" in seno alla quale essa è stata adottata, il Consiglio d'Europa (art. 5 della Convenzione di Vienna). Come prevede la "regola generale" dell'art. 31 della Convenzione di Vienna, il processo di interpretazione di un trattato forma un tutto, una sola operazione complessa; la suddetta regola, strettamente integrata, pone sullo stesso piano i diversi elementi enumerati nei quattro paragrafi dell'articolo».

Nonostante la Corte affermi in linea di principio che il criterio letterale, il criterio sistematico e quello teleologico sono posti su uno stesso piano dalla Convenzione di Vienna e dunque che i tre criteri vincolano con eguale intensità l'attività interpretativa della Corte, la giurisprudenza della Corte relativa all'art. 8 CEDU testimonia il ricorso nettamente prevalente al criterio teleologico, ciò attraverso il richiamo al principio di effettività nel godimento dei diritti garantiti.

Accanto ai criteri classici espressi dalla Convenzione di Vienna, l'interpretazione della Corte delle clausole della CEDU si caratterizza per alcuni canoni originali,

la cui enucleazione è strettamente connessa alla struttura del sistema di protezione internazionale dei diritti dell'uomo posto in essere dalla Convenzione europea¹⁸. Si tratta del criterio dell'interpretazione evolutiva, del margine di apprezzamento, della tecnica delle obbligazioni positive e dell'argomento comparativo.

Nell'analisi dei suddetti criteri, è opportuno premettere che la giurisprudenza di Strasburgo ha un andamento fortemente casistico. La Corte, infatti, non opera un controllo astratto sulla conformità alla Convenzione delle leggi, dei regolamenti o degli atti amministrativi degli Stati membri, ma è competente ad accertare la violazione di uno dei diritti garantiti dalla CEDU nel singolo caso di specie sottoposto al suo giudizio. Lo stretto legame tra applicazione delle norme parametro e fattispecie concreta oggetto del giudizio comporta una certa difficoltà nella ricostruzione di linee di sviluppo coerenti della giurisprudenza delle Corte. Soprattutto, l'intensa connessione che spesso la Corte evidenzia tra l'accertamento della violazione e le circostanze del caso di specie rende inopportuna ogni generalizzazione in merito ai criteri interpretativi utilizzati dalla Corte. Analizzando la giurisprudenza di Strasburgo occorre, perciò, resistere dalla tentazione di assolutizzare un determinato schema interpretativo, una certa scansione degli argomenti proposta dalla Corte, per quanto ripetuta in un certo numero di casi analoghi, facendone un modello di riferimento da applicare all'intera giurisprudenza relativa alla clausola oggetto di studio. Se è vero che dall'analisi emergono tendenze interpretative, strutture argomentative ricorrenti, cionondimeno ogni conclusione in punto di metodo interpretativo costituisce un tassello in un quadro d'insieme caratterizzato da un andamento oscillante.

Come accennato, i quattro metodi interpretativi originali impiegati dalla Corte si giustificano alla luce della struttura della tutela offerta dalla Convenzione europea rispetto agli ordinamenti nazionali. Il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo costituisce un rimedio sussidiario alla violazione dei diritti garantiti dalla CEDU, la cui ammissibilità è condizionata al previo esaurimento dei rimedi interni

¹⁸ Sulla connessione tra i metodi interpretativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo e la struttura del meccanismo di tutela posto in essere dalla CEDU, O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 61; in particolare, sul legame tra criterio interpretativo del margine di apprezzamento e posizione sussidiaria della Corte di Strasburgo rispetto ai rimedi offerti dai singoli ordinamenti nazionali, pag. 49.

all'ordinamento del singolo Stato interessato (art. 13 CEDU). I primi organi a dover applicare la CEDU, pertanto, sono gli organi interni di ciascuno Stato contraente, sia amministrativi che giurisdizionali. Soltanto qualora la tutela apprestata dall'ordinamento interno si sia rivelata insufficiente ad evitare o a porre rimedio alla violazione, si apre la strada per Strasburgo. Nella posizione sussidiaria della tutela giurisdizionale garantita dalla Corte EDU rispetto a quella offerta dai giudici interni si rinviene la radice del criterio del margine di apprezzamento: la CEDU pone in capo agli Stati obbligazioni di scopo, cosicché spetta agli Stati individuare i mezzi per darvi esecuzione. Sono, perciò, innanzitutto gli Stati a dover predisporre le modalità attraverso cui dare concreta attuazione alla Convenzione e, nel caso si sia perpetrata una violazione accertata dalla Corte europea, a dover individuare la soluzione interna all'ordinamento per porre rimedio all'offesa.

La posizione della Corte quale organo sopranazionale comporta una seconda conseguenza in punto di metodi di interpretazione: il significato delle singole disposizioni della CEDU è a volte ricostruito dalla Corte a partire dalle legislazioni e prassi degli Stati membri. Attraverso l'analisi comparata, la Corte ripercorre lo stato delle legislazioni e delle prassi nazionali in relazione ad un determinato diritto ed accerta se vi sia un nucleo comune di tutela che sia estendibile anche allo Stato membro convenuto in giudizio. Se tale nucleo esiste, la Corte lo attrae nel contenuto della Convenzione, con la conseguenza che il catalogo dei diritti risulta integrato e modellato alla luce delle soluzioni giuridiche tratte dagli ordinamenti degli Stati membri. La Corte, in tal modo, opera come una sorta di "trasformatore" tra i diritti tutelati nei singoli Stati membri e i diritti garantiti dalla CEDU: per mezzo della sua attività di definizione del parametro convenzionale, il contenuto dei diritti nazionali confluisce nel contenuto delle clausole convenzionali.

L'aggiornamento del significato della CEDU con riferimento ai diritti garantiti a livello nazionale fa sì che la Convenzione sia uno strumento vivente. Secondo la Corte, il suo testo deve essere letto alla luce delle condizioni del presente. Esso è, pertanto, suscettibile di continui aggiustamenti nel contenuto e nell'ampiezza dei diritti tutelati, a seconda dell'evoluzione delle legislazioni, delle prassi, ma anche

della scienza e dei costumi sociali dei singoli Stati. Attraverso il criterio dell'interpretazione evolutiva, la Corte è giunta a ricondurre nell'ambito di applicazione dell'art. 8 diritti il cui riconoscimento e la cui salvaguardia erano impensabili al momento della redazione originaria del testo della Convenzione, nel 1950. Si pensi soltanto, a titolo di esempio, ai diritti dei transessuali al riconoscimento della propria identità sessuale o al diritto alla protezione dell'ambiente¹⁹.

3. La dottrina del margine di apprezzamento: origini e contenuto

La dottrina del margine di apprezzamento costituisce uno dei canoni costanti utilizzati dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione di tutte le clausole convenzionali. Essa implica il riconoscimento in capo agli Stati contraenti di uno spazio di autodeterminazione discrezionale nel quale gli stessi sono liberi di scegliere le modalità e i mezzi con cui dare attuazione nel proprio ordinamento alle obbligazioni che sorgono dall'adesione alla Convenzione. Se, dunque, il fine cui gli Stati sono vincolati è la garanzia dei diritti enunciati dalla CEDU, la modalità attraverso cui tali diritti in concreto sono attuati negli ordinamenti interni è lasciata alla libera determinazione degli Stati.

Non vi è traccia nei lavori preparatori della CEDU della nozione di margine di apprezzamento o in generale della riserva di una discrezionalità in capo agli Stati nell'applicazione delle clausole convenzionali²⁰. Com'è noto, la nozione di margine di apprezzamento fu impiegata per la prima volta dalla Corte in sede di applicazione dell'art. 15 della Convenzione, il quale prevede la possibilità per gli Stati di sospendere la garanzia di alcuni diritti garantiti dalla CEDU quando ciò si dimostri necessario per far fronte a situazioni di guerra o di altro pericolo che

¹⁹ Sul diritto ad un ambiente salubre quale componente del diritto al rispetto della vita privata, J-P. MARGUENAUD, *De l'identité à l'épanouissement: l'environnement sain*, in F. SUDRE (dir), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 217-230.

²⁰ Lo ricordano F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'europa, Atti del seminario svoltosi a Capannello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003, 70, citando H. C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*, L'Aia, 1996, 14-15.

minacci la vita della nazione²¹. In questi casi, la Commissione e la Corte riconobbero un margine di apprezzamento in capo allo Stato sotto due profili: la rilevazione dell'esistenza di un «*caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci l'esistenza della nazione*» e la determinazione delle misure da ritenersi strettamente necessarie a fronteggiare tale situazione²². Se nelle sentenze relative all'art. 15 la nozione di margine di apprezzamento poteva apparire strettamente connessa alla specifica fattispecie normativa regolata, ossia la sussistenza di una particolare situazione di emergenza cui lo Stato deve far fronte, la stessa nozione è stata, tuttavia, negli anni successivi, diffusamente impiegata dalla Corte anche in relazione agli altri diritti sostanziali garantiti dalla CEDU ed in particolare i diritti riconosciuti agli artt. 8, 9, 10 e 11. L'art. 8, come detto, tutela il rispetto della vita privata e familiare, l'art. 9 la libertà di pensiero, coscienza e religione, l'art. 10 la libertà di espressione e l'art. 11 la libertà di riunione e associazione.

Alcune sentenze della Corte hanno chiarito il fondamento e identificato le variabili che condizionano l'ampiezza del cosiddetto margine di apprezzamento. Per ciò che rileva in questa sede, ci sembra utile ripercorrere in breve le caratteristiche di questa dottrina individuate dalla Corte in relazione all'applicazione dell'art. 8, tenendo presente che le conclusioni raggiunte possono estendersi alle altre fattispecie normative citate.

²¹ Il testo dell'art. 15 recita: «*1. In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo che il caso di decesso risultante da legittimi atti di guerra e agli articoli 3, 4 par. 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte Contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene pienamente informato il Segretario Generale del Consiglio d'Europa delle misure prese e dei motivi che le hanno ispirate. Essa deve parimenti informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure hanno cessato di essere in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione*».

²² F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (dir) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 34. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 15 CEDU in relazione alle prime manifestazioni della dottrina del margine di apprezzamento si rinvia a R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, fasc. 3, 573-586, nonché a F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 71-84, con ricche note bibliografiche. Entrambi identificano le medesime sentenze della Corte quali prime applicazioni della dottrina del margine di apprezzamento, ed in particolare le sentenze *Grecia c. Regno Unito (Cipro)* del 7 maggio 1956; *Lawless c. Irlanda* del 7 aprile 1961; ricorsi riuniti di *Danimarca, Norvegia, Svezia, Paesi Bassi c. Grecia* del 24 gennaio 1969, cosiddetto *Greek Colonels case*; *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio 1978.

Per ciò che attiene alla *ratio* giustificativa della dottrina del margine di apprezzamento, la Corte pone a fondamento del riconoscimento di una discrezionalità statale nell'applicazione dell'art. 8 della Convenzione tre cause: la struttura della disposizione, ed in particolare il fatto che a determinate condizioni gli Stati siano legittimati ad incidere il diritto tutelato; in secondo luogo, le peculiari condizioni culturali e sociali dello Stato in cui si consuma l'asserita violazione della disposizione; infine, la migliore capacità delle autorità locali nella valutazione delle circostanze del caso di specie.

Un primo riferimento ad alcune di queste cause giustificative è contenuto nella sentenza *Régime linguistique de l'enseignement en Belgique* del 23 luglio 1968. Si tratta di una sentenza risalente, ma sin da essa la Corte propone alcuni passaggi salienti del suo argomentare.

Il giudizio della Corte nasceva da una serie di ricorsi proposti da alcuni genitori belgi di lingua francofona residenti nella regione classificata dalle leggi belghe sull'insegnamento come "di lingua olandese". Essi agivano per conto proprio e dei figli minori, lamentando che le scuole pubbliche istituite nei paesi di residenza non ponessero a disposizione corsi di insegnamento in lingua francese, costringendo coloro che desideravano un'educazione in francese ad iscrivere i propri figli in scuole private prive di sovvenzioni statali o ad inviarli alle scuole del lontano dipartimento di Bruxelles – Capitale, ove era ammessa la scelta della lingua di insegnamento tra olandese e francese. I ricorrenti ritenevano che le leggi belghe sull'insegnamento del 1931 e del 1963 comportassero una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 della CEDU e dell'art. 8 considerati isolatamente e in connessione con l'art. 14²³.

Trattandosi della prima sentenza in materia di istruzione e di diritto al rispetto della vita privata e familiare, il giudizio della Corte si incentrò sulla definizione del contenuto e della portata dei singoli parametri invocati. Sia del delineare in termini generali la portata dell'art. 2 Prot. n. 1, sia dell'art. 14 CEDU, che

²³ L'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1, entrato in vigore il 20 marzo 1952, garantisce il diritto all'istruzione e stabilisce: «1. Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. 2. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori a provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche».

prescrive il divieto di discriminazione in ragione della lingua, la Corte riconobbe in capo allo Stato l'esistenza di uno spazio discrezionale²⁴.

La formulazione negativa del primo comma dell'art. 2 Prot. n 1 ed i lavori preparatori rivelano, secondo la Corte, che la disposizione non impone agli Stati la creazione di nuove strutture destinate all'insegnamento, tenuto conto anche del fatto che al momento della ratifica del Protocollo ogni Stato era già dotato di un servizio d'istruzione generale e pubblico. Il contenuto del diritto all'istruzione, invece, è identificato dalla Corte nel diritto di chiunque sia sottoposto alla giurisdizione di uno Stato membro di accedere ai servizi di istruzione esistenti sul territorio in un determinato momento storico. Appartiene, secondo la Corte, alle autorità locali un margine discrezionale per determinare i mezzi e le modalità attraverso cui il servizio di istruzione deve essere reso:

«quanto all'estensione di questi mezzi e al modo di organizzarli o di sovvenzionarli, la Convenzione non impone obbligazioni determinate. In particolare, la prima frase dell'art. 2 Prot. n. 1 non specifica la lingua nella quale l'insegnamento deve essere dispensato affinché sia rispettato il diritto all'istruzione. Essa non contiene precisazioni assimilabili a quelle che figurano nell'art. 5 par. 2 e 6 par. 3 lett. a) ed e)».

L'esistenza di tale margine discrezionale è desunta, innanzitutto, dalla formulazione testuale della disposizione, posta in relazione ad altre disposizioni della Convenzione. Gli artt. 5 e 6, indicati dalla Corte, impongono agli Stati precisi obblighi in merito all'utilizzo della lingua. L'art. 5, par. 2, stabilisce che ogni persona arrestata debba essere tempestivamente informata in una lingua a lei

²⁴ Per un esame della successiva giurisprudenza della Corte in materia di diritto all'istruzione, G. MOR, Q. CAMERLENGO, G. E. VIGEVANO, *Art. 2, diritto all'istruzione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 830 ss.

La sentenza *Régime linguistique belge* costituisce la prima applicazione da parte della Corte dell'art. 14 CEDU, in tema di divieto di discriminazione; in essa, in particolare, la Corte enuncia i criteri sulla base dei quali condurre l'esame della ragionevolezza della distinzione posta in essere dalla misura contestata, tratti dalla: *«prassi giuridica di un gran numero di Stati democratici»*. Si tratta, in particolare, del perseguimento di uno scopo legittimo rispetto ai principi che normalmente caratterizzano le società democratiche, nonché della proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito. Per un analitico esame della sentenza in relazione all'art. 14 CEDU, R. BIN, *Art. 14, Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 410-413.

comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a sua carico. L'art. 6, par. 3, lett. a), afferma che ogni accusato debba essere nel più breve tempo possibile informato, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa, mentre la lett. e) sancisce il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non si comprende o non si parla la lingua utilizzata in udienza. Non esistendo puntuali obbligazioni relative alla lingua nell'art. 2 Prot. n. 1, la Corte ne deduce che lo Stato gode di un margine di libera determinazione in ordine all'utilizzo della lingua nel servizio scolastico.

In secondo luogo, la libertà di apprezzamento in relazione ai mezzi e alle modalità del servizio scolastico è correlata alle peculiari condizioni sociali e culturali che caratterizzano lo Stato contraente:

«Il diritto all'istruzione, garantito dall'art. 2 Prot. 1, comporta per sua stessa natura una regolamentazione da parte dello Stato, regolamentazione che può variare nel tempo e nello spazio in funzione dei bisogni e delle risorse della comunità e degli individui. Va da sé che una tale regolamentazione non deve mai tradursi in una lesione alla sostanza di questo diritto, né opporsi ad altri diritti consacrati dalla Convenzione».

Un argomento identico è utilizzato per esaminare se la misura belga che fa dipendere la lingua d'insegnamento dalla regione territoriale di appartenenza costituisca una violazione del divieto di discriminazione in base alla lingua imposto dall'art. 14:

«Ricercando se, in un dato caso di specie, vi sia o meno una distinzione arbitraria, la Corte non potrebbe ignorare gli elementi di diritto e di fatto che caratterizzano la vita della società nello Stato che, in qualità di Parte contraente, risponde della misura contestata. Così facendo, ella non dovrebbe sostituirsi alle autorità nazionali competenti; in caso contrario, ella perderebbe di vista il carattere sussidiario del meccanismo internazionale di garanzia collettiva instaurato dalla Convenzione. Le autorità nazionali rimangono libere di scegliere le misure che stimano appropriate negli ambiti regolati dalla Convenzione. Il controllo della Corte attiene alla conformità di quelle misure alle esigenze della Convenzione».

Il richiamo alle condizioni sociali e culturali dello Stato resistente è posto immediatamente in correlazione al terzo fattore identificato dalla Corte come radice del margine di apprezzamento, la maggiore idoneità delle autorità locali a valutare le circostanze del caso di specie. Sia il riferimento alle condizioni sociali dello Stato interessato che quello alla cosiddetta *better position* delle autorità locali sono prospettati, inoltre, come fisiologiche conseguenze della posizione sussidiaria rivestita dalla Corte nell'implementazione della Convenzione rispetto agli ordinamenti nazionali.

Tre, dunque, sono gli elementi che in questa prima sentenza la Corte pone alla base della nozione di margine di apprezzamento e che nella giurisprudenza successiva saranno costantemente ripresi: la struttura testuale delle norme convenzionali, le condizioni sociali di ciascuno Stato contraente, la *better position* delle autorità locali nella scelta delle misure da adottare per il caso di specie. Gli ultimi due elementi si ricollegano strettamente alla posizione sussidiaria del sistema di protezione dei diritti sorto in seno al Consiglio d'Europa²⁵.

Richiamati gli elementi giustificativi della nozione di margine discrezionale, per completezza ripercorriamo il ragionamento che conduce la Corte alla soluzione del caso *Linguistique belge*. Tutti i parametri invocati, art. 2 Prot. n. 1, art. 8 e art. 14 CEDU in connessione con i primi due, sono stati ritenuti applicabili alla fattispecie concreta.

Dell'art. 8, in particolare, la Corte dà una prima interpretazione generale, ricorrendo ad una formula che sarà poi ripresa costantemente nella successiva giurisprudenza. Secondo la Corte, l'art. 8 non garantisce di per sé il diritto dei genitori di assicurare un certo tipo di istruzione ai propri figli, poiché:

«esso ha essenzialmente per oggetto la protezione degli individui contro le ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici nella vita privata o familiare».

Tuttavia, precisa la Corte, non può escludersi *a priori* che misure nazionali adottate in materia di insegnamento possano involgere il diritto al rispetto della

²⁵ Questi stessi fattori sono evidenziati da P. VAN DIJK E G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 83, quali fondamenti della dottrina del margine di apprezzamento, ma a partire da un'altra sentenza, *Handyside* del 7 dicembre 1976, relativa alla violazione dell'art. 10 paragrafo 2 CEDU.

vita privata e familiare, anche apportandovi una violazione; ciò potrebbe accadere se tali misure avessero lo scopo o producessero l'effetto di turbare la vita privata o familiare in maniera ingiustificata, per esempio comportando un allontanamento arbitrario dei figli dai loro genitori, cosa che nel caso di specie peraltro non si rinviene.

Non sussiste secondo la Corte neppure una violazione dell'art. 2 Prot. n. 1, sia considerato isolatamente che in relazione all'art. 14. La conformità della legislazione belga alla Convenzione è sorretta da un duplice argomento, testuale e sistematico. Come già illustrato, secondo la Corte la struttura del primo periodo dell'art. 2 Prot. n. 1 non comporta specifiche obbligazioni in capo allo Stato sotto il profilo del regime linguistico da adottare nelle proprie scuole. La stessa conclusione è argomentata attraverso il confronto sistematico con le disposizioni degli artt. 5 par. 2 e 6 par. 3 lett. a) ed e).

Del pari, l'interpretazione strettamente testuale giustifica la mancata estensione all'uso della lingua del secondo periodo dell'art. 2 Prot. n. 1, che garantisce ai genitori in materia di educazione e insegnamento il rispetto da parte dello Stato delle proprie convinzioni religiose e filosofiche:

«Questa disposizione non impone agli Stati il rispetto nella materia dell'educazione o dell'insegnamento delle preferenze linguistiche dei genitori, ma unicamente delle loro convinzioni religiose e filosofiche. Interpretare i termini "religioso" e "filosofico" come comprensivi delle preferenze linguistiche equivarrebbe a sviarne il senso ordinario e abituale e a far dire alla Convenzione ciò che non dice. I lavori preparatori confermano d'altra parte che l'oggetto della seconda frase dell'art. 2 Prot. n. 1 non era in alcun modo il rispetto da parte dello Stato di un diritto dei genitori di veder dispensare ai loro figli un insegnamento in una lingua diversa da quella del paese di cui si tratta»

In definitiva, l'interpretazione letterale delle parole secondo il loro significato ordinario e l'interpretazione sistematica della disposizione, alla luce della formulazione puntuale di altre disposizioni della Convenzione, portano la Corte a non riconoscere ai genitori belgi un diritto ad ottenere per i propri figli un

insegnamento in lingua francese²⁶. Il richiamo al senso ordinario delle parole e all'interpretazione della Convenzione come un tutt'uno unitario in cui le singole disposizioni vanno intese le une alla luce delle altre, inoltre, costituisce un esempio di applicazione dei criteri interpretativi classici indicati nell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, cui si è accennato.

A ben guardare, il ragionamento della Corte si struttura su due livelli, secondo uno schema che si ritroverà costantemente nella giurisprudenza della Corte: ad un primo livello si situa l'accertamento dell'esistenza del diritto invocato dai ricorrenti quale diritto garantito dalla Convenzione; ad un secondo livello, si collocano le modalità di attuazione del diritto poste in essere dallo Stato resistente, di cui la Corte esamina la conformità alla Convenzione. Nel caso *Linguistique belge*, la Corte non si sofferma in concreto sull'analisi delle caratteristiche del sistema scolastico belga, ma ritiene, ancor prima, che non sussista il diritto invocato dai ricorrenti, ossia il diritto ad ottenere un'istruzione nella propria lingua madre quando questa differisca dalla lingua ufficiale del luogo di residenza. Il margine di apprezzamento è, invece, delineato dalla Corte come inerente ai mezzi di implementazione del diritto all'istruzione, ed infatti non gioca un ruolo nella soluzione del caso di specie: la Corte si ferma al livello superiore relativo all'esistenza del diritto che si lamenta violato e che nel caso di specie, appunto, non sussiste.

4. Le variabili che determinano l'ampiezza del margine di apprezzamento

La dottrina descrive unanimemente il margine di apprezzamento come una nozione dai confini vaghi e indefiniti, una sorta di linea mobile che la Corte sposta determinando caso per caso una maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dello Stato nell'attuazione della Convenzione²⁷. Se è vero che non è agevole

²⁶ Per completezza, la Corte dichiara, invece, che costituisce una discriminazione arbitraria ai sensi dell'art. 14 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 2, Prot. n. 1, il divieto imposto dalle autorità belga per i genitori di madre lingua francese residenti nell'area fiamminga di inviare i propri figli negli scolastici istituiti dei sei Comuni della periferia di Bruxelles, dotati di uno statuto bilingue, ciò in quanto tale divieto si fonda soltanto sulla residenza dei genitori.

²⁷ F. DONATI E P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'europa, Atti del seminario svoltosi a Capannello (CZ) il 31 maggio-1*

verificare nella giurisprudenza la costante applicazione dei criteri che giustificano l'ampiezza di volta in volta attribuita a tale margine, è anche vero che la Corte ha provveduto ad indicare quali siano tali criteri, ossia le variabili che in astratto le consentono di misurare lo spazio riservato alla discrezionalità statale. Ciò in particolare nella sentenza *Rasmussen* del 28 novembre 1984²⁸. Il caso inerisce alla tutela dei minori.

Un padre danese sospettava che la sua secondogenita fosse nata da una relazione adulterina. In sede di divorzio, si accordò con la moglie per non pagare gli alimenti, impegnandosi in cambio a non intentare l'azione di disconoscimento della paternità. Poiché, però, il tribunale ritenne invalido l'accordo e obbligò il ricorrente al versamento di un assegno periodico, questi agì per far accertare di non essere il padre della bambina e dunque per liberarsi dell'obbligazione alimentare. La legislazione danese all'epoca in vigore consentiva alla madre ed al minore, divenuto maggiorenne, di proporre il disconoscimento di paternità senza limiti temporali, mentre sottoponeva l'azione introdotta dal padre ad un termine di decadenza di dodici mesi dalla conoscenza delle circostanze che giustificavano il disconoscimento o comunque cinque anni dalla nascita del bambino. L'azione del padre, introdotta fuori termine, venne dichiarata inammissibile. Il sig. Rasmussen, allora, propose ricorso alla Corte europea, asserendo che la legislazione danese violava l'art. 8 in correlazione con l'art. 14, in quanto realizzava una discriminazione fondata sul sesso.

giugno 2002, Torino, 2003, 66; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, fasc. 3, 574; O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 49; F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (dir) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 37; P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 85: "Despite the rather long period of time during which the Court and the Commission have now applied the doctrine it is still very difficult to define in any precise way the conditions of its application because, although the doctrine is now well established in the Strasbourg case law, its exact ambit and role are far from being fully developed", citando sul punto R.ST.J.MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of European Court of Human Rights*, in *International Law at the time of its Codification, Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, 207.

²⁸ La sentenza *Rasmussen* è esaminata quale esempio di giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di parità di trattamento tra marito e moglie, dunque tra uomo e donna, da G. GAJA, *Il divieto di discriminazione in ragione del sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 448-451.

La Corte ritenne l'art. 8 applicabile in quanto, se anche l'azione di disconoscimento aveva per fine la dissoluzione legale dei legami familiari e si sarebbe forse potuto dubitare dell'applicabilità del parametro della "vita familiare", ciò nondimeno la determinazione del regime giuridico delle relazioni tra padre e figlia rientrava nella sfera della "vita privata". Nel merito, la Corte considerò la differenza del termine di decadenza per la proposizione dell'azione da parte del padre e della madre giustificata da finalità legittime, quali la tutela dell'interesse del minore e la certezza dei rapporti giuridici familiari, e proporzionata al fine, atteso che l'interesse della madre, cui di solito sono affidati i figli in sede di divorzio, normalmente si identifica con quello del minore. Per giungere a tale conclusione, tuttavia, ed è ciò che qui si vuole sottolineare, la Corte fece ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento, asserendo che la legislazione danese fosse proporzionata al fine, "*tenuto conto del margine di apprezzamento delle autorità locali*". Nel ricostruire tale margine, la Corte indicò chiaramente quali fossero in astratto le variabili rilevanti:

«L'estensione del margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze, della materia e del contesto; la presenza o l'assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati contrattanti può costituire un fattore pertinente al riguardo».

Tre sono dunque gli elementi determinanti considerati dalla Corte per determinare l'ampiezza della discrezionalità statale, qui nel porre in essere un trattamento giuridico differenziato: le circostanze del caso di specie; la materia, ossia la natura del diritto leso; il contesto, inteso come contesto sociale e culturale. Di più, la Corte si riferisce alla sussistenza di un comune denominatore tra le legislazioni degli Stati membri come fattore potenzialmente rilevante, anche se meramente eventuale²⁹.

Ne risulta che, in linea generale, le circostanze del caso di specie e il contesto sociale e culturale assumono per la Corte di Strasburgo una duplice valenza:

²⁹ Le suddette variabili sono individuate come criteri rilevanti per la determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento da P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 87, i quali citano in proposito proprio la sentenza *Rasmussen*; nel seguito della trattazione gli Autori indicano alcuni esempi di sentenze in cui la Corte si riferisce all'uno o all'altro dei fattori indicati in relazione a vari articoli della Convenzione.

costituiscono da un lato, come mostrato nella sentenza *Régime linguistique belge*, la *ratio* giustificativa del margine di apprezzamento; allo stesso tempo, inoltre, identificano due dei fattori che secondo la Corte determinano l'ampiezza del margine stesso.

Per la soluzione del caso *Rasmussen*, la Corte ricorse all'analisi delle legislazioni degli altri Stati, pur prospettata in astratto come elemento soltanto eventuale per quantificare il margine discrezionale. Affermò la Corte che da uno studio delle legislazioni nazionali sulle azioni di disconoscimento emergeva l'inesistenza di un denominatore comune che identificasse l'assoggettamento del padre e della madre ad un regime assimilabile. Un elemento comune fra le legislazioni nazionali in materia, tuttavia, fu riconosciuto nelle finalità di tutela del minore e di garanzia della certezza dei rapporti giuridici. Atteso che anche la legislazione danese perseguiva questa finalità, considerate le circostanze del caso di specie ed il contesto generale, in particolare il fatto che nella maggior parte dei casi i minori fossero affidati alle madri, la Corte giunse alla conclusione che la Danimarca non avesse violato il combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU.

Definite in astratto le variabili che determinano lo spostamento della linea di confine costituita dal margine di apprezzamento, è necessario analizzare quale sia il peso relativo attribuito a ciascuna di esse nella soluzione dei singoli casi di specie; quale sia, in altre parole, il reale utilizzo che la Corte ha fatto dei criteri così sistematizzati. Si procederà di seguito all'esame della giurisprudenza relativa ad alcuni dei diritti che la Corte ha ricondotto nell'alveo dell'art. 8, considerata alla luce della prevalenza nelle singole motivazioni di ciascuno degli elementi identificati dalla Corte come variabili del margine di apprezzamento: la natura del diritto leso; il contesto sociale e culturale; le circostanze del caso di specie; la ricerca di un denominato comune tra le legislazioni degli Stati membri.

E' possibile sin d'ora anticipare che, ad uno sguardo d'insieme, i quattro fattori indicati sono utilizzati dalla Corte in maniera interdipendente: innanzitutto, la Corte non sente la necessità di richiamarli tutti in ogni singola motivazione, ma semplicemente propone ora l'uno, ora l'altro, ora alcuni di essi insieme, quale filo

conduttore della motivazione³⁰. In secondo luogo, se è vero che la giurisprudenza della Corte è fortemente casistica, è anche vero che una serie di fattispecie analoghe sono trattate secondo una identica riproposizione di alcuni dei fattori considerati, cosicché il margine di apprezzamento delineato non appare tanto connesso al singolo caso, quanto inerente al medesimo diritto tra quelli ascritti entro l'art. 8 CEDU. V'è, dunque, un certo livello di astrazione nella giurisprudenza in relazione ai singoli diritti riconosciuti entro l'art. 8, che a sua volta ha condotto la Corte a costruire e modellare motivazioni per singoli filoni giurisprudenziali.

4.1 Casi in cui il margine di apprezzamento dipende dalla natura del diritto leso.

Il contenuto dell'art. 8 può essere rappresentato attraverso una serie di cerchi concentrici, come quelli che per un istante increspano l'acqua di uno stagno allorché vi si getta un sasso. Le diverse sfere che si dipanano dal centro ospitano altrettanti diritti attratti dalla Corte nell'ambito di applicazione della disposizione.

³⁰ P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 90, osservano in generale che: «*The case-law shows that none of the main factors described above is in itself regarded by the Court as decisive for the scope of the margin of appreciation. Each variable has relative value. In some cases, more than one factor may be relevant; sometimes they will point in the same direction (e.g. a wide margin), sometimes they will not. They may reinforce or counterbalance one another*».

F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (dir) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 36, critica la dottrina della Corte di una maggiore o minore ampiezza del margine di apprezzamento, dunque di una maggiore o minore intensità dello scrutinio di compatibilità con la Convenzione, in funzione della natura del diritto leso. I diritti per i quali la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un margine di apprezzamento ristretto sono quelli ritenuti particolarmente rilevanti per aversi una società democratica, dunque la libertà di stampa e di informazione, la libertà personale, ed anche taluni aspetti intimi della protezione della vita privata e familiare. Ora, secondo l'Autore, il testo della Convenzione non permette di distinguere tra diritti "importanti" e diritti "meno importanti", poiché tutti i diritti enunciati possiedono nella Convenzione il medesimo valore. Né potrebbe dedursi una tale distinzione dall'art. 15, che esclude alcuni diritti dalla deroga nelle circostanze ivi previste.

A mio parere, tuttavia, il testo convenzionale crea una differenziazione tra diritti, escludendo per alcuni di essi ogni possibilità di limitazione, per esempio gli artt. 2 e 3, sul diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, e ammettendo, invece, per altri che possano esservi ingerenze da parte delle autorità statali, seppure vincolate alle condizioni ivi prescritte – art. 8-11. In questo senso la sentenza *Rasmussen* fa espresso riferimento, tra i criteri che giustificano l'esistenza di un margine di apprezzamento, alla struttura della disposizione. Vero è, tuttavia, che tale giustificazione non è sufficiente a spiegare l'ampiezza del margine di volta in volta riconosciuta dalla Corte, in quanto nell'ambito della medesima disposizione, l'art. 8, come vedremo, si danno diritti in cui il margine è definito stretto e diritti in cui il margine è definito ampio, ma questo ci porta alla "natura del diritto leso" da cui siamo partiti.

Nel cerchio immediatamente adiacente al punto di contatto con l'acqua, la Corte ha situato i profili della vita privata ritenuti più intimi e maggiormente connessi alla sfera di autonomia individuale di ogni singola persona, ossia l'integrità fisica e psichica e l'autonomia nella scelta dei propri comportamenti sessuali. Laddove il caso di specie tocca uno di questi aspetti della vita privata, il margine di apprezzamento riservato allo Stato resistente si riduce al minimo. Ciò proprio in ragione del diritto leso, ritenuto dalla Corte sì essenziale da vietare allo Stato di porre in essere interferenze nel suo esercizio; non solo, ma, sotto un profilo positivo, da obbligare lo Stato ad adottare misure idonee a garantire la tutela di tale diritto da interferenze causate da terzi privati³¹.

I casi in cui i suddetti profili dell'art. 8 sono venuti in rilievo attengono da un lato al regime di repressione penale dei reati di violenza sessuale, dall'altro al trattamento degli omosessuali e dei transessuali.

4.1.1 La tutela dell'intergità fisica e morale

Il sistema di repressione degli abusi sessuali di diversi Stati membri è stato analizzato dalla Corte in quattro sentenze: *X e Y contro Paesi Bassi* del 26 marzo 1985; *Stubbings e altri contro Regno Unito* del 24 settembre 1996; *D.P. e J.C. contro Regno Unito* del 10 ottobre 2002 e *M.C. contro Bulgaria* del 4 dicembre 2003. In tutti e quattro i casi, i ricorrenti sono minorenni che hanno subito abusi sessuali. Essi accusano le autorità dei singoli Stati convenuti di non essere state in grado di perseguire i colpevoli, dunque lo Stato di non aver predisposto un

³¹ Sugli effetti orizzontali della Convenzione europea, D. SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. SUDRE (dir) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 133-174; P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 22, che chiariscono come, nella dottrina, il concetto di "efficacia orizzontale" o drittwirkung sia utilizzato in un duplice significato: applicabilità delle norme convenzionali anche ai rapporti tra privati; possibilità per l'individuo di invocare la tutela dei suoi diritti fondamentali anche nei confronti di un altro individuo. L'efficacia orizzontale di cui si tratterà nel testo e di cui discute la dottrina in relazione alla Convenzione europea è del primo tipo, in quanto ai sensi del testo convenzionale solo gli Stati possono essere convenuti in giudizio per la violazione delle clausole pattizie, mai direttamente altri singoli individui. Si veda, a tal proposito, O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 59 e, più di recente, F. SUDRE, *La «construction» par le juge européenne du droit au respect de la vie privée*, in F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 30.

sistema adeguato di protezione dei propri cittadini avverso la violazione della loro integrità fisica e psichica.

Quanto al contenuto del parametro, afferma la Corte in *X e Y contro Paesi Bassi* che l'art. 8 della Convenzione tutela l'integrità fisica e morale della persona e che comprende la vita sessuale. Nella più recente sentenza *M.C. contro Bulgaria*, il parametro invocato verrà ulteriormente specificato dalla Corte nel concetto di "autonomia sessuale", intesa come libertà di scelta dell'individuo in una sfera così intima della sua personalità quale quella che involge le relazioni sessuali.

Deve subito notarsi che, in questi come in altri casi, allorché la Corte identifica quale sia il diritto leso all'intero della sfera di applicazione dell'art. 8, essa non si premura di motivare tale specificazione del parametro. Le sentenze, infatti, non contengono alcuna argomentazione che giustifichi come la Corte abbia tratto dal generale contenitore del "rispetto della vita privata e familiare" il più dettagliato diritto al rispetto dell'integrità fisica e psichica o della propria vita sessuale. L'identificazione del diritto leso è prospettata come un assioma, costituisce un'affermazione che non necessita di alcuna giustificazione.

Di più, una volta chiarito quale sia il diritto sostanziale che funge da parametro, la Corte non si preoccupa neppure di giustificare perché la fattispecie di violenza sessuale sia da ascrivere alla sfera protetta della vita privata di cui all'art. 8, piuttosto che al divieto di trattamenti inumani e degradati di cui all'art. 3, di cui pure la Corte usa dare un'interpretazione estensiva³². In tre dei quattro ricorsi introduttivi il parametro invocato è costituito dall'art. 8 in correlazione con l'art. 3 della Convenzione. La Corte, tuttavia, nella prima sentenza *X e Y contro Paesi Bassi* del 1985, ritenne di applicare alla fattispecie di abuso sessuale il solo art. 8, qualificando i fatti sottoposti al suo giudizio come afferenti alla sfera della vita privata.

In *D.P e J.C. c. Regno Unito* il parametro è costituito sia dall'art. 3 che dall'art. 8, trattati in paragrafi separati, ma con motivazione pressoché identica; in *M.C. c.*

³² L'art. 3 stabilisce che: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». In generale sull'interpretazione data dalla Corte all'art. 3 della Convenzione che, come l'art. 2, è norma di carattere assoluto, in quanto non prevede alcuna possibilità di deroga legittima in capo agli Stati, neppure nell'ipotesi di sospensione di alcuni diritti della Convenzione di cui all'art. 15, A. ESPOSITO, *Art. 3, Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 50-76.

Bulgaria gli artt. 3 e 8 sono esaminati congiuntamente con una motivazione unica e senza distinzione per il contenuto peculiare dell'uno e dell'altro³³.

In merito alle singole fattispecie, il caso *X e Y contro Paesi Bassi* riguarda una ragazzina olandese con ritardi psichici abusata da uno degli inservienti della casa di ricovero e cura di cui era ospite. Il diritto penale olandese non consentiva di perseguire il colpevole, pure identificato, in quanto il reato di violenza sessuale era punibile a querela di parte, ma la minorenni ultrasedicenne non era abilitata a proporre personalmente querela in quanto incapace di intendere e di volere e, d'altra parte, la querela avrebbe potuto essere proposta dal legale rappresentante soltanto per conto di un minore con meno di sedici anni.

La Corte ritiene che se l'art. 8 della Convenzione ha essenzialmente per oggetto la protezione dell'individuo contro le ingerenze arbitrarie della pubblica autorità, esso non si limita ad obbligare gli Stati dall'astenersi da tali ingerenze, ma implica il sorgere in capo ad essi di obbligazioni positive inerenti al rispetto effettivo della vita privata o familiare. La disposizione, pertanto, può comportare l'adozione di misure che conducano al rispetto della vita privata anche nelle relazioni orizzontali tra privati. Se, in linea di principio, la scelta delle misure da adottarsi

³³ A proposito del rapporto che la Corte ha instaurato tra l'art. 8 e altri diritti della Convenzione, tra cui l'art. 3, F. SUDRE, *La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 21, parla di "porosità convenzionale". In relazione alla contemporanea attivazione dell'art. 8 e dell'art. 3 in veste di parametro, l'autore sostiene che la giurisprudenza della Corte sia passata «dallo stadio dell'incertezza a quello della più totale confusione», in quanto l'una disposizione risulta utilizzata indifferentemente rispetto all'altra.

In una recente sentenza in materia di espulsione di uno straniero affetto da schizofrenia, *Bensaid c. Regno Unito* del 6 maggio 2001, la Corte chiarisce la distinzione tra i due parametri, affermando che l'art. 3 copre violazioni all'integrità fisica e psichica che sono di una gravità più elevata rispetto a quelle riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 8: "(34) *E' vero che l'art. 3 è stato più di frequente applicato dalla Corte in casi in cui il rischio che la persona fosse soggetta ad uno qualunque dei trattamenti interdetti derivanti da atti intenzionali delle autorità pubbliche del paese di destinazione o si quelle di organismi indipendenti dallo Stato, ma, tenuto conto dell'importanza fondamentale dell'art. 3, la Corte si è riservata una flessibilità sufficiente per trattare l'applicazione di questo articolo in altre situazioni suscettibili di presentarsi. [...] (40) La Corte ammette che lo stato di salute del ricorrente sia grave. Tenuto conto, tuttavia, della soglia elevata fissata dall'art. 3, in specie allorché il caso non involge la responsabilità diretta dello Stato contraente in relazione al torto in causa, la Corte non ritiene che esista un rischio sufficientemente reale perché il rinvio del ricorrente nel paese di origine sia incompatibile con le norme dell'art. 3. [...] (46) Gli atti o decisioni dannose per l'integrità fisica o morale di una persona non comportano necessariamente una lesione del diritto al rispetto della vita privata quale è garantito dall'art. 8. La giurisprudenza della Corte non esclude, tuttavia, che un trattamento che non presenta la gravità di un trattamento rilevante per l'art. 3 possa nondimeno nuocere all'integrità fisica e morale al punto di infrangere l'art. 8 sotto il profilo della vita privata". Nel caso commentato nel testo, *M.C. c. Bulgaria* del 2004, la Corte non sembra attenersi alla distinzione prospettata in *Bensaid* del 2001.*

per garantire il rispetto della vita privata nei rapporti interindividuali ricade nel margine di apprezzamento dello Stato, cionondimeno la natura dell'obbligazione positiva cui lo Stato è tenuto e dunque l'ampiezza del margine di apprezzamento dipendono dal singolo aspetto della vita privata che viene in considerazione. Nel caso di specie, poiché è in gioco «*uno dei valori fondamentali e degli aspetti essenziali della vita privata*», la Corte ritiene insufficiente la protezione offerta dal diritto civile olandese, che pure consente alla vittima dell'abuso di agire per ottenere il risarcimento del danno. Soltanto una legislazione penale, invece, può assicurare secondo la Corte una prevenzione efficace in materia di reati sessuali. In effetti, già di per sé la legislazione penale olandese punisce in via generale la condotta di violenza sessuale come reato e soltanto per la peculiare situazione della ricorrente, minore ultrasedicenne affetta da ritardo psichico, la legislazione penale contiene una lacuna. Ma proprio tale lacuna induce la Corte a dichiarare che i Paesi Bassi hanno, nel caso di specie, violato l'obbligo di protezione della vita privata derivante dall'art. 8 della Convenzione, per non aver adottato una legislazione penale che consentisse di perseguire la violenza subita dalla ricorrente.

I successivi casi *Stubbings e D.P. contro Regno Unito* riprendono il precedente *X e Y contro Paesi Bassi*, contribuendo a specificare il contenuto dell'obbligazione positiva ricadente sullo Stato in materia di protezione dell'integrità fisica e morale e dunque l'ampiezza della discrezionalità di cui lo Stato stesso gode. Nel primo caso, alcuni adulti abusati da bambini lamentano che l'azione civile di risarcimento del danno esperibile in Inghilterra contro gli aggressori sia soggetta ad un termine di prescrizione che ne limita l'esercizio entro i sei anni dal raggiungimento della maggiore età, impedendo alla vittima che soltanto in età più avanzata realizzi il trauma subito nell'infanzia di ottenere soddisfazione. La Corte riprende lo schema argomentativo adottato in *X e Y*, affermando che lo Stato è tenuto a porre in essere misure di protezione contro gli abusi sui minori e che in Inghilterra tale obbligazione è rispettata, dal momento che la violenza sessuale è punita come reato la cui procedibilità non è soggetta ad alcun limite temporale; al contrario, alla luce del margine di apprezzamento, non può ritenersi che

l'obbligazione di cui all'art. 8 si spinga fino a richiedere allo Stato di privare le azioni civili del termine di prescrizione: «l'art. 8 non esige necessariamente che lo Stato adempia all'obbligazione positiva di rispetto della vita privata offrendo delle vie di ricorso civile illimitate allorché esiste una sanzione penale».

Nel caso *D. P. e J. C.*, invece, non è in discussione il fatto che lo Stato non avesse predisposto i mezzi per prevenire forme di abuso lesive dell'integrità fisica e psichica, bensì sono contestate le modalità attraverso cui le misure statali esistenti sono state in concreto attivate dagli operatori competenti. I ricorrenti accusano i servizi sociali inglesi di non aver saputo rilevare che nella loro famiglia essi subivano violenze sessuali da parte del patrigno.

Come spesso accade allorché si trova ad esaminare cause relative alla tutela e all'affidamento di minori, la Corte non sovrappone il proprio giudizio a quello degli organi amministrativi e giurisdizionali locali, ma opera una sorta di controllo esterno, sulla adeguatezza e accuratezza delle procedure adottate e delle motivazioni addotte dagli organi competenti³⁴. Nel caso di specie, sulla base dei dossier raccolti dai servizi sociali nel corso degli anni, la Corte non ritiene che le autorità locali siano venute meno ad alcuna obbligazione positiva imposta dall'art. 8³⁵, poiché esse hanno adeguatamente e tempestivamente seguito e monitorato le vicende familiari degli interessati.

³⁴ In materia di affidamento dei minori si vedano il rapporto della Commissione *Hendriks c. Svezia* del 8 marzo 1982 e la serie di sentenze *B. c. Regno Unito, W. c. Regno Unito, H. Regno Unito, O c. Regno Unite*, tutte dell'8 luglio 1987 e le sentenze *Eriksson c. Svezia* del 22 giugno 1989; *Rieme c. Svezia* del 22 aprile 1992; *Olsson c. Svezia* del 27 novembre 1992; *Hoffmann c. Austria* del 23 giugno 1993; *Hokkanen c. Finlandia* del 23 settembre 1994; *McMichael c. Regno Unito* del 24 febbraio 1995; *Kutzner c. Germania* del 10 luglio 2002.

³⁵ Si è detto che in *D.P. e J.C.* la Corte esamina la fattispecie sia sotto il profilo dell'art. 3 che dell'art. 8, in paragrafi separati, ma con argomenti identici. La motivazione relativa all'art. 3 si apre con alcune osservazioni di principio che si ritiene utile proporre, per dimostrarne l'analogia con quelle proposte in relazione all'art. 8: (109) «L'articolo 3 racchiude uno dei valori più fondamentali di una società democratica. Proibisce in assoluto la tortura e le pene o i trattamenti o inumani e degradanti. L'obbligazione delle Alte Parti Contraenti derivante dall'art. 1 della Convenzione di assicurare ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella Convenzione, considerata insieme all'art. 3, richiede agli Stati di adottare misure appropriate per garantire che gli individui entro la loro giurisdizione non siano soggetti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, inclusi alcuni maltrattamenti posti in essere da soggetti privati. Queste misure devono comportare una protezione effettiva, in particolare, dei bambini e di altre persone vulnerabili e comprendere "reasonable steps" per prevenire i maltrattamenti di cui le autorità avevano o avrebbero dovuto avere conoscenza (*mutatis mutandis, Osman c. Regno Unito* del 28 ottobre 1998, Reports 1998-VIII, § 116)».

Il caso più recente relativo alla lesione dell'integrità fisica e psichica, *M. C. contro Bulgaria* del 4 dicembre 2003, ha origine da una denuncia per violenza sessuale proposta da una minorenne bulgara e archiviata dagli organi inquirenti per insufficienza di prove, in quanto non risultava agli atti che la ragazza avesse opposto resistenza ai conoscenti che avevano avuto rapporti con lei. Secondo la ricorrente, il diritto e la prassi interni in materia di violenza sessuale e l'inchiesta giudiziaria non hanno consentito allo Stato contraente di rispettare l'obbligazione positiva di proteggerla in maniera effettiva contro la violenza subita³⁶. Gli articoli 3 e 8 della Convenzione sono esaminati dalla Corte congiuntamente con una motivazione unica³⁷.

La presente sentenza si distingue nettamente dai precedenti citati in quanto per l'accertamento dell'ampiezza del margine di apprezzamento spettante allo Stato la Corte ricorre al quarto criterio citato nella sentenza *Rasmussen* come fattore eventuale per determinare l'ampiezza della discrezionalità statale, ossia l'argomento comparativo.

Nel codice penale bulgaro, la definizione della condotta per il perfezionamento del reato di violenza sessuale non si discosta dalle formulazioni adottate da altri Stati membri del Consiglio d'Europa; in particolare, non è richiesta la resistenza della vittima. Tuttavia, la ricorrente allega che nell'applicazione della disposizione penale pertinente le giurisdizioni bulgare interpretano le condizioni di "uso della forza" e "minaccia" previste dalla norma come implicanti non soltanto la mancanza di consenso della vittima, ma anche qualche segno di resistenza fisica all'aggressione. La motivazione della sentenza si incentra sulla ricerca del se nella legislazione e nella giurisprudenza di altri Stati il perfezionarsi del reato di violenza sessuale richieda la sola assenza di consenso della vittima o, invece, anche altri elementi, quali un tentativo di resistenza all'aggressione.

Un intero paragrafo della motivazione nella parte in fatto è dedicato a: «*Il diritto e la prassi comparati e internazionali pertinenti*». La Corte effettua una

³⁶ La sentenza è commentata da G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, in F. SUDRE (a cura di), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 170; l'Autore la cita a riprova dell'importanza che la Corte di Strasburgo attribuisce al principio del libero consenso nell'esercizio della libertà sessuale.

³⁷ G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, cit., 172 definisce il rapporto tra l'art. 3 e l'art. 8 CEDU nella sentenza *M.C. c. Bulgaria* come di sostituzione e di complementarietà.

ricognizione delle disposizioni legislative in materia di violenza sessuale di alcuni degli Stati europei membri del Consiglio D'Europa (Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Slovenia); cita alcuni passaggi della Raccomandazione Rec(2005) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla protezione delle donne contro la violenza e della Raccomandazione generale n. 19 del 29 gennaio 2002 del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne; riporta, infine, alcuni brani di sentenze emesse dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia in materia. Nella sezione *In diritto*, inoltre, accanto alle allegazioni della ricorrente e del Governo resistente, sono riportati i dossier depositati da un'associazione internazionale per la tutela dei diritti dell'uomo, *Interights*, interveniente nel giudizio, che ripercorrono la prassi applicativa delle disposizioni penali in materia di violenza sessuale di alcuni Paesi europei, ma anche degli Stati Uniti, del Canada, dell'Australia e del Sud Africa. Questo complesso ed eterogeneo materiale è utilizzato dalla Corte per individuare un minimo denominatore comune da tradurre nel contenuto dell'obbligazione positiva ricadente sulla Bulgaria ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU in punto di repressione penale della violenza sessuale.

La motivazione in diritto si apre con il riconoscimento che gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento nella determinazione delle modalità attraverso cui garantire una protezione adeguata contro i reati sessuali. In particolare, la Corte assegna agli Stati il ruolo peculiare di ricettori delle tendenze culturali presenti sul proprio territorio, riprendendo così il fattore indicato nel precedente *Rasmussen* come contesto culturale e sociale: (§154) «*[Gli Stati] devono in particolare prendere in considerazione le sensibilità di ordine culturale, le peculiarità locali e le abitudini legate alle tradizioni*». Le disposizioni della Convenzione, tuttavia, precisa la Corte, definiscono i limiti del margine di apprezzamento delle autorità nazionali: (§155) «*Poiché la Convenzione è innanzitutto un meccanismo di protezione dei diritti dell'uomo, la Corte, quando la interpreta, deve tenere conto dell'evoluzione della situazione negli Stati contraenti e reagire, per esempio, al consenso che si sia suscettibile di manifestarsi quanto alle norme da rispettare*».

Nel merito, secondo la Corte, da alcuni decenni si osserva in Europa e in alcuni Paesi del mondo *«una tendenza netta e costante all’abbandono di definizioni formaliste e di interpretazioni strette della legge in materia»* (§159). In primo luogo, la condizione per cui la vittima dovrebbe opporre una resistenza fisica alla violenza non è più prevista dalla legislazione dei Paesi europei. Sia nei Paesi di *common law* che di *civil law*, giurisprudenza e dottrina sottolineano che l’elemento costitutivo della condotta è rappresentato dall’assenza di consenso e non dall’uso della forza.

Ciò è dedotto dall’interpretazione che le giurisdizioni dei Paesi considerati danno di termini quali “costrizione”, “violenza”, “coercizione”, “minaccia”, indipendentemente dalle formulazioni specifiche adottate dal legislatore. Conclusioni analoghe si traggono dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa e dall’analisi del diritto penale internazionale, come ricostruito dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia: per il diritto penale internazionale ogni rapporto sessuale senza il consenso della vittima costituisce violenza sessuale; il consenso, inoltre, deve essere reso volontariamente nell’esercizio del libero arbitrio della persona, apprezzato sulla base delle circostanze. Ritiene la Corte, estrapolando questo principio dal peculiare contesto delle cause sui crimini nella ex Jugoslavia in cui era stato affermato, che: *«Se questa definizione attiene al contesto particolare delle violenze commesse su una popolazione nel corso di un conflitto armato, essa non di meno riflette una tendenza universale a considerare l’assenza di consenso come l’elemento costitutivo essenziale della violenza e degli abusi sessuali»*. In conclusione: *«L’evoluzione del diritto e della prassi in questa materia traduce l’avanzamento delle società moderne verso un’eguaglianza effettiva e il rispetto dell’autonomia sessuale di ogni individuo»*.

Individuato un principio minimo tratto dalle legislazioni e prassi degli Stati membri, di altri Stati che non sono parte della Convenzione e dal diritto internazionale, la Corte trasla questo principio nel contenuto dell’obbligazione positiva dell’art. 8 della Convenzione: *«Conformemente alle norme e alle tendenze contemporanee in materia, deve considerarsi che le obbligazioni positive che pesano sugli Stati membri in virtù degli artt. 3 e 8 della Convenzione*

comportano la sanzione penale e la repressione effettiva di ogni atto sessuale non consensuale, anche nei casi in cui la vittima non abbia opposto resistenza fisica».

In punto di valutazione della condotta delle autorità bulgare rispetto all'obbligazione così individuata, la Corte adotta una motivazione prudente: precisa che il suo compito non consiste nel sostituirsi alle autorità locali nell'apprezzamento dei fatti di causa, né nel pronunciarsi sulla responsabilità penale dei presunti aggressori, né, ancora, nell'esprimersi in via generale sulla prassi interpretativa delle norme penali tenuta dalle autorità bulgare. Come nel precedente *D.P c. Regno Unito*, la Corte si limita ad una forma di controllo esterno sulla accuratezza dell'operato svolto dalle autorità statali, dunque sulla completezza delle indagini svolte dalla magistratura bulgara³⁸. Si constata, tuttavia, che le allegazioni dedotte dalla ricorrente in merito ad una interpretazione restrittiva delle condizioni di uso della forza e minaccia appaiono fondate su argomenti ragionevoli e che il Governo non le ha confutate. Sulla base dei verbali degli interrogatori e delle motivazioni che hanno accompagnato i decreti di archiviazione, conclude la Corte che gli organi inquirenti non sono giunti ad un pieno accertamento delle circostanze del caso e che non hanno condotto indagini tali da accertare l'assenza di consenso. La procedura seguita dal giudice istruttore e dal procuratore non ha risposto, in definitiva, all'obbligazione positiva dello Stato che, alla luce delle norme contemporanee di diritto internazionale e di diversi sistemi giuridici, consisteva nello stabilire e applicare in maniera effettiva un sistema penale che punisca ogni forma di abuso sessuale. All'unanimità, pertanto, la Corte constata che vi è stata violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione.

Si è dimostrato attraverso questo breve esame della giurisprudenza in materia di violazione dell'integrità fisica e psichica della persona che la natura del diritto leso, in quanto strettamente connessa alla sfera più intima della persona, determina una restrizione della discrezionalità dello Stato nell'attuazione della Convenzione. Tale restrizione, in particolare, si traduce nell'obbligazione per lo

³⁸ G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, cit., 172, definisce l'accertamento condotto dalla Corte sull'insufficienza dell'inchiesta penale come esempio di accertamento di una violazione «procedurale» dell'art. 3.

Stato di dotarsi di una legislazione penale e di un apparato amministrativo sia di polizia giudiziaria che di servizi sociali idoneo a rilevare e perseguire efficacemente le violazioni perpetrate da soggetti privati su altri cittadini.

Da un lato, dunque, la Convenzione produce anche effetti orizzontali, perlomeno indiretti, nel senso che vincola lo Stato a prevenire e controllare alcuni comportamenti tenuti dai singoli cittadini nei rapporti privati. Dall'altro, il vincolo per lo Stato non si traduce in una obbligazione di risultato, ma di mezzi, come prova il fatto che laddove un sistema penale e un assetto di servizi sociali esiste ed è ritenuto adeguato, la Corte si limita ad una verifica esterna sulla adeguatezza e completezza dell'operato degli apparati pubblici, senza sostituirsi alle loro valutazioni di merito.

Occorre chiedersi, infine, perché la Corte abbia fatto ricorso all'argomento comparativo soltanto nella sentenza *M.C. c. Bulgaria* del 2003 e non nelle precedenti *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985, *Stubbings* del 1996 e *D.P. c. Regno Unito* del 2003. Nel caso *X e Y*, in realtà, la Corte si è limitata a rilevare una lacuna nell'ordinamento olandese, che già di per sé aveva optato per un sistema di repressione penale adeguato della violenza sessuale; la scelta dello Stato sul punto era già stata netta e la Corte non ha fatto che portarla a compimento. Nei casi *Stubbing* e *D.P* non veniva posta in discussione l'adeguatezza del sistema penale inglese, che la Corte riconosce adeguato, ma da un lato le condizioni di esercizio di un'azione civile, dall'altro l'operato posto in essere in concreto dai servizi sociali.

Il caso *M.C.*, invece, ha origine in un Paese nella cui società, pare intuirsi da alcuni passaggi della motivazione, sono presenti concezioni che diremmo tradizionali sul ruolo della donna e sulle relazioni sessuali fuori dal matrimonio. Nella ricostruzione in fatto si accenna alle dichiarazioni rese dalla vittima agli inquirenti, in cui ella affermava di vivere in un piccolo paese in cui sarebbe stata considerata disonorata e citava l'episodio per cui il presunto aggressore, ammettendo di avere avuto una relazione con la ragazza e sostenendo che lei era consenziente, si sarebbe recato a casa di lei promettendo di sposarla. Si può comprendere, allora, la scelta della Corte di giustificare il principio imposto alla Bulgaria sulla base di un ricco apparato di esperienze tratte da altri ordinamenti

nazionali e internazionali, a dimostrazione dell'esistenza di un consenso radicato e diffuso nelle società contemporanee che la regola di diritto formulata non fa che recepire. Tanto più che, come la Corte rileva, la legislazione penale bulgara non esige per nulla la prova della resistenza della donna, ma tale condizione pare emergere in sede interpretativa, il che è forse il sintomo di un certo *habitus* mentale degli operatori del diritto del Paese, più che dell'arretratezza della legislazione.

In punto di metodo, colpisce che le fonti del principio enucleato come denominatore comune siano sì eterogenee. Non si tratta soltanto di norme giuridiche, di origine scritta o giurisprudenziale, tratte dagli ordinamenti degli Stati membri. La Corte non si limita, dunque, ad effettuare una ricognizione di norme, quale che sia la fonte, vincolanti negli Stati membri. Accanto ad esse, sono indicati documenti politici, anche provenienti da organi estranei al Consiglio d'Europa, e una giurisprudenza del Tribunale per i crimini della ex Jugoslavia non vincolante per lo Stato convenuto. Da questi elementi la Corte trae indizi per individuare, stando alle sue parole, una «*tendenza universale*», «*l'avanzamento delle società moderne verso un'eguaglianza effettiva e il rispetto dell'autonomia sessuale di ogni individuo*».

Da un lato, dunque, i principi enunciati traducono in norme giuridiche vincolanti attraverso l'elaborazione argomentativa della Corte delle linee di evoluzione della società, o delle società. Dall'altro, la Convenzione è intesa dalla Corte come ricettore di valori il cui bacino di riferimento va ben oltre l'Europa, ma sconfina negli Stati Uniti, in Canada, in Australia, in quello che potremmo chiamare il mondo occidentale, l'insieme dei Paesi di democrazia consolidata. Ma di questo si dirà meglio in seguito.

4.1.2. Margine di apprezzamento e tutela dell'orientamento sessuale, dove si spinge la Corte...

Un secondo filone giurisprudenziale in cui la Corte europea misura il margine di apprezzamento degli Stati in funzione della natura del diritto leso inerisce alla tutela dell'orientamento sessuale. Il diritto garantito è identificato dalla Corte come diritto al rispetto della vita sessuale, definita «*uno degli aspetti più intimi*

della vita privata”. Allorché la condotta statale interferisce nella sfera della vita sessuale dell’individuo, “devono esistere delle ragioni particolarmente gravi per rendere legittime, stando alle finalità del paragrafo 2 dell’art.8, le ingerenze dei poteri pubblici”³⁹. Siamo ancora, dunque, entro il primo e più ristretto cerchio causato dal lancio del sasso nello stagno di cui si diceva nel paragrafo precedente. Anche in questa materia il margine di apprezzamento spettante allo Stato è in principio ristretto.

Per ciò che attiene al riconoscimento della vita sessuale come sfera tutelata dalla Convenzione, né nella prima sentenza in materia, l’arrêt *Dudgeon* del 1981, né in quelle successive, la Corte giustifica in alcun modo l’individuazione di questo nuovo profilo afferente alla “vita privata” garantita dall’art. 8 CEDU. La Corte, infatti, non chiarifica mai il nesso, pure intuibile, che la porta a comprendere nella formula testuale “vita privata” la sottospecie “vita sessuale”. Semplicemente, la Corte accetta di esaminare i fatti di causa così come prospettati dai ricorrenti e dichiarati ammissibili dalla Commissione, limitandosi a chiamare l’ambito cui inerisce la presunta violazione con il nome di “vita sessuale”.

Le sentenze della Corte che fino ad oggi sono state pronunciate in relazione alla protezione dell’orientamento sessuale possono essere suddivise, in base alle fattispecie concrete da cui hanno avuto origine, in cinque gruppi: protezione da una legislazione penale che sanziona atti sessuali compiuti tra adulti consenzienti⁴⁰; divieto di discriminazione nella legislazione penale per ciò che attiene all’età minima a partire dalla quale sono consentiti rapporti sessuali con minori, indipendentemente dal fatto che siano di tipo eterosessuale o omosessuale⁴¹; protezione dal licenziamento giustificato soltanto dall’orientamento sessuale dell’interessato, in particolare allorché questi presta servizio nelle forze armate⁴²; protezione del domicilio, in relazione alla

³⁹ Sentenza *Dudgeon c. Regno Unito e Irlanda del Nord* del 22 ottobre 1981.

⁴⁰ Sentenze *Dudgeon c. Regno Unito e Irlanda del Nord* del 22 ottobre 1981; *Norris c. Irlanda* del 26 ottobre 1988; *Modinos c. Cipro* del 22 aprile 1993.

⁴¹ Rapporto della Commissione *Sutherland c. Regno Unito* del 1 luglio 1997; sentenze *L. e V. c. Austria* del 9 gennaio 2003; *S.L. c. Austria* del medesimo giorno; *B. B. c. Regno Unito* del 7 luglio 2004; *Woditschka e Wilfling c. Austria* del 21 gennaio 2005.

⁴² Sentenze *Smith e Grady c. Regno Unito* del 27 dicembre 1999; *Lusting-Prean e Beckett* del 27 dicembre 1999; *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito* del 22 gennaio 2003.

successione nel contratto del convivente *mortis causa*⁴³; protezione delle relazioni familiari di soggetti omosessuali, con conseguente scivolamento del parametro dalla protezione della vita privata alla tutela della “vita familiare”⁴⁴.

Senza ripercorrere la motivazione della Corte in ogni singolo giudizio, ci soffermeremo sulla modalità utilizzata dalla Corte per definire anche in queste fattispecie il margine discrezionale spettante al singolo Stato convenuto⁴⁵.

Il contenuto del diritto leso e la condotta cui lo Stato deve conformarsi per rispettare la Convenzione sono definiti sin dalla prima sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981 in materia di repressione penale di atti omosessuali, confermata dalle successive sentenze *Norris c. Irlanda* del 1988 e *Modinos c. Cipro* del 1993. In *Dudgeon*, la polizia rinveniva nella casa del ricorrente, sottoposto ad una perquisizione per presunto possesso di stupefacenti, alcune riviste per omosessuali. Il ricorrente venne portato in questura e interrogato, senza che peraltro fosse aperto a suo carico alcun procedimento penale. La legislazione penale dell'Irlanda del Nord dell'epoca puniva con la pena della reclusione le relazioni omosessuali tra persone di sesso maschile, ciò indipendentemente dall'età degli interessati, dal consenso e dal fatto che fossero tenute in pubblico o in privato.

All'epoca dei fatti di causa, il Parlamento dell'Irlanda del Nord, competente a legiferare per il territorio dell'Ulster sin dal 1921, era sospeso dall'esercizio delle sue funzioni a causa dei disordini causati dal terrorismo. Il territorio era soggetto

⁴³ Sentenza *Karner c. Austria* del 24 ottobre 2003.

⁴⁴ Sentenze *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 marzo 2000; *Fretté c. Francia* del 26 maggio 2002.

⁴⁵ Per una rassegna puntuale della giurisprudenza della Corte in materia di diritti degli omosessuali, P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 104-133; G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, in F. SUDRE (a cura di), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 170.

Nelle voci dei commentari CEDU relative all'art. 8, sul filone giurisprudenziale relativo ai diritti degli omosessuali si veda V. ZENO ZENCOVICH, *Art.8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 313-314; CARLO RUSSO, *Art. 8 par. 1*, in L.PETTITI, E. DECAUX, P-H IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1995, con particolare riferimento alle sentenze *Dudgeon* o *Norris* e V. COUSSIRAT-COUSTERE, *Art. 8 par. 2*, in L.PETTITI, E. DECAUX, P-H IMBERT, *La Convention*, cit., 342-343, nel paragrafo sulle violazioni dell'intimità; F. G. JACOBS E R.C.A. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, 1996, 190-192.

all'amministrazione diretta del Regno Unito, nella cui Camera dei Comuni sedevano deputati eletti nei collegi dell'Irlanda del Nord.

Sin dal 1967, il Parlamento inglese aveva abrogato le norme penali vigenti nel territorio inglese che punivano gli atti sessuali commessi da soggetti adulti consenzienti del medesimo sesso. Nel 1978, il Governo inglese presentò un progetto di legge teso a modificare la legislazione in vigore in Irlanda del Nord e rendere leciti gli atti omosessuali tra maschi adulti consenzienti, sì da uniformare la disciplina irlandese a quella vigente sul resto del territorio del Regno Unito. Il progetto, tuttavia, dovette essere ritirato per la forte opposizione manifestata da alcune personalità e gruppi di pressione irlandesi, tra cui giudici, procuratori, esponenti del partito orangista, associazioni politiche affini, vescovi cattolici e associazioni di carattere religioso. Essi sostenevano che l'iniziativa inglese avrebbe provocato un declino dei valori della popolazione, messo in pericolo la saldezza morale dei giovani e creato un clima di lassismo che avrebbe minacciato le fondamenta della società irlandese.

Il Governo inglese, chiamato paradossalmente a difendere la legge irlandese contestata avanti alla Corte, sostenne che essa realizzava un'ingerenza nella vita privata del ricorrente, ma che tale ingerenza era giustificata dalla protezione della morale, una delle finalità definite legittime dal secondo comma dell'art. 8 CEDU. La Corte concordò sul fatto che la legislazione impugnata costituisse un'ingerenza, ritenne che essa fosse prevista dalla legge e animata dal fine legittimo della protezione della morale, ove per "morale" dovevano intendersi l'insieme delle credenze morali diffuse all'epoca nell'Irlanda del Nord, ma la giudicò sproporzionata rispetto al fine perseguito, dunque incompatibile con la Convenzione.

La motivazione si incentra sull'esame della "*necessarietà in una società democratica*" della legislazione penale, condizione richiesta dall'art. 8, comma secondo, per aversi limitazione legittima del diritto al rispetto della vita privata. I principi generali indicati dalla Corte meritano di essere riportati per esteso, perché costituiscono una costante della sua giurisprudenza:

«La serie di principi che devono essere osservati per valutare la "necessarietà", "in una società democratica", di una misura adottata con un fine legittimo rispetto alla

Convenzione si ricava dalla giurisprudenza della Corte. Innanzitutto, l'aggettivo "necessaria" non ha in questo contesto la flessibilità di termini quali "utile", "ragionevole" o "opportuno"; implica l'esistenza di un "bisogno sociale imperativo" di ricorrere all'ingerenza considerata (sent. Handyside, p.22, par. 48).

In secondo luogo, è compito delle autorità nazionali giudicare per prime, in ciascun caso, l'esistenza di questo bisogno; gli Stati contraenti conservano quindi un margine di apprezzamento (ibidem). Tuttavia, le loro decisioni restano sottoposte al controllo della Corte (ibidem, p.23, par. 49)».

Precisa la Corte che il margine «non ha un'ampiezza identica per ciascuna delle finalità che autorizzano a limitare un diritto». Vero è che le esigenze di protezione della morale «variano nel tempo e nello spazio, specialmente alla nostra epoca», e che «le autorità dello Stato, grazie ai loro contatti diretti e costanti con le forze vive del loro Paese, si trovano in principio meglio poste rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi sul contenuto preciso di queste esigenze». Tuttavia, l'estensione del margine «dipende non soltanto dalle finalità della restrizione, ma anche dalla natura delle attività in gioco». Proprio alla luce del carattere intimo della sfera privata che risulta lesa dalla legislazione penale irlandese, il margine spettante allo Stato è ristretto.

In concreto, l'esame della necessità è coniugato dalla Corte in due sottocriteri: la «pertinenza» delle misure adottate e la loro «sufficienza».

In punto di «pertinenza» della repressione penale rispetto al fine della protezione della morale, ossia di inerenza del mezzo alla finalità perseguita, la Corte ammette che la legislazione contestata deve essere analizzata alla luce del contesto della società irlandese e che se misure similari non sono presenti in altre parti del Regno Unito o in altri Stati membri del Consiglio d'Europa, ciò non implica in astratto che esse non possano essere "necessarie" in Irlanda del Nord:

«In uno Stato in cui vivono comunità culturali diverse, le autorità competenti possono sicuramente trovarsi di fronte a imperativi diversi, tanto morali che sociali».

Tuttavia, la Corte si riconosce titolare in ultima istanza del potere di sindacare se le ragioni che rendono «pertinente» la misura rispetto al fine siano anche

«sufficienti», ove per «sufficienza» la Corte intende la proporzionalità tra misura e «bisogno sociale» che essa è tesa a soddisfare. Due sono i criteri attraverso cui la Corte giunge a pronunciarsi per la sproporzione: l'uno, come detto, attiene alla natura del diritto leso, definito «*una manifestazione essenzialmente privata della personalità umana*»; il secondo è l'analisi comparata: la grande maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, secondo la Corte, ha abrogato legislazioni penali similari, poiché negli anni si sono comprese meglio le ragioni che sono alla base di comportamenti omosessuali ed è emersa una maggiore tolleranza verso di essi. La Corte è disposta ad ammettere che possa essere ancora necessaria qualche forma di controllo sugli atti omosessuali per tutelare persone particolarmente vulnerabili, quali i giovani, lasciando alle autorità nazionali la scelta degli atti da adottare a questo scopo. Ma le misure in vigore, per la loro portata generalizzata e per il loro carattere assoluto, sono sproporzionate al fine richiesto.

Da un lato, dunque, la Corte valorizza in astratto l'importanza delle caratteristiche locali di un determinato contesto, i valori prevalenti, le opinioni diffuse; dall'altro, però, la stessa Corte si fa promotrice di una circolazione di modelli, ritenendo essenziale per la tutela di uno degli aspetti più intimi della vita umana che anche uno Stato in cui parte dell'opinione pubblica e delle forze politiche non si è dimostrata pronta a condividere una certa evoluzione dei costumi debba adeguarsi alla protezione di un diritto cui la maggior parte degli Stati membri del Consiglio è già pervenuta⁴⁶.

A questo proposito, è interessante notare che nella successiva sentenza *Modinos c. Cipro* del 1993, in merito ad una ipotesi analoga di legislazione penale repressiva di condotte omosessuali, la Corte ribadisce il suo precedentemente orientamento,

⁴⁶ Si deve osservare, per completezza, che la Corte ricerca spesso un supporto alle argomentazioni espresse nel contesto dello Stato contraente; in questo caso il supporto era dato dal fatto che dal gennaio 1972 all'ottobre 1980, stando ai dati del Governo, erano stati intrapresi 62 procedimenti penali per i reati di cui si discute, ma tutti concernenti atti omosessuali su minori, malati mentali o detenuti, dunque categorie per le quali sussisteva un divieto penale anche nel resto del Regno Unito; non erano, invece, mai stati condannati soggetti per rapporti tra adulti consenzienti. Se la mancata applicazione della legge non è sufficiente per la Corte per ritenere che non vi sia violazione della Convenzione, tuttavia è un argomento che la Corte utilizza per dimostrare che esistono già nello Stato contraente dei segnali che indicano che l'evoluzione cui sono pervenuti gli altri Stati europei è prossima.

pur dopo che la Corte suprema di Cipro si era espressa, proprio alla luce della sentenza *Dudgeon*, per il mantenimento nell'isola delle norme penali contestate.

Sosteneva la Corte suprema cipriota che se, come affermato da Strasburgo in *Dudgeon*, le autorità locali godono di una *better position* per pronunciarsi sui valori morali dominanti nel proprio Paese, allora essa stessa, competente ad applicare la Convenzione e le corrispondenti disposizioni della Costituzione cipriota, poteva affermare che gli articoli del codice penale di Cipro non violavano né la CEDU né la Costituzione, in quanto conformi alla morale locale. Vi era stato, dunque, il tentativo di un giudice interno di interpretare alcuni dei passaggi della motivazione della Corte di Strasburgo come attributivi di un potere di interpretare le clausole della Convenzione alla luce del proprio contesto locale.

Nella sentenza *Modinos*, la Corte di Strasburgo ribadisce la non conformità alla Convenzione di una legislazione penale del genere contestato e riafferma in tal modo l'uniformità nel trattamento minimo che gli Stati devono garantire rispetto alla vita sessuale dei propri cittadini.

Due ulteriori osservazioni meritano di essere proposte: la sentenza *Dudgeon* giunge dopo che alcune richieste analoghe erano state dichiarate irricevibili dalla Commissione, a motivo che una repressione penale delle relazioni omosessuali doveva ritenersi giustificata dalla «protezione della morale» e dalla «difesa dei diritti altrui» di cui all'art. 8, comma secondo, e proporzionata al fine⁴⁷. Ciò

⁴⁷ Rapporto della Commissione *X c. Regno Unito*, n. 7215/75 del 12 ottobre 1978, pubblicato nel 1980, in punto di necessità in una società democratica: «La Commissione ritiene che un'importante funzione del diritto penale in una società democratica sia di predisporre delle garanzie che permettano di proteggere gli individui dal pericolo, particolarmente di quelli che sono vulnerabili in ragione della loro età. Il diritto penale perviene direttamente a questo obiettivo sanzionando coloro che hanno nuociuto ad altri, e indirettamente grazie all'effetto dissuasivo di queste sanzioni. E' accertato, nel caso di specie, che benché il ricorrente non sia stato incolpato di sodomia con un partner non consenziente, la relazione incriminata ha comportato un certo ricorso alla forza. Ne consegue che il procedimento penale e la condanna subita dal ricorrente fossero "necessarie in una società democratica" ai sensi dell'art. 8» (§137). In merito alla esistenza stessa di una legislazione penale che punisce atti omosessuali compiuti con un soggetto che abbia meno di ventuno anni, mentre per gli atti eterosessuali il limite di età è di sedici anni: «La Commissione riconosce che ogni regolamentazione applicabile al comportamento sessuale non può in sé essere considerata come una lesione del diritto al rispetto della vita privata. Tuttavia ritiene, nel caso di specie, che la legislazione che erige a infrazione le relazioni omosessuali in privato con uomini consenzienti dai diciotto ai ventuno anni costituisce un'ingerenza al rispetto della vita privata del ricorrente che si deve giustificare alla luce di uno dei motivi enunciati dal paragrafo 2 dell'art. 8 [in particolare la "protezione dei diritti altrui"]. La Commissione considera che questa dichiarazione è confortata dal fatto che l'età per divenire maggiorenni in vigore nel Regno Unito in altri settori della legislazione è di diciotto anni e che

dimostra che la giurisprudenza di Strasburgo in materia si è veramente evoluta allo stesso ritmo delle legislazioni e prassi degli Stati membri, a loro volta espressione di un mutato sentire sociale.

Se ne trova ulteriore conferma nel fatto che, mentre in *Dudgeon* la Corte ammetteva in principio che potesse essere necessaria per la protezione della morale la repressione di atti omosessuali con minorenni, la successiva giurisprudenza giungerà a dichiarare in contrasto con il principio di non discriminazione correlato all'art. 8 le disposizioni penali che stabiliscono un'età più elevata per aversi lecite relazioni sessuali omosessuali rispetto a quella richiesta per i rapporti eterosessuali; ciò a motivo che studi scientifici dimostrano che l'orientamento sessuale si manifesta già prima della pubertà e, pertanto, un trattamento differenziato giustificato dall'esigenza di preservare i giovani da ambienti corruttibili e deviati non ha più alcuna ragion d'essere⁴⁸. Anche qui, la giurisprudenza della Corte è andata di pari passo con l'evoluzione delle legislazioni della maggior parte degli Stati, dunque dell'opinione pubblica che le accompagna.

4.1.3....e dove la Corte è più cauta: la vita familiare degli omosessuali

Dopo una giurisprudenza che sembrava preludere alla progressiva generalizzata equiparazione dei diritti riconosciuti agli omosessuali ai diritti degli eterosessuali, facendo leva sul principio del rispetto della vita privata considerato in sé e in connessione con il principio di non discriminazione, la Corte ferma la sua corsa di fronte alla richiesta di un signore omosessuale di adottare un figlio. Il caso di

nella maggior parte degli altri paesi europei, l'età del consenso per i rapporti omosessuali è di diciotto anni» (§144).

Si vedano, inoltre, le decisioni di irricevibilità in ricorsi contro la Germania, *X. c. Germania*, n. 104/1955 del 23 settembre 1955; n. 167/1956 del 28 settembre 1956; n. 530/59 del 4 settembre 1960; n. 3566/68 del 15 dicembre 1969; n. 5935/72 del 30 settembre 1975, citate e commentate da P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali*, cit., 105-106.

⁴⁸ Sentenze *L. e V. c. Austria* del 9 gennaio 2003; *S.L. c. Austria* del medesimo giorno; *B. B. c. Regno Unito* del 7 luglio 2004; *Woditschka e Wilfling c. Austria* del 21 gennaio 2005. Si noti che l'art. 209 del codice penale austriaco, oggetto degli indicati giudizi, era già stato dichiarato incostituzionale al momento della prima pronuncia della Corte in tema, ma la dichiarazione di incostituzionalità non si estendeva alle condanne subite dai ricorrenti, non consistenti nella reclusione. Pertanto, i ricorrenti erano titolari di un interesse attuale a far constatare la non conformità alla Convenzione della norma e ad esigere un risarcimento in via equitativa. La sopravvenuta pronuncia della Convenzione, dunque, interviene in un ordinamento che ha già autonomamente adottato le medesime conclusioni raggiunte dal giudice internazionale.

specie ha origine in Francia e la Corte lo decide nella sentenza *Fretté c. Francia* del 26 febbraio 2002.

E' bene notare da subito che la fattispecie concreta si distingue dai precedenti in breve descritti in tema di omosessualità, in quanto tocca non soltanto aspetti intimi che afferiscono alle scelte individuali del soggetto interessato, quali la sua condotta sessuale o le sue aspirazioni professionali, ma coinvolge il rapporto tra l'individuo, cui è coesistente un dato orientamento sessuale, e un soggetto terzo, il minore, con il quale il primo vorrebbe costruire una relazione parentale. Dal profilo della vita privata la fattispecie si sposta sul piano della tutela della vita familiare.

La vita familiare di un soggetto omosessuale, per vero, era già stata oggetto di giudizio di una precedente sentenza, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999. Il caso atteneva all'affidamento del figlio minore ad un soggetto omosessuale dopo l'intervenuta separazione dalla moglie. Il ricorrente lamentava una disparità di trattamento contraria all'art. 14 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 8, per essergli stato negato l'affidamento a causa del suo orientamento sessuale. Dopo una puntuale analisi delle relazioni redatte dagli assistenti sociali e delle motivazioni delle autorità giurisdizionali portoghesi, che avevano rigettato il gravame proposto dal ricorrente, la Corte dichiara all'unanimità che il Portogallo ha violato i parametri invocati, in quanto risulta dagli atti di causa che l'omosessualità del signor Salgueiro aveva costituito il fattore determinante per il rigetto della richiesta di custodia del minore⁴⁹. Sebbene la decisione delle autorità nazionali fosse finalizzata alla protezione dei diritti del bambino, la misura adottata non appare alla Corte proporzionata rispetto al fine perseguito.

Il caso *Fretté* si distingue dal precedente *Salgueiro da Silva Mouta*. Mentre in *Salgueiro* il legame familiare è già esistente, in *Fretté* il richiedente chiede di poter costituire *ex novo* il rapporto di filiazione adottiva.

⁴⁹ §45-46 della sentenza: «Si deve constatare che la Corte di appello – portoghese – ha operato una distinzione dettata da considerazioni che attengono all'orientamento sessuale del richiedente, distinzione che non può essere tollerata ai sensi della Convenzione».

Il codice civile francese consente l'adozione anche ai *single*, senza alcuna precisazione in merito al loro orientamento sessuale. L'adozione deve essere autorizzata dalle autorità amministrative competenti all'esito di un'istruttoria che consiste in una serie di colloqui con il richiedente, per accertarne l'idoneità al ruolo parentale. Il sig. Fretté riceve valutazioni positive dai servizi sociali in ordine alla sua affettività, all'equilibrio psicofisico, alla gestione delle relazioni interpersonali e alle doti educative nei confronti di un futuro figlio, ma la richiesta è rigettata, sostanzialmente a motivo della sua omosessualità. Il Tribunale amministrativo di Parigi annulla il provvedimento di diniego dell'autorizzazione, in quanto discriminatorio, ma l'Avvocatura presenta appello e il Consiglio di Stato dà torto al ricorrente «*a causa delle sue condizioni di vita e malgrado le sue certe qualità umane ed educative*» (§16 in fatto). Il ricorrente lamenta avanti alla Corte di Strasburgo di aver subito una discriminazione rispetto agli altri richiedenti celibi eterosessuali, motivata sulla sola base dell'orientamento sessuale.

Due sono i problemi che la questione solleva: l'applicabilità dell'art. 8, da cui dipende la applicabilità dell'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione. Per giurisprudenza costante, infatti, l'art. 14 ha una portata accessoria e richiede che l'ambito materiale in cui è intervenuta la presunta discriminazione sia ascrivibile ad uno dei diritti sostanziali garantiti dalla CEDU. In secondo luogo, la sussistenza di una giustificazione obiettiva e ragionevole che renda legittima la differenza di trattamento.

La Corte ha ritenuto applicabile l'art. 8 e dunque l'art. 14, seguendo un ragionamento contestato nell'opinione concordante del giudice J. P. Costa e criticato dalla dottrina perché poco rigoroso. Riprendendo, infatti, alcuni precedenti della Commissione, la Corte osserva che l'art. 8, inteso come "vita privata", non garantisce il diritto ad adottare in quanto tale⁵⁰. Inoltre, sotto il profilo della vita familiare, l'art. 8 presuppone l'esistenza di legami familiari preesistenti e non protegge la semplice aspirazione a fondare una famiglia⁵¹.

⁵⁰ Decisioni della Commissione *Di Lazzaro c. Italia*, n. 31924/96 del 10 luglio 1997; *X. c. Belgio e Paesi Bassi*, n. 6482/74, del 10 luglio 1975.

⁵¹ Sentenze *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979 e *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Regno Unito* del 28 maggio 1985.

Stando ai diritti sostanziali autonomamente tutelati dalla Convenzione, pertanto, non può dirsi che il rigetto della domanda di adozione del ricorrente possa in sé essere considerato come lesivo del diritto *«al libero sviluppo e allo svolgimento della sua personalità o al modo in cui egli conduce la sua vita, in particolare la sua vita sessuale»*. Si noti che con la presente definizione, rispetto ai precedenti *Dudgeon, Norris e Modinos*, la Corte puntualizza la sostanza del diritto al rispetto della vita sessuale, ponendo l'accento sulla autodeterminazione dell'individuo.

Tuttavia, argomenta la Corte, se anche in forza della Convenzione in sé considerata il ricorrente non ha titolo per lamentare una violazione, la Francia ha liberamente scelto di accordare l'adozione a soggetti celibi, riservando ai propri cittadini una protezione maggiore del minimo garantito dalla Convenzione. Secondo la Corte, una volta che l'ordinamento interno abbia liberamente optato per una soluzione giuridica che involge diritti garantiti dalla Convenzione, tale soluzione deve essere posta in essere nel rispetto del principio di non discriminazione: *«il diritto garantito dall'articolo 343-1 del codice civile, che ricade sotto l'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione, è allora messo in discussione a causa in sostanza dell'orientamento sessuale»*.

L'opinione parzialmente concordante del giudice J. P. Costa critica lo scivolamento operato dalla Corte dal piano della Convenzione al piano della legislazione nazionale per argomentare l'attrazione della fattispecie nell'ambito di azione dell'art. 8. Il giudice ritiene che se, stando alla giurisprudenza, non sussiste alcun diritto ad adottare garantito dalla CEDU, né un diritto a formare una famiglia, l'art. 8 non doveva essere dichiarato applicabile e per l'effetto neppure l'art. 14. Invece, il ragionamento della Corte, che si appoggia al diritto nazionale e porta a svolgimento una scelta legislativa non richiesta dalla CEDU, perviene alla implicita rottura del rapporto di accessoria tra principio di non discriminazione e diritto sostanziale, realizzando prima della ratifica del XII Protocollo, all'epoca aperta, l'affermazione di un generale ed autonomo principio di non discriminazione *«nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge»* (XII Prot.) e non più soltanto nei diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione⁵².

⁵² A. GOUTTENOIRE-CORNUT e F. SUDRE, *La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel*, in *JCP - La Semaine juridique Edition Général*, n. 19-20, 8 maggio 2002, 885-890 sollevano le medesime critiche, asserendo che la sentenza avrebbe reso autonoma

Nel merito, quanto alla violazione dell'art. 14 in connessione con l'art. 8, la Corte ritiene che la differenza di trattamento operata in concreto dallo Stato sia oggettiva e ragionevole e non integri, pertanto, una discriminazione vietata dalla Convenzione. In principio, la Corte rinvia al noto elenco dei fattori che individuano l'ampiezza del margine di apprezzamento come individuati nella sentenza *Rasmussen*, ma gli argomenti utilizzati per giungere a questa conclusione sono sostanzialmente due: l'assenza di un denominatore comune tra gli Stati europei in materia di adozione da parte di un soggetto omosessuale e, dunque, la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo alla Francia; in secondo luogo, le divisioni riscontrate nella comunità scientifica e nell'opinione pubblica sull'idoneità di tale opzione al perseguimento del superiore interesse del bambino.

L'argomento comparativo è sviluppato con peculiare attenzione al sentire sociale, più che alle legislazioni e prassi di altri Stati⁵³. La divisione della comunità

l'applicazione dell'art. 14 dall'applicazione dell'art. 8. Essi ritengo, inoltre, che neppure nel diritto interno possa dirsi esistente un "diritto" all'adozione, ma soltanto il diritto a proporre una domanda in tal senso, soggetta ad autorizzazione. Secondo gli Autori la Corte avrebbe creato, senza chiarirne il titolo, un nuovo diritto entro l'art. 8, il diritto di accesso all'adozione, che potrebbe essere rivendicato dalle coppie di fatto, laddove l'adozione è riservata alle coppie sposate, o addirittura costituire precedente per l'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, oggi riservato in Francia alle coppie eterosessuali.

A me pare che la critica sia fondata in punto di contraddittorietà del ragionamento della Corte, che ritiene applicabile l'art. 8 pur dopo aver ammesso che nessun diritto il ricorrente può rivendicare in astratto sulla base di quell'articolo. Ritengo, tuttavia, eccessivo il timore di un indiscriminato ampliamento futuro dell'applicazione dell'art. 8 in materia di adozione, in primo luogo perché la Corte ha chiarito ancora una volta che dall'art. 8 non deriva un diritto ad adottare e che l'adozione consiste nel «*dare una famiglia ad un bambino e non un bambino ad una famiglia*»; in secondo luogo perché, anche in punto di non discriminazione, la Corte ha costruito una motivazione sì aperta a future conquiste della scienza e al mutamento dell'opinione pubblica, ma in ogni caso legata alla specifica problematica dell'adozione da parte di un soggetto celibe omosessuale. E' mio parere che sia più utile, ai fini della comprensione dello stato di avanzamento che la Convenzione riserva a certe situazioni, che la Corte abbia scelto di entrare nel merito della questione sottopostale, piuttosto che evitare di decidere attraverso l'*escamotage* della non applicabilità dell'art. 8.

⁵³ «*Occorre constatare che non esiste un tale denominatore comune in questa materia. Anche se la maggioranza degli Stati contraenti non prevede espressamente l'esclusione degli omosessuali dall'adozione quando questa è aperta ai soggetti celibi, si cercherebbero invano nell'ordine giuridico e sociale degli Stati contraenti dei principi uniformi su simili questioni sociali sulle quali profonde differenze di opinione possono ragionevolmente regnare in un Stato democratico. La Corte stima normale che le autorità nazionali, che devono anche prendere in considerazione nei limiti delle loro competenze gli interessi della società nel suo insieme, dispongano di una grande latitudine allorché sono chiamate a pronunciarsi su queste materie. Essendo in contatto diretto e permanente con le forze vitali dei propri paesi, le autorità nazionali sono in principio meglio situate di una giurisdizione internazionale per valutare le sensibilità e il contesto locale. Laddove questioni delicate come quelle sollevate nel presente caso toccano una materia in cui non c'è quasi comunanza di vedute tra gli Stati membri del Consiglio di Europa e dove, in modo*

scientifico, composta da specialisti dell'infanzia, psichiatri e psicologi, sulle conseguenze eventuali che l'affidamento di un bambino a genitori omosessuali e le profonde divergenze presenti nell'opinione pubblica nazionale e internazionale in materia conducono la Corte, alla luce dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato e del perseguimento del superiore interesse del bambino, a ritenere che il rifiuto di autorizzazione all'adozione non abbia trasgredito il principio di proporzionalità.

Il collegio si è, tuttavia, diviso. La constatazione della mancata violazione dell'art. 8 in connessione con l'art. 14 è stata pronunciata per quattro voti contro tre. La prevalenza dell'opinione di maggioranza è stata determinata dal voto del giudice J. P. Costa che, come detto, motiva la sua posizione non sulla base della condivisione nel merito delle conclusioni della maggioranza, ma per il motivo preliminare della non applicabilità alla fattispecie dell'art. 8 CEDU.

La minoranza, in una opinione dissenziente comune (giudici Bratza, Fuhrmann e Tulken) ritiene che, se è vero che la Corte non deve sostituirsi alle scelte degli Stati membri in un ambito materiale che dà vita ad un fervente dibattito entro il Consiglio d'Europa e che, del pari, non deve pronunciarsi a favore di un proprio modello familiare, è vero anche che il rifiuto assoluto di adozione opposto dal Consiglio di Stato francese sulla base del solo orientamento sessuale e senza tenere in alcuna considerazione i profili di adeguatezza evidenziati dai servizi sociali realizza una presunzione invincibile di inidoneità ad ogni progetto adottivo degli omosessuali che contrasta con il principio di proporzionalità.

In sostanza, pur senza dirlo espressamente, la minoranza sembra dedurre che la condotta della Francia avrebbe potuto giustificarsi se le autorità locali avessero motivato sulle specifiche ragioni che rendevano l'omosessualità del ricorrente un ostacolo all'adozione, per esempio in punto di gestione della vita quotidiana, di conduzione di un'esistenza equilibrata e ordinata, di presenza di un *partner* di riferimento costante. Il livello cui si situa la decisione del Consiglio di Stato e che

generalizzato, il diritto sembra attraversare una fase di transizione, occorre lasciare un ampio margine di apprezzamento alle autorità di ogni Stato [...] Tale margine di apprezzamento non dovrà tuttavia trasformarsi nel riconoscimento di un potere arbitrario in capo allo Stato e la decisione delle autorità resta sottoposta al controllo della Corte, che ne verificherà la conformità alle esigenze dell'art. 14 della Convenzione» (§41).

la Corte avalla, invece, attiene alla inidoneità in astratto della persona omosessuale all'assunzione del ruolo parentale⁵⁴.

Merita notare che, per dimostrare l'esistenza di un generale consenso internazionale al divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, i giudici della minoranza richiamano l'art. 21 della Carta di Nizza, per il quale è «vietata ogni discriminazione fondata sul sesso o...sull'orientamento sessuale», insieme ad una Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, n. 1474(2000), che invitava gli Stati ad ampliare le cause di discriminazione espressamente vietate dall'art. 14 CEDU inserendovi l'orientamento sessuale. Deve precisarsi, in proposito, che la soluzione adottata dalla maggioranza non dipende in alcun modo dal fatto che l'orientamento sessuale non sia espressamente elencato nell'art. 14 della Convenzione, poiché la Corte ha sempre ritenuto tale elenco esemplificativo e interpretato la disposizione come una clausola aperta.

⁵⁴ Nella successiva sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007, la Corte affronta nuovamente il tema dell'adozione da parte di un soggetto *single*, questa volta però eterosessuale. La Corte effettua un espresso *distinguishing* dei fatti di causa rispetto a quelli posti alla base del precedente *Fretté*, non però sotto il profilo delle preferenze sessuali del soggetto interessato, che non viene in rilievo, bensì in quanto nel caso *Wagner* sussisteva già un rapporto di filiazione di fatto tra la ricorrente e il bambino adottato.

La legislazione lussemburghese consente l'adozione a soggetti celibi. Non si tratta, tuttavia, di una adozione piena, poiché il bambino conserva il legame giuridico con la famiglia di origine. La ricorrente, dopo aver adottato un bambino in Perù nel rispetto della legislazione di quello Stato e dopo aver vissuto alcuni anni con lui in Lussemburgo, chiede alle autorità che le sia concessa l'adozione piena, di modo che il bambino possa acquistare la cittadinanza lussemburghese ed esser parte ad ogni effetto di legge della sua famiglia. La Corte accoglie il ricorso in quanto, pur non tutelando l'art. 8 della Convenzione un diritto ad adottare, nel caso di specie l'adozione era già intervenuta ed il legame familiare era esistente, trattandosi soltanto di definirne alcuni effetti legali (§117-121). La motivazione si fonda sulla rilevata esistenza di un «*avanzato stadio di armonizzazione*» delle legislazioni degli Stati membri per ciò che attiene all'adozione di soggetti celibi (§66-70, contenenti una ricognizione delle legislazioni nazionali, da cui risulta che in nessuno dei quarantasei Stati del Consiglio d'Europa l'adozione di soggetti *single* è vietata, seppure in quattro di essi, tra cui l'Italia, essa è consentita solo in presenza di circostanze eccezionali). Inoltre, data la circostanza di fatto della esistenza in concreto di una vita familiare tra la madre e il bambino già effettiva, la Corte ritiene che il riconoscimento di una adozione piena sia conforme al superiore interesse del bambino (§133-135).

La decisione è adottata all'unanimità, il che è indice del fatto che l'adozione da parte di una persona *single* non ha suscitato particolari divisioni nei componenti della Corte, potendo tale scelta appoggiarsi su un elevato consenso negli Stati membri. In seguito a questa pronuncia, il Lussemburgo dovrà presumibilmente modificare le disposizioni del Codice Civile che disciplinavano l'adozione da parte di soggetti celibi in maniera differenziata rispetto all'adozione da parte di soggetti coniugati.

Al di là del caso di specie, i “materiali” cui si riferisce la minoranza per fondare l’argomento comparativo, ossia i documenti politici adottati in seno al Consiglio d’Europa e addirittura la Carta di Nizza, che pure è un atto adottato nell’ambito dell’ordinamento comunitario che non dispiega alcun effetto diretto nei confronti della Convenzione europea, sono diversi da quelli citati dalla maggioranza, che richiama, senza peraltro analizzarle puntualmente, le legislazioni degli Stati membri. Ciò dimostra che l’oggetto dell’analisi comparata non è affatto un materiale definito e definibile *a priori* e che, anzi, l’individuazione dei documenti rilevanti e la loro ricognizione non è per nulla un’operazione neutra dotata del crisma dell’obiettività, ma nasconde spesso una previa opzione soggettiva prescelta dall’interprete, di cui l’argomento comparativo costituisce lo svolgimento.

Le conclusioni della sentenza *Fretté* sono sovvertite nella recente pronuncia della Grande Camera *E. B. c. Francia* del 22 gennaio 2008, adottata con il voto di dieci a sette. In apertura di motivazione, la Corte tenta di valorizzare alcuni elementi fattuali di distinzione rispetto al caso *Fretté*, che non paiono tuttavia particolarmente significativi⁵⁵. Tra le righe della motivazione, che si chiude con una condanna della Francia per aver negato l’autorizzazione ad intraprendere una procedura di adozione ad una donna omosessuale, si ha l’impressione che la Corte solo in apparenza si attenga alle circostanze del caso, per adottare invece una decisione di principio favorevole all’adozione da parte di soggetti omosessuali, rispetto alla quale i fatti di causa non hanno davvero molta importanza⁵⁶.

⁵⁵ «La Cour constate que la présente affaire concerne également la question du traitement d'une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par une personne célibataire homosexuelle; elle présente néanmoins un certain nombre de différences avec l'affaire *Fretté* précitée. La Cour relève en particulier que si le motif lié à l'absence d'un référent de l'autre sexe se retrouve dans les deux cas, les autorités administratives internes n'ont pas fait référence, du moins expressément, aux «choix de vie» d'E.B. (*Fretté*, précité, § 32) ; elles ont en outre relevé les qualités de la requérante, ainsi que ses capacités éducatives et affectives, à la différence de l'affaire *Fretté* dans laquelle le requérant s'était vu opposé des difficultés pour projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant (§§ 28 et 29); par ailleurs, dans la présente affaire, les autorités internes ont pris en compte l'attitude de la compagne d'E.B., avec qui cette dernière avait indiqué vivre une relation stable et durable, question qui était étrangère à la requête introduite par M. *Fretté*» (§71).

⁵⁶ Lo nota, a mio parere giustamente, il giudice J. P. Costa nella sua opinione dissidente (§4), che, pur dichiarandosi in principio favorevole all’adozione da parte di persone omosessuali, ritiene che nel caso di specie non sussistessero elementi per affermare che l’omosessualità fosse stata

Quanto al profilo dell'applicabilità dell'art. 8 della Convenzione, la sentenza sconta la medesima ambiguità del precedente *Fretté*, poiché da un lato la Corte afferma che la disposizione non conferisce alcun diritto ad adottare, ma dall'altro ritiene che le circostanze del caso ricadano nella sua sfera di applicazione, al fine di poter sindacare il caso sotto il profilo della violazione dell'art. 14. Nuovamente la Corte afferma che la Francia, nel momento in cui, liberamente dotandosi di garanzie superiori a quelle richieste dalla Convenzione, riconosce a soggetti celibi il diritto di presentare domanda per l'adozione, deve attuare tale diritto nel rispetto del divieto di discriminazione ⁵⁷.

Nel merito, la motivazione è tutta incentrata sull'esame delle relazioni dei servizi sociali e dei provvedimenti delle autorità giurisdizionali adottati nei confronti della ricorrente, al fine di verificare se il diniego di autorizzazione sia stato fondato sull'orientamento sessuale.

Alla luce degli atti di causa, due per la Corte sono le ragioni principali che hanno indotto le autorità competenti a respingere la domanda della ricorrente: in primo luogo, il fatto che nel contesto di vita della richiedente mancasse una figura di riferimento maschile, che fosse il padre, un fratello o uno stretto conoscente; in secondo luogo, il fatto che la ricorrente vivesse una relazione stabile con una compagna, la quale si era rifiutata di partecipare ai colloqui per l'adozione, dimostrando in tal modo di non voler condividere con la ricorrente la scelta di avere un figlio. Come giustamente rilevato per inciso dalla stessa Corte, la prima motivazione addotta dalle autorità nazionali appare illegittima rispetto alla

determinante nella conclusione del procedimento in senso sfavorevole all'interessata. Avrebbe potuto, per Costa, la Corte affermare il principio di diritto, pur respingendo nel caso di specie il ricorso.

⁵⁷ Paragrafi 41-42 e 49. La Corte, d'altra parte, ammette che un "diritto di adottare" non è riconosciuto né dal diritto interno francese, né da strumenti internazionali quali la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 o la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dell'infanzia e la cooperazione in materia di adozione internazionale. Osserva, a mio parere correttamente, il giudice Mularoni, nella sua opinione dissidente, che il quesito se l'art. 8 conferisca un diritto ad adottare costituisce un falso problema, come dimostrano appunto le legislazioni nazionali e le Convenzioni internazionali in materia. Nessuno strumento normativo, infatti, potrebbe conferire un diritto ad adottare, ma soltanto legittimare determinati richiedenti a presentare la relativa domanda, garantendo loro un adeguato procedimento. Ne consegue, secondo il giudice Mularoni, che la Corte dovrebbe, in punto di ricevibilità, soltanto chiarire se la «possibilità» di adottare ricada o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 8. Una posizione quale quella tenuta dalla maggioranza, infatti, finisce per rendere ricevibili ricorsi presentati avverso il procedimento di adottabilità da *single* omosessuali per violazione dell'art. 14 in connessione con l'art. 8, e per escludere identici ricorsi proposti da soggetti eterosessuali in forza del solo art. 8.

legislazione nazionale, prima ancora che incompatibile con la Convenzione⁵⁸. Non si capisce, infatti, in che modo si potesse legittimamente pretendere la presenza di una figura maschile di riferimento, allorchè la legislazione francese consente l'adozione a soggetti *single*.

Ma in verità, ciò che conta ai fini della compatibilità con la Convenzione non sono tanto i singoli criteri seguiti dalle autorità nazionali, quanto la loro eventuale portata discriminatoria.

Il secondo rilievo, incentrato sul ruolo della *partner*, non è discriminatorio, in quanto si sarebbe applicato del pari ad un *single* eterosessuale. Il primo, invece, potrebbe apparire discriminatorio, in quanto subordina l'accoglimento della domanda di una donna omosessuale alla presenza di un referente del sesso opposto. La Corte non prende posizione sul punto, limitandosi ad osservare che il carattere illegittimo di uno soltanto dei due motivi potrebbe «contaminare» il complesso della decisione assunta dalle autorità nazionali competenti⁵⁹.

La Corte conclude, in ultima istanza, affermando che le preferenze sessuali della ricorrente «non hanno mai smesso di essere al centro del dibattito che la riguardava e che sono state onnipresenti ad ogni livello della procedura amministrativa e giurisdizionale», tanto che «La Corte considera che il riferimento all'omosessualità della ricorrente era se non espresso per lo meno implicito»⁶⁰. Ora, poiché la disparità di trattamento appare alla Corte motivata dal solo orientamento sessuale, essa è incompatibile con la Convenzione.

Nel complesso, la motivazione adottata non appare soddisfacente. Certo, la Corte aggiunge un ulteriore tassello alla tutela dei diritti fondamentali della persona, ma ciò accade senza che alcuna considerazione venga spesa in merito all'evoluzione sociale, ai progressi della scienza, all'avanzamento delle legislazioni degli Stati

⁵⁸ § 86 della sentenza.

⁵⁹ Il concetto di «contaminazione» è stato oggetto di forte critica nelle opinioni dissidenti dei giudici J. P. Costa (§7), Loucaides e Mularoni, i quali ritengono che i distinti motivi adottati dalle autorità nazionali per respingere la domanda della ricorrente siano autonomi e vadano analizzati separatamente. Anziché considerare l'insieme della situazione di fatto con cui le autorità si sono confrontate, la Corte avrebbe finito per comportarsi come un giudice amministrativo, valorizzando un solo «motivo» e rendendolo capace di inficiare l'intero giudizio espresso dalle autorità locali. In effetti, questa idea di «assorbimento dei motivi» non pare idonea a valutare l'effettiva portata dell'orientamento sessuale nei dossier elaborati sulla richiesta della ricorrente, focalizzandosi su un unico profilo anziché avere riguardo all'insieme.

⁶⁰ § 88-89 della sentenza, in cui la Corte rinvia espressamente al precedente *Salgueiro da Silva Mouta*.

membri, elementi tutti della cui mancanza la Corte aveva dato atto proprio nella sentenza *Fretté* per negare che il rifiuto della domanda di accesso all'adozione da parte di un soggetto omosessuale costituisca violazione del principio di non discriminazione. Si tratta, quindi, di un *révirement* in qualche modo imperfetto, poco chiaro e dalla portata incerta. Da un lato, la Corte sembra aver affermato un principio generale; d'altro, la motivazione lascia espressamente impregiudicata la questione della ascrivibilità nell'art. 8 di un diritto ad aspirare all'adozione⁶¹. Alcune delle opinioni dissenzienti confermano quest'impressione, in quanto si discostano dalla maggioranza non tanto per il merito della scelta, ossia l'aver garantito ad un soggetto omosessuale il diritto di accedere al procedimento per l'adozione in condizioni di parità rispetto ai richiedenti eterosessuali, quanto per la contraddittorietà e imprecisione dell'argomentazione⁶².

Dal punto di vista della complessiva evoluzione della giurisprudenza convenzionale, resta che anche per il profilo del rispetto della vita familiare, l'iniziale cautela adottata dalla Corte nel precedente *Fretté* appare superata, proseguendo la strada dell'equiparazione dei diritti di soggetti omosessuali ed eterosessuali anche in settori delicati e controversi nell'opinione pubblica quale quello della filiazione.

4.1.4. Il diritto all'identità sessuale: la protezione della vita privata dei transessuali

Affrontiamo ora l'ultimo tassello che compone il cerchio intimo della vita privata ricostruito dalla Corte di Strasburgo, ossia la tutela dell'identità sessuale. Questo aspetto della vita privata è emerso nella giurisprudenza in relazione alla rivendicazione di soggetti transessuali del proprio diritto a vedere riconosciuta la

⁶¹ Espressamente la Corte afferma: «*La Corte non è qui chiamata a risolvere la questione di sapere se il diritto di adottare, tenuto conto dell'evoluzione della legislazione in Europea e del fatto che la Convenzione è uno strumento vivente da interpretarsi alla luce delle condizioni attuali, debba o meno essere compreso nel campo di applicazione dell'art. 8 della Convenzione*» (§46).

⁶² Alcuni giudici dissenzienti non contestano il principio di fondo, bensì che nel caso di specie vi sia stata effettivamente discriminazione in base all'orientamento sessuale, cosa che non risulterebbe con evidenza dagli atti di causa. Generalmente, essi ritengono che il rifiuto della convivente di condividere la scelta della ricorrente sulla adozione abbia potuto costituire un motivo sufficiente e non discriminatorio per il rigetto della richiesta in oggetto. Così si esprimono il giudice J. P. Costa, §4-6 e il giudice Mularoni.

loro nuova identità negli atti dello stato civile, nella patente, nel passaporto e in ogni altra attestazione ufficiale⁶³.

L'esame di questa giurisprudenza costituisce un esempio lampante delle modalità attraverso cui la Corte giunge ad un *révirement* della sua giurisprudenza in corrispondenza di un'evoluzione delle legislazioni degli Stati membri e dei costumi sociali. Mentre nella prima sentenza in tema, *Rees c. Regno Unito* del 1986, la Corte giunse a concludere che l'ordinamento giuridico del Regno Unito predisponesse già un riconoscimento minimo dell'identità sessuale dei transessuali e che non esisteva ai sensi della Convenzione un'obbligazione positiva che vincolasse lo Stato a modificare le norme in materia di atti dello stato civile, nella recente sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 2002 la Corte dichiara che esiste una obbligazione positiva per la quale lo Stato deve porre in essere ogni misura idonea al riconoscimento giuridico della nuova identità di un soggetto transessuale.

Anticipiamo, dunque, una considerazione conclusiva che emerge dall'analisi di questa giurisprudenza: se nel caso *Rees* il margine di apprezzamento dello Stato gioca al livello del contenuto essenziale dell'obbligazione dello Stato di adottare misure a tutela della identità sessuale, nel recente caso *Goodwin* la Corte definisce compiutamente tale obbligazione e il margine di apprezzamento scende al livello delle modalità attraverso cui garantire l'esercizio del diritto tutelato. Cercheremo ora di evidenziare come è avvenuto questo passaggio.

Il caso *Rees* nasceva dal ricorso di un soggetto che lamentava l'impossibilità di ottenere una rettificazione dell'atto di nascita attestante la sua identità biologica e non corrispondente al suo sopravvenuto mutamento di sesso. La Corte riconobbe che nell'ordinamento inglese non esistevano documenti ufficiali di identificazione personale; che l'identità di un soggetto era desumibile dal passaporto e dalla

⁶³ Sentenze *Van Oosterwijk c. Belgio* del 6 novembre 1980; *Rees c. Regno Unito* del 17 ottobre 1986; *Cossey c. Regno Unito* del 27 settembre 1990; *B c. Francia* del 25 marzo 1992; *X, Y e Z c. Regno Unito* del 20 marzo 1997; *Sheffield et Horsham c. Regno Unito* del 30 giugno 1998; *Goodwin c. Regno Unito* del 11 luglio 2002 e *I. c. Regno Unito*, dello stesso giorno e con identica motivazione in diritto; *Van Kück c. Germania* del 22 maggio 2003. In dottrina, V. ZENO ZENCOVICH, *Art.8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 309; CARLO RUSSO, *Art. 8 par. 1*, in L.PETTITI, E. DECAUX, P-H IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 311; P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOFF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 500-502; F. G. JACOBS E R.C.A. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, 1996, 192-193.

patente, ma che le autorità inglesi consentivano ai transessuali di indicare su tali documenti una fotografia del loro aspetto attuale e il prenome modificato in funzione della nuova condizione sessuale, in quanto il mutamento di nome non era soggetto in Inghilterra ad alcuna formalità particolare. Al contrario, il registro degli atti di nascita costituiva in Inghilterra una attestazione storica dell'identità e del sesso del soggetto al momento della nascita e non era soggetta ad alcuna rettificazione o adeguamento nel corso della vita della persona interessata. Il registro era pubblico, ma un estratto dell'atto di nascita poteva essere rilasciato soltanto su istanza dell'interessato o di una pubblica autorità. Tale certificato veniva normalmente richiesto dalle compagnie di assicurazione per ottenere la pensione o per stipulare polizze assicurative. Per ciò che attiene al matrimonio, si affermò nella *common law* il principio, poi recepito nel *Matrimonial Causes Act* del 1973, che il matrimonio fosse nullo *ab initio* se non fosse intercorso tra soggetti di sesso diverso, ove per sesso si intendeva, per costante interpretazione della giurisprudenza, il sesso biologico determinato dai cromosomi e dalle risultanze fisiche.

La sentenza in commento è di grande rilevanza per tutta la successiva giurisprudenza relativa in generale all'art. 8 CEDU perché in essa la Corte enuclea alcuni principi di base in materia di obbligazioni positive, affermando che compito della Corte è accertare se tali obbligazioni esistono e quale sia il loro contenuto e chiarendo che nella stessa determinazione della loro esistenza lo Stato gode di un ampio margine discrezionale:

«(35) La Corte ha già evidenziato in alcune occasioni che, anche se l'oggetto essenziale dell'art. 8 consiste nella protezione dell'individuo contro le interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità, possono in aggiunta esservi delle obbligazioni positive inerenti al rispettivo effettivo della vita privata, anche se soggette al margine di apprezzamento dello Stato (si veda, come pronuncia più recente, Abdulaziz, Cabales e Balkandali del 28 maggio 1985, serie A n. 94, pp. 33-34, par. 67). Nel presente caso è l'esistenza e l'ampiezza di questa obbligazione "positiva" che deve essere determinata. [...]

(37) Come la Corte ha puntualizzato nel precedente citato Abdulaziz, Cabales, Balkandali, la nozione di "rispetto" non è chiaramente definita: alla luce della diversità delle prassi seguite e delle situazioni acquisite negli Stati

contraenti, i requisiti della nozione variano considerevolmente da caso a caso. [...] Nel determinare se una obbligazione positiva esiste o meno, occorre operare un giusto bilanciamento (fair balance) tra l'interesse generale della comunità e gli interessi dell'individuo; la ricerca di questo equilibrio inerisce all'intera Convenzione. [...] Nell'operare questo bilanciamento, le finalità previste nel secondo comma dell'art. 8 possono rivestire una certa importanza, anche se queste previsioni si riferiscono soltanto alle "interferenze" con i diritti protetti dal primo paragrafo - in altre parole concernono le obbligazioni negative...».

Secondo la Corte, dunque, il margine di apprezzamento è correlato alla stessa individuazione dell'esistenza di un'obbligazione e la sua ampiezza è fatta dipendere ancora una volta dalle caratteristiche peculiari del singolo caso e dall'esistenza in capo agli Stati di un minimo denominatore comune nella disciplina della materia in questione.

Rileva la Corte che, nel caso del riconoscimento giuridico della nuova identità dei transessuali, mentre alcuni Stati hanno riconosciuto per via legislativa o giurisprudenziale la possibilità per i transessuali di modificare il proprio status civile, sottoponendo tale modifica a condizioni più o meno restrittive, in altri Stati tale opzione non esiste. L'argomento comparativo porta la Corte a concludere che *«esiste nel momento attuale un piccolo nucleo comune (little common ground) tra gli Stati contraenti in questa materia e che, in generale, la disciplina normativa attraversa una fase di transizione. Conseguentemente, in questa materia gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento».*

Il Regno Unito non aveva adottato decisioni generali in materia né per via legislativa né per via giurisprudenziale; ciononostante, l'assetto vigente dell'ordinamento civile in UK consentiva ai transessuali di modificare con una certa facilità il loro nome e di ottenere alcuni documenti conformi alla nuova identità, ciò in maniera maggiore di quanto fosse permesso in altri Stati europei. La rettificazione degli atti dello stato civile avrebbe richiesto allo Stato di modificare l'intera disciplina dell'attestazione dello stato civile delle persone. Una soluzione complessiva alle censure del ricorrente del pari avrebbe comportato che il Regno Unito adottasse una dettagliata legislazione in materia, al fine di stabilire

gli effetti del mutamento di sesso in ogni contesto in cui questi potessero venire in rilievo. In conclusione, «(§44) avuto riguardo all'ampio margine di apprezzamento di cui gode lo Stato in questa materia e alla rilevanza della protezione degli interessi altrui nell'operare il richiesto bilanciamento, l'obbligazione positiva derivante dall'art. 8 non può ritenersi così estesa». Non sussiste pertanto violazione dell'art. 8.

La Corte, tuttavia, lasciò sin da allora aperto uno spiraglio per un futuro mutamento della giurisprudenza, affermando che:

«Stando così le cose, occorre per il momento lasciare allo Stato la determinazione dell'estensione delle misure che voglia adottare per venire incontro alle ulteriori domande dei transessuali. Comunque, la Corte è cosciente della serietà dei problemi che affliggono queste persone e dell'angoscia che essi sopportano. La Convenzione deve sempre essere interpretata e applicata alla luce delle circostanze presenti. La necessità di misure legali appropriate è comunque soggetta a revisione alla luce in particolare degli sviluppi scientifici e sociali».

Questo passaggio rivela che ciò che la Corte non si spinse ancora a definire era «l'estensione delle misure» che lo Stato doveva adottare per assicurare una adeguata tutela alle persone transessuali. Se ne ricava che sin da questa prima pronuncia la Corte diede per presupposta l'esistenza in seno all'art. 8 della Convenzione del diritto alla tutela dell'identità sessuale, lasciando però impregiudicata la compiuta individuazione delle obbligazioni che costituiscono il contenuto essenziale di tale diritto. La Corte, però, si dichiarò pronta a riconoscere l'esistenza di un'obbligazione positiva consistente nel riconoscimento giuridico generalizzato del cambiamento di sesso non appena l'evoluzione delle legislazioni degli Stati membri, ma anche delle conoscenze scientifiche e della concezione sociale avessero reso evidente che esiste un minimo denominatore comune tra gli Stati e le opinioni pubbliche in seno al Consiglio d'Europa tale da essere recepito nel contenuto della Convenzione e da divenire lo standard minimo di base dal quale i Contraenti non possono discostarsi.

Per ciò che attiene alla violazione dell'art. 12 della Convenzione, che tutela il matrimonio, la Corte affermò brevemente che la disposizione invocata tutela il matrimonio in senso tradizionale tra persone di sesso biologico opposto, come si

desume dagli stessi termini impiegati, che si riferiscono a “uomo” e “donna”. In secondo luogo, l’art. 12 rinvia espressamente alle legislazioni degli Stati contraenti, cosicché le limitazioni da essi adottate non sono in principio vietate dall’art. 12, a meno che non comportino una violazione alla sostanza (*the very essence*) del diritto stesso. Non comportava una lesione alla sostanza del diritto il divieto vigente nel Regno Unito di matrimonio per i transessuali.

In numerose occasioni sono pervenuti alla Corte ricorsi volti a modificare il precedente *Rees*, tentando di dimostrare l’intervenuto mutamento delle risultanze scientifiche e del contesto giuridico e sociale e facendo leva proprio sulla dichiarata disponibilità della Corte a garantire una più intensa tutela del diritto all’identità sessuale.

La Corte, tuttavia, ha atteso il 2002 per rivedere globalmente la sua posizione nei confronti del Regno Unito. Nella sentenza *Cossey* del 1990, la Corte puntualizzò le condizioni necessarie per giungere ad una revisione dei propri precedenti, affermando che l’esigenza di garantire la certezza del diritto e lo sviluppo coerente della giurisprudenza relativa alla Convenzione avrebbero giustificato un *révirement* soltanto in presenza di «*ragioni imperative*», tra le quali la Corte annoverava, a titolo di esempio, l’esigenza di garantire che l’interpretazione della Convenzione fosse in linea con l’evoluzione della società e rimanesse coerente alle condizioni vigenti. Tali condizioni non sussistevano nel caso della tutela dell’identità sessuale dei transessuali nell’ordinamento inglese: ancora in merito all’esistenza di un’obbligazione positiva, la Corte rilevava che non constavano progressi scientifici significativi e che, nonostante il sopravvenire della risoluzione adottata dal Parlamento europeo del 12 settembre 1989 e della raccomandazione 1117 dell’Assemblea consultiva del Consiglio d’Europa del 29 settembre 1989, entrambe volte ad incoraggiare un’evoluzione della legislazione nazionale in materia, non era possibile rilevare all’epoca una convergenza tra gli ordinamenti degli Stati membri. Di conseguenza, gli Stati continuavano a godere di un ampio margine di apprezzamento in materia. La stessa conclusione veniva confermata in relazione all’art. 12.

Deve notarsi che la decisione fu adottata dalla Corte plenaria a maggioranza, per dieci voti contro otto in relazione all'art. 8 e per quattordici a quattro per l'art. 14. Le opinioni dissenzienti, in particolare quella del giudice Martens, ripercorrevano la motivazione della Corte proponendo puntuali rilievi: *in primis*, attesa la delicatezza del diritto invocato, non sarebbe esistito alcun margine di apprezzamento in capo allo Stato, poiché il margine scatta allorché lo Stato già riconosce un diritto ed attiene soltanto alle condizioni e alla forma di tale riconoscimento. Il margine, dunque, non si porrebbe mai, per la parte minoritaria della Corte, al livello dell'esistenza di un nuovo diritto, ma soltanto al livello della sua concreta attuazione. In secondo luogo, in relazione al diritto al matrimonio, la minoranza suggeriva che il termine "sesso" utilizzato nell'art. 12 potesse essere interpretato non soltanto come sesso biologico, ma anche come sesso psicologico e sociale, secondo un approccio *«funzionale che tenga pienamente in considerazione le condizioni fattuali della vita moderna»*. In terzo luogo, in merito all'accertamento di una sopravvenuta evoluzione delle legislazioni e della società, il giudice Martens ricorreva all'argomento comparativo per dimostrare che mentre all'epoca dell'*arrêt Rees* solo cinque Stati del Consiglio d'Europa riconoscevano una nuova identità giuridica ai transessuali, nel 1990 ben sei nuovi Stati si erano dotati di una legislazione *ad hoc* e altri due garantivano alcune tutele per via di interpretazione giurisprudenziale. La minoranza lamentava, pertanto, la non veridicità dell'affermazione della Corte secondo la quale non era rinvenibile nel panorama europeo una *«comunanza di vedute»* e, in definitiva, l'eccessiva circospezione della Corte in materia di diritto alla famiglia e alla sessualità. Concludeva il giudice Martens:

«Credo che questa circospezione non concordi in principio con la missione della Corte, che è di proteggere l'individuo contro la collettività e di farlo elaborando delle norme comuni. E' certo necessario dar prova di prudenza, ma in un'altra direzione: se una collettività opprime un individuo perché non si rifiuta di riconoscere i cambiamenti che subisce la società, la Corte deve prestare attenzione a non inclinarsi troppo facilmente agli argomenti che poggiano sul particolarismo culturale e storico».

Forse sulla scia di queste opinioni dissenzienti, la Corte giunse ad una conclusione diversa nel successivo caso *B. c. Francia* del 1992, seppure sulla base delle differenze riscontrabili tra ordinamento inglese e ordinamento francese in materia di stato civile e identità personale.

La Corte accertò che la Francia aveva violato gli artt. 8 e 12 della Convenzione a motivo che l'ordinamento francese, che pure consentiva la rettificazione del registro dello stato civile, non la ammetteva per i transessuali. Per costoro, inoltre, non era neppure possibile ottenere il cambiamento nel nome sulla carta di identità o sul passaporto. Rispetto al Regno Unito, pertanto, il grado di tutela dell'identità sessuale offerto dalla Francia fu ritenuto insufficiente rispetto alle esigenze della Convenzione, in quanto tale da impedire nella quotidianità ai soggetti interessati di trovare una corrispondenza tra la nuova condizione fisica e l'identità attestata in ogni documento di rilevanza pubblica. Ne risultava rotto l'equilibrio minimo pur raggiunto dall'ordinamento inglese tra interesse del singolo e interesse generale. La Corte non indicava, d'altra parte, alla Francia quali misure fosse necessario adottare per conformarsi al *minimum standard* richiesto dalla Convenzione, lasciando allo Stato la scelta delle modalità attraverso cui porre rimedio alla violazione accertata.

Anche questa decisione fu adottata a maggioranza, per quindici voti contro sei. Si assistette, dunque, ad uno spostamento della maggioranza dei giudici rispetto al caso *Cossey*, motivato tuttavia, pare intendersi tra le righe della motivazione, dal fatto che la Francia in sostanza non apprestava alcuna forma di tutela dell'identità sessuale.

Le opinioni dissenzienti sono di tono esattamente opposto a quelle del precedente *Cossey*: il giudice Matcher si limita a criticare l'opinione di maggioranza per non aver specificato quali fossero gli elementi minimi di tutela richiesti per aversi rispetto dell'identità sessuale ai sensi della Convenzione. Il giudice Pinheiro Farinha contesta in radice il fatto che la Corte giunga per via interpretativa alla individuazione di nuovi diritti:

«Il ruolo della Corte consiste nell'interpretare la Convenzione; nel darne un'interpretazione dinamica e attuale, ma sempre un'interpretazione. La giurisprudenza della Corte non può andare al di là della Convenzione e non ha il diritto di accordare nuovi diritti né di imporre

nuove obbligazioni agli Stati. La Convenzione non consacra il diritto al cambiamento di sesso, né la modificazione degli atti dello stato civile, né, a differenza del Patto sui diritti civili e politici, quella del registro dello stato civile. Come si può imporre in nome della Convenzione allo Stato un comportamento determinato in materia?»

Identica è la posizione del giudice Pettiti, per il quale la Convenzione non obbliga in alcun modo gli Stati a legiferare in materia di rettificazione dello stato civile, neppure per mezzo dell'applicazione della teoria delle obbligazioni positive. Lo dimostrerebbe il fatto che molti Stati membri non sono dotati di alcuna legislazione in materia e che, di conseguenza, essi godono in generale di un ampio margine discrezionale nella scelta delle misure da adottare. Ancora, il riconoscimento del dovere della Francia di consentire il mutamento del sesso nel registro dello stato civile potrebbe comportare rilevanti conseguenze in materia di matrimonio, adozione, fecondazione medicalmente assistita, diritti di successione. Infine:

«Se c'è una materia in cui occorre accordare agli Stati il massimo margine di apprezzamento, in considerazione dei costumi e delle tradizioni, è quello del transessualismo, alla luce anche delle opinioni degli esperti medici e scientifici».

Ne emerge, prima ancora che una critica alla coerenza della argomentazioni utilizzate dalla maggioranza, una vera e propria concezione diversa del ruolo della Convenzione europea e, di conseguenza, della Corte europea dei diritti dell'uomo. I giudici si dividono tra coloro che interpretano la Convenzione come un testo base di tutela minima dei diritti in essa espressamente garantiti, oltre il quale gli Stati sono *maître* del progressivo riconoscimento di nuove situazioni soggettive giuridicamente rilevanti e coloro che, invece, intendono la Convenzione come lo strumento attraverso cui è possibile giungere alla progressiva conquista di nuovi diritti ritenuti coessenziali all'evoluzione delle società moderne. A sua volta, come traspare in controtela nelle opposte opinioni dissenzienti, dietro il dissidio tra la valorizzazione di un'interpretazione evolutiva che ponga in capo agli Stati sempre maggiori oneri in punto di tutela dei propri cittadini e la preferenza per un

atteggiamento di *self restraint*, si nasconde la diversa sensibilità dei giudici per la conservazione dei tratti sociali e culturali caratterizzanti di ciascuno Stato contraente. Lo si intravede bene sia nella posizione del giudice Martens nell'*arrêt Cossey* che nella opposta posizione del giudice Pettiti nella sentenza *B. c. Francia*. Ove l'uno difende una concezione uniforme e potenzialmente universale dei diritti al di là dei particolarismi locali, il secondo rivendica allo Stato il ruolo di custode dei costumi e delle tradizioni che costituiscono l'*humus* da cui solo può nascere l'affermazione di un nuovo diritto.

Nella recente sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 11 luglio 2002, la Corte porta a compimento il processo evolutivo già annunciato nei precedenti *Rees* e *Cossey* e rimasto ancora incompiuto nella sentenza *Sheffield* del 1998⁶⁴. Statuendo questa volta all'unanimità, la Corte ritiene che sia giunto il momento di riconoscere anche nei confronti del Regno Unito un'obbligazione alla modificazione del proprio sistema di registrazione degli atti di nascita, al fine di garantire una tutela piena del diritto all'identità sessuale di persone transessuali.

Innanzitutto, la Corte chiarisce maggiormente la definizione del diritto all'identità sessuale, mettendola in relazione con il concetto di autonomia personale, così come già evidenziato nella sentenza *Frettè*, dello stesso anno, sull'adozione da parte di un signore omosessuale e nella sentenza *M.C. c. Bulgaria* del 2003 sulla violenza sessuale:

«(90) *Sul piano dell'art. 8 della Convenzione, in particolare, ove la nozione di autonomia personale riflette un principio importante che è sotteso all'interpretazione delle garanzie di questa disposizione, la sfera personale di ciascun individuo è protetta, compreso il diritto per ciascuno di stabilire i dettagli della sua identità di essere umano. Nel XXI secolo, la facoltà per i transessuali di godere pienamente, al pari dei propri concittadini, del diritto al libero sviluppo personale e all'integrità fisica e morale non può essere considerata come una questione controversa che esige del tempo affinché si pervenga ad una più chiara comprensione dei problemi in gioco. In sintesi, la situazione insoddisfacente dei transessuali*

⁶⁴ Per un commento alla sentenza *Goodwin*, si veda G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, in F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 172-177.

operati, che vivono tra due mondi poiché non appartengono veramente né ad un sesso né all'altro, non può più durare»⁶⁵.

La motivazione è in qualche modo curiosa. Ci si sarebbe aspettati che la Corte rilevasse un significativo progresso scientifico, tale da far chiarezza sulle origini del transessualismo e da descrivere compiutamente da quale momento la persona interessata percepisce concretamente e sente il bisogno di manifestare esteriormente la sua nuova identità. Egualmente, si sarebbe potuto immaginare che la Corte valorizzasse una progressiva evoluzione delle legislazioni e prassi nazionali.

Così non è. In principio la Corte rivendica il suo ruolo di “ricettore” di un consenso che si sia formato in seno agli Stati in una data materia: *«se la Corte dovesse fallire nel mantenere un approccio dinamico ed evolutivo, una simile condotta rischierebbe di ostacolare ogni riforma o miglioramento»*. Un primo argomento poggia su un giudizio di coerenza dell'ordinamento interno inglese, che entrerebbe in contraddizione accollandosi le spese sanitarie per il cambiamento di sesso, ma poi non riconoscendo alcuna rilevanza giuridica a questo cambiamento. L'argomento del progresso scientifico non è considerato risolutivo, in quanto la scienza, in verità, non avrebbe ancora fatto chiarezza sulle cause del turbamento dell'identità sessuale né sarebbe riuscita a dimostrare che il transessuale assuma tutte le caratteristiche biologiche del nuovo sesso. Sotto il profilo dell'argomento consensuale, l'associazione per la tutela dei diritti dei transessuali Liberty, già parte interveniente nel giudizio *Sheffield* del 1998, allega dossier che attestano una certa evoluzione nelle legislazioni e prassi degli Stati membri, ma l'avanzamento, che non era stato ritenuto abbastanza significativo per costituire un minimo denominatore comune nel 1986, nel 1990 e nel 1998, non è considerato ancora sufficiente.

⁶⁵ Per il riconoscimento del diritto all'identità sessuale come aspetto di un generale diritto all'autodeterminazione mi sembra rilevante ricordare le parole espresse in proposito dal giudice Van Dijk nell'opinione dissidente alla sentenza *Sheffield* del 30 giugno 1998: *«Le droit à l'autodétermination n'a pas été inclus explicitement en tant que tel dans la Convention, mais il se trouve à la base de plusieurs des droits que celle-ci consacre, spécialement le droit à la liberté, garantis par l'article 5, et le droit au respect de la vie privée, garantis par l'article 8. De surcroît, il s'agit d'un élément vital de la «dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine» qui, d'après le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde»*.

Di fronte ad un panorama scientifico e normativo pressoché immutato, la Corte individua un elemento di novità determinante nell'affermarsi di una «*tendenza*» riscontrabile non soltanto a livello europeo, ma internazionale: accennando all'Australia e alla Nuova Zelanda, la Corte afferma che i tribunali di altri Paesi stranieri sembrano aver abbandonato il criterio cromosomico per la determinazione del sesso. Se dunque, forza è di constatare l'assenza di una *démarche* comune ai quarantatré Stati membri del Consiglio d'Europa, a causa delle diversità di sistemi e tradizioni giuridiche, ci sono elementi chiari e incontestati che mostrano una tendenza internazionale continua non soltanto verso un'accettazione sociale accresciuta dei transessuali, ma anche verso il riconoscimento giuridico della loro nuova identità.

Infine, ultimo fattore rilevante per la Corte è il decorso del tempo, accompagnato dalla persistente inerzia del Regno Unito: sono trascorsi sedici anni dal primo caso *Rees* e il Regno Unito non ha adottato alcuna iniziativa legislativa né è stato attraversato da una evoluzione della giurisprudenza che giungesse ad assicurare una tutela ai diritti dei transessuali in alcuno dei settori sensibili della vita, la famiglia, la filiazione, le successioni, la giustizia penale, il lavoro, la previdenza sociale. L'unica misura posta in essere è stata la convocazione di un gruppo di studio interministeriale, le cui conclusioni, tuttavia, sono rimaste lettera morta. In conclusione, lo Stato non può più rivendicare un margine di apprezzamento in materia, se non per ciò che attiene alle concrete modalità di messa in opera del diritto garantito dalla Convenzione. Il bilanciamento tra interesse individuale e interesse generale richiesto dalla Convenzione pende, in definitiva, a vantaggio del ricorrente.

Per ciò che attiene all'art. 12, la Corte ripercorre i principi nel tempo enucleati dalla sua giurisprudenza in tema di matrimonio: l'art. 12 garantisce il diritto fondamentale per un uomo e una donna di sposarsi e di fondare una famiglia. Il diritto di fondare una famiglia, tuttavia, non è una condizione per l'esercizio del diritto di sposarsi e l'incapacità per una coppia di concepire un figlio o di allevarlo non può essere intesa in sé come privazione del diritto garantito dalla prima parte della disposizione in questione. L'esercizio del diritto di sposarsi comporta delle conseguenze sociali, personali e giuridiche e obbedisce alle leggi nazionali degli

Stati contraenti, ma le limitazioni che ne risultano non devono restringere o ridurre il suo godimento in modo tale da ledere la sua stessa sostanza.

La Corte ritiene che l'istituto del matrimonio sia molto cambiato rispetto al momento in cui è stata scritta la Convenzione, ciò a causa dell'evoluzione della società, dei progressi della medicina e della scienza. Non è pertanto più sostenibile la tesi secondo la quale le persone transessuali godrebbero comunque del diritto di sposarsi, perché potrebbero convolare a nozze con partner del sesso opposto al loro sesso originario. Invece, se l'ordinamento non consente loro di sposarsi con soggetti di sesso diverso rispetto a quello attualmente goduto, in definitiva nega loro in radice il diritto stesso formalmente tuttora garantito. I transessuali devono, pertanto, ai sensi della Convenzione, potersi sposare. A che cosa si riduce la discrezionalità degli Stati?

«Spetta agli Stati contraenti la determinazione, in particolare, delle condizioni che deve rispettare una persona transessuale che rivendica il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale per stabilire che la sua conversione sessuale sia completa e le condizioni in presenza delle quali un precedente matrimonio cessa di essere valido, o ancora le formalità applicabili ad un futuro matrimonio, per esempio le informazioni da fornire ai futuri sposi»

Degno di nota è il richiamo l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, effettuato dalla Corte quale elemento che testimonia l'evoluzione della società e della scienza sull'istituto del matrimonio. Nulla dice la Corte sull'efficacia di questo documento. Rileva, tuttavia, che il testo dell'art. 9 si discosta da quello dell'art. 12 della Convenzione, poiché non contiene alcun riferimento all'uomo e alla donna quali soggetti del matrimonio. Questa differenza, secondo la Corte, non può che essere stata voluta dai redattori della Carta.

La Carta di Nizza, dunque, nata con lo scopo di costituire un catalogo scritto di diritti per l'ordinamento comunitario e redatta sulla falsariga della Convenzione, assume in questa giurisprudenza di Strasburgo il significato di sintomo, di prova di un'avvenuta evoluzione nell'ambito dei Paesi dell'Unione Europea dei costumi e delle concezioni degli istituti tradizionali tutelati dalla Convenzione. Si

inserisce, pertanto, senza che ad essa sia attribuito un significato particolare, in quell'insieme eterogeneo di materiali, di cui si è detto, da cui la Corte trae indicazioni per misurare l'evoluzione del sentire sociale.

Le conclusioni raggiunte nell'*arrêt Goodwin* sono confermate in termini identici nella sentenza *Grant c. Regno Unito* del 23 maggio 2006, in merito al rifiuto delle autorità inglesi di riconoscere ad un transessuale nato uomo e divenuto di sesso femminile il diritto alla pensione all'età prevista per le donne, sessant'anni. La Corte respinge la difesa del Governo inglese sulla necessità di un certo lasso temporale per l'implementazione delle misure richieste dal precedente *Goodwin*, stabilendo che dal giorno dell'accertata violazione della Convenzione ogni transessuale che si veda rifiutato il riconoscimento del suo nuovo *status* acquista la qualità di «vittima» ai sensi della Convenzione.

Due pronunce adottate sulla scia di *Goodwin* hanno avuto, infine, ad oggetto la scelta del trattamento medico idoneo per il perfezionamento della nuova identità ed il diritto al rimborso delle spese mediche sostenute.

In *Van Kuck c. Germania* del 12 settembre 2003, il ricorrente si era visto respingere dal tribunale competente la richiesta di accertamento in ordine al suo diritto di ottenere un rimborso parziale delle spese per la successiva operazione chirurgica. Il rigetto era motivato dal fatto che una consulenza medico – legale aveva dichiarato non sussistente per l'interessato la necessità di ricorrere ad un'operazione chirurgica, potendo lo stesso avvalersi di una terapia psicologica e farmacologica. La Corte, insistendo sul principio di autonomia personale e sul diritto alla libertà di scelta, giudica sproporzionata la richiesta fatta al ricorrente di provare la necessità sotto il profilo medico del trattamento chirurgico, essendo la scelta di ricorrere all'operazione una decisione che involge in via definitiva uno dei profili più intimi della vita della persona (§82).

Il principio di diritto enunciato in *Goodwin* è nuovamente ribadito nella sentenza *L. c. Lituania* del 11 settembre 2007, in cui la Lituania è condannata per violazione dell'art. 8 perché, pur consentendo il pieno riconoscimento giuridico della nuova identità dei transessuali, non pone a carico del bilancio dello Stato le

spese per l'operazione definitiva di cambiamento di sesso. La Corte sanziona una sorta di incoerenza dell'ordinamento interno, che permette al transessuale di essere formalmente riconosciuto sotto ogni profilo giuridico, ma non mette a sua disposizione gli strumenti, in questo caso l'assistenza medica, per portare a compimento la realizzazione fisica della sua vera identità.

4.2. Il diritto al nome avanti alla Corte di Strasburgo

Il diritto al nome costituisce un ulteriore tassello del quadro dei diritti della persona che la Corte di Strasburgo ha composto nell'alveo del rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione⁶⁶.

Il riconoscimento di questo nuovo diritto costituisce un chiaro esempio di interpretazione della Convenzione secondo il metodo evolutivo. Non soltanto, infatti, il testo dell'art. 8 della Convenzione non contiene alcun riferimento espresso al diritto al nome. Di più, mentre le situazioni soggettive analizzate nei paragrafi precedenti, quali la vita sessuale o l'identità sessuale, non potevano essere prese in considerazione all'epoca della redazione della Convenzione per la mancanza di una sensibilità culturale e sociale su questi temi, il diritto al nome fu espressamente escluso dal testo convenzionale, al fine specifico di riservare alla sola determinazione degli Stati ogni decisione relativa allo status delle persone⁶⁷. Può, dunque, dirsi che mentre il riconoscimento del diritto al rispetto della vita e dell'identità sessuale è il riflesso di un'interpretazione della Convenzione che tiene conto di mutamenti sopravvenuti nella coscienza sociale, la giurisprudenza sul diritto al nome protegge istanze già emerse al momento della scrittura della Convenzione e lo fa in aperta rottura con la volontà espressa in origine dai Contraenti, attraverso l'avocazione alla competenza della Corte del potere di sindacare politiche nazionali che si era voluto tenere sottratte al suo controllo.

⁶⁶ Sul riconoscimento del diritto al nome da parte della Corte di Strasburgo, si vedano in generale V. ZENO ZENCOVICH, *art. 8*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), Padova, 2001, 309; F. G. JACOBS - R. C. A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, 179-180, in particolare sui casi *Burghartz* e *Stjerna*.

⁶⁷ F. GRANET - LAMBRECHTS, *Le droit à l'identité*, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, 2005, 198.

Il diritto al nome costituisce una componente di un più ampio diritto all'identità personale. La giurisprudenza della Corte non ha mai definito esaustivamente cosa si intenda per "identità personale", ma nel corso degli anni ne ha valorizzato alcune componenti, per esempio il diritto al libero sviluppo della personalità, il diritto alla ricerca di informazioni relative alla propria infanzia, il diritto alla conoscenza delle proprie origini familiari⁶⁸. Mentre questi profili attengono più specificamente alla tutela dell'integrità della personalità dell'interessato, dunque all'identità come percezione che ciascuno ha di sé, il diritto al nome è stato definito dalla Corte di Strasburgo piuttosto come diritto a conservare un segno che identifica l'individuo nel contesto sociale in cui vive. Si tratta, dunque, di un diritto che fuoriesce dalla sfera strettamente individuale per porsi in una dimensione che potremmo dire relazionale⁶⁹⁻⁷⁰.

⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, in tema di diritto di accesso ai dossier dell'assistenza sociale contenenti informazioni sugli affidamenti cui è stato sottoposto da bambino l'interessato: "(§49) *Le persone che si trovano nella situazione del ricorrente hanno un interesse primordiale, protetto dalla Convenzione, a ricevere le informazioni di cui hanno bisogno per conoscere e comprendere la loro infanzia e i loro anni di formazione*".

Corte europea, *Bensaid c. Regno Unito*, 6 febbraio 2001, in tema di espulsione di un soggetto schizofrenico: "(§47)... *l'art. 8 protegge un diritto all'identità e allo svolgimento della propria personalità e il diritto di nutrire e sviluppare relazioni con i propri simili ed il mondo esteriore. (...)*". Si noti che in questa definizione è evidentissima la riconduzione alla nozione generale di "vita privata" sia del profilo del libero sviluppo della personalità, che del profilo relativo alla proiezione di sé nel mondo circostante.

Corte europea, *Mikulić c. Croazia* del 2002, sull'obbligo di effettuare il test del DNA pendente un'azione di riconoscimento della paternità, in cui la Corte sottolinea che allo sviluppo della personalità contribuiscono l'acquisizione di dettagli sulla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, protetto dalla Convenzione, a ottenere le informazioni necessarie alla scoperta della verità sull'identità dei genitori, aspetto importante della propria identità personale (§ 54 e 64).

Corte europea, *Odièvre c. Francia* del 13 febbraio 2003, in merito alla conoscenza dell'identità della madre in caso in parto anonimo, in cui la Corte elabora un autonomo diritto alla conoscenza delle proprie origini "*che trova fondamento nell'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della nozione di vita privata*" (§44).

⁶⁹ Per ciò che attiene all'ordinamento italiano, A. CERRI, voce *Identità personale*, in *Enciclopedia Treccani*, 1995, ripercorre la storia del diritto all'identità personale, osservando come esso nasca dall'utilizzo senza il consenso dell'interessato di sue immagini su manifesti politici o cartelloni pubblicitari, sì da trasmettere un'idea erronea delle sue credenze o convinzioni. Vi è dunque, in origine, una precisa connotazione relazione dell'identità personale, come diritto alla conservazione della propria complessiva figura sociale nel contesto di riferimento. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211, per esempio, affermò che l'identità personale è "*formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni*" e "*mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità del soggetto nell'ambito della comunità*".

L'identità personale si è poi specificata in una costellazione di diritti, sovrapponendosi e a volte confondendosi con il diritto all'onore, alla reputazione, all'immagine, con il diritto al nome o all'identità sessuale. L'autore sottolinea che, a rigore, le pretese dell'identità personale attengono "*al riflesso della propria persona nella considerazione altrui*" e vanno, pertanto, tenute distinte

La nostra analisi si incentrerà sulla sentenza *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio 1994, in cui per la prima volta la Corte riconosce la tutela del diritto al nome come posizione soggettiva ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 8, e sulle successive sentenze *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre 1994, *Guillot c. Francia* del 24 ottobre 1996, *Ünal Tekeli c. Turchia* del 16 novembre 2004 e *Johansson c. Finlandia* del 6 settembre 2007.

I casi *Burghartz* e *Ünal Tekeli* attengono al cognome degli sposi dopo il matrimonio; in essi il diritto al nome è correlato al profilo della parità di trattamento tra coniugi nel contesto del nucleo familiare. Il parametro risulta, quindi, composto dal combinato disposto degli artt. 14 e 8. Per l'affinità delle questioni poste, essi saranno trattati insieme.

I casi *Stjerna*, *Guillot* e *Johansson*, invece, sono trattati dalla Corte alla luce del solo articolo 8. Il caso *Stjerna* concerne i requisiti previsti dalla legislazione svedese per il mutamento del cognome. I casi *Guillot* e *Johansson* riguardano la scelta del nome proprio del figlio da parte dei genitori.

dalle "pretese di tutela che attengono allo svolgimento della personalità da un punto di vista più intrinseco e a prescindere dall'opinione di terzi".

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo appare ibrida rispetto a tale definizione, in quanto connota l'identità personale sia di elementi attinenti al solo sviluppo della personalità, sia di elementi relazionali, quali il diritto al nome. Vero è, tuttavia, che il parametro di Strasburgo è costituito dal "rispetto della vita privata" e che la duplicità di contenuto dell'identità personale non è una caratteristica intrinseca di questo diritto, ma piuttosto un riflesso della duplice concezione della "vita privata" sia come sfera intima e che come sfera sociale della persona.

Per uno studio approfondito del diritto all'identità personale in Italia, si rinvia a G. PINO, *Il diritto all'identità personale, Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, in particolare p. 45-54, in cui il diritto è esaminato in chiave comparata nell'ordinamento tedesco, francese e statunitense.

⁷⁰ Può essere interessante notare che la nostra Corte costituzionale riconobbe per la prima volta l'esistenza di un diritto all'identità personale proprio in relazione al diritto al nome: C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1994, 95, con nota di A. PACE, *Nome, soggettività giuridica, identità personale*, in cui la Corte affermò il diritto dell'interessato al mantenimento del cognome, pur in presenza di una sentenza dichiarativa della falsità dell'atto di nascita. L'identità personale venne definita come «diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo». Il nome, aspetto dell'identità personale, divenne oggetto di autonoma tutela in quanto primo segno identificativo della persona nella vita di relazione.

La Corte si è pronunciata nuovamente sul diritto al nome in C. cost., 23 luglio 1996, n. 297, *ivi*, 1996, 2475, con nota di G. FERRANDO, *Diritto all'identità personale e cognome del figlio naturale*, ancora in tema di diritto alla conservazione del cognome originariamente attribuito, pur in presenza di un successivo riconoscimento; C. cost., 11 maggio 2001, n. 120, *ivi*, 2001, 973, sulla conservazione del cognome da parte dell'adottato maggiorenne, e C. cost., 24 giugno 2002, n. 268, *ivi*, 2002, 1948, in materia di adozione di minore. Il parametro è sempre costituito dall'art. 2 della Costituzione.

Prima di affrontare le singole fattispecie, è opportuno comprendere il contesto normativo in cui la Corte ha agito. Le legislazioni nazionali in materia di cognome presentano alcune linee di tendenza comuni, ma anche numerose divergenze. In alcuni Stati il matrimonio comporta che i coniugi possano alternativamente scegliere un “cognome di famiglia” comune o conservare ciascuno il proprio cognome. In altri Stati, l’individuazione di un “cognome di famiglia” è obbligatoria, per cui in assenza di una scelta espressa degli sposi l’ordinamento automaticamente assegna ai componenti della famiglia il cognome del marito, imponendone la trasmissione ai figli. In altri ordinamenti ancora, la nozione di “cognome di famiglia” non esiste e ogni coniuge può optare per il mantenimento del proprio cognome, l’utilizzo del cognome del partner o l’uso contestuale dei due cognomi.

Per ciò che attiene ai figli, le legislazioni nazionali sono accomunate dall’esigenza di assicurare l’identità del cognome dei figli nati dallo stesso matrimonio, in nome dell’unità familiare. Ove è previsto il “cognome di famiglia”, tale cognome è attribuito automaticamente a tutti i figli. Ove il “cognome di famiglia” non esiste, in alcuni ordinamenti, come in Italia, il figlio acquista automaticamente il cognome del marito; in altri, gli sposi possono scegliere quale dei loro cognomi trasmettere al figlio. In Francia, i genitori possono assegnare al figlio un cognome composto dai loro cognomi ed in mancanza di scelta, il figlio avrà il cognome del padre. In Spagna, il cognome del figlio risulta obbligatoriamente dalla composizione del primo cognome di ogni genitore, nell’ordine prescelto dai coniugi⁷¹.

L’*affaire Burghartz* ha origine dal ricorso di due coniugi svizzeri sposatisi in Germania. Essi scelsero di iscriversi nel registro dello stato civile tedesco con il cognome della moglie, Burghartz, quale cognome di famiglia. Il marito optò per

⁷¹ Per una panoramica sulle diverse opzioni adottate dalle legislazioni nazionali in merito al cognome del coniuge e ai cognomi dei figli legittimi, M. DE CICCIO, *Cognome e principi costituzionali*, in M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 201-277; F. GRANET – LAMBRECHTS, *Le droit à l’identité*, cit., 196 e 206, nonché M. N. BUGETTI, *L’attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, n. 5, 443-446.

la possibilità offerta dalla legislazione tedesca di far precedere il cognome di famiglia dal proprio, chiamandosi così “Schnyder Burghartz”.

La legislazione svizzera prescriveva che il cognome di famiglia fosse necessariamente quello del marito e consentiva soltanto alla donna di conservare, mediante dichiarazione all’ufficiale dello stato civile, il proprio cognome da nubile, affiancandolo al cognome di famiglia (art. 160 Codice civile, come modificato con legge 5 ottobre 1984). Conformemente a tale disciplina, gli ufficiali dello stato civile svizzero iscrissero il cognome “Schnyzer” quale patronimico comune degli sposi.

Al fine di ottenere una uniformità di cognome familiare, i coniugi chiesero alle autorità svizzere di autorizzare la sostituzione del cognome di famiglia “Schnyzer” con il cognome “Burghartz” per cui avevano optato in Germania e di consentire al ricorrente l’utilizzo del cognome composto “Schytzer Burghartz”. La loro istanza venne respinta, in quanto non assistita da “alcun serio inconveniente”, condizione prevista dalla legislazione svizzera per il mutamento del cognome. Il Tribunale federale svizzero, adito in ultima istanza dai coniugi, riconobbe la sussistenza di importanti ragioni che potevano giustificare la sostituzione del nome di famiglia, ma negò al marito il riconoscimento del doppio cognome composto dal proprio e da quello della moglie, ciò sulla base della tutela dell’unità familiare e dell’adesione ad una tradizione radicata nella società.

La Corte di Strasburgo ritenne che la tutela del diritto al nome rientrasse nell’ambito di applicazione dell’art. 8 e che, pertanto, la fattispecie potesse essere esaminata alla luce del principio di non discriminazione previsto all’art. 14 della Convenzione. Secondo uno schema decisorio classico, concluse a maggioranza che la legislazione svizzera determinasse, nella parte in cui consentiva al solo cognome del marito di divenire “cognome di famiglia” e alla sola donna di aggiungere il proprio cognome a quello del marito, una disparità di trattamento fondata sul sesso non sorretta da alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole.

Per ciò che qui interessa, merita evidenziare il ragionamento proposto dalla Corte per giungere all’individuazione del diritto al nome nell’ambito dell’art. 8 e il contenuto attribuito a tale nuovo diritto. Si è detto nei paragrafi precedenti che

normalmente la specificazione del catalogo dei diritti riconducibili al diritto al rispetto della vita privata e familiare è operata dalla Corte senza alcuna giustificazione. L'individuazione dei diritti rilevanti ai sensi dell'art. 8 deriva da un'operazione logica di inferenza con la generale nozione di "vita privata" condotta attraverso un *iter* che resta implicito nel ragionamento della Corte e che può essere soltanto ipotizzato dall'interprete. Così è stato per il diritto al rispetto dell'integrità fisica e psichica, delle proprie preferenze sessuali, della propria identità sessuale. In mancanza di espresse indicazioni della Corte, l'interprete può soltanto ipotizzare che i diritti citati siano riconducibili ad un nucleo comune alla nozione di "vita privata", afferente ad una sfera di autodeterminazione personale. Il caso esaminato si discosta in parte da queste conclusioni. La Corte ammette che la Convenzione europea, a differenza di altri strumenti internazionali quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo e la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo, non contiene alcuna disciplina espressa in materia di nomi. Ritiene, tuttavia, che il diritto al nome ricada nell'ambito materiale dell'art. 8 e lo fa chiarendo per una volta espressamente la connessione sussistente tra il nuovo diritto riconosciuto e la protezione della vita privata e familiare:

(§24) *«In quanto mezzo di identificazione personale e di collegamento con una famiglia, il cognome di una persona concerne non di meno la vita privata e familiare. Il fatto che lo Stato e la società abbiano un interesse a regolamentarne l'uso non costituisce un ostacolo, poiché tali aspetti di diritto pubblico si conciliano con la vita privata, concepita come inglobante, in una certa misura, il diritto dell'individuo di nutrire e sviluppare relazioni con i propri simili, anche nella sfera professionale o commerciale (vedi, mutadis mutandis Niemietz c. Germania del 16 dicembre 1992, serie A n. 251-B, p. 33, par. 29) ».*

Il cognome viene, dunque, qualificato come diritto afferente alla dimensione relazionale della vita privata, quale mezzo di identificazione di un soggetto rispetto alla collettività in cui opera. Viene, dunque, a far parte di quei fattori della vita privata che trascendono la sfera intima della persona e si pongono in diretto contatto con il tessuto delle relazioni esterne che l'individuo costruisce attraverso

la sua attività⁷². Applicando il principio enunciato nel caso di specie, infatti, la Corte afferma che il mantenimento per il ricorrente del cognome di famiglia già prescelto in Germania e con il quale si è fatto conoscere nel contesto lavorativo può costituire un fattore non trascurabile di influenza sulla sua carriera professionale futura (§ 24).

Se riprendiamo per un istante l'immagine dei cerchi concentrici con cui abbiamo ipotizzato di descrivere la struttura del diritto al rispetto della vita privata elaborata dalla Corte di Strasburgo, la fattispecie esaminata non si colloca nel primo cerchio, che abbiamo definito della sfera intima, ma in un cerchio successivo, in cui alcuni profili afferenti alle scelte del singolo assumono rilevanza in funzione del contesto sociale in cui egli vive. Data, infatti, una definizione generale di vita privata che comprende aspetti – non definiti *a priori* – della vita di relazione, la Corte incasella in tale dimensione anche il diritto al nome, che nel caso di specie andrebbe più precisamente declinato come diritto al mantenimento di un cognome già legittimamente acquisito sulla base di un altro ordinamento e con cui il soggetto si è fatto conoscere nell'ambiente lavorativo.

Si noti che, nella pur breve definizione riportata, la Corte identifica immediatamente i contrapposti interessi cui soggiace ogni determinazione sul cognome. Rispetto al soggetto privato, il cognome ha una duplice valenza: è un mezzo di identificazione personale proprio della singola persona, ma è anche l'espressione di un legame familiare, dunque una modalità di conservazione delle origini e della storia delle generazioni passate della famiglia dell'interessato. Sotto il profilo dell'interesse pubblico, lo Stato ha un interesse a regolare l'utilizzo del cognome, interesse che il Governo svizzero nel caso di specie qualificava come esigenza di garantire l'unità familiare, ma che, più in generale, può tradursi nell'esigenza di tutelare la certezza sull'identità del cittadino, nonché la certezza e stabilità dei rapporti familiari, in particolare quelli di filiazione.

⁷² Sulla distinzione dei diritti che compongono la “vita privata” nella giurisprudenza di Strasburgo quali componenti di una sfera intima e di una sfera sociale, F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in ID. (dir), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 11, in particolare p. 17 e seguenti.

Il filo conduttore della decisione è costituito dal principio di non discriminazione in base al sesso, applicabile al caso in quanto la fattispecie ricade nell'ambito materiale dell'art. 8. La Corte, in particolare, definisce la progressione verso l'eguaglianza dei sessi come uno degli scopi importanti degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Ne deriva che differenze di trattamento fondate sul sesso sono sottoposte ad uno scrutinio stretto (§27). Secondo la Corte, la garanzia dell'unità familiare non è in discussione, dal momento che l'aggiunta al cognome del marito del patronimico familiare, ove questo corrisponda al cognome della moglie, non mina l'unità familiare più di quanto possa farlo l'aggiunta al cognome della moglie del patronimico del marito, consentita dalla legge svizzera. Per ciò che attiene al richiamo alla tradizione operato dalla difesa del Governo, la Corte rivendica il fatto che la Convenzione debba essere interpretata «*alla luce del presente*», in particolare allorchè viene in gioco il principio di non discriminazione.

Come detto, la decisione della Corte è adottata alla maggioranza di cinque a quattro. Tra le opinioni dissenzienti, spicca l'opinione comune dei giudici Pettiti e Valticos, che contestano alla Corte un eccessivo attivismo interpretativo. Secondo i dissenzienti, al pari della disciplina della cittadinanza, la disciplina dell'attribuzione del cognome deve essere riservata alla competenza dei soli Stati e non rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione. L'estensione dell'ambito materiale dell'art. 8 sarebbe, invece, il frutto di un'interpretazione definita "eccessiva", in quanto non soltanto oltrepassa il testo della disposizione, ma anche gli impegni internazionali cui gli Stati contraenti hanno voluto vincolarsi. In tal modo, in un panorama legislativo in cui «*le concezioni politiche, giuridiche, sociali e religiose variano ancora talmente da un paese all'altro nella materia*», la Corte pretenderebbe di imporre una concezione propria delle regole che dovrebbero sovrintendere la disciplina del cognome in caso di matrimonio e divorzio. Infine, a fronte della non grande importanza del caso di specie, si contesta l'ampiezza e generalità del principio enunciato dalla Corte: in un contesto europeo ancora fortemente frammentato e in cui le opinioni divergono, esso potrebbe «*condurre troppo lontano*».

L'opinione dei giudici Pettiti e Valticos non sembra contestare in sé il metodo dell'interpretazione evolutiva. Non si citano espressamente i lavori preparatori alla Convenzione, né la volontà "originaria" dei Contraenti. Piuttosto, essi sembrano interrogarsi sulle condizioni in presenza delle quali la Corte può legittimamente dare corso ad una lettura evolutiva del testo convenzionale. Tali condizioni non sussistono, secondo i dissenzienti, quando il contesto non soltanto legislativo, ma anche sociale e culturale europeo non ha raggiunto una certa uniformità di disciplina su un dato ambito materiale. Emerge con chiarezza dall'opinione, inoltre, che la materia della *status* delle persone è percepita come un ambito particolarmente sensibile: l'associazione con la disciplina della cittadinanza mette in luce che i dissenzienti considerano la regolazione dello *status* personale come una delle attribuzioni tipiche della sovranità statale, per ciò stesso sottratta ad interferenze di carattere internazionale che non derivino dalla espressa volontà degli Stati.

Vero è, in realtà, che nella sentenza *Burghartz* la Corte non dà alcun peso alla ricognizione comparativa: la «*progressione verso l'eguaglianza dei sessi*» degli Stati contraenti costituisce un'affermazione non sorretta da alcun riferimento alle legislazioni o prassi nazionali. Piuttosto, il richiamo ad altri strumenti internazionali che espressamente tutelano il diritto al nome può lasciar presumere che la Corte abbia avuto gioco facile ad estendere la tutela convenzionale ad un diritto, quale quello al nome, che già trovava protezione nel diritto internazionale pattizio. Anche qui, però, deve osservarsi che i Trattati internazionali sono meramente citati, senza alcun ragionamento in ordine alle rispettive fattispecie contemplate e agli strumenti di tutela adottati. Al di là dell'ammissibilità di una simile operazione ermeneutica, non può perciò dirsi che la Corte abbia loro assegnato una funzione integrativa del catalogo dei diritti contenuto nella Convenzione.

I principi enunciati nella sentenza *Burghartz* sono ripresi dalla Corte a dieci anni di distanza nella pronuncia *Ünal Tekeli c. Turchia* del 16 novembre 2004. La ricorrente, cittadina turca, lamentava che la legislazione turca le imponesse il cognome del marito e le vietasse di utilizzare, una volta sposata, il cognome da

nubile, mentre al marito era consentito mantenere il suo patronimico originario anche dopo il matrimonio. La sentenza accerta all'unanimità la violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 in connessione con l'art. 8 della Convenzione.

Se la soluzione del caso è analoga al precedente *Burghartz*, la motivazione della sentenza è assai più ricca e risente della recente tendenza della Corte all'ampio ricorso all'argomento comparativo. La Corte, infatti, dà rilievo da un lato ad una serie di documenti adottati in seno al Consiglio d'Europa⁷³, dall'altro ad alcune disposizioni di altri trattati internazionali in materia di divieto di discriminazione fondata sul sesso: l'art. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, sebbene si precisi che non è stato ratificato dalla Turchia; l'art. 16 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione, ratificata dalla Turchia con riserva relativa alle disposizioni del Codice Civile turco inerenti ai rapporti familiari, riserva ritirata nel 1999 (§ 59-60)⁷⁴.

A fronte del richiamo alla tradizione operato dal Governo resistente, inoltre, la Corte valorizza l'interpretazione consensuale che si sarebbe affermata tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa quanto alla scelta del cognome familiare. Soltanto la Turchia, infatti, indipendentemente dalla volontà dei coniugi, impone il cognome del marito quale cognome di famiglia e prevede che la donna perda automaticamente il cognome da nubile.

⁷³ Comitato dei Ministri, Risoluzione (78)37 del 27 settembre 1978 sull'eguaglianza dei coniugi nel diritto civile e Raccomandazione R(85)2 del 5 febbraio 1985 relativa alla protezione giuridica contro le discriminazioni fondate sul sesso, testi evidentemente già approvati allorché la sentenza *Burghartz* fu pronunciata, ma all'epoca non citati espressamente dalla Corte. La Risoluzione (78)37, in particolare, suggerisce di eliminare ogni discriminazione in relazione alla scelta del cognome di famiglia e di attribuzione del cognome ai figli proponendo alcune soluzioni: la scelta di un cognome familiare sulla base dell'accordo tra i coniugi oppure la conservazione da parte di ciascun coniuge del suo cognome da celibe/nubile o ancora la formazione di un cognome di famiglia composto con i due cognomi. La Corte cita, inoltre, la Raccomandazione 1271 (1995) del 28 aprile 1995 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, relativa alle discriminazioni tra uomini e donna per la scelta del nome di famiglia e la trasmissione del nome dai genitori ai figli, e la Raccomandazione della stessa Assemblea 1362 (1998) del 18 marzo 1998. Si richiamano, inoltre, alcuni studi del Comitato europeo di cooperazione giuridica in materia di scelta del cognome di famiglia, condotti nel 1982-1983, 1995 e 1999.

⁷⁴ In particolare, la Corte afferma che: «*A livello internazionale, gli sviluppi in seno alle Nazioni Unite quanto all'eguaglianza tra i sessi si dirigono in questo specifico ambito verso il riconoscimento del diritto per ciascun coniuge di conservare l'utilizzo del suo cognome originario o di partecipare su un piano di eguaglianza alla scelta del nuovo cognome familiare*».

La Corte si preoccupa, ciononostante, di giustificare la sua decisione in relazione al peculiare contesto sociale turco⁷⁵. Essa valorizza le recenti riforme legislative approvate in Turchia e volte a garantire l'eguaglianza dei coniugi nell'ambito familiare, attraverso la soppressione della figura del capo famiglia, il riconoscimento dell'eguale capacità dei coniugi di rappresentare gli interessi familiari e dell'eguale contributo di entrambi nelle decisioni in merito ai figli (riforma del Codice Civile del 22 novembre 2001). In tal modo, la decisione della Corte è prospettata come il naturale completamento di una strada già autonomamente intrapresa dalle autorità turche. In secondo luogo, la Corte ribadisce che la conservazione dell'unità familiare attraverso l'utilizzo di un unico cognome di famiglia può essere garantita indistintamente utilizzando il cognome dell'uomo o della donna. Rispetto al precedente *Burghartz*, anzi, si afferma che alla luce della prassi degli Stati membri, che la protezione dell'unità familiare non verrebbe comunque minacciata dal fatto i coniugi non portino un cognome comune. In conclusione:

(§67) *«La Corte non sottovaluta le importanti ripercussioni che un cambiamento del sistema, in particolare il passaggio da un sistema tradizionale di cognome familiare fondato sul patronimico dello sposo ad un sistema che permetta a ciascuno dei coniugi di conservare il suo patronimico, ovvero alla coppia di scegliere liberamente un cognome di famiglia comune, avrà inevitabilmente nella tenuta dei registri dello stato civile. Tuttavia, essa ritiene che si possa ragionevolmente esigere dalla società che accetti alcuni inconvenienti al fine di permettere alle persone di vivere nella dignità e nel rispetto, conformemente al cognome che hanno scelto».*

Rispetto a *Burghartz*, la definizione del diritto enunciato nel 1994 e la ricostruzione della violazione sulla base principio di non discriminazione non sono cambiati. A dieci anni di distanza, tuttavia, la Corte è in grado di valorizzare quella uniformità del contesto normativo e culturale europeo di cui i giudici dissenzienti Pettiti e Valticos lamentavano la mancanza. L'interpretazione evolutiva è così ricondotta nell'alveo dell'interpretazione consensuale, ossia

⁷⁵ Si ricordi che, a partire dalla sentenza *Rasmussen* del 28 novembre 1984, i criteri guida per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento sono stati identificati nella natura del diritto leso, nelle circostanze del caso di specie e nel contesto sociale dello Stato resistente.

dell'interpretazione fondata su un comune e diffuso consenso degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁷⁶.

La Corte cade così in un paradosso intertemporale: l'interpretazione cosiddetta consensuale finisce per fondarsi su un consenso tra le legislazioni degli Stati membri che non esisteva e che la Corte stessa ha contribuito a creare, tanto che la sua esistenza è rilevabile soltanto *a posteriori*, dopo che pronunce della Corte sono già intervenute. Si crea in tal modo una sorta di cortocircuito, che a ben guardare non è altro che la prova della fertilità del contributo dato dalla giurisprudenza di Strasburgo alla tutela dei diritti nello spazio europeo.

4.3 L'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati in materia di diritto al nome

L'applicazione del principio di non discriminazione in base al sesso lascia un margine di apprezzamento ridotto agli Stati nella disciplina del nome familiare. Nella sentenza *Ünal Tekeli* del 2004, la Corte identifica direttamente quale sia lo spettro delle soluzioni conformi al parametro convenzionale a disposizione dei Contraenti: consentire a ciascun coniuge di conservare il proprio cognome anche dopo il matrimonio; ove è previsto un "cognome di famiglia", lasciare alla libera scelta dei coniugi quale dei rispettivi patronimici debba diventare il cognome comune o, in alternativa, prevedere che il cognome familiare sia costituito dalla composizione dei cognomi originari. La discrezionalità dello Stato si esaurisce nella scelta delle misure da adottare in concreto nel proprio ordinamento tra quelle che la Corte stessa ha individuato⁷⁷.

⁷⁶ Tale specificazione appare tanto più necessaria, quanto più l'interpretazione proposta si discosta dalle tradizioni radicate nello Stato membro convenuto. Non costituisce, d'altra parte, una novità nella giurisprudenza della Corte il riconoscimento di un diritto pur nella consapevolezza del forte contrasto che il suo esercizio può provocare nella società dello Stato convenuto. Si pensi al riconoscimento del diritto al rispetto dell'orientamento sessuale degli omosessuali adulti e consenzienti in Irlanda con la sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981.

⁷⁷ Merita ricordare la recente sentenza Corte costituzionale, 16 febbraio 2006, n. 61 con cui, in risposta ad una questione di legittimità sollevata dalla Corte di Cassazione, la Corte si è nuovamente dichiarata impossibilitata ad intervenire sulla norma consuetudinaria presente nel nostro ordinamento che impone di assegnare al figlio il solo cognome del padre, ciò per la pluralità di soluzioni in materia che si offrono alla discrezionalità del legislatore. A sostegno della illegittimità di una siffatta previsione dell'ordinamento interno, tuttavia, la Corte ha citato espressamente le sentenze della Corte di Strasburgo *Unal Tekeli* dl 2004, *Stjerna* del 1994 e *Burghartz* del 1994, nonché i Trattati internazionali e le Raccomandazioni adottate dagli organi del Consiglio d'Europa ivi citate.

Ove, invece, il diritto al nome è attivato in relazione al solo art. 8, quale profilo della vita privata e familiare indipendente dall'eguaglianza tra i coniugi, la discrezionalità residua lasciata dalla Corte agli Stati appare più ampia, in quanto assume maggiore peso l'interesse pubblico alla regolazione del cognome rispetto all'interesse del singolo all'autodeterminazione del proprio patronimico. L'assetto di questo bilanciamento è chiaramente individuato nella sentenza *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre 1994.

Il ricorrente chiedeva alle autorità finlandesi di cambiare il proprio cognome da Stjerna a Tawaststjerna, adducendo che quest'ultimo fosse il patronimico utilizzato dai suoi antenati svedesi e che il cognome Stjerna, derivante dalla scomposizione dell'antico nome familiare, gli procurasse degli inconvenienti pratici dovuti dalla difficoltà di pronuncia e di scrittura nella lingua finlandese, quali la frequente erronea indicazione del cognome sui documenti e il ritardo nella ricezione della posta.

Le autorità finlandesi respinsero la richiesta per difetto di alcune delle condizioni richieste dalla legislazione per consentire la modificazione del cognome. In particolare, il richiedente non aveva dimostrato una effettiva connessione genealogica tra la sua famiglia e quella dei Tawaststjerna, né che tale cognome fosse stato portato con continuità dai suoi antenati; inoltre, gli inconvenienti lamentati dal ricorrente non vennero giudicati di una gravità tale da consentire il cambiamento del cognome⁷⁸. La decisione delle autorità amministrative venne confermata dalla Corte suprema amministrativa finlandese.

Mentre in *Burghartz* l'oggetto del contendere atteneva alla conservazione del cognome già acquisito altrove, nel caso di specie viene in luce il problema opposto del diritto al cambiamento del cognome. La motivazione della Corte di Strasburgo è impostata secondo lo schema dell'obbligazione positiva: la Corte si

⁷⁸ L'art. 10 della legge finlandese sui patronimici, modificato da una legge del 1985, autorizzava il mutamento del cognome di famiglia a condizione che l'uso del cognome attuale procurasse all'interessato degli inconvenienti a causa della sua origine straniera, del suo significato o dell'uso che ne veniva fatto nel linguaggio corrente o per ogni altro motivo; che il cognome di famiglia proposto fosse stato portato in passato dalla famiglia dell'interessato o, in maniera costante, dai suoi antenati, e sempre che il cambiamento fosse giudicato opportuno; in via residuale, era comunque ammesso un mutamento del cognome di famiglia giustificato dall'evoluzione della situazione o da altri particolari motivi.

interroga sull'ampiezza dell'obbligo ricadente sulle autorità nazionali di consentire un cambiamento del cognome.

In via generale, la Corte riconosce la conformità alla Convenzione di legislazioni che prevedano condizioni al cambiamento del nome. La regolazione dell'uso dei cognomi è, infatti, sorretta, secondo la Corte, da un interesse pubblico specifico alla corretta tenuta dei registri dello stato civile, alla certezza in ordine all'identificazione delle persone e all'individuazione di un collegamento tra gli interessati e una data famiglia⁷⁹.

In secondo luogo, a differenza della sentenza *Burghartz*, di soli nove mesi antecedente, la Corte sottolinea chiaramente la connessione tra grado di omogeneità degli ordinamenti nazionali e ampiezza della discrezionalità statale. L'esistenza di un nucleo comune in materia di cambiamento del cognome negli ordinamenti nazionali è valutata sulla base di una puntuale ricognizione delle legislazioni degli Stati membri⁸⁰. Poiché non esiste una convergenza tra i sistemi nazionali sul contenuto delle condizioni richieste *ex lege* per il mutamento del cognome, la Corte ne desume che gli Stati godano di un vasto margine di apprezzamento.

Tale ampiezza induce la Corte ad adottare una forma di controllo esterno sulle decisioni nazionali⁸¹, ossia di completezza e congruità della motivazione addotta

⁷⁹ (§39): «Nel riconoscere che vi possono essere fondate ragioni che spingono un individuo a desiderare di cambiare il suo cognome, la Corte ammette che restrizioni legali a tale possibilità possano giustificarsi alla luce dell'interesse pubblico; per esempio, al fine di assicurare una registrazione esatta della popolazione o di salvaguardare i mezzi di identificazione personale e di collegare ad una famiglia coloro che portano un dato cognome».

⁸⁰ Al par. § 29, la Corte rileva che le legislazioni sul cognome dei dodici Stati membri della Commissione internazionale sullo stato civile, tutti membri del Consiglio d'Europa, sottopongono a diverse condizioni l'autorizzazione al cambiamento del cognome. In Belgio, Portogallo e Turchia, la richiesta può essere sostenuta con ogni motivo. In Francia, Germania, Lussemburgo e Svizzera occorre che le motivazioni prospettate siano "convincenti". In alcuni Paesi, alcune motivazioni sono esplicitate direttamente dalla legge: per esempio, il cognome posseduto deve essere di difficile pronuncia o scrittura (Austria); deve procurare all'interessato difficoltà di ordine giuridico o sociale (Austria e Grecia); deve essere contrario al buon senso (Olanda e Spagna) o alla dignità della persona (Spagna). Il diritto inglese, invece, autorizza ciascuno a scegliere il nome che preferisce e ad utilizzarlo senza alcuna restrizione o formalità, salvo che per l'esercizio di alcune professioni.

⁸¹ (§29): «La Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità finlandesi competenti per definire la politica più opportuna in materia di regolazione dei cambiamenti del patronimico in Finlandia, ma di valutare alla luce della Convenzione le decisioni che esse hanno reso nell'esercizio del loro potere di apprezzamento». (§42): «La Corte ritiene che a questo riguardo le autorità nazionali siano in principio meglio poste per valutare il grado di fastidio imputabile all'uso di un nome piuttosto che un altro nella società nazionale e nel caso di specie, alcuna ragione sufficiente è stata prospettata per indurre la Corte a decidere in modo difforme dalle autorità finlandesi».

dalle autorità nazionali, per concludere che il ricorrente non aveva prospettato ragioni sufficienti tali da indurla a discostarsi dalle determinazioni assunte dalle autorità finlandesi. A conferma, tuttavia, del fatto che anche ove il margine di apprezzamento è ampio, il controllo ultimo sulle misure nazionali adottate spetta alla Corte, essa afferma, sulla base della documentazione di causa, di non essere convinta che: «*gli inconvenienti denunciati dal ricorrente siano sufficienti per porre una questione di mancato rispetto della vita privata sotto il profilo del comma 1 dell'art. 8*».

Vi sarebbe, dunque, un'insufficienza intrinseca del “grado di importanza” della questione sottoposta al suo giudizio, tale da non poter giustificare che si invochi l'obbligazione positiva che impone agli Stati contraenti di rendere effettivo il godimento dei diritti convenzionali rientranti nel primo comma dell'art. 8. Il riferimento al grado di importanza della questione, tuttavia, è contenuto in un inciso finale della motivazione, dopo che nei paragrafi precedenti la Corte aveva già svolto un attento esame sul contenuto dell'obbligazione positiva di consentire il mutamento del cognome e sulla sua applicazione al caso di specie.

Il “grado di importanza” della lesione lamentata diventa, invece, il motivo portante della successiva sentenza *Guillot c. Francia* del 1996. In essa, è affrontato per la prima volta un ulteriore profilo relativo al diritto al nome, ossia la scelta da parte dei genitori del nome da dare al proprio figlio.

I coniugi Guillot desideravano chiamare la propria bambina “Fleur de Marie” - nome della protagonista del romanzo “I misteri di Parigi” di Eugène Sue -, ma l'ufficiale dello stato civile rifiutò l'iscrizione di tale nome, in quanto non contemplato in alcun calendario. I giudici interni aditi confermarono tale rifiuto, in nome della protezione dell'interesse del bambino a che non gli venissero attribuiti nomi di fantasia troppo strani ed originali; ammisero, invece, che i genitori potessero chiamare la bambina “Fleur-Marie”, unendo due nomi entrambi esistenti nel calendario⁸².

⁸² La disciplina dei nomi propri era regolata in Francia dalla legge dell'11 germinale dell'anno XI. Essa consentiva l'iscrizione dei nomi propri in uso nei differenti calendari e di nomi di personaggi conosciuti della storia antica, mentre vietava l'utilizzo di qualsiasi altro nome. Una circolare ministeriale del 12 aprile 1966 invitò gli ufficiali dello stato civile, alla luce dell'evoluzione dei costumi, a valutare con maggiore disponibilità i nomi proposti dai neo genitori, rispettando scelte

La peculiarità della fattispecie indusse la Corte ad una ulteriore specificazione sul contenuto del diritto al nome: *«la scelta del nome proprio del bambino da parte dei suoi genitori riveste un carattere intimo e affettivo e concerne, dunque, la loro sfera privata»*. Rispetto a quanto emerso nei casi esaminati, in cui il nome, quale fattore di identificazione personale, era collocato nella sfera relazionale della vita privata, il profilo della scelta del nome proprio dei figli viene a toccare il cerchio intimo delle scelte personali.

La Corte, pur riconoscendo che i genitori possano aver subito una limitazione della propria libertà di scelta e pur ammettendo che la bambina stessa possa subire alcune complicazioni per il fatto di essere stata registrata come “Fleur-Marie” ed essere invece correntemente chiamata “Fleur de Marie”, non ritiene che gli inconvenienti denunciati siano sufficienti per porre una questione relativa al mancato rispetto della vita privata ai sensi del comma 1 dell’art. 8.

La decisione è assunta alla maggioranza di sette a due. Nell’opinione dissenziente, i giudici MacDonald e De Meyer qualificano come “ingerenza” il rifiuto delle autorità francesi di iscrivere il nome voluto dai ricorrenti e la ritengono “non necessaria in una società democratica”, ai sensi del secondo comma dell’art. 8, in quanto non si vedrebbe in che modo il nome “Fleur de Marie” potrebbe ledere la persona che lo porta più di nomi ammessi dall’ordinamento francese all’epoca dei fatti come Cleopatra, Pilato, Messalina, Caligola o Nerone.

Al di là della divertente disputa sulla dignità o meno di determinati nomi propri, la sentenza conferma che la Corte riconosce agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella disciplina dei nomi e cognomi delle persone soggette alla loro autorità, margine che si fonda essenzialmente sulla divergenza tra le legislazioni e prassi interne.

connesse al particolarismo locale o alla storia della famiglia. La circolare indicava come espressamente ammessi i nomi appartenenti alla mitologia, i nomi di origine straniera, i diminutivi, i nomi composti. Si ribadiva, comunque, l’esclusione di nomi propri di pura fantasia o di vocaboli che, per il loro senso comune o per il loro uso, non potevano costituire nomi propri. Nel corso della procedura avanti alla Corte, la legge 11 germinale dell’anno XI fu abrogata e sostituita introducendo due nuovi commi nell’art. 57 del Codice Civile, ai sensi dei quali la scelta del nome proprio è lasciata ai genitori; l’ufficiale dello stato civile può rifiutare l’iscrizione, dandone avviso al Procuratore della Repubblica, solo quando il nome prescelto appaia contrario all’interesse del bambino o al diritto di terzi di vedere rispettato il proprio patronimico.

Ad una conclusione diversa giunge la Corte nella sentenza *Johansson c. Finlandia* del 6 dicembre 2007. Anche questo caso attiene alla scelta del nome del figlio da parte dei genitori. Le autorità svedesi si erano rifiutate di iscrivere nel registro degli atti civili il nome proprio Axl, in quanto trattasi di nome di origine straniera non appartenente ai nomi usualmente utilizzati in Finlandia. La Corte accoglie il ricorso, a motivo che risulta dagli di causa che altri quattro bambini fossero già stati iscritti con quel nome proprio, ritenendo la condotta delle autorità interne contraddittoria.

La sentenza è interessante perché emerge dalla difesa del Governo una ulteriore dimensione dell'interesse statale alla regolazione dell'uso dei nomi, che prescinde dall'interesse pubblico al controllo sull'identità delle persone e sui legami familiari. Il Governo finlandese sostiene, infatti, che la prassi di attribuzione dei nomi sia strettamente legata alle radici culturali e linguistiche di ciascuno Stato, dunque all'identità nazionale. Si sostiene in particolare che, specialmente in un'area linguistica limitata come quella finlandese, sia necessario mantenere una disciplina peculiare sull'attribuzione dei nomi che protegga la specificità linguistica della popolazione.

La Corte ammette che possa costituire una finalità legittima la tutela dell'identità linguistica e conferma l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo allo Stato nella regolazione dei nomi. Riconosce, del pari, che il bilanciamento in causa debba tener conto del superiore interesse del bambino a che non gli sia assegnato un nome ridicolo. Ma su tutte queste considerazioni prevale in definitiva, come anticipato, la rilevata contraddittorietà nella condotta delle autorità competenti, che avevano già consentito in altri casi l'iscrizione di un nome identico a quello contestato ai ricorrenti.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha enucleato all'interno dell'art. 8 della Convenzione un diritto al nome, che più precisamente consiste nel diritto al mantenimento del proprio cognome, in quanto espressione dell'identità personale da un lato e del legame familiare dall'altro. Tale diritto attiene, da un lato, alla sfera relazionale della vita privata e comporta il rispetto da parte dello Stato dell'identità che l'interessato abbia acquisito nella sua sfera

professionale e commerciale. Sotto altro aspetto, inoltre, il diritto al nome coniugato come diritto dei genitori di dare un nome ai propri figli impinge la sfera intima delle scelte personali.

Quando il diritto al nome si connette al principio di eguaglianza fra coniugi, strettissimo è il margine di apprezzamento che residua agli Stati, tanto che è la stessa Corte a suggerisce direttamente le soluzioni normative conformi al parametro convenzionale. Quando, invece, in una dimensione verticale, esso tocca il solo rapporto tra il singolo e lo Stato, la discrezionalità delle autorità nazionali è assai più ampia, in quanto l'interesse pubblico alla certezza sull'identificazione delle persone prevale rispetto al diritto del singolo alla libera scelta del proprio nome. Del pari, è ampia la discrezionalità lasciata agli Stati nella regolazione dei nomi propri che i genitori possono attribuire ai figli, poiché, pur incidendo l'intervento statale sulla sfera intima delle scelte personali, non sussiste alcuna convergenza in materia fra legislazioni e prassi degli Stati Contraenti.

4.4 Casi in cui il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati è ampio: il ricongiungimento familiare e l'espulsione dello straniero.

In materia di ricongiungimento familiare e di espulsione dello straniero la Corte europea attua in linea di massima un sindacato assai prudente e rispettoso delle scelte operate dai legislatori nazionali⁸³.

In tema di ricongiungimento familiare, il *leading case* è costituito dalla sentenza *Gül* del 1996, confermata dalla successiva *Ahmut* dello stesso anno⁸⁴. Il caso di

⁸³ Per un inquadramento sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di espulsione dello straniero, F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 63-98; C. VAN MUYLDER, *Le droit au respect de la vie privée des étrangers (une application novatrice de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux des étrangers)*, in *Revue française de droit administratif*, 2001, 797-806; J-F. MILLET, *Le droit à une vie familiale normale et les étrangers de la deuxième génération*, *ivi*, 2001, 807-811; H. LABAYLE, *L'éloignement des étrangers devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *ivi*, 1997, 977-998.

⁸⁴ Sentenza *Gül c. Suisse* del 19 febbraio 1996, in *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, n. 3; *Ahmut c. Pays Bas* del 28 novembre 1996, in *Reports* 1996-VI.

Sulla presunzione di esistenza di una vita familiare allorché vi è un rapporto di filiazione, il *leading case* è rappresentato dalla sentenza *McMichael c. Royaume Uni* del 24 febbraio 1995, Serie A, n. 307-B, pag. 85, par. 55; in tema di espulsione dello straniero, il principio è ribadito nelle sentenze *C. c. Belgium* del 27 giugno 1996, n. 21794/93 e *Boughanemi c. France* del 1996, *cit.*

specie riguardava il rifiuto della Svizzera di concedere il visto d'ingresso al figlio minore di una coppia di cittadini turchi già residenti sul proprio territorio.

Il ragionamento della Corte europea si fonda sull'inesistenza nella CEDU di un diritto per lo straniero di entrare e stabilirsi in uno Stato terzo, in conformità al principio di diritto internazionale generale che riconosce a ciascuno Stato il diritto di controllare l'ingresso degli stranieri sul proprio territorio; una volta che lo straniero si sia legittimamente installato nello Stato ospitante, peraltro, il rispetto della vita familiare garantito dall'art. 8 CEDU non comporta per quest'ultimo l'obbligo generale di avallare la scelta dell'immigrato di stabilire la residenza familiare sul suo territorio e pertanto di consentirne il ricongiungimento con il coniuge e con i figli minori⁸⁵. La condotta dello Stato, pertanto, può essere sanzionata soltanto quando dalla situazione del ricorrente e dalle circostanze del caso di specie risulti che il rilascio del visto di ingresso costituisce per i genitori e il figlio minore *“il solo modo di sviluppare una vita familiare”*. L'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato è così valorizzata attraverso una sorta di inversione dell'onere della prova: mentre normalmente, allorché la Corte europea è adita da un ricorso individuale, è compito dello Stato esibire i documenti e formulare le osservazioni che giustificano la propria condotta, nei casi esaminati ricade sui genitori l'onere di dimostrare l'impossibilità di ricongiungersi con i figli nel Paese di origine. La residualità, così motivata, delle obbligazioni esistenti in capo allo Stato porta la Corte a respingere il ricorso, non avendo i signori Gül dimostrato l'esistenza di ostacoli allo sviluppo di una vita familiare in Turchia⁸⁶.

⁸⁵ Il precedente diretto delle sentenze citate è costituito dall'*arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni* del 28 maggio 1985, Serie A, n. 94, in cui la Corte, sulla base del medesimo principio di diritto internazionale generale, ritiene conforme all'art. 8 CEDU il diniego del visto d'ingresso ai mariti delle ricorrenti, nonostante il legame coniugale determini l'esistenza di una vita familiare; la Corte enuncia per la prima volta in questa sentenza che l'art. 8, allorché interferisce con la materia dell'immigrazione, *«non può essere interpretato come comportante per uno Stato contraente l'obbligazione generale di rispettare la scelta della coppia sposata del suo domicilio comune e di accettare la permanenza dei coniugi non cittadini nel Paese»* (par. 68).

⁸⁶ Sentenza *Gül*, cit, par. 38-42. Già nella sentenza *Abdulaziz*, cit. la Corte concludeva che poiché *«le ricorrenti non hanno provato l'esistenza di ostacoli che abbiano loro impedito di condurre una vita familiare nei loro Paesi, o in quello del marito, né delle ragioni particolari tali da consentire loro di optare per una tale soluzione»*, non poteva ritenersi che il Regno Unito fosse venuto meno alle obbligazioni derivanti dalla Convenzione (par. 68).

Una diversa conclusione è raggiunta nel caso *Sen* del 2001, avente ad oggetto il ricongiungimento di due coniugi turchi residenti in Olanda con la figlia minore rimasta in Turchia presso alcuni parenti⁸⁷. La Corte, pur richiamandosi espressamente ai precedenti *Gül* e *Ahmut*, opera una sorta di *qualification*, affermando che l'esistenza nel nucleo familiare di altri due bambini nati in Olanda e non aventi alcun legame con il Paese dei genitori costituisce un serio ostacolo al trasferimento della famiglia in Turchia, cosicché la venuta della figlia minore rappresenta l'opzione più appropriata per realizzare l'unità familiare. La pronuncia potrebbe essere interpretata come un primo passo della Corte verso un sindacato più rigoroso sull'uso della discrezionalità statale in materia di ricongiungimento con i minori, ma i riferimenti della motivazione all'eccezionalità delle circostanze di fatto e i costanti richiami ai precedenti portano a collocare la sentenza nel precedente filone giurisprudenziale⁸⁸.

Dal punto di vista delle tecniche di argomentazione, merita osservare che in tutti i casi citati, da *Abdulaziz* a *Sen*, il rifiuto del visto d'ingresso è qualificato dalla Corte non come ingerenza ex art. 8, comma 2, che si presume contraria alla CEDU, salva la possibilità per lo Stato di dimostrarne la legalità, il fine legittimo e la proporzionalità, ma come adempimento di un'obbligazione positiva ex art. 8 comma 1, sicché occorre accertare in primo luogo se esiste in capo allo Stato l'obbligo di attivarsi per garantire l'effettivo godimento della vita familiare dello straniero, in secondo luogo qual è la sua estensione. Si giustifica in questo modo l'inversione dell'onere della prova: è il ricorrente a dover attestare che per l'effettivo realizzarsi della sua vita familiare non esistono alternative all'accesso dei propri familiari sul territorio dello Stato convenuto⁸⁹.

⁸⁷ Sentenza *Sen c. Pays Bas* del 21 dicembre 2001, n. 31465/96.

⁸⁸ Evidenzia gli elementi di rottura della sentenza *Sen* rispetto ai precedenti *Gül* e *Ahmut*, S. VAN WALSUM, in *Comment on the Sen case. How wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, n. 4, pag. 518.

⁸⁹ Contesta che il ricorso al concetto di obbligazione positiva sia funzionale al riconoscimento di un più ampio margine di apprezzamento in capo allo Stato il giudice Martens nell'opinione dissenziale allegata alla sentenza *Gül*, cit, pag. 178-185; al contrario, lo ammette espressamente il giudice P. VAN DIJK, in *Protection of "integrated" aliens against expulsion under European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, pag. 298 e 302.

Numerose sono le sentenze della Corte dei diritti dell'uomo in tema di rispetto della vita privata e familiare dello straniero immigrato⁹⁰. Si tratta per lo più di fattispecie in cui cittadini algerini o marocchini nati in Francia o Belgio o lì emigrati con la famiglia in tenera età, i cosiddetti immigrati di seconda generazione, sono espulsi verso il Paese d'origine in seguito al compimento di gravi reati.

Per ciò che attiene al parametro, nelle prime pronunce, *Moustaquim* del 18 febbraio 1991 e *Beljoudi* del 26 marzo 1992, la Corte privilegiava formalmente il solo profilo della vita familiare. In realtà, nell'esame in concreto della proporzionalità della misura espulsiva venivano considerati fattori non attinenti tanto alla vita familiare, quanto alla vita privata del ricorrente, quali la scolarità, la lingua parlata, le relazioni sociali e lavorative. A partire dalla sentenza *C. c. Belgio* del 27 giugno 1996, la successiva giurisprudenza ha gradualmente riconosciuto un valore autonomo al profilo della vita privata rispetto alla vita familiare. I prodromi di questa evoluzione si rinvencono nell'opinione dissenziente del giudice Martens alla medesima sentenza *Beljoudi*, confermata in *Boughanemi* del 1996, in cui si osserva correttamente che immigrati di seconda generazione possono anche non avere una vita familiare, ma non per questo devono essere esclusi dalla tutela dell'art. 8, nonché nell'opinione dissenziente del giudice Morenilla nel caso *Nasri* del 1995. In entrambe le opinioni dissenzienti si sostiene che l'art. 8 nel suo complesso è volto a garantire l'intangibilità del «*cercle intime*» che raccoglie l'insieme dei legami sociali e familiari di ciascuno⁹¹. La distinzione formale tra vita privata e vita familiare non ha comportato mutamenti nel merito della giurisprudenza della Corte europea.

Dal punto di vista delle tecniche di argomentazione, a differenza delle ipotesi di divieto di ricongiungimento familiare, il provvedimento di espulsione dello straniero è costantemente qualificato dalla Corte europea come “ingerenza” alla

⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Moustaquim c. Belgique* del 18 febbraio 1991, Serie A, n. 193; *Beljoudi c. France* del 26 marzo 1992, Serie 234-A; *Boughanemi c. France* del 27 marzo 1996, n. 22070/93; *C. c. Belgium* del 27 giugno 1996, n. 21794/93; *Bouchelkia c. France* del 22 gennaio 1997, n. 23078/93; *El Boujaïdi c. France* del 26 settembre 1997, n. 25613/94; *Mehemi c. France* del 26 settembre 1997, n. 25017/94; *Boujlifa c. France* del 21 ottobre 1997, n. 25404/94; *Baghli c. France* del 30 novembre 1999, n. 34374/97; *Ezzoudhi c. France* del 13 maggio 2001, n. 47160/99; *Mokrani c. France* del 15 luglio 2003, n. 52206/99.

⁹¹ P. VAN DIJK, in *Protection of “integrated” aliens against expulsion under European Convention on Human Rights*, cit., pag. 299.

vita privata e familiare e deve giustificarsi sulla base delle condizioni dettate dal comma secondo dell'art. 8. Il paragrafo delle motivazioni sulla «*necessarietà in una società democratica*» si apre con una formula ricorrente:

«La Corte ricorda che è compito degli Stati contraenti assicurare l'ordine pubblico, in particolare nell'esercizio del loro diritto di controllare, in virtù di un principio di diritto internazionale ben affermato e senza pregiudizio per gli obblighi derivanti per essi dai trattati, l'entrata e il soggiorno di coloro che non sono cittadini. A questo titolo, essi hanno la facoltà di espellere quelli tra loro che commettono reati. Tuttavia, le loro decisioni in materia, nella misura in cui ledono un diritto garantito dal comma 1 dell'art. 8, devono rivelarsi necessarie, in una società democratica, ossia giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito. Così il compito della Corte consiste nel determinare se il rifiuto di rinnovare il permesso di soggiorno del ricorrente nel caso di specie ha rispettato un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, ossia, da una parte, il diritto dell'interessato al rispetto della vita familiare e, dall'altra parte, la protezione dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati»

Per valutare in concreto se la misura espulsiva realizzi un corretto bilanciamento tra la tutela della sicurezza, la prevenzione dei reati e il benessere economico del Paese da un lato, finalità definite legittime dal comma 2 dell'art. 8, e il diritto del singolo a godere di una vita privata e familiare effettiva dall'altro, la Corte tenta di ricostruire il grado di integrazione dello straniero nel Paese ospitante e l'entità dei legami ancora esistenti con il Paese di cui il soggetto è formalmente cittadino. A tal fine, la Corte ha elaborato una serie di test, compiutamente sistematizzati nella sentenza *Boultif* del 2001, quali la natura e gravità dell'infrazione commessa; la durata del soggiorno nel Paese ospitante; il periodo intercorso tra il momento della commissione dell'infrazione e l'espulsione e la condotta generale del soggetto in quest'arco di tempo; la situazione familiare, determinata per esempio dalla durata del matrimonio o da altri elementi che denotano il carattere effettivo della vita familiare della coppia; l'accertamento del fatto che il coniuge fosse a conoscenza della commissione dell'infrazione all'inizio della relazione familiare; la nascita di figli e la loro età; l'entità delle difficoltà che dovrebbe

affrontare il coniuge che seguisse l'espulso nel Paese di origine⁹². Nel caso specifico degli immigrati di seconda generazione, a questi criteri la Corte affianca ulteriori elementi, quali l'età dello straniero al momento della commissione dei reati; l'età dello straniero al momento dell'ingresso nel Paese ospitante; il luogo di residenza della famiglia d'origine; la lingua parlata; il luogo di frequentazione delle scuole; la natura dei legami sociali e lavorativi contratti nel Paese⁹³.

La classificazione dei test in un'elencazione chiara di portata generale è probabilmente il risultato delle critiche per lungo tempo rivolte alla giurisprudenza della Corte europea sia dal suo interno, attraverso lo strumento dell'opinione dissenziente⁹⁴, sia dalla dottrina⁹⁵, per l'eccessiva elasticità dei criteri di giudizio utilizzati e la conseguente scarsa prevedibilità delle decisioni.

Tali criteri sono stati puntualmente ripresi nella sentenza della Grande Camera *Üner c. Paesi Bassi* del 18 ottobre 2006, a proposito della misura di allontanamento per dieci anni dal territorio dello Stato adottata nei confronti di un cittadino turco condannato per omicidio colposo. La Corte rinvia espressamente ad alcune raccomandazioni adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio

⁹² Sentenza *Boultif c. Suisse* del 2 novembre 2001, n. 54273/00.

⁹³ cfr. note precedenti; si veda, inoltre, *Dalia c. France* del 19 febbraio 1998, n. 26102/95, par. 52.

⁹⁴ Si vedano l'opinione concordante del giudice Pettiti alla sentenza *Narsi* del 1996, cit., in cui si afferma la necessità che la Corte precisi i criteri che intende adottare, suggerendo di trarli da uno studio comparativo sulle legislazioni vigenti nei vari Stati contraenti al fine di evitare disarmonie nel sistema della Convenzione; l'opinione dissenziente del giudice Martens nella sent. *Boughanemi* del 1997, cit, in cui si critica l'approccio casistico, in quanto trasforma l'esito del giudizio in una «lotteria» imprevedibile per le autorità nazionali e si tacciano le decisioni della Corte di arbitrio, per l'impossibilità di comparare la gravità delle pene inflitte ai ricorrenti.

Per ovviare alle oscillazioni della giurisprudenza, alcuni componenti della Corte hanno proposto un fondamento teorico diverso dall'art. 8, cui ancorare il divieto per gli Stati di espellere gli immigrati integrati. Il giudice De Meyer, nell'opinione dissenziente alla sentenza *Moustaquim* del 1991, cit, suggerisce di ricorrere all'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di trattamenti disumani e degradanti e non ammette eccezioni. Il giudice Morenilla, nella sentenza *Boujlifa* del 1997, invoca il principio di non discriminazione, asserendo che a parità di condanna penale l'espulsione costituisce una sanzione aggiuntiva discriminatoria per lo straniero rispetto al cittadino. Tale argomentazione è stata espressamente respinta dalla Corte sin dal primo caso *Moustaquim* del 1991, cit, par. 15, e non è condivisa dai giudici Van Dijk e Baka, nell'opinione dissenziente comune alla stessa sent. *Boujlifa*, che preferiscono continuare a ragionare in termini di proporzionalità dell'ingerenza, accogliendo implicitamente l'idea che la cittadinanza sia una ragione sufficiente a giustificare la differenza di trattamento tra condannati cittadini e stranieri.

⁹⁵ P. VAN DIJK, in *Protection of "integrated" aliens against expulsion under European Convention on Human Rights*, cit; B. NASCIBENE, art. 3 e 4 del Protocollo n. 4, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag 899.

d'Europa⁹⁶ e dall'Assemblea parlamentare, nonché alle legislazioni degli Stati membri, per concludere che un diritto assoluto alla non espulsione per gli immigrati di seconda generazione non può essere desunto dall'art. 8 della Convenzione. I criteri della sentenza *Boultif* sono nuovamente indicati come le linee guida di cui le autorità nazionali devono tenere conto al momento della decisione della misura espulsiva.

Nella specie, il ricorso è però respinto a causa della gravità del reato commesso dall'interessato, già condannato per precedenti reati, ed in considerazione della proporzionalità della misura di l'allontanamento temporaneo rispetto all'infrazione commessa.

La sentenza conferma una tendenza rilevabile in tutta la giurisprudenza convenzionale sull'espulsione dello straniero. Nonostante il ricco apparato argomentativo elaborato dalla Corte sia volto a garantire una intensa tutela dei legami familiari e sociali intrattenuti dall'interessato, nelle decisioni della Corte sembra assumere un peso determinante il criterio della gravità del reato commesso. Fattispecie simili per età del ricorrente, scolarità, lingua parlata, luogo di residenza della famiglia si concludono con esiti opposti sulla base di uno scivoloso giudizio sulle condanne penali del ricorrente, ossia sul numero e sulla natura delle infrazioni, sull'entità della pena, sull'eventuale recidiva, sulla condotta tenuta in carcere e dopo l'espiazione della pena⁹⁷. Si tratta, in sostanza, di una prognosi sulla pericolosità sociale dell'interessato difficilmente inquadrabile in standard decisorii e, soprattutto, invasiva di una sfera tradizionalmente riservata alla sovranità statale, la materia della politica criminale, sì da contraddire il presupposto stesso dell'ampia discrezionalità statale nella regolazione del flusso migratorio posto dalla Corte alla base delle motivazioni⁹⁸.

⁹⁶ Raccomandazioni Rec(2000)15 sulla sicurezza di residenza degli immigrati di lunga durata; Rec(2002)4 sullo statuto giuridico delle persone ammesse al ricongiungimento familiare; nonché la Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare 1504(2001) sulla non espulsione di immigrati di lunga durata.

⁹⁷ L'opinione concordante dei giudici Baka, Wildhaber et Lorenzen allegata alla sentenza *Boultif* del 2001, cit, elenca tutti i precedenti della Corte in materia di espulsione, evidenziando che in undici casi su sedici non è stata rinvenuta alcuna violazione dell'art. 8.

⁹⁸ Si è contestato alla Corte, pur fisiologicamente legata al caso di specie, di aver creato una sorta di «cittadinanza sostanziale» in capo ai ricorrenti, che non trovava riscontro negli ordinamenti interni e svuotava di significato la nozione di cittadinanza da essi assunta quale presupposto per il godimento dei diritti costituzionali. Così il giudice Petitti nell'opinione dissenziente alla sent. *Moustaquim* del 1991, cit.

Resta che, dal punto di vista della dottrina del margine di apprezzamento, a partire dalla sentenza *Boughanemi* del 1997, la Corte, pur continuando ad ammettere in principio una ampia discrezionalità allo Stato in materia di immigrazione, ha esercitato un sindacato più penetrante sui presupposti per l'adozione dei singoli provvedimenti di espulsione.

5. La dottrina delle obbligazioni positive ed il principio di effettività

La formulazione testuale dell'art. 8 avrebbe potuto indurre l'interprete a credere che il diritto al rispetto della vita privata e familiare investisse essenzialmente la dimensione verticale dei rapporti tra individuo e autorità pubblica e che il suo contenuto tipico consistesse in un obbligo negativo di astensione dello Stato dalla sfera privata del singolo, come d'altronde affermato dalla Corte nella prima sentenza in materia, *Régime linguistique belge* del 1968. Se così fosse, la mera inerzia dell'autorità pubblica dovrebbe costituire una condotta sufficiente ad assicurare il rispetto del diritto garantito dalla Convenzione. Le azioni positive dello Stato, infatti, ai sensi del secondo comma dell'art. 8 sono definite "ingerenze" nella sfera giuridica tutelata e sono ammesse soltanto ove sorrette dalle condizioni ivi previste, ossia l'essere predisposte per legge, l'essere volte ad uno dei fini legittimi che il testo espressamente indica, l'essere "necessarie in una società democratica" e dunque proporzionali al fine perseguito.

L'analisi della giurisprudenza ha, invece, mostrato come la Corte ricorra molto spesso al concetto di obbligazione positiva per imporre allo Stato convenuto una condotta o l'adozione di una misura specifica, ciò al fine di garantire il godimento in concreto del diritto reclamato dal ricorrente ai sensi dell'art. 8. L'accertamento della violazione della disposizione deriva, in questi casi, non da un'indebita azione dello Stato, ma da un'omissione, dal mancato adempimento dell'obbligo imposto dalla Convenzione⁹⁹. Si pensi alla sentenza *M.C c. Bulgaria* del 2003, in

Per una recente applicazione dei criteri della sentenza *Boultif: Konstantinov c. Paesi Bassi* del 26 aprile 2007.

⁹⁹ In generale, sulla dottrina delle obbligazioni positive, D. SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. SUDRE, (dir) *L'interprétation de la Convention européenne*, Bruxelles, 1998, 133-174; F. SUDRE, *La «construction» par le juge européenne du droit au respect de la vie privée*, in F. SUDRE (a cura di), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 27-30; O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de*

materia di protezione dell'integrità fisica e psichica o alla sentenza *Goodwin* del 2002 sull'identità sessuale, ma anche al diritto al nome e alla disciplina del ricongiungimento familiare.

In realtà, molti sono i diritti che la Corte ha ricondotto alla sfera della vita privata e familiare per mezzo della tecnica delle obbligazioni positive: la protezione del diritto all'immagine, che impone allo Stato di adottare misure per prevenire la pubblicazione sulla stampa di notizie di carattere privato¹⁰⁰; il diritto alla corrispondenza, che obbliga l'amministrazione carceraria a fornire al detenuto il materiale per scrivere¹⁰¹; la protezione del diritto alla conoscenza delle proprie origini, che impone la creazione di un meccanismo che consenta al ricorrente l'accesso ai dossier redatti dai servizi sociali sulla sua infanzia¹⁰²; la protezione del diritto ad un ambiente salubre, che impone allo Stato di vigilare e adottare misure di prevenzione nei confronti di industrie che realizzino emissioni di sostanze inquinanti¹⁰³.

Il primo riconoscimento dell'esistenza di obbligazioni positive derivanti dalla Convenzione si deve alla sentenza *Airey* del 9 ottobre 1979, sul diritto di accesso ad un tribunale:

«(24) *La Convenzione non ha per fine la protezione di diritti teorici e illusori, ma concreti ed effettivi. [...] (§25) Un ostacolo di fatto può infrangere la Convenzione allo stesso modo di un ostacolo giuridico. Inoltre, l'esecuzione di un'obbligazione assunta in virtù della Convenzione richiede a volte delle misure positive dello Stato; in tali casi, questi non potrebbe limitarsi a restare passivo e non vi è spazio per distinguere tra atti ed omissioni».*

la *Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 55-56.

¹⁰⁰ Sentenza *von Hannover c. Germania* del 24 giugno 2004. Sul diritto alla protezione dell'immagine ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, M. LEVINET, *Le droit au respect de l'image*, in F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 180-192.

¹⁰¹ Sentenza *Cotlet c. Romania* del 3 giugno 2003.

¹⁰² Sentenze *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio 1989; *Mikulic c. Croazia* del 7 febbraio 2002; *Odièvre c. Francia* del 13 febbraio 2003.

¹⁰³ Sentenza *Lopez Ostra c. Spagna* del 9 dicembre 1994; *Guerra c. Italia* del 19 febbraio 1998; *McGinley et Egan c. Regno Unito* del 9 giugno 1998; *Hatton c. Regno Unito* del 2 ottobre 2001; *Hatton n. 2 c. Regno Unito* del 30 novembre 2004. Sul diritto ad un ambiente salubre nella Convenzione europea, J-P. MARGUENAUD, *De l'identité à l'épanouissement: l'environnement sain*, in F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 217-230.

In relazione all'art. 8, la dottrina delle obbligazioni positive viene per la prima volta attivata nelle sentenze *Abdulaziz, Cabales, Balkandali* del 1985, in tema di ricongiungimento familiare, e *Rees* del 1986, in tema di identità sessuale¹⁰⁴.

La motivazione delle pronunce citate individua chiaramente la *ratio* giustificativa di tale dottrina nel principio di effettività. L'esigenza di garantire un godimento concreto ed effettivo del diritto tutelato giustifica l'enunciazione di obblighi di agire in capo allo Stato, in particolare dell'obbligo di porre in essere le condizioni che consentano al singolo il reale esercizio del diritto in astratto garantito dalla Convenzione.

Il principio di effettività costituisce a sua volta un criterio interpretativo costantemente adottato dalla Corte. Il principio trova un preciso referente testuale nel Preambolo della Convenzione, ove si legge: «*Considerato che detta Dichiarazione [la Dichiarazione universale di diritti dell'uomo] mira a garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati*»¹⁰⁵. La Corte, normalmente, non cita il Preambolo allorché rinvia al principio di effettività, ma piuttosto attiva questo principio in connessione diretta con il riconoscimento di un'obbligazione positiva, ovvero allorché ricorre ad un'interpretazione evolutiva. Anticipiamo subito che la funzione del principio di effettività, esattamente come la funzione della dottrina delle obbligazioni positive, consiste nel consentire alla Corte un ampliamento dell'ambito di applicazione della Convenzione, estendendo l'ambito materiale dei diritti espressamente garantiti nel suo catalogo a nuovi diritti non testualmente indicati o individuando una nuova obbligazione inerente al contenuto di un diritto già garantito¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Si riporta un passaggio della sentenza *Rees*: «(35) La Corte ha già evidenziato in alcune occasioni che, anche se l'oggetto essenziale dell'art. 8 consiste nella protezione dell'individuo contro le interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità, possono in aggiunta esservi delle obbligazioni positive inerenti al rispettivo effettivo della vita privata, anche se soggette al margine di apprezzamento dello Stato (si veda, come pronuncia più recente, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* del 28 maggio 1985, serie A n. 94, pp. 33-34, par. 67). Nel presente caso è l'esistenza e l'ampiezza di questa obbligazione "positiva" che deve essere determinata. [...]».

¹⁰⁵ Per una rassegna della giurisprudenza della Corte europea che richiama espressamente il Preambolo della Convenzione, G. CONSO, *Preambolo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 13-21.

¹⁰⁶ P. VAN DIJK E G.J.H.VAN HOOFF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 74-75, in particolare sulla correlazione tra principio di effettività e interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione o del contenuto dei diritti garantiti dalla

A seconda che la fattispecie concreta venga esaminata sotto il profilo dell'ingerenza nel diritto garantito, ai sensi del secondo comma dell'art. 8, o sotto il profilo dell'adempimento di un'obbligazione positiva, ai sensi del primo comma dell'art. 8 e del principio di effettività, la struttura della motivazione delle sentenze della Corte si atteggia diversamente.

Allorché il caso è analizzato ai sensi del secondo comma, la Corte adotta un modello di motivazione standard, i cui successivi passaggi corrispondono alle condizioni elencate nel paragrafo 2 dell'art. 8 perché si abbia legittima ingerenza nel rispetto della vita privata e familiare: la Corte analizza in separati paragrafi se la misura o l'attività statale sia prevista dalla legge, se sia giustificata da una delle finalità indicate nel testo dell'art. 8 e se sia necessaria in una società democratica. Si è visto che la necessità è coniugata dalla Corte secondo sottocriteri, quali la pertinenza della misura al fine e la sua sufficienza, ossia la proporzionalità dell'azione statale al perseguimento del fine. Normalmente il sindacato più incisivo della Corte si situa nel passaggio relativo alla proporzionalità¹⁰⁷.

Allorché, invece, la fattispecie è esaminata sotto il profilo del primo comma, la motivazione non contiene alcuno dei passaggi ora descritti. Il primo comma dell'art. 8, infatti, non contiene dei criteri espressi che indichino quando deve ritenersi sussistere un'obbligazione positiva in capo allo Stato, ma si limita a enunciare il diritto garantito. E' stata, pertanto, la stessa Corte ad elaborare i canoni per valutare se il comportamento dello Stato possa dirsi idoneo a garantire i mezzi minimi necessari al godimento effettivo del diritto. La motivazione è normalmente scandita dai seguenti passaggi: individuazione dell'esistenza e del contenuto dell'obbligazione, esame della condotta statale per valutare se essa possa dirsi esaustiva per l'adempimento dell'obbligazione stessa; in caso contrario, riconoscimento di un'omissione statale e conseguente accertamento della violazione dell'art. 8.

Convenzione e sulla peculiare connessione tra il principio di effettività e il ricorso alle obbligazioni positive.

¹⁰⁷ Per un esame approfondito del criterio della proporzionalità nella giurisprudenza di Strasburgo, M-A. EISSEN, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 65-80.

Come si vede, il procedere dell'argomentazione è notevolmente diverso a seconda che la motivazione sia impostata sulla base del comma 2 o del comma 1 dell'art. 8. Tuttavia, nella sostanza, i metodi interpretativi cui la Corte ricorre sia per esaminare la legittimità dell'ingerenza statale che per valutare la sufficienza dell'azione pubblica nell'adempimento dell'obbligazione positiva sono analoghi. Ritroviamo, infatti, in entrambi i modelli di motivazione la dottrina del margine di apprezzamento, plasmato in funzione della natura del diritto leso, delle circostanze del caso e dell'argomento comparativo. L'analisi della giurisprudenza svolta, pur limitandosi a soltanto alcuni dei filoni giurisprudenziali inerenti all'art. 8, mostra, infatti, come gli argomenti utilizzati dalla Corte siano analoghi, sia che si tratti di obbligazioni positive, sia che si tratti di ingerenza¹⁰⁸.

L'indifferenza della sussunzione della fattispecie in un'obbligazione positiva piuttosto che in un'ingerenza trova conferma ulteriore nella più recente giurisprudenza della Corte, ove si riconosce espressamente che l'attrazione della

¹⁰⁸ Una conferma di questa ricostruzione è data dall'opinione concordante del giudice Wildhaber nella sentenza *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre 1994 in materia di diritto al nome: «*La frontiera tra obbligazioni negative e obbligazioni positive manca tuttavia di nettezza. Nel caso Gaskin, il rifiuto delle autorità britanniche di consentire ad un ex bambino affidato all'assistenza sociale l'accesso totale ai documenti relativi al suo affidamento poteva essere inteso come un'ingerenza negativa, ma il dovere per lo Stato di accordare questo accesso poteva egualmente essere considerato come un'obbligazione positiva. Nel caso Cossey, la ricorrente, una transessuale operata, chiedeva che le si rilasciasse un nuovo certificato di nascita dove figurasse il suo sesso attuale e non il suo sesso di nascita. Il rifiuto del Regno Unito di modificare il suo sistema di registrazione degli atti dello stato civile poteva analizzarsi sia come un'ingerenza negativa nei diritti della ricorrente, sia come il mancato adempimento di un'obbligazione positiva dello Stato di adattare la sua legislazione in modo da tener conto della situazione dell'interessata. Il caso Keegan c. Irlanda riguardava l'affidamento di un bambino a fini di adozione all'insaputa e senza il consenso del padre naturale, misura permessa dalla legislazione irlandese. Questo stato di cose poteva considerarsi un'ingerenza negativa nel diritto del padre al rispetto della vita familiare o un inadempimento dell'Irlanda ad un'obbligazione positiva di conferire un diritto di tutela ai padri naturali. Del pari, nel presente caso Stjerna, il rifiuto delle autorità irlandesi di autorizzare il richiedente ad acquistare liberamente il cognome dei suoi antenati può essere ritenuto un'ingerenza sia negativa che positiva. Secondo me, sarebbe preferibile interpretare la nozione di "ingerenza" in modo che essa possa applicarsi a fatti idonei ad infrangere un'obbligazione imposta allo Stato dal comma 1 dell'art. 8, che sia positiva o negativa. Dal momento in cui un'obbligazione positiva è in causa, la Corte dovrebbe cercare, come nell'ipotesi di un'obbligazione detta negativa, se vi sia stata ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dal comma 1 dell'art. 8, se tale ingerenza fosse "prevista dalla legge", perseguisse delle finalità legittime e fosse "necessaria in una società democratica" ai sensi del comma 2.*

Certo, questa maniera di procedere non porterebbe ad un risultato differente nel caso di specie, né in tutta probabilità nella stragrande maggioranza delle cause di questo genere. Essa avrebbe, nondimeno, il merito di precisare che in sostanza non vi è una dicotomia obbligazioni positive/obbligazioni negative per ciò che concerne il dovere dello Stato di assicurare il rispetto della vita privata e familiare, ma una similitudine evidente tra i principi applicabili».

misura statale nell'una o nell'altra categoria non è determinante, in quanto in entrambi i casi occorre individuare un giusto bilanciamento tra il diritto del singolo e l'interesse generale¹⁰⁹.

Ci siamo chiesti da che cosa dipenda la scelta della Corte di esaminare la fattispecie sotto il profilo dell'ingerenza o dell'obbligazione positiva. Si poteva immaginare che la ricostruzione in diritto dipendesse dall'atteggiarsi della fattispecie concreta: se il ricorrente contesta una condotta attiva, il giudizio avrà ad oggetto l'ingerenza; se il ricorrente lamenta l'inerzia dello Stato, la Corte adotta il primo comma quale parametro della condotta omissiva. In realtà, soltanto alcune delle motivazioni esaminate corrispondono a questo schema.

Nelle sentenze sulla repressione penale degli atti sessuali tra omosessuali, è chiaro che la legislazione statale contestata realizzava un'ingerenza e che la motivazione dovesse atteggiarsi conformemente al secondo comma dell'art. 8. I casi relativi ai transessuali furono esaminati dalla Corte sotto il profilo delle obbligazioni positive proprio in ragione della conformazione del fatto, poiché, si disse, il mero rifiuto dello Stato di modificare il registro degli atti dello stato civile non può costituire un'ingerenza e ciò che il ricorrente in realtà esige è un'azione positiva dello Stato¹¹⁰.

Se si disponesse questa giurisprudenza su di una linea retta e si ordinassero le decisioni a seconda della qualificazione giuridica della fattispecie, gli esempi citati andrebbero posti agli estremi, poiché in essi il parametro è in qualche modo indotto proprio dalla "forma" della fattispecie: per la contestazione di una

¹⁰⁹ Si veda per esempio la sentenza *Kostantinov c. Paesi Bassi* del 24 settembre 2007: «*The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, no. 60665/00, § 42, 1 December 2005). As the applicable principles are similar, the Court does not find it necessary to determine whether in the present case the impugned decisions, namely the refusal to grant the applicant – who has never lawfully resided in the Netherlands – a residence permit and to declare her an undesirable alien, constitutes an interference with her exercise of the right to respect for her family life or is to be seen as one involving an allegation of failure on the part of the respondent State to comply with a positive obligation*» (§46-47).

¹¹⁰ Sentenza *Rees* del 17 ottobre 1996.

condotta omissiva, la norma di riferimento è il primo comma dell'art. 8, per la contestazione di una condotta attiva, il parametro è costituito dai criteri del secondo comma.

Si rinvencono, tuttavia, numerosi casi che definiremmo intermedi, poiché la scelta del profilo di diritto non appare così nitidamente collegata alla conformazione del caso concreto. Il comportamento dello Stato, infatti, potrebbe essere qualificato in astratto sia come omissione che come azione. In effetti, la qualificazione di una condotta come attiva o come omissiva dipende dalle variabili che si prendono in considerazione, specie quando oggetto del giudizio è un'attività pubblica che si esplica attraverso un procedimento composto da diverse fasi e si conclude comunque con un provvedimento, sia esso di accoglimento o di rigetto.

Un esempio tipico di queste ipotesi è dato dai casi di ricongiungimento familiare. Gli stranieri ricorrenti, già ospiti sul territorio di uno Stato, impugnano il provvedimento di rigetto della domanda di ammissione dei propri familiari. Tale provvedimento potrebbe essere descritto in termini di omissione, se si rileva che le autorità pubbliche non hanno concesso la misura che avrebbe consentito il godimento effettivo della vita familiare dei ricorrenti, ma allo stesso tempo potrebbe configurare un'ingerenza, in quanto lo Stato ha interferito sulla vita familiare preesistente fondata sul legame matrimoniale o sul rapporto di filiazione. In conclusione, i casi sul ricongiungimento familiare rivelano che non è possibile una netta distinzione in fatto tra una condotta attiva e una condotta omissiva delle pubblica autorità. La qualificazione in diritto della fattispecie concreta dipende in gran parte da una scelta discrezionale della Corte.

Dalle sentenze sul ricongiungimento familiare citate si potrebbe dedurre che la Corte privilegia la dottrina delle obbligazioni positive quando intende riconoscere un ampio margine di apprezzamento allo Stato. Ciò a motivo che, mentre l'obbligazione positiva deve essere provata nella sua esistenza, prima ancora che nel suo contenuto, l'ingerenza si presume sempre illegittima ed è lo Stato a dover fornire elementi di prova che dimostrino la sua conformità alla Convenzione.

In realtà, l'esame complessivo della giurisprudenza dimostra che non c'è alcuna corrispondenza biunivoca tra dottrina delle obbligazioni positive e ampiezza del

marginale di apprezzamento¹¹¹. Basti pensare ai casi relativi alla violenza sessuale, ove la Corte imposta la motivazione sotto il profilo dell'obbligazione positiva di garantire il rispetto effettivo dell'integrità fisica e psichica, per poi riconoscere che lo Stato gode in materia di una discrezionalità pressoché nulla e che, anzi, è tenuto a modificare la propria giurisprudenza in modo da escludere che per l'accertamento del reato sia richiesta la resistenza della vittima.

In conclusione, ad uno sguardo d'insieme, il margine di apprezzamento si atteggia secondo dinamiche che non attengono alla ricostruzione della fattispecie alla luce del primo piuttosto che del secondo comma dell'art. 8. Le variabili che lo influenzano rimangono in entrambi i casi quelle fissate dalla sentenza *Rasmussen*, ossia la natura del diritto leso, le circostanze del caso di specie, il contesto culturale e sociale e l'esistenza di un denominatore comune tra le legislazioni e prassi degli Stati membri.

6. Considerazioni conclusive sulla dottrina del margine di apprezzamento

E' opportuno ora tirare le fila della giurisprudenza analizzata traendo da essa alcune considerazioni generali sulla dottrina del margine di apprezzamento.

Innanzitutto, ci siamo chiesti a quale livello della definizione di ciascuno dei diritti attivati come parametro la Corte riconosca spazio alla discrezionalità dello Stato, dunque ammetta che ciascuno Stato è abilitato a dare una propria regolamentazione, distinta dagli altri Contraenti, nell'attuazione della Convenzione.

¹¹¹ Lo confermano le opinioni dissenzienti dei giudici Martens e Russo nel caso *Gul*: essi sostengono che la distinzione tra obbligazioni positive e negative derivanti dall'art. 8 è meramente semantica, poiché il rifiuto delle autorità svizzere di ammettere sul proprio territorio il figlio minore del ricorrente può essere letto «*come un atto da cui esse avrebbero dovuto astenersi, ma si potrebbe anche sostenere che deve essere considerato come un'omissione di compiere un atto che loro incombeva*». Inoltre, continua l'opinione, la dottrina espressa dalla Corte nella decisione *Abdulaziz* si sarebbe evoluta: se inizialmente si poteva pensare che il margine d'apprezzamento dello Stato fosse più ampio in caso di obbligazione positiva, poiché lo Stato avrebbe potuto discutere dell'esistenza stessa dell'obbligazione prima ancora che della sua entità, mentre in presenza di un'obbligazione negativa, sempre esistente, si trattava se mai di giustificare l'ingerenza, in seguito, i principi applicabili alle due ipotesi sarebbero divenuti analoghi e la differenza di trattamento si sarebbe progressivamente affievolita, cosicché secondo i giudici non vi è alcuna differenza sostanziale tra le due ricostruzioni e la loro configurazione nell'uno e nell'altro modo: «*non riveste importanza né per ciò che attiene all'onere della prova, né per ciò che riguarda i criteri che consentono di valutare se è stato raggiunto un giusto equilibrio*» tra gli interessi in gioco.

Ciascuno dei diritti che compongono il parametro di cui all'art. 8 potrebbe essere strutturato secondo una scala immaginaria composta di quattro gradini: sul primo, si situa l'esistenza stessa del diritto come componente della "vita privata" o della "vita familiare"; sul secondo gradino si collocano le obbligazioni che ricadono sugli Stati per dare attuazione alla sostanza di questo diritto, dunque il suo contenuto tipico ed essenziale; sul terzo gradino poniamo le misure in concreto adottate per dare attuazione alle obbligazioni che realizzano il contenuto diritto, così come definito nei gradini precedenti; sull'ultimo scalino, infine, si colloca la concreta messa in opera e la funzionalità delle misure nazionali di attuazione.

A mio parere, le sentenze che abbiamo analizzato mostrano che la Corte di Strasburgo attiva la dottrina del margine di apprezzamento di volta in volta su uno diverso di questi gradini, tranne che sul primo, quello attinente all'esistenza del diritto stesso. Si è visto che sia in materia di integrità fisica e psichica, di identità sessuale, di orientamento sessuale, in materia di diritto al nome e nei casi di ricongiungimento familiare ed espulsione, la Corte non giustifica mai l'identificazione di un nuovo profilo rilevante ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, dunque l'attivazione in funzione di parametro di un nuovo e peculiare profilo della vita privata o della vita familiare.

Parte della dottrina, con accento critico sulla scarsa chiarezza attraverso cui la Corte elabora il parametro convenzionale, sostiene che l'interpretazione posta in essere dalla Corte, più che evolutiva, debba essere qualificata come "costruttiva": la Corte, infatti, giunge alla qualificazione di un nuovo profilo inerente alla vita privata e familiare, dunque al riconoscimento di un nuovo diritto in seno al catalogo convenzionale, non attraverso la ricezione dell'evoluzione delle legislazioni e prassi degli Stati membri o di un mutamento dei costumi sociali, bensì attraverso una propria interpretazione ricostruttiva del parametro del tutto autonoma e scissa da ogni collegamento con il contesto normativo e sociale degli ordinamenti nazionali¹¹². A nostro parere, pare non possa contestarsi che

¹¹² In particolare, F. SUDRE, *A' propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *JCP, La Semaine Juridique*, n. 28, 11 luglio 2001, 1365-1368: «La Corte europea attiva delle tecniche interpretative che si appoggiano «essenzialmente sullo sviluppo logico di un concetto, di un diritto o di un principio fondamentale, che è lasciato alla discrezionalità del giudice», adottando un'espressione utilizzata da P. ROLLAND, *Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme*, in D. ROUSSEAU E F. SUDRE (a cura

l'esistenza stessa dei numerosi diritti che costellano la tutela della vita privata e familiare sia il frutto essenzialmente della sola deduzione logico-sistematica della Corte, per di più non argomentata in alcun modo.

La "ricettività" della Corte verso istanze provenienti da ordinamenti nazionali si colloca piuttosto nei gradini inferiori della scala immaginaria di cui si diceva. E lì che la dottrina del margine di apprezzamento gioca un ruolo preciso: delinea qual è la linea di confine che separa il contenuto del diritto che deve imporsi uniformemente agli Stati membri, in quanto implicito nel parametro convenzionale, dai contenuti eventuali o dalle misure di attuazione dei contenuti obbligatori che sono lasciati alla libertà degli Stati e che essi possono modellare a misura del proprio ordinamento interno.

Se si osservano i precedenti citati, possiamo provare a collocare il margine di apprezzamento sui gradini della nostra scala. Allorché viene in rilievo l'integrità psicofisica, non solo l'esistenza – primo gradino - ma anche il contenuto essenziale del diritto – secondo gradino - sono definiti direttamente dalla Convenzione, o meglio dalla Corte nella sua interpretazione della Convenzione. Ne deriva una precisa obbligazione per gli Stati in punto di attuazione del diritto – terzo gradino – ossia l'obbligo di dotarsi di una legislazione penale che reprima in modo effettivo i reati di violenza sessuale. Il margine di apprezzamento, pertanto, resta arginato nel quarto gradino, ossia nelle modalità in cui in concreto operano le garanzie richieste e nella loro funzionalità. Laddove lo Stato già possiede una legislazione penale efficace ed è posto in dubbio l'operato degli organi inquirenti o dei servizi sociali, la Corte si limita ad un sindacato esterno sulla adeguatezza delle operazioni compiute a livello nazionale.

In materia di protezione della vita sessuale, per esempio dei soggetti omosessuali, il margine di apprezzamento si colloca a livelli diversi a seconda dei singoli casi di specie e dell'epoca in cui la Corte si è pronunciata: inizialmente, pur riconoscendo che il diritto al rispetto della vita sessuale rientra nell'alveo dell'art.

di), *Conseil constitutionnel e Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1990, 71. La stessa posizione è sostenuta da M-T MEULDERS-KLEIN, *L'irresistible ascension de la "vie privée" des droits de l'homme*, in F. SUDRE (a cura di), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 330-331, ove si rileva che i riferimenti continui della Corte alla Convenzione come strumento vivente e ai costumi e alle tendenze sociali sembrano nascondere, invece, scelte discrezionali della Corte, la cui interpretazione è fondata essenzialmente su apprezzamenti di tipo soggettivo.

8, la Commissione riteneva che una legislazione penale repressiva delle relazioni omosessuali tra adulti consenzienti fosse compatibile con il diritto invocato; gli Stati vedevano riconoscersi, pertanto, una discrezionalità tale da inficiare lo stesso contenuto minimo del diritto al rispetto delle proprie scelte sessuali – secondo livello della nostra scala. La giurisprudenza della Corte si è poi evoluta, ritenendo inaccettabile una siffatta compressione della vita privata e costringendo gli Stati ad eliminare le corrispondenti norme penali, cosicché un margine discrezionale residuava soltanto in punto di tutela dei minorenni. Ma anche quest'ultima opzione è venuta meno nella più recente giurisprudenza.

Nelle ipotesi di licenziamento dalle forze armate motivato dal solo orientamento sessuale, anche qui la Corte finisce per affermare che non esiste margine discrezionale per le autorità pubbliche che possa giustificare un'incidenza sul contenuto essenziale del diritto. Anzi, la Corte suggerisce allo Stato precise misure nazionali di attuazione per porre rimedio alla violazione: è possibile secondo la Corte prevenire le presunte interferenze dell'orientamento sessuale sull'affiatamento e sulla capacità di attacco dell'esercito per mezzo di modalità meno lesive del diritto al rispetto della propria vita sessuale, per esempio adottando un codice di comportamento *ad hoc*. In tal modo la Corte giunge ad interferire nel terzo livello della scala immaginaria, quello delle misure nazionali di attuazione del diritto garantito dalla Convenzione.

Un margine ampio parrebbe restare, invece, allo Stato in materia di adozione da parte di persona omosessuale. L'art. 8 inteso come vita privata non implica di per sé un diritto all'adozione – primo livello sull'esistenza del diritto; inteso come vita familiare, non comprende l'aspirazione a formare una famiglia – ancora primo livello. Si è visto però, nella recente sentenza *E. B. c. Francia* del 22 gennaio 2008, che l'art. 14 impone agli Stati che abbiano liberamente consentito l'adozione da parte di soggetti *single* di garantire l'attuazione di quel diritto nel rispetto del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.

In maniera simile, nelle prime sentenze sulla tutela dell'identità sessuale dei transessuali sembrava che la Corte riconoscesse allo Stato una discrezionalità sì ampia, da coinvolgere l'esistenza stessa del diritto a dare rilevanza giuridica esterna alla propria identità derivante dal mutamento di sesso. Ma si trattava di

un'apparenza. La sentenza contro la Francia chiarì che se il margine dello Stato è ampio nel selezionare i settori del vivere comune in cui tale rilevanza deve trovare un qualche riconoscimento, una pur minima tutela in punto di documenti di identità doveva essere riconosciuta, sicché poteva dirsi che anche in questo settore materiale l'esistenza del diritto – primo livello – e l'obbligo di consentirne un minimo godimento – secondo livello – erano direttamente imposti dalla Convenzione. Con la sentenza *Goodwin*, il margine si è ancor più assottigliato, poiché ora il pieno riconoscimento giuridico dell'identità sessuale è imposto dalla Corte in ogni sfera del vivere civile: il contenuto essenziale del diritto è ora del tutto sganciato da una valutazione discrezionale statale; restano allo Stato le modalità di attuazione.

Questa sorta di puzzle ci aiuta a comprendere che la dottrina del margine non è attivata dalla Corte secondo modalità identiche e ad un medesimo livello dell'applicazione del diritto garantito, ma la sua incidenza sulla fattispecie e dunque la sua ampiezza è fatta veramente dipendere dalla serie di variabili di cui si è detto, la natura del diritto leso, le circostanze del caso di specie, il contesto sociale e culturale, le legislazioni nazionali. La sua incidenza e la sua ampiezza sono così modulate diversamente in relazione allo specifico parametro invocato ed anzi, anche all'interno del medesimo filone giurisprudenziale, esso si atteggia con un'intensità diversa a seconda dell'evolversi dei fattori culturali e sociali.

Resta da chiarire quali siano in definitiva gli effetti della dottrina del margine di apprezzamento. Non mi pare rispondente al vero l'affermazione per cui ciò che rientra nel margine di apprezzamento statale non è soggetto al giudizio della Corte, mentre solo al di fuori di tale margine la Corte potrebbe valutare le misure statali¹¹³. In quest'ottica, la dottrina del margine sarebbe in definitiva una dottrina

¹¹³ F. DONATI E P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, Atti del seminario svoltosi a Capannello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003, 111, secondo cui: «ciò che rientra nel margine di apprezzamento statale, in altre parole, non è oggetto del giudizio della Corte, mentre al di fuori di tale margine la Corte può valutare le misure statali, secondo il parametro stabilito dalle norme della CEDU, ed attraverso i canoni interpretativi –tipici della funzione giurisdizionale- che essa ha autonomamente elaborato nell'applicazione della Convenzione stessa». Ancora: «L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, infatti, appare come un meccanismo che limita l'operato della Corte, preservando dal suo giudizio alcuni aspetti dell'attività degli Stati che si

sull'ambito di applicazione della Convenzione e, di conseguenza, sulla competenza della Corte. In realtà, se è vero che, in termini di politica giudiziaria, la dottrina del margine è sicuramente espressione di un certo *self restraint* della Corte nei confronti di questioni ritenute particolarmente delicate, non può da questo dedursi che attraverso il margine la Corte delimiti ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dalla Convenzione e men che meno dal suo controllo.

Si è già detto che la dottrina del margine di apprezzamento non è utilizzata dalla Corte per definire il catalogo dei diritti contenuti nella Convenzione e che tale definizione è operata secondo un'interpretazione logico-sistematica, dunque per interferenza del nuovo diritto riconosciuto con una posizione sostanziale già tutelata. Analizzando la giurisprudenza emerge, inoltre, che, da un punto di vista logico, la quantificazione dell'ampiezza della discrezionalità statale è determinata dalla Corte soltanto dopo aver esaminato tutti gli elementi del caso di specie, siano essi le circostanze di fatto, le norme nazionali di riferimento o le sentenze nazionali intervenute. La Corte, pertanto, sposta il confine del margine non per mezzo di un giudizio *a priori* di astratta corrispondenza tra la materia oggetto di giudizio e i limiti materiali di applicazione della Convenzione. Tutto all'opposto, l'ampiezza della discrezionalità statale è determinata *a posteriori* dopo l'esame di ogni singola risultanza del caso; sicché le opzioni nazionali di volta in volta giustificate in nome della discrezionalità dello Stato sono, in realtà, passate al vaglio della Corte e sottoposte al suo controllo¹¹⁴. Non per niente costituisce

ritiene di dover escludere dalla verifica giurisdizionale sopranazionale in quanto particolarmente intrisi di valutazioni politiche (necessariamente nazionali) o comunque strettamente connessi a profili attinenti la valutazione di valori delicati ed essenziali per la vita degli Stati».

¹¹⁴ Sul punto, con estrema chiarezza, P. VAN DIJK E G.J.H. VAN HOOF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 92: «La Corte ha spesso statuito che il margine di apprezzamento va di pari passo con la supervisione europea; ciò significa che sta alla Corte e alla Commissione in ogni caso determinare se un certo margine debba essere lasciato e, se è così, quanto ampio debba essere. Ogni libertà lasciata agli Stati Contraenti in nome della dottrina del margine di apprezzamento è residuale e provvisoria, perché è il risultato della decisione della Corte in ciascun caso su quanto stretto debba essere il suo controllo, e soggetto ai futuri giudizi della Corte. La Corte ha duramente rigettato argomenti secondo cui gli effetti della dottrina del margine di apprezzamento consisterebbero nel porre certe materie fuori dall'ambito del suo controllo».

Si veda anche F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention*, in F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 36, secondo cui il margine di apprezzamento: «è semplicemente l'espressione di una certa prudenza (*judicial self restraint*), di una saggia auto-limitazione, di cui gli organi della Convenzione fanno prova nell'esercizio delle loro funzioni».

affermazione costante nella giurisprudenza che, anche ove un margine è riconosciuto, il controllo ultimo sulle misure statali adottate spetta comunque alla Corte, nel suo ruolo di garante dell'interpretazione e della effettiva applicazione della Convenzione.

L'esempio più chiaro di sindacato sui singoli provvedimenti nazionali pur in presenza di un ampio margine di apprezzamento è dato dalla giurisprudenza sull'espulsione dello straniero.

Qual è dunque il significato ultimo di questa dottrina? Non ha molto senso, a mio parere, esprimere un giudizio sulla opportunità in sé di questa tecnica. Essa appare connaturata alla stessa struttura del meccanismo di tutela creato in seno al Consiglio d'Europa, che è un meccanismo di tipo internazionale¹¹⁵. In principio, essa consente alla Corte di fare della Convenzione uno strumento flessibile pronto ad applicarsi ai più diversi contesti normativi e culturali e, nello stesso tempo, idoneo a garantire comunque un'uniformità minima, nel complesso tutt'altro che residuale, nella applicazione dei diritti garantiti dalla Convenzione. La dottrina del margine può sottintendere, inoltre, un'opzione valoriale, la convinzione che una tutela effettiva dei diritti dell'uomo possa raggiungersi senza sacrificare in un generale appiattimento le esperienze locali, ma anzi consentendo la coesistenza di un pluralismo di contesti sociali e di tradizioni culturali quale quello che esiste oggi nello spazio europeo¹¹⁶.

Piuttosto, andrà valutato di volta in volta l'uso che la Corte di Strasburgo fa di questa tecnica, la più o meno chiara descrizione delle variabili che ne determinano la conformazione nel singolo caso. In questo senso, ha forse ragione quella dottrina che auspica una maggiore chiarezza argomentativa nel ricorso alla

La stessa opinione è espressa da R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internazionale*, 1991, fasc. 3, 606, il quale giudica non più attuale lo studio sul margine di apprezzamento effettuato da Morisson nel 1973 e che spiegava il margine come una forma di *self restraint* della Corte volta ad evitare che gli Stati recedessero dalla Convenzione.

¹¹⁵ R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, fasc. 3, 611, insiste sulla intrinseca correlazione tra dottrina del margine e meccanismo internazionale di tutela dei diritti, valorizzando il fatto che le disposizioni di ogni trattato internazionale, per loro stessa natura, necessitano di essere eterointegrate al momento della loro applicazione con nozioni ed istituti che provengono dagli ordinamenti nazionali.

¹¹⁶ F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention*, in F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 31.

dottrina del margine di apprezzamento, in nome della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni della Corte¹¹⁷.

7. Cenni all'utilizzo dell'argomento comparativo

Si è dimostrato nel paragrafo precedente che il margine di apprezzamento non incide sulla esistenza di un diritto quale profilo del rispetto della vita privata e familiare, bensì sul contenuto di tale diritto, ovvero sulle obbligazioni che ricadono sugli Stati per la sua implementazione. Si è detto, altresì, che i criteri che determinano l'ampiezza del margine sono identificabili nella natura del diritto leso, nelle circostanze del caso, nel contesto locale ed anche nello stato delle legislazioni e prassi degli Stati membri in materia¹¹⁸. L'assetto delle legislazioni e prassi gioca, quindi, un ruolo nelle motivazioni della Corte ad uno stadio logicamente successivo rispetto a quello dell'identificazione del diritto quale nuova componente dell'art. 8, contribuendo a definirne il suo contenuto minimo, dunque l'intensità del vincolo che ai sensi della Convenzione ricade sulle autorità nazionali. Può affermarsi che da un lato le tradizioni nazionali, per usare un'espressione sintetica, costituiscono uno dei fattori di "costruzione" del significato della Convenzione, in un movimento ascendente; dall'altro, che il significato del parametro convenzionale, identificato per il tramite

¹¹⁷ P. VAN DIJK E G.J.H. VAN HOOF, *Theory and practise*, cit. 93.

¹¹⁸ Per una recente ricognizione della Corte sul rapporto esistente tra margine di apprezzamento e legislazioni e prassi degli Stati membri, si veda la sentenza *Dickson c. Regno Unito* del 4 dicembre 2007, in materia di diritto di un detenuto ad accedere all'inseminazione artificiale, di cui si riporta un passaggio: «*Il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge d'appréciation est donc laissée en principe aux Etats dans ce cadre. L'ampleur de cette marge varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la nature des activités en jeu et des buts des restrictions (Smith et Grady c. Royaume-Uni, nos 33985/96 et 33986/96, § 88, CEDH 1999-VI). Dès lors, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions ou implique des choix complexes de stratégie sociale, la marge d'appréciation est plus large. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un «fondement manifestement déraisonnable» La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (Evans, précité, § 77)» (§77-78).*

dell'interpretazione della Corte, si impone agli Stati membri, in un movimento discendente¹¹⁹. Allorché, infatti, la Corte rileva una concordanza tra le legislazioni e prassi degli Stati membri, ciò le consente di enucleare una nuova obbligazione che viene assorbita nell'art. 8 della Convenzione, diventando per ciò stesso vincolante per gli Stati. Tale procedimento è stato definito dalla dottrina come dell'interpretazione «consensuale»¹²⁰.

Ciò su cui si vuole porre l'attenzione è la qualità dei materiali da cui la Corte trae la cosiddetta interpretazione consensuale¹²¹.

Sin dalle sentenze degli anni sessanta – settanta, il materiale utilizzato per l'interpretazione consensuale era costituito, come detto, dalle legislazioni e prassi degli Stati membri, ove per prassi si intendono atti amministrativi, circolari ministeriali, pronunce giudiziali. Accanto ad esse, la Corte valorizzava talvolta altre Convenzioni internazionali, o le Raccomandazioni adottate in seno al Consiglio d'Europa¹²². In recenti sentenze che si sono analizzate, invece, la Corte amplia questi materiali, arricchendoli con riferimenti a sentenze di Corti supreme straniere quali la Corte suprema del Canada o la Corte suprema australiana¹²³. La

¹¹⁹ Sull'utilizzo di precedenti giudiziari e di dati comparatistici tratti da ordinamenti diversi da quello di riferimento quale strumento funzionale alla ricerca di significati nuovi da attribuire al testo normativo per rispondere a nuove domande sociali, S. BARTOLE, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2007, 229-244, spec. 233.

¹²⁰ F. SUDRE, *La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in ID (dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 11-59, spec. 16 e 32, 49 ss; F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (dir) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 30.

¹²¹ Si veda, per un studio approfondito sul tema, la tesi di dottorato di G. REPETTO, *L'argomento comparativo nella giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo*, Dottorato di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale, XVIII ciclo, Università La Sapienza di Roma. In riferimento al ricorso all'analisi comparata nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, G. BUONUOMO, *Il diritto straniero e la Corte suprema statunitense*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 281 ss.

¹²² Sentenza *Marcks* del 13 giugno 1979, in *Riv. dir. internazionale*, 1980, 233, con nota di M. R. SAULLE, *Filiazione naturale e diritti umani*, *ivi*, 1980, 35.

¹²³ Si vedano per esempio le sentenze *M. C. c. Bulgaria* del 2003, in cui accanto alla ricognizione delle disposizioni legislative in materia di violenza sessuale di alcuni Stati membri del Consiglio D'Europa (Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Slovenia) e al riferimento ad alcuni passaggi della Raccomandazione Rec(2005) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla protezione delle donne contro la violenza e della Raccomandazione generale n. 19 del 29 gennaio 2002 del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, la Corte riferisce anche della prassi applicativa delle disposizioni penali in materia di violenza sessuale negli Stati Uniti, in Canada, in Australia e in Sud Africa; *Goodwin* del 11 luglio 2002, a proposito del riconoscimento

prassi giudiziaria di Stati che pure non sono membri del Consiglio d'Europa è indice di una «*tendenza*» delle società moderne, per riprendere le parole della Corte¹²⁴.

La dottrina ha individuato due tipologie di argomento comparativo, a seconda della giustificazione posta alla base dell'analisi comparata¹²⁵. Si hanno casi in cui l'argomento comparativo è sorretto da una precisa giustificazione giuridica, identificata nell'integrazione tra ordinamenti o sistemi di riferimento¹²⁶. In altre ipotesi, invece, l'argomento comparativo non trova la sua ragion d'essere in alcun rapporto tra ordinamenti o sistemi di riferimento e la sua utilizzazione è guidata da motivazioni di ordine culturale. In tal senso, l'argomento comparativo riflette l'opinione per la quale gli orientamenti in materia di diritti umani risentono di processi di assimilazione che trascendono i confini nazionali e i singoli ordinamenti di riferimento¹²⁷.

Ora, l'argomento comparativo utilizzato dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza più tradizionale risponde alla prima delle due tipologie descritte. Esso trova, infatti, la sua giustificazione giuridica nel legame tra sistema convenzionale e Stati membri. Tale legame è espresso dal Preambolo della Convenzione, in cui gli Stati riaffermano una «*concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo*», nonché l'esistenza di «*un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto*», e dall'art. 1 della Convenzione, che recita: «*Le Alte parti contraenti riconoscono*

dell'identità sessuale dei transessuali, in cui la Corte accenna alla prassi giudiziaria di alcuni tribunali dell'Australia e della Nuova Zelanda, che avrebbero abbandonato il criterio cromosomico per la determinazione del sesso; *Pretty* del 29 aprile 2002, sul suicidio assistito, in cui la Corte cita la Raccomandazione 1418(1999) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, ma anche il caso *Rodriguez c. Procuratore generale del Canada* deciso dalla Corte suprema del Canada, di cui sono riportati i passaggi salienti della motivazione

¹²⁴ «*Per la Corte non ha tanta importanza l'assenza di elementi che indichino un consenso europeo relativamente al modo in cui risolvere i problemi giuridici e pratici – del riconoscimento dell'identità sessuale – quanta l'esistenza di elementi chiari e incontestabili che dimostrano una tendenza internazionale continua non soltanto verso un'accettazione sociale crescente dei transessuali, ma anche verso il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati*» (§85 della sentenza *Goodwin*).

¹²⁵ S. BARTOLE, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2007, 233 ss.

¹²⁶ E' questo il caso dell'uso del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni da parte della Corte di Giustizia, come affermato da S. BARTOLE, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2007, 234.

¹²⁷ S. BARTOLE, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2007, 238.

ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». Vero è che il sistema di protezione dei diritti istituito in seno al Consiglio d'Europa nasce con le caratteristiche di un ordinamento internazionale e non è assimilabile, quanto al grado di integrazione e compenetrazione, all'ordinamento comunitario. Tuttavia, il sistema convenzionale istituisce egualmente una modalità giuridica di legame tra gli organi della Convenzione e gli Stati, tale per cui il sistema convenzionale e l'ordinamento nazionale possono dirsi in qualche modo integrati. Lo si desume dalla stessa sussidiarietà della tutela convenzionale, che presuppone che siano innanzitutto le autorità nazionali a dare attuazione ai diritti della Convenzione; dalla previsione di un accesso diretto degli individui alla tutela giurisdizionale; dalla diretta applicabilità dei principi enunciati dalla Corte di Strasburgo da parte dei giudici interni, in quanto le sentenze della Corte hanno valenza di precedente interpretativo che integra il parametro scritto di cui alle singole disposizioni convenzionali¹²⁸. L'argomento comparativo consistente nel ricorso a legislazioni e prassi degli Stati membri trova perciò una precisa giustificazione giuridica nella struttura del sistema convenzionale di protezione dei diritti costituito dalla Convenzione europea.

Quando la Corte, invece, richiama precedenti delle Corti supreme di altri Stati estranei al Consiglio d'Europa, utilizza il secondo tipo di argomento comparativo. Non esiste, infatti, alcun vincolo giuridico che leghi quei precedenti né al sistema della Convenzione, né ai singoli Stati che ne sono parte. La Corte ricava da quei precedenti una «tendenza» internazionale, come essa stessa ha affermato. L'argomento comparativo è così funzionale ad attestare l'esistenza di una temperie culturale.

E' mio parere che si inserisca in questa tipologia di argomento comparativo anche il richiamo operato dalla Corte nella sentenza *Goodwin* del 2002 alla Carta dei diritti dell'Unione Europea. La Carta non è citata in ragione in una particolare forza che le deriva dall'essere stata adottata dalle istituzioni comunitaria, né alla luce di un particolare legame tra le sue disposizioni e la Convenzione europea.

¹²⁸ Si veda J. POLAKIEWICZ, V. JACOB – FOLTZER, *The European Human Rights Convention in Domestic Law. The impact of Strasbourg case-law in States where direct effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, n. 3/1991, 65ss.

Essa è semplicemente accostata ad altri materiali di diritto nazionale e internazionale da cui la Corte desume una mutata concezione dell'istituto del matrimonio. Anche in questo caso è evidente la valorizzazione di una temperie culturale indice di un'evoluzione sociale, più che un reale progresso dei diritti nazionali.

La modificazione della struttura dell'argomento comparativo nella più recente giurisprudenza, tuttavia, non ha comportato, a mio parere, un mutamento della sua incidenza nello schema decisorio adottato dalla Corte. Il suo utilizzo quale espressione di una temperie culturale può di volta in volta trovare una diversa giustificazione. Nella sentenza *M. C. c. Bulgaria* del 2003, è probabile che esso abbia contribuito a legittimare e rendere accettabile per le autorità bulgare la nozione di violenza sessuale come mera assenza di consenso indipendente dall'uso della forza fisica, attestando l'esistenza di un consenso internazionale in materia. Nella sentenza *Pretty* del 2002, il riferimento ai precedenti della Corte suprema canadese è servito alla Corte quale esempio di bilanciamento degli interessi in una analoga ipotesi di suicidio assistito, fungendo da orientamento per la soluzione di una fattispecie che toccava i delicati temi della bioetica.

In generale, tuttavia, non sembra di potersi affermare che il ricorso a referenti comparativi esterni al sistema convenzionale abbia comportato una maggiore "libertà" della Corte nella definizione del parametro. Lo spazio di determinazione discrezionale nelle mani della Corte sembra essere rimasto il medesimo. Ciò che si perde, probabilmente, è una più precisa percezione per i ricorrenti e per gli Stati dello stadio di sviluppo delle legislazioni nazionali in relazione ad un determinato diritto, al fine di monitorare la possibile evoluzione della giurisprudenza convenzionale.

CAPITOLO II

IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 1.1 LE SENTENZE *STAUDE* E *NATIONAL PANASONIC*: IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA ALL'ORIGINE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTI; 2. IL DIRITTO AL NOME AVANTI ALLA CORTE DI LUSSEMBURGO; 2.1. IL DIRITTO AL NOME COME MERO RIFLESSO DI UNA LIBERTÀ ECONOMICA; 2.2 IL DIRITTO AL NOME COME COMPONENTE AUTONOMA DELLA CITTADINANZA EUROPEA; 3. IL TRATTAMENTO DEI TRANSESSUALI AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA; 3.1. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO IN RAGIONE DEL CAMBIAMENTO DI SESSO; 3.2. LA SENTENZA *K.B.*, OVVERO DEL DIRITTO DEI TRANSESSUALI DI SPOSARSI; 3.3. *SARAH MARGARETH RICHARDS*, OVVERO DEL CONFINE TRA COMPETENZE COMUNITARIE E COMPETENZE NAZIONALI IN MATERIA DI ETÀ PENSIONABILE DI UN SOGGETTO TRANSESSUALE; 3.4. PRIME CONCLUSIONI SULL'INCIDENZA DEL PARAMETRO CONVENZIONALE NELLE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI TRATTAMENTO DEI TRANSESSUALI; 4. LA TUTELA DEGLI OMOSESSUALI AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA; 4.1. LA SENTENZA *GRANT*, O DOVE L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEL PARAMETRO COMUNITARIO ALLA LUCE DEI DIRITTI FONDAMENTALI SI FERMA; 4.2 LA SENTENZA *D. E REGNO DI SVEZIA CONTRO CONSIGLIO* DEL 2001; 4.3. LA COSTRUZIONE DEL PARAMETRO COMUNITARIO ALLA LUCE DELLE LEGISLAZIONI E PRASSI DEGLI STATI MEMBRI; 5. LA DISCIPLINA DEL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE DI CITTADINI COMUNITARI AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA; 5.1 IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO; 5.2 ALLE ORIGINI DEL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA FAMILIARE DEL LAVORATORE MIGRANTE: LA SENTENZA *COMMISSIONE C. REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA* DEL 1989; 5.3 LA SENTENZA *MORSON E JHANJAN* DEL 1982 O DI UNA FATTISPECIE PURAMENTE INTERNA IN MATERIA DI INGRESSO E SOGGIORNO NEL TERRITORIO DI UNO STATO MEMBRO; 5.4 LE SENTENZE *SINGH* E *CARPENTER*, OVVERO DOVE IL DIRITTO COMUNITARIO SI ESTENDE A SITUAZIONI CHE SAREBBERO POTUTE APPARIRE PURAMENTE INTERNE; 5.5 LA SENTENZA *AKRICH*, O DOVE IL DIRITTO COMUNITARIO SI FERMA PER EVITARE ABUSI NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE; 5.6 *BAUMBAST* E *CHEN*, O QUANDO I LEGAMI FAMILIARI SI ROMPONO, MA I BAMBINI HANNO BISOGNO DI PROTEZIONE; 5.7 RECENTI SENTENZE SUL DIRITTO AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE DEL CITTADINO COMUNITARIO, ANCORA UN'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEL PARAMETRO COMUNITARIO; 5.8 LA SENTENZA *PARLAMENTO C. CONSIGLIO* DEL 27 GIUGNO 2006; 5.9 PRIME CONCLUSIONI SULLA TUTELA DEL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA; 6. CONCLUSIONI IN MERITO ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTO AL NOME, PARITÀ DI TRATTAMENTO DEGLI OMOSESSUALI E DEI TRANSESSUALI E RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE.

1. Introduzione

Scopo del presente capitolo è di analizzare alcuni dei diritti riconosciuti dalla Corte di Giustizia che presentino un contenuto analogo a diritti che la Corte di Strasburgo ha ricondotto nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si vuole innanzitutto rilevare se esiste un'affinità di definizione, struttura e ambito di applicazione dei diritti tutelati dalle due Corti; in secondo luogo, se vi sia una comunanza di argomenti con cui ciascuna Corte giunge a dichiarare la violazione del rispettivo parametro.

Come noto, i Trattati istitutivi delle Comunità europee non contenevano un catalogo espresso di diritti, limitandosi a garantire soltanto alcuni principi fondamentali quali la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, il connesso principio di non discriminazione in base alla nazionalità e il divieto di discriminazione in base al sesso. L'individuazione di un nucleo di diritti fondamentali quale autonomo parametro di giudizio è perciò il frutto della creazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia¹²⁹⁻¹³⁰.

¹²⁹ Nella vasta letteratura di riferimento, ci limitiamo a segnalare: G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internazionale*, n.3/1988, 574-590, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà, Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 621-634; G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, 1991, ora in ID, *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2000, 141-157; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; C. PINELLI, *Judicial protection of human rights in Europe and the limits of a judge-made system*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 987 ss; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, vol. II, *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, 831 ss; J. H. H. WEILER, *Excursus n. 3, I diritti umani nello spazio giuridico europeo*, in B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, 314-342; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998; F. SUDRE – S. QUELLIEN – N- RAMBION – C- SALVIEJO, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale AIC, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Milano, 2000, 297-322; M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa, Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *Quad. cost.*, 2000, 15-38; K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Review*, 2000, 590 ss; AA.VV., *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, PHILIP ALSTON (a cura di), raccolta di contributi dell'Accademia dei diritti dell'uomo presso l'Istituto universitario europeo, Bruxelles, 2001; P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss; G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 79-121; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; J. H. H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto fra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, ora in ID, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 175-217 ed in particolare 200 e sg; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, S. PANUNZIO (a cura di), Napoli, 2005, 3-104; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 79-98; G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 9-61.

¹³⁰ La tutela dei diritti fondamentali ad opera della Corte di Giustizia ha rappresentato, accanto al riconoscimento del principio dell'effetto diretto e della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, uno degli elementi costitutivi della costituzione materiale dell'ordinamento comunitario. Il rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea non costituirà, tuttavia, oggetto della presente ricerca. Sul punto, nella vastissima dottrina, ci si limita a richiamare, oltre ai contributi ricordati nella nota precedente, G. F. MANCINI, *La nascita di una Costituzione per l'Europa*, 1989, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Oxford, 2000, 1 ss; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 179- 185; R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004; R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione*

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali ha subito un'evoluzione sia sotto il profilo dell'oggetto del sindacato, sia sotto il profilo del contenuto dei diritti garantiti in rapporto alle libertà economiche tutelate espressamente dai Trattati istitutivi.

Dal punto di vista dell'oggetto del sindacato, in una prima fase la tutela dei diritti fondamentali per mezzo dell'elaborazione di principi generali del diritto tratti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo venne azionata nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie. Ciò al fine di garantire che gli atti adottati nell'esercizio delle attribuzioni conferite dai Trattati, non essendo assoggettabili al giudizio delle Corti nazionali sul rispetto dei diritti contenuti nelle rispettive Costituzioni, fossero comunque sottoposti ad un controllo in relazione ad un parametro di giudizio autonomo, costituito appunto dai principi generali del diritto¹³¹.

In un secondo momento, la Corte di Giustizia estese il sindacato sul rispetto dei diritti fondamentali anche a misure nazionali, elaborando due ipotesi di controllo: in primo luogo, controllo su atti nazionali adottati in attuazione o esecuzione del diritto comunitario, ossia incidenti su materie disciplinate dal diritto comunitario cui lo Stato dà attuazione, sul modello della sentenza *Wachauf* del 1989¹³²; in secondo luogo, controllo su misure nazionali che costituiscono limitazione delle libertà fondamentali di circolazione garantite dal Trattato, sul modello della

europea, Bologna, 2005, specie 118 ss; J. H. H. WEILER, *La trasformazione dell'Europa*, in *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999, 33 –173, specie 53-56; A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, 849-899.

¹³¹ Si vedano le sentenze citate da J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I* in *CMLR*, 1995, 83-94, di annullamento di atti comunitari per violazione di diritti fondamentali quali il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio nel corso di una procedura sanzionatoria, il principio di parità di trattamento, il *ne bis in idem*, il diritto di proprietà, il divieto di retroattività.

¹³² C-5/88, 13 luglio 1989, *Wachauf*, Racc. 1989, 2609 ss, a proposito dell'implementazione in Germania di un regolamento comunitario concernente il trasferimento dei benefici correlati alle quote latte dal conduttore al locatore di fondo agricolo al termine dell'affitto, in cui la Corte ha affermato che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario "vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie di cui trattasi" (§ 19). Per un attento commento della sentenza in relazione al controllo sul rispetto di diritti fondamentali operato dalla Corte di Giustizia su misure nazionali, J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part II* in *CMLR*, 1995, 581-592.

sentenza *ERT* del 1991¹³³⁻¹³⁴. Attraverso la cosiddetta teoria della

¹³³ C-260/89, 18 giugno 1991, *Ellenici Radiophonia Tileorasi*, Racc. 1991, 2925, a proposito della compatibilità della normativa greca sulla radiodiffusione in stato di monopolio con l'art. 10 CEDU: "quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli articoli 56 e 66 per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione, prevista dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali. In tal modo, la normativa considerata potrà fruire delle eccezioni previste dal combinato disposto degli articoli 56 e 66 solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto... In un siffatto caso è compito del giudice nazionale e, eventualmente, della Corte valutare l'applicazione di dette disposizioni, con riguardo a tutte le norme di diritto comunitario, ivi compresa la libertà di espressione sancita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto" (§ 43). Sul significato del citato passaggio della motivazione, H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part II* in *CMLR*, 1995, 592-593. Per un altro caso emblematico ascrivibile a questo modello di sindacato: C-368/95, 26 giugno 1997, *Familiapress*, Racc. 1997, I-3690, sul pluralismo dell'informazione e la salvaguardia dei piccoli editori, a proposito di una normativa austriaca che vietava la vendita di periodici contenenti concorsi a premi di enigmistica adottata in deroga alla libera circolazione delle merci di cui all'art. 30 TCE.

¹³⁴ L'estensione del controllo della Corte di Giustizia a misure nazionali per violazione dei diritti fondamentali comunitari, che costituisce oggi un dato acquisito, ha suscitato forti resistenze e critiche in parte della dottrina. Le opposte posizioni dottrinali in merito a tale estensione sono magistralmente espresse in due contributi apparsi sulla *Common Market Law Review* all'inizio degli anni novanta, l'uno di COPPEL & O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking Rights Seriously?*, in *CMLR*, 1992, 669 ss; il secondo di J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I* in *CMLR*, 1995, 51-94 e *Part II*, in *CMLR*, 1995, 579-627. Può essere utile ripercorre i passaggi salienti di tale dibattito, poiché appaiono perfettamente attuali.

In estrema sintesi, Coppel e O'Neill, dopo aver rilevato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali si era evoluta da un iniziale controllo sugli atti comunitari – cosiddetta "defensive jurisdiction" – ad un controllo su atti nazionali – "offensive jurisdiction" –, sostenevano che il sindacato sulle misure nazionali fosse finalizzato ad estendere surrettiziamente la giurisdizione comunitaria in aree riservate al controllo delle Corti nazionali e, in definitiva, ad ampliare l'influenza della Comunità sulle attività degli Stati membri. Sotto il profilo della qualità della tutela, gli Autori accusavano la Corte di Giustizia di utilizzare strumentalmente il parametro costituito dai diritti fondamentali per far prevalere "the general Community rule and the Community objective", dando in sostanza sempre preferenza all'interesse comunitario di carattere economico rispetto a quello posto alla base degli atti nazionali; in secondo luogo, di adottare un doppio standard di tutela dei diritti fondamentali, meno rigoroso per gli atti comunitari e più pervasivo per le misure nazionali.

La replica di Weiler e Lockhart, condotta sul filo di una stringente analisi di alcune sentenze della Corte di Giustizia, innanzitutto non condivide il presupposto implicito agli argomenti di Coppel e O'Neill, ossia una visione oppositiva del rapporto tra Comunità e Stati membri. Invece, sostengono gli Autori, in una dimensione integrata, la Comunità è gli Stati, sia in sede di adozione degli atti comunitari in Consiglio, sia in sede di implementazione di quei medesimi atti nel proprio ordinamento interno. L'analisi di Coppel e O'Neill, invece, sarebbe più animata dall'esigenza di difendere le prerogative degli Stati, dunque la loro sovranità, piuttosto che i diritti individuali, intesi come rivendicazione del rispetto della legalità da parte della pubblica autorità, qualsivoglia essa sia.

Quanto all'origine del sindacato sugli atti nazionali, Weiler e Lockhart la individuano nel principio dell'effetto diretto, come riconosciuto sin dalla sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, ossia nella necessità di proteggere l'individuo da misure comunitarie che lo colpiscono direttamente e che, per di più, sono adottate da istituzioni che soffrono di un deficit di rappresentanza democratica. Quanto ai "motives" del sindacato, una volta ammesso che il diritto comunitario deve rispettare i diritti fondamentali, è coerente che siano scrutinati sia gli atti che lo Stato adotta in funzione di

“incorporazione”¹³⁵, la Corte ha così attratto al livello comunitario e rivendicato a sé la valutazione delle limitazioni alle libertà fondamentali introdotte dallo Stato membro in forza delle clausole derogatorie espressamente previste dal Trattato di Roma: art. 30 TCE (ex 36) in materia di libera circolazione delle merci; art. 39, par. 3, TCE (ex 48), in materia di libera circolazione dei lavoratori; art. 46 TCE (ex 56) in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Tali clausole giustificano la limitazione delle libertà fondamentali in presenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica¹³⁶.

A tal fine, la Corte di Giustizia ha elaborato un ricco strumentario argomentativo volto ad accertare la conformità ai Trattati delle misure nazionali che incidano sull’esercizio delle libertà fondamentali, sinteticamente riassumibili nella verifica della compatibilità tra fine perseguito dalla misura nazionale e interesse comunitario alla massima effettività della libertà di circolazione, solitamente valorizzato per mezzo del criterio dell’effetto utile, nell’esame della proporzionalità della misura rispetto al fine e della non incidenza sulla sostanza del diritto garantito¹³⁷.

“agente” comunitario (modello *Wauchaf*, 1989), sia gli atti che interferiscono con le libertà di circolazione garantite dal Trattato (modello *ERT*, 1991), incidendo entrambi sulla sfera delle attribuzioni che gli Stati stessi hanno conferito alla Comunità. Tanto che, *a contrario*, se ogni Stato potesse limitare a piacimento il libero mercato ovvero ostacolare la libera circolazione dei lavoratori, la stessa esistenza di tali principi sarebbe compromessa. Ad uno sguardo generale, inoltre, sulla base delle sentenze C-60 e 61/84, 11 luglio 1985, *Cinéthèque* e C-12/86, 30 settembre 1987, *Demirel*, in cui la Corte rifiuta di sindacare la violazione della CEDU ad opera di misure nazionali che non interferiscano con il diritto comunitario, Weiler e Lockhart giudicano nel complesso cauto e prudente l’atteggiamento della Corte di Giustizia nell’espansione della propria giurisdizione. Quanto alla “qualità” della tutela, se è vero che il doppio scrutinio dell’atto nazionale da parte delle Corti nazionali e della Corte di Giustizia può comportare l’imposizione di uno “*Community human rights value which is different than that applied normally in the Member State*”, nondimeno il sindacato della Corte di Giustizia può comportare un rafforzamento della tutela del singolo nei confronti della pubblica autorità, assicurando a questi un livello ulteriore di tutela.

¹³⁵ L’espressione è tratta da K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Review*, 2000, 590 ss.

¹³⁶ “*The crucial point is that defining what constitutes a violation of the basic market freedoms is, substantively and jurisdictionally, a matter of Community law and for the Court to decide...The scope of the derogation anche the conditions for its employment are all “creatures” of Community law, Treaty and judge made*”. Così J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, “*Taking Rights Seriously*” *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I*, in *CMLR*, 1995, 75-76.

¹³⁷ “*I diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. E’ pertanto possibile operare restrizioni all’esercizio di detti diritti, in particolare nell’ambito di un’organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo*

Entrambe queste ipotesi di sindacato – controllo su atti nazionali di attuazione del diritto comunitario; controllo su atti nazionali che limitano le libertà fondamentali - sono riconducibili ad una medesima matrice comune, ossia l'incidenza delle misure nazionali in ambiti di disciplina rilevanti per il diritto comunitario.

Si utilizza un'espressione piuttosto generica come "ambito di disciplina rilevante per il diritto comunitario" perché, come unanimemente sottolineato dalla dottrina, risulta a tutt'oggi arduo distinguere, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, quali "materie" o "ambiti di disciplina" debbano ritenersi attratti al diritto comunitario, e dunque quali misure nazionali incidenti in questi ambiti siano soggette al controllo della Corte di Giustizia anche per ciò che attiene al rispetto dei diritti fondamentali¹³⁸. Non è chiaro, in altre parole, come emergerà

perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti", formula tipica attivata dalla Corte; si veda solo a titolo di esempio C- 5/88, 13 luglio 1989, *Wachauf*, in Racc. 1989, 2609 (§ 18).

L'ammissibilità della limitazione di un diritto garantito, quand'anche si tratti di un diritto che trova origine e tutela nell'ordinamento nazionale, in funzione dell'interesse generale della Comunità, normalmente espresso nella massima espansione dei principi di libertà di circolazione nel mercato, è conseguenza diretta dell'autonomia del diritto comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali e dunque dell'operare di un bilanciamento tra i principi propri di quell'ordinamento, diversi e distinti da quelli rilevanti a livello nazionale. Ne è derivata la cosiddetta dimensione "funzionale" di tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario rispetto alla garanzia delle libertà del mercato; per tutti: P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss. L'autonomia dell'ordinamento comunitario come sistema di riferimento per la garanzia dei diritti fondamentali racchiude in sé tutte le difficoltà connaturate ad una tutela cosiddetta "multilivello" dei diritti, ossia alla contestuale esistenza di una pluralità di ordinamenti in cui trovano tutela diritti simili, ma non analoghi nel contenuto oggettivo, interpretati da distinte autorità giurisdizionali e posti in bilanciamento con interessi diversi a seconda del rispettivo contesto ordinamentale di riferimento. Sull'autonomia e autosufficienza di ciascun sistema di tutela dei diritti, nazionale, comunitario e della CEDU, F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. ital. Dir. pubbl. comunitario*, 2005, 80-81; sulla conseguente fisiologica potenziale difformità dei diritti tutelati nei diversi sistemi di riferimento considerati, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, S. PANUNZIO (a cura di), Napoli, 2005, 9-10; G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 10-11.

¹³⁸ In alcune sentenze, la Corte di Giustizia ha in qualche modo delimitato i confini del suo sindacato su misure nazionali. Nella sentenza C-60 e 61/84, 11 luglio 1985, *Cinéthèque*, in Racc. 1985, 2605 ss., sulla compatibilità con gli artt. 30-36 TCE di una legge francese che vietava la vendita di videocassette prima del decorso di un certo termine dalla uscita del film nelle sale cinematografiche, a fronte dell'asserita violazione dell'art. 10 CEDU, la Corte dichiara: "Anche se la Corte ha il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità, con la Convenzione europea, di una legge nazionale riguardante, come nel caso di specie, una materia di competenza del legislatore nazionale" (§26). Si tratta, tuttavia, di una sentenza poco chiara: è pacifico nella motivazione che la legge nazionale, pur non essendo volta a disciplinare lo scambio di merci, incideva sulla loro libera circolazione, tanto che ne è valutata la portata discriminatoria rispetto a prodotti di altri Stati membri, poi esclusa, la legittimità dello scopo perseguito, la sua proporzionalità; siamo, dunque, in una fattispecie assimilabile a quella che verrà decisa nel caso

nel prosieguo dell'analisi, quando una misura nazionale possa dirsi ricadente “*in the scope of*” o “*in the area of community law*”¹³⁹.

ERT del 1991, in cui la Corte ammette il sindacato sul rispetto dei diritti fondamentali di misure nazionali che costituiscano deroghe alle libertà di circolazione.

Nella sentenza C-12/86, 30 settembre 1987, *Demirel*, in Racc. 1987, 3719 ss., in merito alla efficacia diretta delle disposizioni dell'Accordo d'associazione CEE-Turchia del 1963 sulla libera circolazione dei familiari di lavoratori turchi, dopo aver accertato che gli artt. 7 e 12 dell'Accordo non costituivano norme di diritto comunitario direttamente efficaci nell'ordinamento interno degli Stati membri, la Corte afferma: “*Per quanto riguarda l'eventuale incidenza dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla soluzione da dare a quest'ultima questione, è opportuno rilevare che la Corte, come è stato da essa riconosciuto nella sentenza 11 luglio 1985, Cinéthèque, ...deve vegliare al rispetto dei diritti fondamentali nella sfera del diritto comunitario, ma non può sindacare la compatibilità, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di una disciplina nazionale che non rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Orbene, nella fattispecie, come emerge dalla soluzione data alla prima questione, non vi sono attualmente norme di diritto comunitario che definiscano le condizioni alle quali gli Stati membri devono autorizzare il raggiungimento da parte della famiglia di lavoratori turchi legittimamente stabiliti nella Comunità. La normativa nazionale sulla quale verte la causa principale non doveva quindi porre in atto una disposizione di diritto comunitario. Stando così le cose, la Corte non è competente a valutare la compatibilità di una normativa nazionale come quella in questione coi principi sanciti dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*” (§28).

Nel complesso, tuttavia, come già evidenziato, la successiva giurisprudenza estende la valutazione della Corte su misure nazionali senza adottare un criterio chiaro, né coerente, che definisca quando e fino a dove una misura nazionale ricada nell'ambito del diritto comunitario e debba essere vagliata alla luce dei diritti fondamentali comunitari.

¹³⁹ *Ex multis*, K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Review*, 2000, 590 ss; S. LEFÈVRE, *The interpretation of Community law by the Court of Justice in areas of national competence*, in *Eur. Law Review*, 2004, 501-516; G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 12-13.

In generale sul riparto di competenze tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, ci si limita a segnalare B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, 75 ss; J. H. H. WEILER, *L'Unione e gli stati membri: competenze e sovranità*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale AIC, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Milano, 2000, 3-16; M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa, Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 99-128; A. MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2000, 531-534; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Napoli, 2006, 85 ss.

Alcuni autori si sono sforzati di individuare un criterio generale per delimitare le competenze della Corte di Giustizia, specie in relazione alle misure nazionali. Per esempio, J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, “*Taking Rights Seriously*” *Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I*, in *CMLR*, 1995, 59-67, dopo aver dato conto della indeterminatezza della formula “*in the scope of*” o “*in the area of Community law*”, con riguardo alla libera circolazione dei lavoratori ipotizzano che si abbia rilevanza comunitaria allorché il diritto del lavoratore migrante di permanere nello Stato membro ospitante è sorto in forza del diritto comunitario, ovvero più in generale quando “*the fact of being a migrant worker is in some ways relevant to the decision of public authorities*”; in senso analogo, K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Review*, 2000, 590 ss.

S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, S. PANUNZIO (a cura di), Napoli, 2005, 81 ss., assume che la formulazione dell'art. 51, par. 1, della Carta di Nizza, come modificato in sede di redazione del Trattato sulla Costituzione Europea, possa ridimensionare la competenza della Corte di Giustizia su misure nazionali. Nel testo originario, l'art. 51, par. 1, individua l'ambito di applicazione della Carta con riferimento alle istituzioni e altri organi dell'Unione, nonché agli Stati membri “*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”. Il testo, divenuto art. II-111, par. 1 del Trattato, è stato integrato da un

Un secondo fattore ha contribuito allo sviluppo del sindacato della Corte di Giustizia sul rispetto dei diritti fondamentali, l'ampliamento espresso delle attribuzioni comunitarie realizzato in sede di revisione dei Trattati. Si pensi soltanto per un verso all'introduzione della cittadinanza europea ad opera del Trattato di Maastricht, per altro verso all'incremento delle politiche comunitarie in settori prima estranei agli obiettivi della Comunità, quali l'immigrazione, la politica sociale, l'istruzione e formazione professionale, la sanità pubblica, la cultura, la ricerca e lo sviluppo tecnologico, la protezione dei consumatori e all'ambiente.

Al di là della specifica attribuzione di un singolo settore materiale al diritto comunitario, la Corte di Giustizia appare in linea generale orientata a riconoscere una efficacia per così dire riflessa ai principi comunitari anche in settori materiali che espressamente essa qualifica come riservati agli Stati membri, vincolando l'esercizio delle corrispondenti competenze statali al rispetto dei principi del diritto comunitario¹⁴⁰.

emendamento del Gruppo II volto a delimitare espressamente e più rigidamente i confini delle competenze tra Unione e Stati membri, aggiungendo all'inciso per cui gli indicati soggetti promuovono l'applicazione della Carta secondo le rispettive competenze la proposizione "*e nel rispetto dei limiti delle conferenze conferite all'Unione in altre parti della Costituzione*". Valorizzando il dato letterale del collegamento tra l'attuazione del diritto comunitario e il riparto delle competenze, sostiene Panunzio che la competenza di "attuazione" sia prevista espressamente dall'art. I-11 del Trattato soltanto in relazione alle materie di competenza esclusiva dell'Unione, cosicché soltanto misure nazionali incidenti su di esse potrebbero essere oggetto del controllo della Corte di Giustizia.

Il Trattato costituzionale è stato sostituito dal Trattato cosiddetto "semplificato" di Lisbona, il cui art. 6 incorpora la Carta di Nizza nel testo dei Trattati. Il rinvio alla Carta, come si dirà, deve ritenersi riferito al testo della Carta come modificato in sede di elaborazione del Trattato costituzionale. Il criterio proposto dal Prof. Panunzio conserva ancora, perciò, precisi riferimenti testuali. La sua impostazione assegna al concetto di "attuazione" un significato restrittivo, poiché le competenze esclusive di cui all'art. I-12 sono limitate a: politica comunitaria; politica commerciale comune; unione doganale; conservazione delle risorse biologiche del mare. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è, tuttavia, assestata nel considerare assoggettabili al suo sindacato misure nazionali che intervengono in competenze che il Trattato costituzionale definisce "concorrenti". Si pensi al mercato interno, ossia la disciplina della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali – art. III-14 e sg - sicché pare difficile immaginare un regresso rispetto ad un ambito di controllo che costituisce ormai un dato acquisito per il giudice europeo.

¹⁴⁰ Sul punto, con molta chiarezza F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n.1/2005, 79-97, specie 88 sg, su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia aventi ad oggetto misure nazionali adottate nell'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato. Il sindacato è giustificato dalla Corte stessa con l'esigenza di garantire comunque il rispetto del diritto comunitario anche in settori estranei alle competenze attribuite. Tra le sentenze ivi citate, anche C-148/02, 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, sul diritto al nome, e C-117/01, 7 gennaio 2004, *K.B.*, sul diritto all'identità sessuale, che saranno oggetto di nostra analisi di seguito.

Sotto altro profilo, il principio di prevalenza del diritto comunitario e l'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte di Giustizia pronunciate sia in sede di ricorso per annullamento che in sede pregiudiziale¹⁴¹ hanno indotto i legislatori nazionali a modificare istituti sostanziali e processuali interni in conformità ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali. Si è prodotto, in sostanza, quello che la dottrina ha definito uno “*spill over effect*”, ossia un'efficacia “riflessa” dei suddetti principi sulle competenze tuttora riservate in via esclusiva allo Stato membro¹⁴².

Per ciò che attiene al parametro di giudizio, oggetto specifico della nostra ricerca, è noto che, sin dalle prime sentenze in materia di diritti fondamentali¹⁴³, la Corte di Giustizia ha qualificato tali diritti come principi generali del diritto comunitario e ne ha identificate le fonti nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri

¹⁴¹ Sull'efficacia *erga omnes* delle sentenze rese su una questione di interpretazione di disposizioni comunitarie proposta ai sensi dell'art. 177, ora 234 TCE, sentenza C-283/81, 6 ottobre 1982, *CILFIT e Lanificio di Gavardo s.p.a c. Ministero della Sanità*, in Racc., 1982, 3415 ss. e con nota di RASMUSSEN, in *European Law Review*, 1984, 342. Per la puntuale analisi dell'efficacia e autorità delle sentenze della Corte di Giustizia, R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 98 ss.

Sull'evoluzione dell'istituto della questione pregiudiziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, nato per assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario e divenuto strumento per accertare la compatibilità della legislazione nazionale con le disposizioni del diritto comunitario primario e secondario, G. F. MANCINI, *La nascita di una Costituzione per l'Europa*, 1989, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Oxford, 2000, 39 sg, specie 50-51, 74, 91 e ID, *Le sfide costituzionali della Corte di Giustizia*, ivi, 77 ss, in relazione al controllo di conformità di misure nazionali rispetto a diritti fondamentali; R. CALVANO, *La Corte di Giustizia...*, cit., 239 ss.

¹⁴² G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 28 e sg, che con suggestiva immagine rileva come la Corte di Giustizia abbia contribuito alla elevazione dello standard di protezione e all'estensione del contenuto dei diritti fondamentali, provocando di riflesso il “piegarsi” del diritto interno a quello comunitario. L'Autore ripercorre numerose modificazioni di istituti del diritto amministrativo sostanziale e processuale intervenute nel diritto interno, mostrando come esse abbiano trovato radice e fondamento in principi enunciati dalla Corte di Giustizia. I principi comunitari hanno perciò prodotto “addizioni” alle garanzie costituzionali previste dall'ordinamento interno, dunque una sostanziale espansione della tutela dei singoli nei rapporti con l'amministrazione.

¹⁴³ Si vadano le note sentenze C-29/69, 12 novembre 1969, *Stauder*, in Racc., 1969, 309 ss., anche in *Foro it.*, 1970, IV, col. 204 ss; C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Haldelsgesellschaft mbH*, in Racc., 1970, 1128 ss., anche in *Foro it.*, 1971, IV, col. 137 ss., in cui la Corte esclude che un atto normativo possa essere sindacato con riferimento ad una Costituzione nazionale ed afferma che la salvaguardia dei diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità (§4); C-4/73, 14 maggio 1974, *Nold*, in Racc. 1974, 491 ss., anche in *Foro it.*, 1974, IV, col. 296 ss., in cui accanto alle tradizioni costituzionali comuni la Corte aggiunge che “*gli strumenti internazionali concernenti la protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno cooperato possono fornire indicazioni di cui conviene tenere conto nel quadro del diritto comunitario*” (§ 13).

e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, adottando una formulazione poi espressamente codificata nell'art. 6 (ex F) del Trattato dell'Unione Europea¹⁴⁴.

Tuttavia, la dottrina ha osservato da un lato che il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni costituisce un criterio vago ed indeterminato per identificare i tratti comuni agli ordinamenti degli Stati membri, poiché non esplicita quali caratteristiche debba rivestire un principio per essere definito inerente ad una "tradizione costituzionale", né quale sia il procedimento per l'individuazione di tradizioni comuni; dall'altro che, al di là dell'enunciazione formale di tale criterio, la Corte di Giustizia svolge di rado nelle proprie pronunce una analisi comparata degli ordinamenti degli Stati membri. Manca, infatti, molto spesso nella motivazione della sentenza una giustificazione in ordine all'origine del principio generale del diritto comunitario di cui la Corte fa applicazione¹⁴⁵.

¹⁴⁴ La nota formula usualmente utilizzata dalla Corte di Giustizia recita: "*I diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella Comunità provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti Stati. Gli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno collaborato o aderito, possono del pari fornire indicazioni di cui si deve tener conto nell'ambito del diritto comunitario*".

Sull'origine e il significato dell'art. 6 (ex F) TUE, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 19-23.

¹⁴⁵ G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internazionale*, n.3/1988, 579; L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Convegno di Catanzaro, 31 maggio – 1 giugno 2002; quanto al riferimento alla "tradizione costituzionale" di un solo Stato membro, T. KOOPMANS, *The Court of Justice and national legal traditions*, in AA.VV. *La Cour de justice des Communauté européenne 1952-2002: Bilan et perspectives*, Bruxelles, 2004, 15-23.

In verità, una risalente sentenza della Corte contiene un puntuale riferimento alle disposizioni costituzionali e legislative interne poste a fondamento del diritto di proprietà quale principio generale dell'ordinamento comunitario, C-44/79, 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer*, Racc. 1979, 3727 ss., in materia di divieto di impianto di nuove viti. La Corte attiva in funzione di parametro di legittimità del reg. 1142/76 il diritto di proprietà "garantito nell'ordinamento giuridico comunitario conformemente alle concezioni comuni alle Costituzioni degli Stati membri, riflesse egualmente nel primo protocollo aggiunto alla Convenzione europea." (§17). Il contenuto del principio è ricostruito sulla base delle "regole e prassi costituzionali di nove Stati membri": "Una prima constatazione che si impone a questo riguardo è che tali regole e prassi interne consentono al legislatore di regolare l'uso della proprietà privata in relazione all'interesse generale. A questo scopo, alcune costituzioni fanno riferimento alle obbligazioni inerenti alla proprietà (Legge fondamentale tedesca, art. 14, al. 2, par. 1), alla sua funzione sociale (Costituzione italiana, art. 42, c. 2), alla subordinazione del suo utilizzo alle esigenze del bene comune (Legge fondamentale tedesca, art. 14, al. 2, par. 2, e Costituzione irlandese, art. 43,2, par. 2), o della giustizia sociale (Costituzione irlandese, art. 43.2, par. 2). In tutti gli Stati membri, numerosi atti legislativi hanno dato espressione concreta a questa funzione sociale del diritto di proprietà. Così, si ritrovano in

Sono decisamente più numerose, invece, le sentenze, anche risalenti, in cui la Corte di Giustizia si riferisce espressamente ad una disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ciò si spiega agevolmente se si considera che la Convenzione offre un parametro scritto certo ed immediatamente applicabile cui sono vincolati tutti gli Stati membri della Comunità, poi Unione, indipendentemente dalla difficoltosa e complessa analisi comparativa delle norme interne ai loro singoli ordinamenti¹⁴⁶.

Il rinvio formale alla Convenzione, tuttavia, specialmente in passato, non era accompagnato dal riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi intorno alla disposizione citata. Anche questa constatazione ha contribuito a rendere diffusa nella dottrina l'opinione per cui l'elaborazione da

tutti gli Stati membri legislazioni in materia di economia agricola e forestale, di regime delle acque, di protezione dell'ambiente naturale, di assetto del territorio e dell'urbanistica, che comportano restrizioni, talvolta incisive, all'uso della proprietà fondiaria... Più in particolare, in tutti i paesi vitivinicoli della Comunità esistono delle legislazioni vincolanti, anche se di rigore differente, in materia di impianto delle viti, selezione delle varietà e metodi di coltivazione. In nessuno dei paesi citati, queste disposizioni sono considerate incompatibili, nei loro principi, con il rispetto dovuto al diritto di proprietà. Perciò, è possibile affermare, tenendo conto delle concezioni costituzionali comuni agli Stati membri e delle prassi legislative costanti, negli ambiti più svariati, che il fatto di apportare restrizioni all'impianto di nuove viti ad opera del regolamento n. 1162/76 non può essere in principio contestato. Si tratta di una tipologia di restrizione conosciuta e ammessa come legittima, in forme identiche o analoghe, nell'ordine costituzionale di tutti gli Stati membri" (§20-22); segue una analisi della rispondenza della restrizione all'impianto di vigne agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, nonché della proporzionalità della misura rispetto alle prerogative del proprietario, ovvero della lesione della sostanza del suo diritto.

In successive sentenze il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni è assai più laconico e privo di puntuali riferimenti alle disposizioni costituzionali e alle legislazioni interne. Si vedano a titolo di esempio, sempre in relazione al diritto di proprietà, C-41/79 e altri, 19 giugno 1980, *Testa, Maggio e Vitale*, in Racc. 1980, 1979 ss., sulla concessione del sussidio di disoccupazione; C-63/83, 10 luglio 1984, *Kirk*, in Racc. 1984, 2689 ss., sul principio di irretroattività delle norme penali "principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 CEDU come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza" (§22), attivato in funzione interpretativa dell'art. 6, c. 1, reg. n. 170/83 in materia di pesca; C-222/84, 15 maggio 1986, *Johnston*, in Racc. 1986, 1651 ss., in materia di parità di trattamento tra uomo e donna negli agenti armati di un corpo di polizia, in cui è attivato in funzione interpretativa dell'art. 6 della dir. 76/207 il diritto ad un ricorso effettivo avanti ad un giudice, "principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale principio è del pari sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU... Come si riconosce nella Dichiarazione comune 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU C 103, p.1) e come dichiarato nella giurisprudenza della Corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è ispirata la Convenzione suddetta" (§18).

¹⁴⁶ Per una rassegna di sentenze della Corte contenenti richiami a disposizioni della Convenzione europea, G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internazionale*, n.3/1988, 582-585, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, 621-634; dalla rassegna emerge che il parametro convenzionale è attivato principalmente in funzione interpretativa di norme comunitarie secondarie.

parte della Corte di Giustizia di un nuovo principio generale del diritto costituisse il frutto di un'operazione creativa ampiamente discrezionale e difficilmente riconducibile a criteri di verifica e controllo¹⁴⁷.

In relazione alla Convenzione si è detto, in particolare, che la Corte non applicherebbe direttamente le disposizioni convenzionali, ma “si ispirerebbe” ad esse, traendo dalle stesse attraverso un'operazione di filtraggio e rielaborazione un principio nuovo ed autonomo, dunque un parametro potenzialmente diverso nel contenuto e nell'ambito di applicazione da quello elaborato dalla Corte di Strasburgo a partire dalla medesima disposizione¹⁴⁸. Ora, poiché l'operazione

¹⁴⁷ G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internazionale*, n.3/1988, 579, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà, Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 621-634, secondo cui la Corte di Giustizia, dopo un'analisi comparativa sommaria, se non del tutto assente, sceglie discrezionalmente e qualifica come principio generale quella che le appare essere la “better law”, cioè la regola che meglio si adatta alle esigenze dell'ordinamento comunitario. Si veda anche ID, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 533-547, specialmente 542-545, ove si afferma che il riferimento ai principi generali del diritto assolve essenzialmente alla funzione di rendere meno trasparente, attraverso l'utilizzazione di un parametro che può sembrare oggettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di Giustizia svolge. Sulla discrezionalità della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei diritti e sull'assenza di riscontri nelle motivazioni delle sentenze sul procedimento seguito per la loro individuazione, G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 79-121, 94-95; G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 15-17; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, S. PANUNZIO (a cura di), Napoli, 2005, 19-20.

Gli inevitabili rischi legati alla creatività della Corte di Giustizia, ossia la compromissione della certezza del diritto e la mancanza di prevedibilità, sono evidenziati da G. F. MANCINI, *La nascita di una Costituzione per l'Europa*, 1989, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Oxford, 2000, 59 ss; T. KOOPMANS, *The roots of judicial activism*, in F. MATSCHER – H. PETZOLD (éd), *Protecting human rights: the european dimension, Studies in honor of G.J.Wiarda*, 1988.

¹⁴⁸ G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale AIC, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Milano, 2000, 316-317, ripercorre il risalente dibattito dottrinale intercorso tra coloro per i quali la Convenzione sarebbe mera fonte di ispirazione di cui si serve la Corte di Giustizia, dunque applicata nella Comunità in tanto in quanto dalla Corte di Giustizia richiamata e attivata, e coloro secondo cui la Convenzione sarebbe immediatamente e direttamente vincolante nell'ordinamento comunitario, in quanto incorporata nei principi generali comuni ovvero per successione della Comunità nei trattati di cui erano parte gli Stati membri. Ricorda Tesauro che quest'ultima tesi non trova riscontro nella giurisprudenza comunitaria, poiché la Corte ha riconosciuto espressamente un fenomeno di successione nei Trattati soltanto nei confronti dell'accordo GATT; l'Autore ritiene, inoltre, che l'esposto dibattito sia privo di una effettiva portata pratica, poiché la Convenzione ha già, almeno in fatto, una funzione equivalente a quella di catalogo di diritti formalmente riconosciuto, in quanto costituisce parametro di legittimità delle norme comunitarie e delle norme nazionali collegate al diritto comunitario.

S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, S. PANUNZIO (a cura di), Napoli, 2005, 44-45, trova conferma della tendenza della Corte

ermeneutica attraverso cui la Corte di Giustizia trae il principio generale normalmente non è esplicitata nella motivazione delle sentenze, la assonanza o diversità di contenuto e ampiezza del principio – parametro rispetto alle norme tratte dalla Corte di Strasburgo dalla medesima disposizione è riscontrabile soltanto analizzando l'applicazione del principio alla fattispecie, dunque avendo riguardo al contesto normativo e alle circostanze concrete del singolo caso.

L'analisi che segue è volta proprio a dimostrare in quali occasioni ed in che modo l'art. 8 della Convenzione operi nella giurisprudenza comunitaria.

Da un punto di vista dello stile della motivazione, il lettore percepisce immediatamente una netta differenza tra il “tono” delle sentenze della Corte di Strasburgo e della Corte del Lussemburgo. Le sentenze di Strasburgo sono caratterizzate da uno stile discorsivo, quasi narrativo nella descrizione dei fatti, e tutte incentrate in diritto sulla qualificazione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente. Assai più sintetico, fino a volte a sembrare criptico, lo stile di Lussemburgo. Oggetto dell'argomentazione non è tanto la singola situazione giuridica – nel caso del rinvio pregiudiziale, che dà origine alla maggior parte delle sentenze che si andranno ad analizzare - quanto l'analisi oggettiva del significato e della portata del diritto comunitario rilevante per il caso, cosicché si ha spesso l'impressione che il riconoscimento di un diritto fondamentale, cui pure la Corte perviene, non costituisca il nucleo centrale della decisione, bensì un risultato indiretto, una conseguenza riflessa dell'assetto delle attribuzioni comunitarie in una data materia¹⁴⁹.

di Giustizia all'elaborazione autonoma del principio di diritto tratto dalla Convenzione europea nei lavori preparatori che hanno condotto alla redazione dell'art. 52, par.3, della Carta di Nizza. La disposizione vincola i diritti della Carta che trovano rispondenza nella Convenzione europea al significato e alla portata dei diritti contenuti in quest'ultima. Durante i lavori in seno alla Convenzione incaricata della redazione della Carta, anche in seguito all'audizione dei rappresentanti della Corte di Strasburgo si discusse dell'inserimento nella disposizione di un riferimento al significato della Convenzione come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Prevalse, invece, la scelta di non citare la giurisprudenza di Strasburgo, richiamata espressamente soltanto nel Preambolo e nelle Spiegazioni che accompagnano la Carta. Secondo Panunzio, tale scelta si spiega con la volontà di garantire autonomia alla Corte di Giustizia nell'applicazione della Convenzione europea.

¹⁴⁹ G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, specie 53 ss; G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 30-31,

Tale diversità di stile è indubbiamente una conseguenza della diversità del sistema di riferimento in cui le Corti agiscono, delle rispettive competenze e del modo di accesso al sindacato. Strasburgo è giudice del caso di specie, dunque competente a conoscere fatti e circostanze concrete, ed è incaricata di vigilare principalmente ed essenzialmente sul rispetto dei diritti fondamentali enunciati dalla Convenzione europea. Lussemburgo, invece, sia nel ricorso per annullamento che in sede pregiudiziale, è giudice della validità e dell'interpretazione delle disposizioni comunitarie.

Ma al di là della istintiva e superficiale sensazione di “distanza” nello stile, l'analisi che segue mira ad approfondire i risultati cui pervengono in concreto le due Corti sia dal punto di vista della definizione dei diritti esaminati, che della soluzione dei casi.

Un'ultima considerazione merita di essere fatta. Allorché si pone a confronto la giurisprudenza delle due Corti europee, viene comunemente constatato che la Corte di Strasburgo opera alla luce di un parametro testuale, mentre la Corte del Lussemburgo agisce in assenza di qualsiasi catalogo espresso di diritti. Se questa affermazione registra un inconfutabile dato di fatto, l'analisi del pur limitato numero di casi effettuata nel capitolo precedente dimostra che in realtà il vincolo posto alla vivacità creativa del giudice di Strasburgo dal parametro scritto non è stringente.

Nell'ambito di una formula generale caratterizzata da un forte grado di indeterminatezza quale “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, la Corte di Strasburgo ha individuato una gamma di diritti notevolissima sia per il numero delle posizioni soggettive tutelate sia per la loro diversità di contenuto. Il “diritto vivente” della Convenzione europea, se così si può chiamare, è dunque di una

secondo cui, tuttavia, il fatto che la tutela della situazione soggettiva da parte della Corte di Giustizia non rilevi in quanto tale, ma come strumento per garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario negli Stati membri non sminuisce l'accrescimento delle garanzie individuali prodotto dal diritto comunitario, sicché non andrebbe enfatizzato il carattere funzionale della tutela della Corte di Giustizia rispetto agli obiettivi economici del Trattato.

ricchezza e complessità inimmaginabili a partire dalla sola lettura del testo convenzionale¹⁵⁰.

Si è cercato di mostrare, inoltre, che la giurisprudenza relativa all'art. 8 della Convenzione si caratterizza certamente per alcune costanti comuni all'intera materia, quali la dottrina del margine di apprezzamento o la tecnica delle obbligazioni positive. Essa, tuttavia, ad uno sguardo analitico, appare strutturata in tanti e distinti filoni giurisprudenziali quanti sono i diritti che la Corte ha ricondotto nell'alveo di questa disposizione. La giurisprudenza relativa al "diritto al rispetto della vita privata e familiare" non costituisce, infatti, un unico fiume indistinto, ma si compone di tante correnti quanti sono i diversi diritti "scoperti" dalla Corte entro il medesimo parametro testuale.

Tale pluralità deriva dal fatto che, per ciascun diritto, la Corte ha individuato lo specifico contenuto prescritto dalla Convenzione e graduato diversamente la discrezionalità spettante alle autorità statali. Per ogni diritto, inoltre, essa ha elaborato dei distinti canoni di valutazione della condotta statale, canoni applicati ogniqualvolta quel determinato diritto viene in gioco. Può affermarsi allora che vi siano "più giurisprudenze" della Corte di Strasburgo relative all'art. 8.

¹⁵⁰ Una riflessione sulla tecnica redazionale della Convenzione è proposta da A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2001, 1. Sostiene l'Autore che la CEDU non abbia esplicato significativi effetti nel nostro ordinamento non tanto a causa della sua collocazione nella gerarchia delle fonti, ma a causa del modo in cui è scritta, poiché contiene raramente prescrizioni assolute per il legislatore, mentre ammette per la maggior parte dei diritti, tra cui l'art. 8, limitazioni per le finalità più varie. In secondo luogo, tale tecnica redazionale sottintenderebbe una precisa filosofia di magistrato giudicante "come soggetto esponenziale della stessa comunità, nella cui qualificata potestà interpretativa si nutre, da parte dei cittadini, una fiducia addirittura ottimistica quanto alla capacità di cogliere e condividere le emergenti domande sociali". Si tratterebbe di un giudice dotato di una forte legittimazione sociale, al quale si affiderebbe la salvaguardia di "valori" comunemente condivisi. Si tratterebbe, dunque, di un testo che auspica l'adozione di una cosiddetta "interpretazione per valori".

A mio modesto parere, la tecnica redazionale della CEDU si giustifica più semplicemente alla luce dell'ordinamento internazionale di cui la Convenzione è parte e del rapporto di sussidiarietà degli organi convenzionali rispetto alle autorità nazionali. Tale redazione non ha, d'altra parte, impedito alla Corte, attraverso la tecnica delle obbligazioni positive, di individuare puntuali e stringenti vincoli ricadenti sugli Stati membri, come emerge dagli stessi casi citati dall'autore, *Guerra e Marckx*. Questa osservazione può forse confermare la tesi per cui il giudice europeo avrebbe una notevole potenzialità creativa, ma tale potenzialità non mi sembra dipendere dalla struttura del testo convenzionale, quanto da una propensione all'interpretazione espansiva della Corte. Si tratta, è vero, di una propensione che trae spunto dal singolo caso, ma ha una valenza per così dire "astratta", nel senso che vi è la consapevolezza dell'estensione del parametro ben oltre la singola fattispecie. Lo dimostrano, in generale, la presenza di "filoni giurisprudenziali", nonché, in alcuni casi, la lenta maturazione cui la Corte ha sottoposto l'elaborazione di un nuovo diritto. Mi riferisco, per esempio, alla protezione dell'identità sessuale dei transessuali, riconosciuta dopo molte esitazioni solo con la sentenza *Goodwin* del 2002.

Si pensi alle sentenze in materia di ricongiungimento familiare e di espulsione dello straniero, di diritto al nome, di tutela dell'identità sessuale, ma identica conclusione vale per sentenze inerenti a profili della vita privata e familiare che non abbiamo analizzato, quali quelle in materia di affidamento dei minori, di segretezza della corrispondenza, di protezione ambientale. Ciascun "filone" giurisprudenziale ha caratteristiche proprie, che consistono in un peculiare schema valutativo dell'azione statale. D'altra parte, la peculiarità dello schema interpretativo non è il frutto di un'operazione intellettuale fine a se stessa, ma è funzionale a delineare una diversa struttura della "sostanza" del diritto garantito, per ciò che riguarda in particolare la intensità del vincolo che lega lo Stato nel momento della sua concreta attuazione.

Si vuol così intendere che l'esistenza di un parametro scritto non costituisce una variabile determinante per distinguere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo da quella della Corte di Lussemburgo, in quanto nella prima come nella seconda gli esiti dell'interpretazione sono in gran parte guidati dall'ampia discrezionalità di ciascuna Corte.

Il metodo che intendiamo seguire nell'analisi della giurisprudenza comunitaria è ancora una volta quello che parte dai singoli casi. Molto è stato scritto sulla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia, cosicché un nostro contributo originale nella materia non può che venire dallo studio di alcune fattispecie concrete.

1.1 Le sentenze *Stauder* e *National Panasonic*: il diritto al rispetto della vita privata all'origine della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti

Scopo del presente lavoro non è ripercorrere tutta la giurisprudenza della Corte di Giustizia che abbia attivato il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea, ma soltanto alcune sentenze in cui la Corte abbia riconosciuto tutela a diritti ricondotti dalla Corte di Strasburgo nell'ambito di applicazione di quella disposizione, in particolare il diritto al nome, al rispetto

dell'orientamento sessuale, al rispetto dell'identità sessuale e alla vita familiare nelle ipotesi di ricongiungimento familiare ed espulsione dello straniero.

Alcuni profili ascrivibili al diritto al rispetto della vita privata hanno costituito parametro di giudizio di alcune delle prime sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali. Pur non rientrando esse nell'oggetto della nostra analisi, può essere utile richiamarle brevemente, per vedere in che modo sia stato in quei casi attivato il parametro.

La sentenza *Stauder*¹⁵¹ del 1969 costituisce la prima decisione in cui la Corte di Giustizia qualifica i diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario¹⁵². Il caso atteneva alla vendita del burro a prezzi calmierati. Dando applicazione ad una decisione della Commissione del 1969, la città di Ulm, nella Germania dell'Ovest, aveva messo a disposizione dei consumatori beneficiari di un sussidio sociale del burro a prezzo ridotto, previa presentazione di un "buono individuale" contenente il cognome e l'indirizzo del presentatore. Il sig. Stauder, beneficiario della misura, ritenne che l'obbligo di far figurare il proprio nome quale condizione per l'acquisto del burro fosse contrario agli artt. 1 e 3 della Costituzione tedesca, che tutelano la dignità dell'uomo ed il principio di eguaglianza. Il tribunale amministrativo adito sottopose alla Corte una questione pregiudiziale volta ad accertare se la decisione della Commissione che condizionava la vendita del burro alla divulgazione del nome dell'acquirente fosse compatibile con i principi generali del diritto comunitario.

¹⁵¹ C-29/69, 12 dicembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm-Sozialamt*, in Racc. 1969, 419 ss, con nota di N. CATALANO, in Il Foro italiano, 1970, IV, col.205-206.

¹⁵² Secondo P. MATHIJSSEN, *Le debut: la Cour CECA*, in AA.VV. *La Cour de justice des Communauté européenne 1952-2002: Bilan et perspectives*, Bruxelles, 2004, 3-9, referendario alla Corte CECA appena istituita, la "categoria" dei principi generali del diritto quali fonti del diritto comunitario era già stata attivata dalla Corte CECA nelle sue decisioni afferenti al commercio del carbone e dell'acciaio. La Corte aveva infatti già allora riconosciuto che se il Trattato non conteneva una regola espressa per la soluzione della questione sottoposta, la questione doveva essere risolta "ispirandosi alle regole riconosciute dalle legislazioni, la dottrina e la giurisprudenza dei paesi membri". L'Autore cita espressamente la sentenza C-55, 29 novembre 1956, *Federazione del carbone del Belgio c. Alta autorità*, in Racc. 1956, 291 ss., in cui la Corte interpretò la propria competenza ad accertare la violazione del Trattato e di "ogni regola di diritto relativa alla sua applicazione" comprendendovi anche i principi generali del diritto ed il diritto internazionale. Vi si legge, inoltre: "Ad avviso della Corte, è permesso, senza giungere ad un'interpretazione estensiva, applicare una regola di interpretazione generalmente ammessa tanto nel diritto internazionale che nel diritto nazionale e secondo la quale le norme stabilite da un trattato internazionale o da una legge implicano le norme senza le quali le prime non avrebbero senso o delle quali non sarebbe permessa un'applicazione ragionevole o utile". L'Autore rinviene in questo inciso un esempio di prima affermazione della dottrina dei poteri impliciti e di "argomenti" quali la "rule of reason" e l'effetto utile.

Con una pronuncia interpretativa, la Corte ritenne che la decisione della Commissione potesse essere intesa nel senso di non imporre l'identificazione nominativa del beneficiario, cosicché ciascuno Stato doveva considerarsi libero di scegliere tra altri metodi di individuazione del destinatario che non consistessero nella divulgazione del suo nome. Concluse la Corte: *“Così interpretata, la disposizione litigiosa non rivela alcun elemento suscettibile di violare i diritti fondamentali della persona compresi tra i principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto”* (§7).

L'importanza della sentenza risiede essenzialmente nell'aver la Corte assicurato in via pretoria che atti delle istituzioni comunitarie fossero conformi al rispetto dei diritti fondamentali e nell'aver individuato il parametro per tale giudizio non nelle disposizioni costituzionali del singolo Stato membro, bensì in un parametro autonomo e proprio del diritto comunitario.

Qualche considerazione può essere spesa, tuttavia, anche sul contenuto del parametro. Esso non venne individuato in uno specifico diritto, ma genericamente identificato nei *“diritti fondamentali della persona compresi tra i principi generali del diritto comunitario”*. Pur non essendoci alcun cenno, nella motivazione, all'art. 8 della Convenzione europea - che diverrà *“fonte d'ispirazione”* dei principi generali soltanto nella successiva giurisprudenza - dalla fattispecie e dal contenuto della questione pregiudiziale l'interprete può ipotizzare che il diritto di cui la Corte fa applicazione sia il diritto alla riservatezza dei propri dati personali, dunque un diritto cui l'art. 8 assicura protezione.

Quanto alla funzione del parametro, esso venne attivato chiaramente in funzione interpretativa, al fine di indirizzare l'interpretazione dell'atto comunitario impugnato verso un significato conforme al diritto fondamentale invocato. L'applicazione di un diritto – principio generale in funzione interpretativa del diritto comunitario derivato costituisce un elemento che ritroveremo nella successiva analisi.

La sentenza *National Panasonic*¹⁵³ del 1980 costituisce, invece, il primo caso di applicazione espressa dell'art. 8 della Convenzione europea. Il caso ha origine da

¹⁵³ C-136/79, 26 giugno 1980, *National Panasonic (UK) Limited c. Commissione*, in Racc. 2033 ss, con nota di U. BOURKE, in *Common Market Law Review*, 1980, 558-560.

un ricorso per l'annullamento di una decisione della Commissione relativa ad accertamenti per presunta adozione di pratiche contrarie alla leale concorrenza, adottata ai sensi dell'art. 14, par. 3, del regolamento n. 17/62. Con la decisione impugnata, la Commissione stabiliva di procedere tramite propri funzionari a operazioni di verifica e acquisizione di documenti presso la sede della società National Panasonic Ltd. La decisione venne notificata a mani ai rappresentanti della società immediatamente prima delle verifiche e gli accertamenti furono svolti senza attendere l'arrivo del consulente giuridico della società interessata. La ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 della Convenzione, per omesso contraddittorio prima della adozione della decisione e per mancato preavviso entro un congruo periodo di tempo dell'intenzione di procedere a verifiche nella sede della società.

La Corte ritenne di poter applicare l'art. 8, sotto il profilo del rispetto della vita privata, ad una persona giuridica, ma respinse nel merito il ricorso. L'esercizio dei poteri di accertamento attribuiti alla Commissione dal regolamento n. 17/62 venne scrutinato in relazione alle condizioni previste dal secondo comma dell'art. 8 per aversi legittima ingerenza nella vita privata. In particolare, si rilevò che tali poteri avevano lo scopo di consentire alla Commissione di esercitare il compito affidatole dal Trattato CEE, di vegliare sull'osservanza delle norme in materia di concorrenza. Ciò al fine di evitare, come richiesto dal Preambolo, dall'art. 3, lett. f) e dagli artt. 85 e 86 TCE, che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori. Il potere di procedere ad accertamenti senza preavviso non costituiva quindi, secondo la Corte, lesione del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione. Neppure venne accolta la censura relativa alla mancata audizione preventiva dell'interessata, in quanto l'esercizio del diritto di difesa deve per la Corte essere garantito nei procedimenti giudiziari o amministrativi a carattere sanzionatorio, non nei procedimenti di accertamento, finalizzati alla mera acquisizione di informazioni e all'esito dei quali, se del caso, sarà intrapreso il procedimento volto all'adozione della sanzione.

Come si vede, in questo caso l'art. 8 della Convenzione costituisce la fonte diretta del principio fatto valere in funzione di parametro. Nulla si dice, tuttavia, sulla

scelta di dare “ingresso” al diritto al rispetto della vita privata tra i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce l’osservanza, se non attraverso un generico richiamo al precedente *Nold*, dunque in generale alla garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario.

La funzione della disposizione è di parametro di legittimità della misura impugnata. Quanto alla sua applicazione, la Corte riprende parzialmente, seppur in maniera rapida, la struttura dell’argomentazione adottata dalla Corte di Strasburgo, ragionando in termini di “ingerenza” e di “fine legittimo”. Formalmente, non si ha una vera e propria adesione alla scansione motivazionale del giudice della Convenzione, in quanto manca ogni riferimento agli ulteriori passaggi della “*necessarietà della ingerenza in una società democratica*” e dunque della proporzionalità. Tuttavia, nella sostanza, la Corte non si limita ad individuare il fondamento legale dei poteri della Convenzione direttamente negli obiettivi del Trattato di Roma e nelle specifiche disposizioni sulla tutela della leale concorrenza, ma definisce le modalità di esercizio di tali poteri, come previste dal regolamento n. 17/62, come necessarie per il perseguimento delle finalità cui sono volti. Può dirsi, dunque, che vi sia una sostanziale equivalenza tra gli argomenti attivati dalla Corte di Giustizia e gli argomenti usualmente adottati dalla Corte di Strasburgo.

In successive sentenze, la definizione del principio generale corrispondente al diritto al rispetto della vita privata viene specificata ulteriormente. In *Commissione c. Repubblica Federale Tedesca* del 1992¹⁵⁴, a proposito della legislazione tedesca in materia di importazione di farmaci e della tutela del segreto sulle condizioni di salute dei cittadini tedeschi, la Corte afferma che “*il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione del segreto medico, che ne è un aspetto, costituiscono diritti fondamentali protetti dall’ordinamento giuridico comunitario*”, con richiamo espresso al precedente *National Panasonic* (§23). Dalla definizione è espunto il richiamo diretto all’art. 8 della Convenzione; il diritto è enunciato come principio comunitario *tout court*.

¹⁵⁴ C-62/90, 8 aprile 1992, *Commissione c. Repubblica Federale Tedesca*, in Racc. I-2575 ss, con nota di G. STANSFIELD, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, 152-153; A. GRATANI, *Prodotti farmaceutici e libertà di circolazione delle merci*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1992, 377-378.

In *X. c. Commissione* del 1994¹⁵⁵, sulla necessità per il candidato ad un posto di agente presso la Commissione di sottoporsi all'esame HIV, la Corte arricchisce la definizione come segue: “*Secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto al rispetto della vita privata, consacrato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituisce uno dei diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico comunitario. Esso comporta, in particolare, il diritto di tenere segreto il proprio stato di salute*”, e si cita il precedente *Commissione c. Germania* (§17). Ricompare così l'art. 8 quale fonte del principio, affiancato dalle tradizioni costituzionali comuni, la cui esistenza è peraltro solo affermata, senza alcun riferimento a disposizioni o prassi interne a riprova della loro esistenza. L'enucleazione nell'ambito di tale diritto del profilo afferente alla riservatezza sui dati riguardanti la salute è anch'essa meramente affermata, senza riscontro né “interno”, nel legame logico – giuridico o sostanziale tra il diritto generale e la sua sottospecie, né “esterno”, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In *Piera Scaramuzza c. Commissione* del 1994¹⁵⁶, infine, sulla necessità di motivata domanda del funzionario distaccato all'estero che voglia ottenere un'integrazione della remunerazione corrispostagli, il diritto al rispetto della vita privata ritorna ad essere “*derivante dall'art. 8 della Convenzione*”, perdendosi il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni (§31).

La variabilità delle definizioni conferma quanto accennato in precedenza, ossia che l'individuazione di un diritto fondamentale da parte della Corte di Giustizia è operazione discrezionale che non dipende dalle “fonti”, che siano formalmente enunciate o meno, di tale diritto.

Questa breve rassegna consente di chiarire l'oggetto dell'analisi che seguirà. Nei singoli “settori materiali” prescelti, si esamineranno sia pronunce in cui l'art. 8 è espressamente applicato, sia pronunce in cui la Corte fa applicazione di un profilo

¹⁵⁵ C-404/92-T, 5 ottobre 1994, *X. c. Commissione*, in Racc. 1994, I-4737 ss, con nota di P. TWOMEY, in *Common Market Law Review*, 1995, 1013-1023; G. TIBERI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, 837-839.

¹⁵⁶ C-76/93-T, 20 ottobre 1994, *Piera Scaramuzza c. Commissione*, in Racc. 1994, I-5173.

del diritto al rispetto della vita privata e familiare senza riferimento alla citata disposizione. Si analizzeranno, inoltre, decisioni in cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare non viene in gioco né in modo espresso né implicito e in cui tuttavia, attraverso un altro parametro, normalmente le disposizioni del Trattato CE in materia di libera circolazione delle persone o dei servizi o il principio di non discriminazione, la Corte di Giustizia assicura una tutela affine a quella garantita da Strasburgo in forza dell'art. 8.

La selezione delle sentenze analizzate è stata condotta, infatti, avendo come linea guida le fattispecie, i casi, piuttosto che la formale definizione del parametro attraverso il rinvio all'art. 8 della Convenzione. Come è stato osservato, allorché si confrontano due ordinamenti giuridici caratterizzati ciascuno da un proprio ordine di fonti, ciò che cambia non è soltanto la lettera e l'interpretazione di queste fonti, ma prima ancora la qualificazione che i fatti sono suscettibili di ricevere alla luce delle fonti medesime¹⁵⁷. Si è voluto dunque analizzare come sono qualificati nella giurisprudenza comunitaria "fatti", nel senso di fattispecie, analoghi a quelli su cui si sia pronunciata la Corte di Strasburgo.

Le prime sentenze esaminate attengono alla tutela del diritto al nome.

2. IL DIRITTO AL NOME AVANTI ALLA CORTE DI LUSSEMBURGO

Si è detto che nella sentenza della Corte di Strasburgo *Burghartz c. Svizzera* del 1994 il ricorso nasceva dal fatto che gli interessati, cittadini svizzeri, desideravano conservare il nome di famiglia acquisito in Germania. L'attribuzione ai ricorrenti di un cognome familiare diverso da quello che sarebbe loro spettato ai sensi della legislazione svizzera derivava dunque dalla circolazione degli interessati dallo Stato di origine ad un altro Stato europeo e dal contestuale emergere di alcune divergenze tra le legislazioni dei due Paesi in materia di cognome familiare.

Per il sindacato della Corte di Strasburgo, la circolazione e il soggiorno degli interessati in un altro Stato europeo e la contestuale applicazione di legislazioni divergenti non hanno alcuna rilevanza giuridica propria. La motivazione della sentenza, infatti, è tutta condotta sul solo piano della disparità di trattamento tra

¹⁵⁷ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 80.

coniugi nell'ordinamento svizzero, disparità che si produce in maniera identica per tutti i cittadini svizzeri coniugati, indipendentemente dal fatto che essi risiedano o abbiano risieduto altrove.

Del pari, nel caso *Stjerna* del 1994 la Corte afferma in un inciso di non essere convinta che: “*le pretese difficoltà di ortografia e di pronuncia del cognome – lamentate dal ricorrente - possano essere molto frequenti o comunque più importanti di quelle incontrate al giorno d’oggi da un gran numero di persone in Europa, ove i movimenti di popolazione tra Paesi e tra zone linguistiche sono sempre più frequenti*”. Ma anche in questo caso la rilevata presenza di uno spazio unico europeo di circolazione delle persone non costituisce una componente di diritto della motivazione, ma una considerazione di fatto, effettuata da una Corte sempre attenta a cogliere i mutamenti del sentire sociale e l’evoluzione delle prassi e dei costumi.

L’esercizio della libera circolazione delle persone, invece, costituisce il presupposto per la rilevanza comunitaria di fattispecie analoghe a quelle ora descritte, dunque la condizione in presenza della quale si radica la competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi in materia di diritto al cognome.

Tre sono le sentenze in cui la Corte di Giustizia è intervenuta in materia, la sentenza *Kostantinidis* del 30 marzo 1993, la sentenza *Garcia Avello* del 2 ottobre 2003 e la sentenza *Standesamt Stadt Niebüll* del 27 aprile 2006, di incompetenza per mancanza in capo al soggetto rimettente dei requisiti comunitari di “giudice”, comunque interessante per le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs, che entrano nel merito della questione¹⁵⁸. L’analisi delle citate pronunce è particolarmente significativa perché la prima sentenza precede l’entrata in vigore delle norme sulla cittadinanza europea introdotte con il Trattato di Maastricht, mentre la seconda si fonda proprio sugli articoli del Trattato della Comunità che istituiscono la cittadinanza, di modo che è possibile trarne alcune indicazioni sul mutamento del parametro comunitario in forza dell’introduzione del nuovo *status* di cittadino comunitario. Ne deriverà che la tutela di un diritto alla personalità come il diritto al nome, inizialmente garantita in quanto funzionale all’esercizio di

¹⁵⁸ Corte di Giustizia, C-168/91, 30 marzo 1993, *Kostatinis*, in Racc. 1993, I-1191; C-148/02, 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, in Racc. 2003, I-11613; C-96/04, 27 aprile 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, in Racc. 2006, I-3561.

un diritto a rilevanza economica, la libera circolazione delle persone, sembrerà assumere una dimensione autonoma.

2.1. Il diritto al nome come mero riflesso di una libertà economica

La prima sentenza con cui la Corte di Giustizia affronta il tema del diritto al nome, *Kostantinidis* del 1993, ha ad oggetto il problema della corretta traduzione in caratteri latini del nome di un cittadino greco residente in Germania.

Il sig. Konstantinidis è un cittadino greco che svolge in Germania la libera professione di massaggiatore. Al momento del matrimonio, il suo nome venne trascritto nel registro dello stato civile come “Christos Konstadinidis”. Egli fece richiesta di rettificare il cognome da Konstadinidis a Konstantinidis, poiché tale ultima grafia indicava nella maniera più fedele possibile ai germanofoni la pronuncia corretta del suo nome in greco e corrispondeva alla dicitura contenuta nel suo passaporto. L’esperto incaricato dal Tribunale della traduzione dell’atto di nascita del ricorrente tradusse il nome in “Hréstos Kóstantinidés”, ciò sulla base di un sistema di traduzione, detto ISO-18, prescritto da una Convenzione internazionale del 1973 relativa all’indicazione dei cognomi e dei nomi nei registri dello stato civile, sottoscritta dalla Germania e correntemente utilizzato dai tribunali tedeschi. L’interessato sostenne che una siffatta traduzione deformava la pronuncia del suo nome.

Il Tribunale adito sollevò una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo di accertarsi se il fatto di costringere un lavoratore di uno Stato membro, che esercita l’attività in un altro Stato membro ai sensi degli artt. (ex) 48, 52 e 59 TCE, a far registrare il proprio nome con grafia divergente dalla sua trascrizione fonetica, e contro la propria volontà, nei registri anagrafici del Paese ospitante configurasse una violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all’art. (ex) 7 TCE.

La Corte di Giustizia ritenne la questione di rilevanza comunitaria in quanto inerente alla circolazione di un libero professionista, ai sensi dell’art. (ex) 52 TCE. In principio, secondo la Corte, nulla nel Trattato ostava alla trascrizione di

un nome greco in caratteri latini nel registro di un altro Stato membro; di più, spettava allo Stato membro stabilire le modalità attraverso cui operare tale trascrizione. Tuttavia, le norme e le prassi interne avrebbero dovuto essere compatibili con l'esercizio della libertà di cui all'art. 52, ossia tali da non creare al cittadino ellenico un disagio che ledesse di fatto il libero esercizio del suo diritto di stabilimento. In conclusione, secondo la Corte l'art. 52 ostava a che la legislazione di uno Stato membro obbligasse un cittadino ellenico ad utilizzare, nell'esercizio della sua professione, una determinata grafia del suo nome risultante dalla traslitterazione nei registri dello stato civile, qualora a questa grafia corrispondesse una pronuncia alterata e *“tale alterazione lo esponga al rischio di uno scambio di persone presso la sua clientela potenziale”*.

Nella pur breve motivazione emergono con evidenza due profili: la libertà di stabilimento di cui all'art. 52 costituisce sia la fonte del collegamento della fattispecie concreta con il diritto comunitario, rendendo la questione *“ratione materiae”* rilevante per la Corte di Giustizia, sia il parametro unico del caso di specie, in quanto una trascrizione del nome che distorca la sua pronuncia fonetica lede di fatto la libertà di circolazione del ricorrente¹⁵⁹. La Corte non individua né accenna in alcun modo ad un *“diritto al nome”* o, se si vuole, ad un diritto alla *“conservazione del proprio nome”*, né quale specifica componente della libertà di stabilimento, né quale autonomo principio generale di diritto. Al contrario, attraverso il criterio interpretativo dell'effetto utile, vi è una chiarissima funzionalizzazione del diritto garantito, l'uso di una grafia cui corrisponda una pronuncia del nome fedele all'originale, all'esercizio della libertà economica

¹⁵⁹ In realtà, nella sentenza il parametro di giudizio oscilla tra il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e il diritto alla libera circolazione dei prestatori di servizi di cui all'art. 52. La motivazione contiene un inciso non molto comprensibile, ove si afferma che occorre accertare se talune norme nazionali riguardanti la trascrizione in caratteri latini del nome di un cittadino ellenico nei registri dello stato civile del Paese in cui si è stabilito siano tali da porlo in una situazione di diritto o di fatto svantaggiata in confronto alla situazione posta in essere, nelle stesse circostanze, per un cittadino di tale Stato membro (§13). In realtà, è evidente che il termine di paragone della supposta discriminazione non può essere costituito dal trattamento riservato ai cittadini tedeschi, in quanto i tedeschi non saranno mai costretti a tradurre il loro nome per iscriverlo in un registro del loro Stato di appartenenza. Più correttamente, l'Avv. Gen. Jacobs nelle sue Conclusioni aveva identificato i termini di confronto della non discriminazione nel trattamento riservato ai cittadini greci e in quello applicato ai cittadini degli altri Stati membri immigrati in Germania, concludendo che la legislazione tedesca sarebbe fonte di una discriminazione indiretta od occulta, in quanto non espressamente i greci sono soggetti ad un trattamento differenziato, ma di fatto soltanto essi sono costretti ad una traduzione del nome che distorce la sua pronuncia originaria (§18-19 Conclusioni Avv. Gen. Jacobs del 9 dicembre 1992, in Racc. 1993, I-1191).

invocata, tanto che la Corte identifica il pregiudizio in cui incorrerebbe il ricorrente nel “*rischio di uno scambio di persone presso la sua clientela potenziale*”.

Avrebbe potuto la Corte già nel 1993 identificare un diritto al nome quale principio generale del diritto comunitario, attribuendo ad esso il contenuto proprio di un diritto alla personalità? Probabilmente sì. Vero è che la Convenzione europea non contiene alcun riferimento espresso al diritto al nome e che, soprattutto, la Corte di Strasburgo all’epoca non aveva ancora identificato tale diritto come autonoma componente dell’art. 8 della Convenzione, poiché la prima sentenza in tema, *Burghartz*, è stata pronunciata il 22 febbraio 1994, dunque dopo la sentenza *Konstantinis* del 30 marzo 1993.

L’Avvocato Generale Jacobs, tuttavia, nelle sue Conclusioni, tentò di “costruire” un autonomo principio generale consistente nel diritto alla conservazione del proprio nome, traendolo, come di consueto, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni¹⁶⁰. Da un lato, pur in assenza di una giurisprudenza specifica della Corte di Strasburgo, l’Avvocato Generale affermò che mediante un’interpretazione estensiva dell’art. 8 della Convenzione si sarebbe potuto giungere a proteggere il diritto della persona ad opporsi contro ingerenze ingiustificate relative al suo nome (§41); dall’altro, richiamò espressamente numerose disposizioni costituzionali degli Stati membri inerenti all’integrità fisica e morale della persona per concludere che: “*lo Stato deve rispettare non solo il benessere fisico della persona, ma anche la sua dignità, la sua integrità morale e la coscienza della sua identità*”(§36-39)¹⁶¹. In relazione al

¹⁶⁰ Ciò a partire dalle già ricordate sentenze C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internazionale Handelsgesellschaft mbH*, in Racc. 1970, 1128, per ciò che riguarda le tradizioni costituzionali comuni; C-4/73, 14 maggio 1974, *Nold*, in Racc. 1974, 491, per ciò che attiene ai Trattati internazionali.

¹⁶¹ Conclusioni Avvocato Generale Jacobs del 9 dicembre 1992, in Racc. 1993, I-1191. Questi cita espressamente l’art. 10, c. 1, della Costituzione spagnola, sulla dignità della persona e il libero sviluppo della sua personalità, l’art. 15, che tutela il diritto alla vita e all’integrità fisica e morale e l’art. 18, che protegge il diritto all’onore, alla riservatezza personale e familiare e all’immagine della persona; l’art. 25 della Costituzione portoghese, sull’inviolabilità dell’integrità fisica e morale delle persone e l’art. 26, che garantisce il diritto all’identità, al buon nome e alla reputazione, all’immagine e alla riservatezza; nella Costituzione greca, l’art. 2, sul rispetto e la tutela del valore dell’essere umano e l’art. 5, che assicura a tutti il libero sviluppo della personalità; in Irlanda, l’art. 40, comma 1, della Costituzione, sull’eguaglianza di tutti i cittadini, in quanto persone fisiche, avanti alla legge, comma 3, punto 1, in cui lo Stato garantisce il rispetto dei diritti

diritto al nome, in particolare, l'Avvocato generale qualificò il nome come componente fondamentale dell'identità personale, tanto più rilevante in quanto rimanda alle origine etniche e, a volte, al sentimento religioso del soggetto interessato (§40). Nel caso di specie, se il ricorrente fosse stato costretto a modificare la grafia latina del suo nome da "Christos" a "Hréstos", si sarebbero perse l'apparenza e il suono di un nome greco e sarebbe scomparso anche il carattere cristiano nel nome, aspetto espressamente sottolineato dal ricorrente all'udienza pubblica avanti alla Corte. Concludeva l'Avvocato Generale:

(§48):“E' mia opinione che un cittadino comunitario che si rechi in un altro Stato membro come lavoratore dipendente od autonomo in forza degli artt. 48, 52 o 59 del Trattato, abbia il diritto non solo di svolgere la sua attività commerciale o professionale e di godere delle stesse condizioni di vita e di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante, ma altresì di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali, in particolare quelli proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare "civis europeus sum" e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali”.

Le Conclusioni dell'Avvocato generale appaiono ben più avanzate rispetto alla posizione adottata dalla Corte nella sua sentenza. Esse prospettano l'esistenza di un diritto all'identità personale, inteso come diritto a conservare il proprio nome in uno Stato diverso da quello di origine, e lo qualificano come posizione giuridica autonoma direttamente connessa ad uno *status* di cittadino "europeo". La cittadinanza, si noti bene, è concepita in queste Conclusioni come titolarità di un insieme di diritti fondamentali riconducibili ad un patrimonio di valori comuni

non patrimoniali dei cittadini, e punto 2, in cui lo Stato si obbliga a tutelare la vita, la persona, il buon nome e i diritti di proprietà di ogni cittadino; in Italia, l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui assicura a tutti la pari dignità sociale, e l'art. 22, secondo cui nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome.

Secondo Jacobs, l'art. 22 della Costituzione italiana riveste particolare interesse, in quanto si tratterebbe dell'unica disposizione costituzionale di uno Stato membro che vieti espressamente allo Stato di privare un cittadino del proprio nome. Sul punto l'Avvocato Generale cita il contributo di U. DE SIERVO nel *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, 1978, p. 20, nonché FALZONE, PALERMO, COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, 1969, p. 87. In realtà, le sentenze della Corte costituzionale italiana hanno sempre ricondotto la tutela del diritto al nome, quale aspetto dell'identità personale, all'art. 2 della Costituzione (v. nota precedente).

agli Stati membri che va ben al di là della dimensione economica delle libertà originarie dei Trattati. Nella ricostruzione giuridica del caso elaborata dall'Avvocato Generale, infatti, l'esercizio di una libertà economica resta necessario perché sussista il collegamento tra la fattispecie concreta ed il diritto comunitario ma, una volta instaurato tale collegamento, la posizione soggettiva che il diritto comunitario è in grado di proteggere si emancipa dalla mera garanzia della libertà economica per assicurare il godimento di un diritto della personalità quale il diritto al nome.

Ora, le Conclusioni dell'Avvocato generale risalgono al 9 dicembre 1992. Il Trattato di Maastricht, introduttivo degli articoli sulla cittadinanza dell'Unione nel Trattato di Roma, è stato sottoscritto il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1 novembre 1993. Pur non facendone alcun cenno espreso, è chiaro che all'epoca della redazione delle sue Conclusioni l'Avvocato Generale risentiva della imminente introduzione nei Trattati delle norme sulla cittadinanza. Nella stessa temperie culturale, invece, la Corte decise volontariamente di adottare un profilo minimo di tutela del sig. Konstantinidis, strettamente correlato nei presupposti e negli effetti ad una concezione funzionale dei diritti fondamentali alle libertà economiche garantite dal Trattato. Ciò perché il parametro costituito dall'art. 52 TCE, interpretato alla luce del criterio dell'effetto utile, fu evidentemente ritenuto sufficiente per la soluzione del caso di specie, senza necessità di ulteriori specificazioni. La Corte si dimostrò, dunque, in questo caso molto cauta nell'ampliare il catalogo dei principi generali del diritto comunitario che esprimono diritti fondamentali della persona.

Tentiamo ora di giungere ad uno sguardo d'insieme. Nel medesimo arco temporale, 1993-1994, sullo spazio europeo si affacciano una Corte di Strasburgo che consente a cittadini svizzeri di conservare il nome familiare acquisito in Germania nei registri dello stato civile svizzero, obbligando lo Stato di origine a modificare la sua legislazione interna; una Corte di Giustizia che condanna la prassi interna tedesca di trascrizione dei nomi stranieri, per consentire ad un cittadino ellenico di continuare ad essere identificato con una grafia latina che corrisponda il più possibile alla pronuncia greca del suo nome. Il grado di tutela

del diritto alla conservazione del proprio nome offerto dalle due Corti appare molto simile. Tuttavia, i parametri attivati per raggiungere tale risultato sono diversissimi: il principio di non discriminazione in base al sesso per la Corte di Strasburgo, la libertà di stabilimento per la Corte di Lussemburgo.

Si tratta ora di verificare se l'introduzione dello *status* di cittadino europeo abbia in qualche modo avvicinato i parametri utilizzati dalle due Corti.

2.2 Il diritto al nome come componente autonoma della cittadinanza europea

La Corte di Giustizia ritorna ad affrontare il tema del diritto al nome nella sentenza *Garcia Avello* del 2 ottobre 2003, in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato belga¹⁶². Il ricorso principale è proposto da un cittadino spagnolo coniugato in Belgio, che aveva presentato una domanda di cambiamento del cognome dei propri figli, nati e residenti in Belgio, ma titolari della doppia cittadinanza belga e spagnola.

In base ad una regola consuetudinaria codificata nell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 12 aprile 1930, quando un cittadino belga possiede al contempo una o più altre cittadinanze, le autorità belghe devono far prevalere la cittadinanza belga. In conformità a questo principio, gli ufficiali dello stato civile avevano iscritto i figli del ricorrente nel registro delle nascite con il solo cognome del padre, come previsto per i cittadini belgi dall'art. 335 del Codice Civile. Il ricorrente, tuttavia, chiese al Ministro della Giustizia di modificare il cognome dei figli in "Garcia Weber", applicando loro la regola di attribuzione del cognome spagnola per cui il cognome dei figli è formato dai primi patronimici del padre e della madre. Gli interessati, infatti, erano stati registrati con il cognome "Garcia Weber" presso la sezione consolare in Belgio dell'Ambasciata di Spagna. Il Ministro della Giustizia respinse la domanda, in quanto i figli del ricorrente andavano considerati cittadini belgi, potendosi al massimo consentire la

¹⁶² Per un commento alla sentenza *Garcia Avello* del 2 ottobre 2003, C-148/02, in Racc. 2003, I-11613, si veda X, nota alla sentenza, in *Giustizia Civile*, 2004, I, 8-9; E. CASTORINA, *Il caso "Garcia Avello" innanzi alla Corte di Giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 2009-2015; M. NOVELLA BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Famiglia e Diritto*, n. 5/2004, 442-450; G-R. DE GROOT, *Towards european conflict rules in matters of personal status*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 115-119.

rettificazione del loro cognome nel solo primo patronimico del padre, “Garcia”, in luogo del cognome completo “Garcia Avello”.

Il Consiglio di Stato chiese alla Corte di Giustizia di verificare se i principi del diritto comunitario in materia di cittadinanza europea e di libera circolazione delle persone, riconosciuti dagli artt. 17 e 18 TCE, ostavano a che le autorità amministrative belghe negassero l’attribuzione del doppio cognome a cittadini belgi aventi doppia cittadinanza.

Secondo la Corte di Giustizia, la rilevanza comunitaria della questione si radica nelle norme del Trattato relative alla cittadinanza europea, ai sensi dell’art. 17 TCE. Sebbene le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrino nella competenza degli Stati membri, questi ultimi sono chiamati per la Corte ad esercitare la loro competenza nel rispetto del diritto comunitario, in particolare le disposizioni del Trattato relative alla libertà di circolare e soggiornare sul territorio di un altro Stato membro. I figli del sig. Avello, intesi dalla Corte come i soggetti direttamente interessati al cambiamento del cognome, godono dello *status* di cittadini comunitari, in quanto hanno la cittadinanza di uno Stato membro dell’Unione. Indipendentemente dall’esercizio di un’attività economica, essi entrano nella sfera di applicazione del diritto comunitario in quanto “*soggiornano legalmente nel territorio di un altro Stato membro*” diverso da quello di cui sono cittadini. Questo basta per determinare il collegamento tra la fattispecie concreta ed il diritto comunitario.

La rilevanza comunitaria della questione consente l’applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, ai sensi dell’art. 12 TCE. Di esso la Corte fa un’applicazione peculiare. Secondo la Corte, infatti, proprio in forza della doppia cittadinanza i figli del ricorrente non possono essere equiparati ai cittadini belgi che non hanno altre cittadinanze. Ne consegue che non è possibile applicare loro il medesimo trattamento che il Belgio riserva a coloro che sono soltanto suoi cittadini. Ora, la disparità di trattamento derivante dall’aver trattato in maniera eguale situazioni diverse non risulta, secondo la Corte, sorretta da alcuna giustificazione ragionevole. Atteso che i figli del ricorrente hanno conseguito in Spagna un cognome conforme alle regole di attribuzione ivi applicabili, l’attribuzione di un cognome diverso in un altro Stato membro potrebbe provocare

agli interessati difficoltà nel fruire nello Stato di residenza di atti e documenti redatti nello Stato di origine e viceversa.

Il Governo resistente, cui si sono affiancati *ad adiuvandum* i Governi olandese e danese, sosteneva che costituisse giustificazione all'identità di trattamento riservata ai figli del ricorrente al pari degli altri cittadini belgi il principio dell'immutabilità del cognome, in quanto strumento idoneo a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone. La Corte ritiene che tale principio, pur fondato su ragioni meritevoli di tutela, non osterebbe a che i cittadini di uno Stato membro che abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato siano ammessi a portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dalla legislazione del primo Stato, ciò perché *“a causa della vastità dei flussi migratori all'interno dell'Unione, diversi sistemi nazionali di attribuzione del cognome coesistono in uno stesso Stato membro, cosicché la filiazione non può essere necessariamente valutata nella vita sociale di uno Stato membro con il metro del solo sistema applicabile ai suoi cittadini”*. Di più, *“un sistema che consenta la trasmissione di elementi del cognome dei due genitori, lungi dal provocare confusione sul legame della filiazione dei figli, può al contrario contribuire a rafforzare il riconoscimento di questo legame rispetto ai due genitori”* (§42).

Ancora, a fronte dell'eccezione degli Stati intervenienti secondo cui l'uniforme applicazione delle regole statali sull'attribuzione del cognome anche a cittadini di altri Stati membri favorirebbe l'integrazione nella società in cui gli interessati vivono, realizzando l'obiettivo stesso cui è volto il principio di non discriminazione, la Corte replica che, tenuto conto dell'esistenza entro il medesimo Stato di sistemi diversi di attribuzione del cognome applicati alle persone che vi risiedono, la prassi seguita dalle autorità belghe non è idonea a favorire l'integrazione dei cittadini di altri Stati membri in Belgio. In conclusione, il diniego opposto al ricorrente appare sproporzionato, in quanto la prassi belga già ammette deroghe all'attribuzione del solo cognome del padre in situazioni affini a quella in cui versano i ricorrenti, per esempio quando la famiglia in questione abbia vissuto in un Paese estero in cui abbia registrato il doppio cognome, ovvero quando abbia scarsi legami con il Belgio, o ancora quando un

primo figlio sia nato in Spagna e sia stato registrato secondo le regole spagnole, mentre il secondo sia nato in Belgio, onde evitare una difformità di cognomi entro il medesimo nucleo familiare.

Rispetto al precedente *Konstantinidis*, la dimensione economica inerente alla tutela del diritto al nome appare notevolmente affievolita.

Sotto il profilo del collegamento, infatti, le disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione sono di per sé sufficienti a radicare la rilevanza comunitaria della fattispecie e la conseguente competenza della Corte di Giustizia. Esse, in particolare, consentono a soggetti minori di valersi di una tutela comunitaria del proprio cognome per il solo fatto del soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini nazionali. Per la Corte non è più necessario, invece, istituire un legame di accessorieta' tra il diritto rivendicato dai minori e l'effettivo godimento da parte del genitore del diritto alla libera circolazione¹⁶³, legame di solito richiesto, in quanto previsto dal diritto comunitario derivato in materia di

¹⁶³ Nelle sue Conclusioni del 22 maggio 2003, l'Avvocato generale Jacobs si pone in realtà il problema di identificare i titolari della posizione soggettiva rilevante per il diritto comunitario, chiedendosi se essi siano i genitori, che chiedono di poter attribuire ai figli un cognome conforme alla propria cittadinanza di origine, o viceversa i figli stessi, che già si sono visti attribuire il cognome Garcia Weber dall'ambasciata spagnola. L'identificazione del titolare del diritto invocato non è di poca importanza. Anzi, è determinante al fine di accertare la sussistenza di un collegamento tra la fattispecie concreta e il diritto comunitario. Sia il padre che i figli sono cittadini comunitari, ma solo il padre ha esercitato in concreto la libertà di circolazione. Se, dunque, si optasse per una concezione del collegamento con il diritto comunitario che, pur entro i principi della cittadinanza, resta ancorata all'effettivo esercizio della libertà di circolazione, solo il padre potrebbe agire in sede comunitaria. Non a caso, infatti, i tre Governi intervenuti eccepivano che i figli del ricorrente fossero cittadini belgi residenti in Belgio che non avevano mai circolato nel territorio di un altro Stato membro. Anche la Commissione, d'altra parte, sosteneva che il soggetto nei confronti del quale il diritto comunitario esplica effetti sia il padre, in quanto cittadino spagnolo che ha esercitato il proprio diritto alla libera circolazione.

Mentre la Corte identifica chiaramente i figli quali soggetti direttamente titolari di una pretesa rilevante per il diritto comunitario, ciò in forza del solo soggiorno in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini, l'Avvocato Jacobs opta per una ricostruzione della fattispecie più tradizionale, in cui la posizione dei figli è prospettata come accessoria e funzionale al godimento della libertà di circolazione e soggiorno da parte del padre. Egli ammette che anche la posizione dei figli abbia una rilevanza comunitaria, in quanto cittadini spagnoli, ma ricostruisce il loro status come "inseparabile dall'esercizio da parte del padre, di cui essi sono a carico, del proprio diritto alla libera circolazione" (§50-52); "Il rifiuto di consentire che il cognome del sig. Garcia Avello sia trasmesso in conformità al suo modo di formazione è una conseguenza dell'esercizio da parte di questi del diritto alla libera circolazione giacché, se egli non avesse esercitato tale diritto, la situazione in cui è intervenuto il rifiuto non si sarebbe verificata. L'esistenza di una prassi amministrativa che comporti sistematicamente un tale rifiuto è dunque tale da rendere meno attraente l'esercizio di tale diritto" (§65).

libera circolazione dei lavoratori per aversi attribuzione di diritti e facoltà ai familiari del cittadino comunitario che circola¹⁶⁴.

Sotto il profilo del contenuto del diritto tutelato, inoltre, la Corte afferma chiaramente che esso consiste nel diritto all'attribuzione di un cognome conforme alle regole vigenti nello Stato di origine, anche se esse contrastano con quelle dello Stato di residenza, ovvero nel diritto alla conservazione del cognome che nello Stato di origine sia già stato acquisito.

E' chiaro che siffatta definizione si discosta nettamente dall'esigenza prospettata in *Konstantinidis* di evitare il rischio di confusione, ingenerato dall'alterazione del cognome, nella clientela potenziale di un soggetto lavoratore. In *Garcia Avello*, invece, la Corte configura il cognome come segno di identificazione personale del minore, espressione del suo legame con una data famiglia di origine e, più in generale, della provenienza nazionale sua e dei suoi genitori. Il riferimento espresso della Corte al rafforzamento del legame che il cognome realizza tra figli e genitori evoca nell'interprete, pur in assenza di richiami espressi, la tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione.

¹⁶⁴ Prima dell'introduzione della cittadinanza, i diritti dei familiari che fossero essi stessi cittadini comunitari non trovavano fondamento direttamente nel Trattato, ma nella normativa secondaria, assumendo la connotazione di diritti derivati, il cui riconoscimento dipendeva dalla posizione del lavoratore che circolava.

Gli articoli 10, 11 e 12 del regolamento n. 1612/68, per esempio, riconoscono al coniuge, ai discenti minori di 21 anni o comunque a carico e agli ascendenti del lavoratore e del coniuge a carico il diritto di stabilirsi nello Stato membro in cui il lavoratore esercita la propria attività, qualunque sia la loro cittadinanza, a condizione che il lavoratore disponga di un alloggio considerato normale per i lavoratori nazionali della regione in cui è occupato. L'art. 11 del regolamento assicura ai familiari il diritto di accedere a qualsiasi attività lavorativa subordinata nel territorio dello Stato membro ospitante. L'art. 12 garantisce ai figli del lavoratore il diritto di frequentare i corsi di insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i figli dei cittadini dello Stato ospitante. Analoghi diritti sono stati estesi dalle direttive degli anni 90 ai familiari di cittadini comunitari che circolano senza esercitare un'attività economica: l'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 90/364/CEE del 28 giugno 1990, stabilisce che gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli altri Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario ed ai loro familiari. Ciò a condizione che coloro che circolano dispongano per sé e per i familiari di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per vivere. La direttiva 90/365/CEE ha disciplinato il diritto di soggiorno dei pensionati e la direttiva 93/96/CEE quello degli studenti. Anche queste direttive prevedono che il migrante debba disporre per sé e per i suoi familiari di un'assicurazione malattia e di risorse sufficienti.

Una analisi complessiva della giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori e della conseguente realizzazione dell'obiettivo dell'eguaglianza nel rapporto di lavoro, è condotta da G. F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto al lavoro degli Stati membri*, 1988, ora in ID, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2000, 159 ss.

Se il diritto comunitario, dunque, non detta regole proprie in materia di attribuzione del cognome, l'introduzione della cittadinanza europea è in grado di incidere in maniera significativa su alcune norme nazionali di diritto internazionale privato¹⁶⁵. La sentenza *Garcia Avello* rappresenta in questo senso uno dei casi, di cui si dava conto nel paragrafo introduttivo, in cui la Corte di Giustizia, pur riconoscendo che un dato settore materiale appartiene alla competenza esclusiva dello Stato membro, vincola l'esercizio di tale competenza al rispetto di principi comunitari, limitando in tal modo il margine discrezionale in astratto spettante alle autorità nazionali¹⁶⁶.

Due, in definitiva, sono gli insegnamenti che si traggono dalle sentenze analizzate. Innanzitutto, che ciascun cittadino comunitario ha diritto di essere "la stessa persona" in tutto lo spazio giuridico europeo, dunque ha diritto di portare un identico cognome, quale suo segno identificativo personale, nel territorio di ciascuno degli Stati membri in cui decida di vivere. In secondo luogo che, nel momento in cui devono applicarsi regole di attribuzione del cognome al cittadino comunitario che risiede in uno Stato membro diverso da quello di origine, tali regole devono consentire al cittadino di conservare il legame con la propria famiglia e, di riflesso, con il proprio Stato di appartenenza¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Vero è, come evidenzia E. CASTORINA, *Il caso "Garcia Avello" innanzi alla Corte di Giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, cit., che "il diritto al nome quale segno distintivo dell'individuo, ed in diritto all'identità personale non ricevono nella motivazione della pronuncia diretta protezione quali situazioni fondamentali pur riconducibili, a pieno titolo, tra le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e che "...nella scarsa giurisprudenza in materia l'occasione avrebbe potuto valorizzare una nozione di cittadinanza europea direttamente sostenuta, all'interno del processo di "integrazione sociale", da taluni essenziali contenuti di valore inerenti alla personalità umana". Ma, come sottolinea lo stesso autore, non deve sottovalutarsi il fatto che la sentenza esprime la portata espansiva della cittadinanza europea. Proprio attraverso la cittadinanza, combinata con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, la Corte è in grado di garantire una protezione comunitaria ad un diritto della personalità.

¹⁶⁶ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 92.

¹⁶⁷ Per un'applicazione dei principi contenuti nella sentenza *Garcia Avello* in Italia, Tribunale di Bologna, 9 giugno 2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 5/2004, 441-442, secondo cui è ammissibile l'istanza per la correzione di un atto di nascita di un minore con doppia cittadinanza italiana e spagnola, nato in Spagna ed iscritto nei registri dello stato civile spagnoli con il doppio cognome, a cui in sede di trascrizione dell'atto di nascita, ai sensi dell'art. 98 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, l'ufficiale dello stato civile italiano ha attribuito il solo cognome del padre. Il combinato disposto degli artt. 12 e 17 TCE, come interpretati dalla Corte di Giustizia, non consente alle autorità amministrative di uno Stato membro di limitare gli effetti della cittadinanza in un altro Stato membro. In particolare, la doppia cittadinanza legittima i genitori del minore a chiedere che l'ordinamento italiano riconosca il diritto e la tradizione spagnoli: "solo così sono garantiti al

Una riflessione particolare è richiesta dall'utilizzo del parametro della non discriminazione in base alla nazionalità. In passato, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, inscindibilmente connesso sin dalla prima redazione del Trattato di Roma all'esercizio della libertà di circolazione delle persone – ex art. 48, ora art. 39, comma 2, TCE - ha rappresentato lo strumento giuridico attraverso cui la Corte di Giustizia ha contribuito a realizzare l'integrazione dei lavoratori migranti nei diversi Stati membri della Comunità. Attraverso il principio di parità di trattamento, la Corte ha esteso ai migranti le tutele prima riservate ai soli cittadini dallo Stato ospitante in materia di retribuzione, contribuzione, indennità connesse all'esercizio dell'attività lavorativa, diritto allo studio e alla formazione. Il divieto di discriminazione connesso alla libertà di circolazione è stato, dunque, la chiave attivata dalla Corte di Giustizia per consentire il pieno e paritario inserimento del lavoratore nel contesto produttivo dello Stato ospitante. Il veicolo economico, d'altra parte, ha comportato riflessi sociali di ben più ampia portata, trasformando le società nazionali in società aperte in cui i cittadini comunitari potessero concretamente aspirare alla propria realizzazione personale al pari dei cittadini nazionali attraverso la conquista di un dignitoso tenore di vita.

Allorché, tuttavia, viene in gioco un diritto della personalità quale il diritto al nome, la strada percorsa dalla Corte di Giustizia è diversa. Ancora una volta essa passa per l'implementazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, ma attraverso uno schema di giudizio opposto a quello tradizionale. L'integrazione si realizza, in questo caso, non per mezzo dell'estensione ai cittadini comunitari del trattamento spettante ai cittadini nazionali, ma, esattamente al contrario, attraverso l'applicazione di una disciplina distinta agli uni e agli altri.

minore il diritto di vedere riconosciuta nell'ambito dell'Unione una sola identità personale e familiare e ad esercitare tutti i diritti fondamentali attribuiti a ciascuno dalle normative nazionali, spagnola e italiana, cui egli è legato da vincoli di pari grado e intensità".

La prassi italiana in materia di rettifica del cognome è esaminata alla luce della sentenza *Garcia Avello* da C. FIORAVANTI, *Attribuzione uniforme di nomi e cognomi secondo la Convenzione di Monaco*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, 562-567.

Questa scelta, a mio parere, non è ideologicamente neutra, ma rivela una precisa idea di integrazione sociale, di cui la Corte si fa portatrice. L'affermarsi di società aperte non comporta per la Corte che le identità nazionali debbano svanire. Al contrario, lo spazio europeo che emerge da decisioni quali quella commentata si presenta come un *humus* in cui le diverse origini nazionali costituiscono un elemento di ricchezza. In quest'ottica, le regole sull'attribuzione del cognome acquistano un significato particolare. Il cognome, infatti, è il veicolo attraverso cui il singolo exteriorizza nel contesto in cui vive il suo legame familiare e la sua origine, divenendo un importante strumento di valorizzazione dell'identità nazionale. Viene così respinta l'idea, sostenuta dalle difese degli Stati nazionali, che in nome dell'integrazione i nati con doppia cittadinanza debbano essere omologati a tutti gli altri cittadini nazionali. Tale idea si giustificerebbe se si considerasse la palese diversità di cognome rispetto all'uso comune diffuso nello Stato di residenza come il preludio di potenziali discriminazioni, dunque da evitare o da occultare. La Corte, invece, sposa un'idea di integrazione delle identità nazionali che si fonda sul principio del pluralismo, cosicché la conservazione di un segno distintivo dell'origine nazionale costituisce un fattore di arricchimento per il contesto sociale e culturale in cui cittadini nazionali e comunitari convivono.

Se è vero, inoltre, che il cognome rinvia immediatamente ad una certa origine nazionale, dunque al rapporto privilegiato che un cittadino mantiene con il proprio Stato di origine, la scelta della Corte potrebbe intendersi come indiretta attuazione del principio espresso dall'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione, per cui "*L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri*"¹⁶⁸.

Un tale risultato è raggiunto dalla Corte proprio attraverso il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Esso è in grado di atteggiarsi come fattore di omologazione sul piano economico, in modo da evitare ingiuste

¹⁶⁸ L'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni sposta, invece, l'accento sull'integrazione culturale che sarebbe favorita dalla coesistenza entro il medesimo Stato di diversi modi di attribuzione del cognome corrispondenti alle diverse nazionalità dei cittadini interessati. Cita, in questo senso, il Preambolo del Trattato sull'Unione Europea, l'art. 3, n. 1, lett. q) TCE, ai sensi del quale l'azione della Comunità comporta "*un contributo ad un'istruzione e ad una formazione di qualità e al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri*", e l'art. 151, n. 4, TCE, secondo cui "*La Comunità tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni del presente Trattato, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture*" (§72-73).

disparità di trattamento dovute alla sola provenienza estera dei lavoratori, ma è egualmente in grado di operare come strumento di salvaguardia delle differenze, ove queste siano espressione di quel pluralismo delle identità nazionali che costituisce una delle caratteristiche fondanti della costruzione comunitaria.

Una fattispecie analoga al caso *Garcia Avello* è stata affrontata dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Standesamt Stadt Niebüll* del 27 aprile 2006. Il caso riguardava un bambino di nazionalità tedesca nato da genitori tedeschi in Danimarca e registrato in virtù del diritto danese con il doppio cognome Grunkin – Paul. Gli uffici tedeschi si rifiutarono di riconoscere tale patronimico, a motivo che il diritto tedesco non consente l’attribuzione ai figli del doppio cognome del padre e della madre. La Corte di giustizia si è dichiarata incompetente a risolvere la questione pregiudiziale sottoposta per la carenza in capo all’organo rimettente dei requisiti di “giudice”, ai sensi dell’art. 234 TCE. L’Avvocato Generale Jacobs, tuttavia, pur avendo egli stesso prospettato l’incompetenza della Corte, decide di affrontare la questione nel merito¹⁶⁹.

Rispetto ai precedenti esaminati, la fattispecie è in qualche modo distinta: in *Garcia Avello*, i bambini erano titolari di doppia cittadinanza spagnola e belga, mentre in *Standesamt* il minore ha la sola cittadinanza tedesca, risiede in un altro Stato ospitante ed indirizza la sua pretesa direttamente allo Stato di cui è cittadino. In questo senso, la fattispecie è analoga al caso *Burghartz* della Corte di Strasburgo, ove cittadini che hanno acquisito un cognome altrove richiedono al proprio Stato nazionale di riconoscerlo.

Il diritto tedesco prevede un trattamento differenziato per i propri cittadini e per coloro che hanno una doppia cittadinanza o sono cittadini di un altro Stato membro, soddisfacendo così i principi espressi dalla Corte di Giustizia in *Garcia Avello*. L’Avvocato Generale ritiene, nondimeno, che il diritto tedesco realizzi in fatto una limitazione dei principi della cittadinanza e della libertà di circolazione di cui agli artt. 17 e 18 TCE, nella parte in cui non consente che un nome regolarmente registrato in un altro Stato membro venga riconosciuto ai sensi della legge del proprio Stato di origine. Afferma l’Avvocato che “*il nome di una*

¹⁶⁹ Conclusioni dell’Avvocato Generale Jacobs del 30 giugno 2005, in Racc. 2006, I-3561.

persona è un elemento fondamentale dell'identità e della vita privata, la cui tutela è ampiamente riconosciuta nelle costituzioni nazionali e nei trattati internazionali".

Si conferma, così, l'individuazione del diritto al nome quale componente del diritto all'identità personale in seno ai diritti riconosciuti ai cittadino comunitario. Mentre in *Garcia Avello* la Corte aveva valorizzato l'afferenza del cognome ai legami familiari, qui l'Avvocato Generale riconduce il diritto al nome nella sfera della vita privata. La prospettiva adottata è identica a quella della Corte di Strasburgo.

3. IL TRATTAMENTO DEI TRANSESSUALI AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di Giustizia si è occupata del trattamento dei transessuali in tre sentenze, *P. c. S e Cornwall County Council* del 30 aprile 1996, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health* del 7 gennaio 2004 e *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* del 27 aprile 2006¹⁷⁰. In tutte e tre le sentenze il caso di specie involgeva il godimento di un diritto sociale, rispetto al quale la persona transessuale era destinataria di un trattamento sfavorevole rispetto a quello riservato ad altri soggetti che non avessero subito un cambiamento di sesso.

Nella prima sentenza, *P. c. S* del 1996, la ricorrente, nata di sesso maschile, veniva licenziata dall'istituto di insegnamento professionale presso cui svolgeva mansioni di amministratore dopo aver comunicato al datore di lavoro la sua intenzione di iniziare le cure per il mutamento di sesso¹⁷¹. La signora P. ricorreva avverso il licenziamento adducendo di aver subito una discriminazione fondata sul sesso. Il giudice adito, l'Industrial Tribunal, constatava che la situazione della

¹⁷⁰ C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, in Racc. 1996, I-2143; C-117/01, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, in Racc. 2004, I-541; la sentenza è leggibile anche in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2004, 492-499 e in *Famiglia e Diritto*, 2004, 139-142; C-423/04, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in Racc. 2006, I-3585.

¹⁷¹ L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 367-387; A. CAMPBELL AND HEATHER LARDY, *Discrimination against transsexuals in Employment*, in *European Law Review*, 1996, 412-417; P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, 609-618; G. PERA, *Cambiamento di sesso e tutela contro le discriminazioni*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1997, II, 8.

ricorrente non era contemplata dal Sex Discrimination Act del 1975, legge inglese relativa alle discriminazioni fondate sul sesso, e tuttavia riteneva che il licenziamento della ricorrente potesse violare l'art. 1 n. 1 della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1979, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne nell'accesso al lavoro, nella formazione, nelle promozioni professionali e nelle condizioni di lavoro. Il giudice, pertanto, sollevava una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di accertare se le disposizioni della direttiva fossero applicabili anche alla situazione di un transessuale che subisce un licenziamento a causa del suo mutamento di sesso.

La seconda sentenza, *K. B* del 2004, ha ad oggetto il diritto a conseguire la pensione di reversibilità da parte del convivente transessuale di una lavoratrice britannica¹⁷². La ricorrente, K. B., impugnava la comunicazione del *National Health Service* secondo la quale il convivente della signora, signor R., nato di sesso femminile e divenuto in seguito ad un'operazione di sesso maschile, non avrebbe avuto diritto alla pensione di reversibilità che il diritto inglese riserva al coniuge superstite del lavoratore, in quanto la coppia non era sposata. La signora K. B. sosteneva avanti al giudice nazionale che le disposizioni nazionali che limitavano al vedovo o alla vedova le prestazioni pensionistiche avrebbero costituito una discriminazione fondata sul sesso contraria all'art. 141 TCE (ex 119) e alla direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità della retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e di sesso

¹⁷² E. BATTAGLIA, «Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K. B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2004, 600-616; A. ANSELMO, *I transessuali hanno diritto di sposarsi...e di ottenere la pensione di reversibilità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2004, 719-737; I. CANOR, commento alla sentenza in *Common Market Law Review*, 2004, 1113-1125; A. QUINONES ESCAMEZ, *Derecho comunitario, derecho fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a proposito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, 507-529; L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2004, 989-1000; C. COMINATO, *Il diritto della persona a vedere riconosciuto dall'ordinamento il proprio mutamento di sesso*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2004, 453-456; R. NUNIN, *Sul diritto del convivente transessuale al godimento della pensione di reversibilità*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 142-147.

femminile. La ricorrente lamentava, in particolare, che il conseguimento della pensione di reversibilità fosse vincolato ad un presupposto giuridico quale il matrimonio che lei e il convivente transessuale erano impossibilitati a realizzare. Per il diritto inglese, infatti, il signor R. era pur sempre una donna, in quanto registrato come tale al momento della nascita, e il *Matrimonial Causes Act* del 1973 dichiara nullo ogni matrimonio tra coniugi che non siano rispettivamente di sesso maschile e femminile.

L'ultima sentenza, *Sarah Margaret Richards* del 2006, attiene anch'essa alla materia previdenziale¹⁷³. La signora Richards, nata di sesso maschile e divenuta donna a seguito di un'operazione chirurgica, presenta domanda di pensionamento al *Secretary of State for Work and Pensions* dopo aver compiuto 60 anni, ossia al raggiungimento dell'età prevista dalla legislazione inglese per il pensionamento delle donne. La domanda è rigettata in quanto ai sensi del diritto inglese la sig.a Richards è tuttora un uomo e, pertanto, l'età pensionabile è raggiunta al compimento dei 65 anni. La signora lamenta di aver subito una discriminazione fondata sul sesso, in violazione della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale.

Mentre le sentenze *P. c. S.* del 1996 e *Sarah Margaret Richards* del 2006 hanno ad oggetto il diritto personale della ricorrente al godimento di un diritto sociale, da un lato il diritto a non essere licenziati per ragioni legate al cambiamento di sesso, dall'altro il diritto ad andare in pensione all'età prevista per il sesso acquisito e non per il sesso originario, nella fattispecie di cui alla sentenza *K. B.* la ricorrente lamenta la lesione di un diritto di cui non è direttamente titolare, ma che, invece, spetta al convivente transessuale, quale l'erogazione della pensione di reversibilità¹⁷⁴. Tuttavia, la questione giuridica sottoposta alla Corte non si

¹⁷³ E. LONGO, *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 581-584; O. LYNKEY, nota in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 2/2006, 462-466; L. PANAIOTTI, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2006, 765-772.

¹⁷⁴ E. BATTAGLIA, «Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K. B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2004, 611, ritiene che oggetto della sentenza *K. B.* sia in realtà l'orientamento sessuale della ricorrente, la quale desidera intrattenere una relazione stabile e protetta con il convivente transessuale. Tale interpretazione sorge probabilmente dalla necessità di giustificare la rilevanza comunitaria di una

incentra tanto sul godimento del diritto sociale alla pensione di reversibilità, quanto sulla condizione giuridica preliminare costituita dal diritto della signora e del convivente di contrarre matrimonio.

Tutte e tre le sentenze involgono il principio di parità di trattamento tra uomo e donna, principio declinato in diversi atti comunitari secondari a seconda del settore materiale di intervento, la disciplina dell'accesso al lavoro piuttosto che la disciplina del pensionamento. Tale principio costituisce la radice comune delle tre sentenze, radice che puntualmente la Corte di Giustizia valorizza, rendendola il nucleo portante di tutte e tre le decisioni che si andrà ad analizzare.

Al fine di rendere completa l'analisi, è necessario richiamare brevemente i principi enunciati dalla Corte di Strasburgo in relazione alla protezione dell'identità sessuale dei transessuali esaminati nel dettaglio nel precedente capitolo. Si è visto che la giurisprudenza di Strasburgo in materia è caratterizzata da un andamento evolutivo. Nelle prime sentenze in materia, *Rees* del 1986 e *Cossey* del 1990, la Corte aveva ritenuto che non costituissero un'obbligazione positiva ai sensi dell'art. 8 CEDU il generale riconoscimento giuridico del mutamento di sesso della persona interessata conseguito attraverso una rettificazione del registro degli atti di nascita, attesa l'assenza di un nucleo di legislazioni e prassi comuni agli Stati membri, nonché la mancanza di un quadro scientifico certo e di un comune sentire sociale di riferimento. Sussisteva, pertanto, in capo agli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento in merito alle misure da adottare per consentire ai transessuali di vedersi giuridicamente riconosciuta la nuova identità e di accedere al godimento di determinati diritti in funzione di essa.

fattispecie che vede coinvolto il soggetto transessuale soltanto in via indiretta. E' mio parere, invece, che con la sentenza in oggetto la Corte non intenda per nulla proteggere l'orientamento sessuale della ricorrente, bensì il diritto alla pensione di reversibilità del convivente transessuale. Ciò non significa che la ricorrente non sia direttamente titolare di una posizione soggettiva rilevante per il diritto comunitario: da un lato, infatti, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la pensione di reversibilità, pur essendo destinata ad un soggetto terzo, costituisce un accessorio della retribuzione la cui mancata erogazione lede direttamente il diritto del lavoratore titolare della retribuzione stessa; sotto altro profilo, il diniego della pensione di reversibilità dipende dall'impossibilità della coppia di sposarsi, in altre parole da una limitazione della capacità matrimoniale della stessa K. B.

Una apparente evoluzione si ebbe nella sentenza *B. c. Francia* del 1992, in cui la Corte condannava la Francia per violazione del diritto al rispetto della vita privata, poiché a differenza dell'ordinamento inglese, oggetto delle precedenti sentenze, l'ordinamento francese non solo non autorizzava la rettificazione del registro dello stato civile, ma non garantiva nemmeno agli interessati la modificazione del nome sul documento d'identità. La sentenza si fondava, tuttavia, su una espressa *qualification* della fattispecie rispetto ai casi inglesi¹⁷⁵, tanto che nella successiva pronuncia *Sheffield* del 1998 la Corte respinse nuovamente il ricorso di un transessuale inglese che non aveva ottenuto la rettificazione dell'atto di nascita.

Un definitivo *révirement* si ha, invece, con la sentenza *Goodwin* del 2002, confermata in *Grant* del 2006. In essa, la Corte riconosce che esiste un diritto all'identità sessuale quale componente della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, definendolo come “*il diritto di ciascuno di stabilire i dettagli della sua identità di essere umano*” e collegandolo alla generale nozione di autonomia personale che la Corte ritiene sottintesa all'intera disposizione dell'art. 8. Il divieto opposto dal Regno Unito a modificare il registro degli atti di nascita è perciò dichiarato contrario alla Convenzione.

Per ciò che attiene al profilo della capacità dei transessuali di contrarre matrimonio con una persona del loro sesso originario, nella prima sentenza *Rees* del 1986, la Corte di Strasburgo si limitò a dichiarare brevemente che l'art. 12 della Convenzione, letteralmente interpretato, tutelava il matrimonio in senso

¹⁷⁵ La Corte di Strasburgo da una parte rileva che non sussistono progressi scientifici tali da eliminare ogni incertezza in merito al fenomeno del transessualismo, sì da non poter giungere a conclusioni differenti da quelle del precedente *Cossey* del 1990 in merito all'obbligazione generalizzata ricadente sullo Stato membro di riconoscere in ogni ambito della vita la nuova identità del soggetto che abbia cambiato sesso (§48); dall'altra, tuttavia, effettua una comparazione tra l'ordinamento inglese e l'ordinamento francese in materia di rettificazione degli atti dello stato civile e di mutamento del nome sui documenti di identità. Quanto alla rettificazione del registro dello stato civile, la Corte constata che mentre in Gran Bretagna l'atto di nascita costituisce una prova “storica” dell'identità del bambino al momento del parto, non soggetta a modificazione in funzione dell'evoluzione della persona e correggibile soltanto per errori materiali, in Francia il registro dello stato civile ha la diversa funzione di attestare lo stato attuale della persona e viene, pertanto, aggiornato nel corso della vita dell'interessato, tanto che un provvedimento del giudice può normalmente ordinare particolari iscrizioni nel suddetto registro (§52-55). Quanto alla disciplina del nome, mentre in Gran Bretagna un transessuale è ammesso a indicare il suo “nome” su qualsivoglia documento di identificazione, non così in Francia, ove il nome sul documento di identità o sul passaporto deve coincidere con quello figurante sull'atto di nascita (§56-62). Conclude la Corte che la diversa organizzazione dello stato civile in Francia rispetto a quanto avviene nel Regno Unito determina una compressione del diritto al rispetto della vita privata della ricorrente di una intensità tale da costituire violazione dell'art. 8 della Convenzione (§63).

tradizionale tra persone di sesso biologico opposto e che, comunque, la disposizione rinviava espressamente alla legislazione degli Stati membri per la definizione delle condizioni richieste per sposarsi. La legislazione del Regno Unito che non riconosceva giuridicamente la nuova identità sessuale dei transessuali e che, contestualmente, vietava il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non comportava per la Corte violazione della sostanza - *the very essence* – del diritto di cui all’art. 12.

Nella sentenza *Goodwin* anche questa conclusione è sovvertita. Il diritto di sposarsi è considerato separatamente rispetto al diritto di fondare una famiglia, cosicché l’incapacità di procreare non è ritenuta condizione che giustifica il venir meno del diritto di sposarsi. Sulla base del cambiamento nella concezione dell’istituto del matrimonio determinatosi a causa dell’evoluzione del sentire sociale società e dei progressi scientifici, la Corte conclude che, non consentendo alla persona transessuale di sposarsi, l’ordinamento inglese nega in radice l’essenza stessa del diritto formalmente garantito dall’art. 12 della Convenzione. Il margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità nazionali è dunque limitato espressamente alla definizione delle condizioni in presenza delle quali il mutamento di identità sessuale della persona interessata può dirsi completo. Spetta, inoltre, agli Stati determinare quando un precedente matrimonio sia nullo, quali formalità debbano essere rispettate per addivenire ad un nuovo matrimonio e quali le informazioni da fornire agli sposi.

Si era già detto, e merita di essere ricordato, che proprio nella sentenza *Goodwin*, in riferimento al diritto dei transessuali a sposarsi, la Corte di Strasburgo richiama l’art. 9 della Carta di Nizza proclamata nel dicembre del 2000. Il fatto che, a differenza dell’art. 12 della Convenzione, l’art. 9 della Carta di Nizza non contenga un riferimento espresso a “uomo” e “donna” è interpretato dalla Corte come un sintomo dell’evoluzione sociale dell’istituto del matrimonio che i redattori avrebbero volutamente tenuto in considerazione. Nulla dice la Corte sull’efficacia della Carta di Nizza.

Il breve *excursus* sulla giurisprudenza convenzionale consente di comprendere il quadro giuridico in cui la Corte di Giustizia si è trovata a decidere i casi prima

descritti. La prima sentenza, *P. c. S.*, risale al 1996, dunque ad un'epoca in cui la giurisprudenza di Strasburgo in materia non aveva un andamento lineare: non veniva ancora riconosciuta l'esistenza in capo agli Stati membri, in particolare il Regno Unito, dell'obbligazione di consentire la rettificazione del registro delle nascite quale attestazione di una nuova identità sessuale, ma in *B. c. Francia* si dava atto che lo Stato fosse tenuto a porre in essere delle garanzie minime di tutela per i transessuali, senza tuttavia specificarne esaustivamente il contenuto.

La sentenza *K. B.*, invece, pronunciata nel 2004, interviene dopo che la Corte di Strasburgo, nel caso *Goodwin*, aveva pienamente riconosciuto la sussistenza dell'obbligazione di assicurare un riconoscimento giuridico alla nuova identità sessuale dei transessuali ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, nonché del diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12.

Tenendo presente queste dinamiche temporali, è possibile esaminare nello specifico le singole sentenze della Corte di Giustizia, al fine di evidenziare se e in che modo la giurisprudenza di Strasburgo abbia influenzato le conclusioni cui il giudice europeo è giunto.

3.1. Il divieto di licenziamento in ragione del cambiamento di sesso

Nella sentenza *P. c. S.*, relativa al licenziamento di un transessuale, il quesito giuridico di fondo ateneva all'interpretazione della direttiva 76/207/CEE sull'attuazione della parità di trattamento tra uomini e donne per ciò che attiene alle condizioni di lavoro. L'art. 5 n. 1 della direttiva prevedeva espressamente che il principio di parità di trattamento dovesse essere applicato alle condizioni inerenti al licenziamento, garantendo a uomini e donne il medesimo trattamento "senza discriminazioni fondate sul sesso". Si trattava, dunque, di comprendere se il licenziamento dovuto ad un cambiamento di sesso rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva e se, di conseguenza, il principio di parità di trattamento esplicasse qualche effetto sul caso di specie.

Il Governo del Regno Unito e la Commissione sostenevano che il licenziamento di una persona a causa della sua condizione di transessuale non costituisse una discriminazione ai fini della direttiva, poiché il datore di lavoro avrebbe del pari

licenziato P. se fosse stata precedentemente donna e avesse mutato il suo sesso divenendo uomo.

La Corte, invece, giunge ad una conclusione opposta. In apertura di motivazione, la Corte richiama la sentenza *Rees* della Corte di Strasburgo al fine di aderire alla definizione ivi contenuta del fenomeno del transessualismo¹⁷⁶. L'applicazione estensiva della direttiva ad un licenziamento determinato da un cambiamento di sesso è argomentata interamente, invece, sulla base del principio di uguaglianza, di cui la direttiva è espressione¹⁷⁷.

L'uguaglianza è definita “*uno dei principi fondamentali del diritto comunitario*”. Ad essa la Corte associa il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio sesso, diritto che costituisce “*uno dei diritti fondamentali della persona umana*”.

Tali principi sono enunciati senza alcun richiamo a disposizioni specifiche del Trattato. In assenza di espresso fondamento testuale, il principio di eguaglianza appare un principio fondamentale del diritto comunitario immanente a una pluralità di disposizioni del Trattato, di cui il diritto a non essere discriminato nella retribuzione costituisce un aspetto. I precedenti cui la Corte rinvia, infatti, costituiscono un'applicazione dell'art. 119 TCE, sul divieto di discriminazione in base al sesso nella retribuzione¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “*Si deve osservare innanzitutto che, come ha osservato la Corte europea dei diritti dell'uomo, “si intendono solitamente per ‘transessuali’ le persone che, pur appartenendo fisicamente ad un sesso, hanno la sensazione di appartenere all' altro sesso; esse cercano spesso di accedere ad un'identità più coerente e meno ambigua sottoponendosi a cure mediche e ad interventi chirurgici allo scopo di adeguare le loro caratteristiche fisiche al loro stato psichico. I transessuali così operati formano un gruppo sufficientemente determinato e definibile” (sentenza Rees, 17 ottobre 1986, serie A, volume 106, punto 38)*”. (§16).

¹⁷⁷ P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, 613, ritiene che il riferimento alla sentenza *Rees* del 1986 della Corte di Strasburgo non sia soltanto funzionale alla definizione del fenomeno del transessualismo, quanto piuttosto all'identificazione del primo canone ermeneutico cui la Corte di Giustizia ricorre per la soluzione della questione, ossia la Convenzione europea. Ritengo, invece, che la CEDU non abbia alcuna rilevanza nella soluzione della questione, dato che la motivazione è guidata esclusivamente dal principio di uguaglianza e che il diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU non costituisce parametro né espresso né implicito dell'argomentazione della Corte.

¹⁷⁸ L'art. 119 TCE nel testo originario recitava: “*1. Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. 2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia*

Alla luce di questi principi e avuto riguardo “*allo scopo e alla natura dei diritti che – la direttiva - mira a proteggere*”, essa viene perciò interpretata estensivamente, nel senso che il suo ambito di applicazione non è inteso come limitato alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso,

fissata in base ad una stessa unità di misura; b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia eguale per uno stesso posto di lavoro”.

Il Consiglio, con risoluzione del 21 gennaio 1974 relativa ad un programma di azione sociale, inserì tra le priorità l'attuazione del principio di parità tra uomini e donne non soltanto sotto il profilo salariale, ma anche nell'accesso e nelle condizioni di lavoro, nella formazione e nella promozione professionale. Alla luce di tali obiettivi, vennero adottate la direttiva n. 75/117, in GUCE L 45 del 19.2.1975, p. 19, in tema di ravvicinamento delle legislazioni nazionali per l'applicazione del principio della parità di retribuzione; la direttiva n. 76/207, in GUCE, L 39 del 14.2.1976, p. 40, che estese il principio di parità di trattamento all'intero settore dell'impiego e dell'occupazione e la direttiva n. 79/7, in GUCE, L 6 del 10.1.1979, in materia di sicurezza sociale. Le direttive furono adottate sulla base dell'art. 235 TCE, ora 308.

L'art. 119 TCE venne riconosciuto fonte di un diritto individuale alla parità di trattamento nella retribuzione e nei suoi accessori dotato di efficacia orizzontale, dunque direttamente azionabile dal singolo nei confronti del proprio datore di lavoro, sin dalla sentenza C-43/75, *Defrenne I c. Sabena*, in Racc. 1976, 455-474.

In *P. c. S.* il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio sesso è definito “*uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza*” (§18). Il riconoscimento della natura di diritto fondamentale al principio di parità di trattamento è operato dalla Corte di Giustizia sin dalle sentenze C-149/77, 15 giugno 1978, *Defrenne III c. Sabena*, Racc. 1977, 1365, §26 e 27, e C-75/82 e 117/82, 20 marzo 1984, *Razzouk e Beydoun c. Commissione*, Racc. 1984, 1509, §16).

Con il Trattato di Amsterdam il principio di parità di trattamento è divenuto un principio informatore e un obiettivo della Comunità, attraverso il suo inserimento nell'art. 2: “*La Comunità ha il compito di promuovere...la parità tra uomini e donne...*” e art. 3, par. 2, TCE: “*...2. L'azione della Comunità a norma del presente articolo mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne*”. L'art. 119, divenuto 141, venne ampliato estendendo il principio della parità di retribuzione ai lavori “*di pari valore*” e prevedendo al paragrafo 3 una base giuridica espressa per l'adozione da parte del Consiglio di misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, nonché al paragrafo 4 l'ammissibilità di azioni positive degli Stati a favore del sesso sottorappresentato. Infine, venne introdotto l'art. 13 TCE, attributivo al Consiglio del potere di adottare i provvedimenti opportuni a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Per una puntuale descrizione dell'evoluzione della normativa comunitaria primaria e secondaria in materia di parità di trattamento tra uomini e donne, A. ANSELMO, *I transessuali hanno diritto di sposarsi...e di ottenere la pensione di reversibilità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2004, 724-727; R. NUNIN, *Sul diritto del convivente transessuale al godimento della pensione di reversibilità*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 144.

In dottrina, sul principio di parità di trattamento tra uomo e donna, nella vastissima letteratura: E. DENNIGHER, *Il principio di uguaglianza tra uomini e donne*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 477 ss; G. F. MANCINI, *Le nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel diritto comunitario*, 1999, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2000; E. ELLIS, *Recent developments in European Community Sex Equality Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, 379 ss; C. BARNARD, *The principle of equality in the Community context: “P.”, “Grant”, “Kalanke” e “Marschall”*, in *Cambridge Law Journal*, LVII, 1998, 361 ss.; P. MORI, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, 571 ss; G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 851 ss.

ma come comprendente anche le discriminazioni che hanno origine dal mutamento di sesso dell'interessato. Ciò perché anche tali discriminazioni, per la Corte, “*si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato*”. La persona licenziata in ragione del cambiamento di sesso, infatti, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenente prima dell'operazione. In definitiva

“Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare” (par. 22).

Come detto, il cardine della motivazione è costituito dal principio di eguaglianza. Tale principio fondamentale si irradia sul diritto secondario, giustificandone un'interpretazione estensiva, consentendo di applicare le garanzie ivi previste a fattispecie non espressamente disciplinate. La sentenza costituisce, dunque, una chiara ipotesi di applicazione diretta di un principio generale al fine di dare soluzione alla questione prospettata, laddove il diritto secondario non contiene disposizioni specifiche.

L'argomentare della Corte si caratterizza per un inusuale riferimento a parametri di per sé non espressamente codificati nel diritto comunitario quali la libertà e la dignità della persona. E' chiara l'accentuazione della dimensione di tutela delle scelte individuali, dunque di protezione dell'autonomia del singolo di cui la Corte si fa carico, anche a costo, secondo alcuni commentatori, di forzare in qualche modo l'applicazione tradizionale del principio di parità di trattamento¹⁷⁹.

¹⁷⁹ A. CAMPBELL AND HEATHER LARDY, *Discrimination against transsexuals in Employment*, in *European Law Review*, 1996, 412-417; L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 376 e sg, osservano che se il principio di eguaglianza tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza comunitaria richiede l'identificazione di un *tertium* rispetto al quale valutare la disparità di trattamento, nella sentenza in oggetto il *tertium* sarebbe stato individuato in maniera “atipica”. In effetti, il modulo classico di verifica di una discriminazione fondata sul sesso prevede che, date le medesime circostanze del caso di specie, si sostituisca al soggetto interessato un soggetto del sesso opposto. Si ha discriminazione quando alla sostituzione del soggetto consegue un trattamento diverso. Nel caso di specie, sostituendo ad una donna che abbia subito un mutamento di sesso un uomo che abbia subito il medesimo cambiamento, probabilmente si sarebbe avuta l'identica conseguenza del licenziamento, mancando così la differenza di trattamento alla base della discriminazione. E' questo, d'altra parte, il ragionamento su cui si fonda la difesa del Regno Unito. La Corte, invece, esce da questo schema e individua quale altra categoria di riferimento soggetti

I concetti di libertà e dignità costituiscono un'eco delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro. La Corte vi aderisce nella sostanza, ma con argomenti in parte diversi¹⁸⁰.

Tesauro si era spinto a riconoscere l'esistenza nel diritto comunitario di un diritto all'identità sessuale in sé considerato, che invece non compare nella motivazione della Corte. Inoltre, al riconoscimento di tale diritto l'Avvocato Generale giungeva dopo una serie di considerazioni assai simili, nel "tono", alle valutazioni che permeano le sentenze della Corte di Strasburgo, orientando l'interpretazione della direttiva 76/207/CEE alla luce dell'evoluzione scientifica e sociale registratasi in materia di transessualismo¹⁸¹ e all'analisi della legislazione degli

del medesimo sesso originario dell'interessato, dunque uomini, che però non abbiano intenzione o non abbiano già proceduto a cambiare sesso. E' attraverso questa variante nell'applicazione classica del principio di eguaglianza che la Corte riesce a far emergere una disparità di trattamento, poi qualificata come discriminatoria perché fondata sul sesso. Resta che, in verità, la comparazione con il *tertium* ha un peso marginale nella motivazione, incentrata, invece, sull'esistenza di quella che per la Corte pare essere un'ingiustizia in sé, in quanto lesiva della dignità della persona.

¹⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 14 dicembre 1995, in Racc. 1996, I- 2145. Si riporta l'ultimo paragrafo, più volte citato dalla dottrina che ha commentato la sentenza, in cui si coglie tra le righe degli argomenti giuridici proposti la volontà di opporsi ad una ingiustizia sostanziale: (24) *"In definitiva, sono ben consapevole di chiedere alla Corte una scelta "coraggiosa". La chiedo, però, profondamente convinto che è qui in gioco un valore universale, fondamentale, scolpito a caratteri indelebili nelle moderne tradizioni giuridiche e nelle costituzioni dei Paesi più evoluti: l'irrelevanza del fattore sesso rispetto alla disciplina della vita di relazione. Chi crede in questo valore non può accettare l'idea che una normativa consenta di licenziare una persona perché donna, o uomo, o perché da uno dei due sessi (quale che sia) passa all'altro con un'operazione, che costituisce – secondo le attuali conoscenze mediche – l'unico rimedio per ricomporre l'equilibrio tra caratteri somatici e psichici. Una diversa soluzione suonerebbe come una condanna morale, peraltro fuori dal tempo, del transessualismo; e ciò quando il progresso scientifico e l'evoluzione sociale in materia offrono una dimensione del problema che certo trascende dalla morale. Mi rendo ben conto, lo ripeto, che nel diritto comunitario non c'è una precisa disposizione specificamente e testualmente destinata alla disciplina del problema; ma questa si deduce facilmente e chiaramente dai principi e dagli obiettivi del diritto sociale comunitario, dalla motivazione della direttiva che pone in rilievo "la parificazione nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera", nonché nella stessa giurisprudenza della Corte, sempre attenta e all'avanguardia nel garantire la tutela di soggetti sfavoriti. Così, ritengo anche che sarebbe un peccato mancare questa occasione per lasciare, con una scelta coraggiosa ma giusta e giuridicamente corretta, in quanto operata incontestabilmente sul fondamento e nella direzione del grande valore dell'eguaglianza, una traccia di sicuro spessore civile. Ricordo infine, con le parole dell'avvocato generale Trabucchi in una conclusione che risale a ben venti anni or sono, che "se vogliamo che il diritto comunitario non sia soltanto una meccanica disciplina dell'economia, ma costituisca invece un ordinamento a misura della società che deve reggere, se vogliamo che sia un diritto rispondente all'idea di giustizia sociale e alle esigenze dell'integrazione europea al livello non solo dell'economia ma anche dei popoli, non possiamo deludere l'aspettativa, più che legittima, del giudice [nazionale] (causa C-7/75, 15 giugno 1975, Coniugi F., Racc. 1975, pag. 691 e in particolare 696)". (le parti evidenziate sono così del testo originale).*

¹⁸¹ Paragrafi 8 – 9, 13, 23 delle Conclusioni.

Stati europei all'epoca vigente in materia¹⁸². Del pari, l'Avvocato Generale ripercorse la giurisprudenza fino ad allora adottata dalla Corte di Strasburgo, dai casi *Rees* e *Cossey* fino a *B. c. Francia*¹⁸³.

Su uno sfondo costituito da questi eterogenei indicatori, l'Avvocato Generale inserisce il ragionamento più strettamente giuridico, incentrandolo, come accetterà di fare la Corte, sul principio di eguaglianza¹⁸⁴. Merita, tuttavia, notare che mentre la Corte giungerà all'applicazione estensiva della direttiva sulla scorta della sola interpretazione conforme al principio di eguaglianza, Tesauro suggerisce la medesima conclusione alla luce di un'interpretazione evolutiva della direttiva. Sostiene Tesauro che la direttiva, risalendo al 1976, avrebbe recepito la realtà "normale" per il momento in cui venne adottata, non potendo invece tenere conto di un fenomeno all'epoca poco conosciuto quale quello del transessualismo; viceversa, il mutamento delle circostanze storiche e l'affermarsi di una nuova consapevolezza in ordine alla condizione dei transessuali devono condurre ad una lettura evolutiva del testo della direttiva¹⁸⁵. E' evidente l'eco del modo di argomentare della Corte di Strasburgo.

Perché l'Avvocato Generale sente la necessità di adottare questo tipo di argomentazione? L'impressione è che l'esigenza sia la medesima cui risponde la Corte di Strasburgo qualora si trova a decidere di una fattispecie "nuova", non immediatamente ancorata a precedenti soluzioni: la necessità di individuare una forma giuridica di tutela per una fattispecie non espressamente contemplata, in questo caso in principio estranea al diritto comunitario.

¹⁸² Paragrafi 10 e 20 delle Conclusioni. Si rileva che Svezia, Germania, Italia e Paesi Bassi avevano adottato una legislazione *ad hoc* per consentire ai transessuali la rettificazione dei registri anagrafici, di cui sono forniti puntualmente gli estremi; in Danimarca il medesimo risultato era ottenuto applicando una legislazione di carattere generale; nella maggior parte degli altri Stati europei la tutela era stata garantita dalla giurisprudenza. Nel paragrafo 20 si cita la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco 11 ottobre 1978, in NJW, 1979, 595.

¹⁸³ Paragrafo 11 delle Conclusioni.

¹⁸⁴ Paragrafo 20 delle Conclusioni. Il principio di eguaglianza è inteso da Tesauro come divieto di fondare le disparità di trattamento tra individui su taluni fattori differenziali, tra cui il sesso. Con la peculiare specificazione che, ai fini della decisione, il sesso è inteso dall'Avvocato come una "convenzione", un "parametro sociale", più che come una qualificazione biologica della persona.

¹⁸⁵ Con un ultimo argomento, l'Avvocato Generale richiama la risoluzione del Parlamento europeo del 9 ottobre 1989 sulla discriminazione dei transessuali, in cui "*si invitano la Commissione e il Consiglio a precisare che le direttive comunitarie sull'equiparazione di uomini e donne sul posto di lavoro vieta anche la discriminazione dei transessuali*". Se il Parlamento chiede di "precisare", significa, secondo Tesauro, che le direttive comprendono già anche il trattamento discriminatorio dei transessuali, dovuto al mutamento di sesso.

La Corte di giustizia, tuttavia, sceglie di adottare una motivazione assai più asciutta, condotta sulla base di una analisi soltanto “interna” alle norme oggetto del giudizio ed evitando ogni riferimento a criteri extragiuridici quali il progresso sociale e scientifico o il ricorso all’argomento comparativo. La giurisprudenza di Strasburgo è citata soltanto per dare una definizione del fenomeno transessuale, ma non contribuisce alla soluzione nel merito della questione. Si cita, infatti, soltanto la sentenza *Rees*, in cui la Corte di Strasburgo negava che i transessuali avessero diritto a ottenere dal Regno Unito il riconoscimento della loro identità sessuale. Si tace, invece, sulla successiva *B.* del 1992, in cui la Francia era stata condannata per non fornire alcuna forma neppur minima di tutela ai transessuali. Vero è che all’epoca la giurisprudenza di Strasburgo era, come detto, ancora incerta. Proprio la scarsa linearità della giurisprudenza di Strasburgo dell’epoca lascia comprendere come, in definitiva, la decisione della Corte di Giustizia di interpretare la direttiva comunitaria in forza del principio di eguaglianza, comprendendovi il divieto di licenziamento in ragione del cambiamento del sesso, appaia per l’epoca innovativa e coraggiosa. Quasi a spingersi fino a dove la Corte europea non aveva ancora avuto il coraggio di arrivare.

3.2. La sentenza *K.B.*, ovvero del diritto dei transessuali di sposarsi

Nella sentenza *K. B.*, sul diritto alla pensione di reversibilità del convivente transessuale di una lavoratrice britannica, il parametro è ancora costituito dal principio di parità di trattamento, espresso dall’art. 141 TCE (ex 119 TCE)¹⁸⁶. Rispetto al precedente del 1996, tuttavia, la questione sottoposta alla Corte si caratterizzava per il fatto che la disparità derivava non tanto dall’applicazione della normativa previdenziale in sé considerata, quanto dal combinarsi della normativa nazionale britannica che vincolava il sesso della persona alla

¹⁸⁶ Le direttive 75/117 e 76/207 sono oggi abrogate e sostituite dalla direttiva n. 2006/54/CE del Parlamento e del Consiglio del 5 luglio 2006, in GUCE L 204 del 26.7.2006, p. 23, entrata in vigore il 15.8.2006. Può essere interessante notare che nelle premesse della suddetta direttiva si dà conto, in primo luogo, del fatto che: “*La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso*”; in secondo luogo che: “*Gli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vietano anch'essi qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e sanciscono il diritto alla parità di trattamento fra uomini e donne in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione*”.

certificazione contenuta nell'atto di nascita e di quella che vietava il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Con il risultato che appariva innanzitutto dubbia la rilevanza comunitaria della questione, ossia la competenza del diritto comunitario ad incidere sulle condizioni per il matrimonio¹⁸⁷.

La Commissione sostenne, infatti, che il collegamento fra il mutamento di sesso e il diritto alla pensione di reversibilità prospettato dalla ricorrente fosse soltanto indiretto e che la nozione di matrimonio, rientrando nella disciplina del diritto di famiglia, spettasse alla legislazione esclusiva degli Stati membri. Il Regno Unito, del pari, sostenne che un'asserita incompatibilità della normativa interna con le disposizioni della Convenzione europea, di cui agli artt. 8 e 14, non sarebbe stata di per sé sufficiente a perfezionare una contestuale violazione dell'art. 141 TCE, poiché la disciplina della capacità matrimoniale è estranea alle competenze della Comunità¹⁸⁸.

Dopo il deposito delle osservazioni scritte e la loro esposizione in udienza pubblica il 23 aprile 2002, tuttavia, l'11 luglio 2002 la Corte di Strasburgo pronunciò le sentenze relative alle cause *Goodwin e I. c. Regno Unito*, dichiarando che l'impossibilità per i transessuali di contrarre matrimonio conformemente al nuovo sesso violava l'art. 12 della Convenzione europea. Queste decisioni sono determinanti per le conclusioni cui perviene la Corte di Giustizia.

Il ragionamento della Corte di Giustizia si articola in cinque passaggi: in primo luogo, la Corte riconosce che le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico si ricollegano alla retribuzione percepita dal lavoratore e rientrano

¹⁸⁷ Già nella sentenza *P. c. S.* del 1996, in realtà, la rilevanza comunitaria della fattispecie inerente al licenziamento era stata analizzata dalla Corte in maniera inusuale. L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 384, descrive l'iter argomentativo tradizionale seguito dalla Corte di Giustizia in punto di accertamento della violazione di un diritto fondamentale: prima la Corte verifica la sussumibilità dei fatti di specie nel diritto comunitario, di cui definisce l'ambito di applicazione; poi, e soltanto una volta accertata la rilevanza comunitaria della fattispecie, la Corte procede ad analizzare se vi stata violazione di un diritto fondamentale. In *P. c. S.*, invece, la Corte adottava un approccio inverso, dichiarando innanzitutto quali fossero i principi fondamentali costituenti il parametro, dunque il principio di uguaglianza e il diritto a non essere discriminati in base al sesso, per poi successivamente definire l'ambito di applicazione della direttiva alla luce di tali principi, comprendendovi la fattispecie concreta.

¹⁸⁸ L'argomento si fonda sulla giurisprudenza comunitaria che esclude la competenza della Corte di Giustizia a sindacare la conformità alla CEDU di una misura nazionale che non ricada nella sfera delle attribuzioni comunitarie; si veda per tutte C-12/86, 30 settembre 1987, *Demirel*, in Racc. 1987, 3719 ss..

perciò nella sfera di applicazione dell'art. 141 TCE; in secondo luogo, la Corte afferma che in principio la scelta di riservare alcuni benefici – cosiddetti *spousal benefits* – alle sole coppie coniugate appartiene alla discrezionalità del legislatore e non configura di per sé, in capo a coloro che non sono coniugati, alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario¹⁸⁹. Ferma restando la legittimità comunitaria di benefici riservati alle coppie sposate, la Corte constata tuttavia – terzo passaggio del ragionamento – che la situazione della ricorrente rivela una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni da cui ne dipende il godimento. In altre parole: “*tale disparità di trattamento riguarda non il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio*” (§30)¹⁹⁰. Il diritto interno inglese, infatti, impedisce ai soggetti transessuali di sposarsi con soggetti di sesso analogo al loro sesso originario¹⁹¹.

¹⁸⁹ La giurisprudenza comunitaria è costante nel ritenere riservata alla discrezionalità del legislatore l'attribuzione di benefici in dipendenza dallo *status* di coniuge. Tale riserva va letta sia in senso verticale, come discrezionalità del legislatore statale immune dal controllo della Corte di Giustizia, sia in senso orizzontale, come discrezionalità del legislatore comunitario cui la Corte di Giustizia non intende sostituirsi. Si veda in tal senso C-122/99P e C-125/99P, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, in Racc. 2001, I-4319. Sulla giurisprudenza comunitaria sugli *spousal benefits*, L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977.

L'Avvocato Generale Colomer, nelle sue Conclusioni depositate il 10 giugno 2003, in Racc. 2004, I-541, ipotizzava una prima soluzione della questione, da lui stesso definita troppo audace, nel senso di ritenere irragionevole la scelta del vincolo coniugale quale rapporto da cui far discendere la concessione di una pensione di reversibilità, contestando l'idoneità “*di un mero contratto formale a rappresentare una comunione solidale*” e richiedendo che anche altre forme di legame affettivo siano ammesse a tale tutela. Tale soluzione troverebbe fondamento nelle sentenze in cui la Corte di Giustizia ha accettato di sindacare il carattere non fittizio del matrimonio o in quelle in cui è stata riconosciuta tutela ad una convivenza di fatto (C-65/98, 22 giugno 2000, *Safer Eyup*, in Racc. 2000, I-4747). Tuttavia, ritiene Colomer che siffatta soluzione sarebbe prematura ed inadeguata, esistendo altre strade meno audaci per il caso di specie.

¹⁹⁰ Analogamente, Conclusioni dell'Avvocato Generale, §64.

¹⁹¹ Nel diritto inglese il matrimonio è definito come l'unione volontaria di un uomo e una donna. La sentenza *Corbett* della High Court, 1971, ha stabilito che il sesso deve determinarsi con l'ausilio di criteri cromosomici, riproduttivi e genitali coincidenti, senza che possa essere preso in considerazione un intervento chirurgico. L'art. 11, lett c) del *Matrimonial Causes Act* del 1973 dichiara nullo il matrimonio non concluso tra uomo e donna. L'art. 29, n. 1 e 3, del *Birth and Death Registration Act* vieta ogni modificazione al registro degli atti di nascita, salvo il caso di errore di scrittura o di errore materiale.

Con sentenza del 10 aprile 2003, causa *Bellinger*, dunque successiva alla rimessione della questione pregiudiziale in oggetto, in seguito alla condanna del Regno Unito pronunciata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Goodwin* dell'11 luglio 2002, la *House of Lords* respinse la richiesta di un transessuale di riconoscere valido il matrimonio contratto in base al sesso acquisito.

La Corte rileva a questo proposito – quarto passaggio - che un siffatto divieto è stato dichiarato contrario all’art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Goodwin c. Regno Unito* dell’11 luglio 2002. Ne deriva quindi, - quinto passaggio – che una legislazione che, in violazione della Convenzione europea, impedisca ad una coppia quale quella di cui è parte la ricorrente di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché il coniuge possa godere di un elemento della retribuzione deve essere considerata incompatibile con l’art. 141 TCE.

Analogamente a quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo, secondo la Corte di Giustizia spetta agli Stati membri determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso, mentre spetta al giudice nazionale verificare se la ricorrente del caso di specie soddisfi i requisiti per invocare l’art. 141 TCE, affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità¹⁹².

La Corte pronunciò, tuttavia, una “dichiarazione di incompatibilità” dell’art. 11, lett c), suddetto con la CEDU, ai sensi dell’art. 4, n. 2 dello *Human Rights Act* del 1998, al fine di invitare il Parlamento ad adottare gli atti più idonei a porre fine all’incompatibilità.

¹⁹² La Corte aderisce a grandi linee allo schema di decisione prospettato dall’Avvocato Generale, il quale tuttavia aveva proposto una soluzione più articolata e scandita da su un duplice ordine di condizioni: a) che la normativa nazionale risultasse contraria al diritto comunitario; b) che la Corte di Giustizia fosse competente a pronunciarsi, ossia che la lite vertesse su una delle materie del Trattato. La condizione sub a) è soddisfatta, in quanto il divieto di matrimonio per i transessuali contrasta con il principio generale tratto dalle tradizioni costituzionali comuni e dall’art. 12 CEDU, come interpretato dalla sentenza *Goodwin* del 2002, secondo cui i transessuali hanno diritto di sposarsi (§65-69). Tuttavia, la mera incompatibilità di una normativa interna con un diritto fondamentale riconosciuto in ambito comunitario non può avere l’effetto di estendere tale ambito oltre le competenze attribuite (§70). Anche la condizione sub b) è però rispettata: da un lato il diritto di percepire una pensione di reversibilità per vedovi è tutelato dall’art. 141 TCE e dalla direttiva n. 75/117, dall’altro la disparità cui sono soggetti i transessuali deve essere qualificata come discriminazione fondata sul sesso ai sensi del medesimo art. 141 TCE, come statuito dalla Corte di Giustizia in *P c. S.* del 1994. A sostegno dell’inclusione tra le discriminazioni fondate sul sesso delle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso, l’Avvocato Generale cita anche la Carta di Nizza. Rileva, infatti, che né l’art. 13 TCE, né l’art. 21 di Nizza contengono un esplicito riferimento, dunque una forma di tutela, per i transessuali. Sussistendo le due condizioni di violazione di un diritto fondamentale comunitario e di incidenza su una materia del Trattato, la questione viene risolta nel merito nel senso che la disparità di trattamento nella possibilità di contrarre matrimonio è incompatibile con l’art. 141 TCE, in quanto comporta una discriminazione diretta in materia di diritto alla pensione di reversibilità. Colomer rivendica la necessità di aderire alla sentenza *Goodwin*, poiché: “La Corte di Giustizia deve vigilare, sia perché l’esercizio dei diritti tutelati dal Trattato venga sottratto ad ogni forma di discriminazione, sia perché tali diritti non vengano subordinati a condizioni contrarie all’ordine pubblico europeo” (§75), riecheggiando un’espressione tratta dalla sentenza della Corte di Strasburgo *Loizidou* del 18 dicembre 1996.

La sentenza costituisce uno dei casi che constano nella giurisprudenza comunitaria in cui la Corte di Giustizia si riferisce espressamente ad una disposizione della Convenzione europea nell'interpretazione datane dal giudice di Strasburgo.

Quanto al parametro di giudizio, mentre in *P. c. S.* il principio di parità di trattamento fungeva da criterio guida per l'interpretazione della normativa secondaria, la direttiva 76/207/CEE, nella sentenza *K.B.* la Corte risolve la questione pregiudiziale facendo diretta applicazione dell'art. 141 TCE¹⁹³. La disposizione in apparenza sembra sufficiente a fondare la rilevanza comunitaria della questione, in quanto per giurisprudenza consolidata la nozione di retribuzione comprende le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico convenzionale che dipendono dal posto di lavoro ricoperto dall'interessato¹⁹⁴. Nella sostanza, tuttavia, il collegamento della fattispecie

¹⁹³ Inizialmente l'Avvocato Generale Colomer aveva ipotizzato di risolvere la questione per mezzo di una interpretazione estensiva della direttiva 75/117 analoga a quella operata dalla Corte nella sentenza *P. c. S.* rispetto alla direttiva 76/207, ciò a motivo che le due direttive presentavano forti somiglianze quanto alla formulazione e agli obiettivi perseguiti e che l'art. 141 TCE non istituiva regimi diversi di tutela della parità di trattamento nei settori disciplinati dalle due direttive, l'accesso, le condizioni di lavoro e di formazione da un lato, la disciplina della retribuzione dall'altro (§41). Anche l'Avv. Generale concludeva, tuttavia, nel senso di applicare direttamente alla fattispecie l'art. 141 TCE interpretato alla luce dell'art. 12 CEDU, quale parametro per valutare non tanto il regime delle pensioni di reversibilità in relazione alla normativa comunitaria di settore, quanto la disciplina interna che vietava il matrimonio dei transessuali rispetto ai diritti fondamentali (§74).

Non appare rispondente, pertanto, a quanto affermato dalla Corte e dall'Avvocato Generale il rilievo di I. CANOR, commento alla sentenza in *Common Market Law Review*, 2004, 1117-1118, secondo cui la Corte avrebbe esteso l'ambito di applicazione della direttiva n. 75/117, comprendendovi una precondizione, quale il matrimonio, funzionale al godimento di un elemento della retribuzione. Invece, dal testo della motivazione e del dispositivo della sentenza è evidente che la Corte fa diretta applicazione dell'art. 141 TCE.

¹⁹⁴ Secondo giurisprudenza costante, per "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 TCE si intende non solo il salario o trattamento normale, ma anche tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La nozione non si estende ai regimi o alle prestazioni previdenziali, non si applica dunque alle pensioni di vecchiaia, ma comprende le prestazioni connesse ad un regime pensionistico che dipendono direttamente dalla retribuzione dell'interessato e sono perciò legate al suo rapporto di lavoro: C-170/84, 13 maggio 1986, *Bilka*, in Racc. 1986, 1607, §22; 17 maggio 1990, *Barber*, in Racc. 1990, I-889, §22; C-7/93, 28 settembre 1994, *Beune*, in Racc. 1994, I-4471, §44; C-50/99 25 maggio 2000, *Podesta*, in Racc. 2000, I-4039, §24; C-234/96 e C-235/96, 10 febbraio 2000, *Deutsche Telekom*, in Racc. 2000, I-799, §32. Nel caso della pensione di reversibilità per vedovi, queste conclusioni non sono inficiate dal fatto che il beneficio spetti non al lavoratore, bensì al coniuge superstite, dal momento che il diritto a tale prestazione trae origine dall'iscrizione del lavoratore al regime previdenziale corrispondente e spetta al vedovo in dipendenza del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. Perciò, la Corte di Giustizia aveva già riconosciuto che il lavoratore fosse legittimato ad invocare l'art. 141 TCE per ottenere il riconoscimento della pensione di reversibilità a favore del suo congiunto: C-109/91, 6 ottobre

concreta al diritto comunitario dipende ed è risolto attraverso l'attrazione alla sfera comunitaria delle condizioni richieste dal diritto interno per aversi capacità matrimoniale.

In una fattispecie siffatta, il solo parametro costituito dal principio di eguaglianza e dal diritto a non essere discriminati in base al sesso non sarebbe stato sufficiente per risolvere la questione pregiudiziale in senso favorevole all'interessata, poiché in effetti, come dimostrato dall'Avvocato Generale Colomer nelle sue Conclusioni, da un lato la giurisprudenza comunitaria non ritiene che la riserva di alcuni benefici al coniuge determini una disparità di trattamento in base al sesso a svantaggio di soggetti non coniugati¹⁹⁵; dall'altro, l'art. 141 TCE nulla dice in merito al godimento della capacità matrimoniale quale condizione per la parità di retribuzione. Ed è per questo che diviene necessario per la Corte attivare un parametro ulteriore, capace di incidere direttamente sul presupposto giuridico del godimento della pensione di reversibilità, ossia sulla capacità di contrarre matrimonio. Tale parametro ulteriore è costituito dall'art. 12 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo¹⁹⁶.

L'art. 12 della Convenzione europea, pertanto, incide sull'ambito di applicazione dell'art. 141 TCE, determinandone un'estensione della sfera di applicazione anche al di là di quanto espressamente previsto dalla normativa secondaria di settore. Il riconoscimento di un diritto fondamentale, quale il diritto dei soggetti transessuali di contrarre matrimonio, è funzionale, in tal modo, all'estensione del significato e della garanzia di un principio tratto da una disposizione scritta del Trattato,

1993, *Ten Oever*, in Racc. 1993, I-4879, §12-13; C-147/95, 17 aprile 1997, *Evrenopoulos*, in Racc. 1997, I-2057, §22; C-200/91, 28 settembre 1994, *Coloroll Trustees*, in Racc. 1994, I-4389, §19.

¹⁹⁵ Conclusioni Avvocato Generale, §61, sulla base delle sentenze C-249/96, *Grant*, in Racc. 1998, I-621 e D. e C- 122/99T e C-125/99T, 31 maggio 2001, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, in Racc. 2001, I-4319, di cui si darà conto nei prossimi paragrafi.

¹⁹⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2004, 995, riconosce che la giurisprudenza di Strasburgo e quella del Lussemburgo giungono per strade diverse a garantire un medesimo diritto, il diritto del transessuale al riconoscimento della propria identità sessuale, affermando che la sentenza *K. B.* determina il passaggio dalla tutela fondata sul diritto alla riservatezza alla più forte e coerente tutela fondata sul diritto all'identità sessuale. E' opportuno precisare che la Corte di Giustizia non accenna in alcun modo ad un "diritto all'identità sessuale" del transessuale, diritto che, invece, è espressamente riconosciuto e affermato proprio dalla Corte di Strasburgo nell'alveo del rispetto della vita privata. La tutela assicurata dalla Corte di Giustizia, invece, è ancorata esclusivamente alla parità di trattamento di cui all'art. 141 TCE e all'obbligo di riconoscere la capacità matrimoniale al transessuale di cui all'art. 12 CEDU.

consentendo per l'effetto alla Corte di attrarre al suo giudizio misure nazionali che incidano su quel principio medesimo¹⁹⁷.

Quanto alla fonte del diritto dei transessuali a contrarre matrimonio, essa è identificata dalla Corte di Giustizia esclusivamente nell'art. 12 della Convenzione europea, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo. L'Avvocato generale Colomer nelle sue Conclusioni, tuttavia, aveva constatato che il medesimo diritto poteva assurgere a principio generale del diritto comunitario anche in forza delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Da uno studio comparativo della situazione giuridica degli Stati membri risulta, infatti, che il matrimonio dei transessuali in conformità al nuovo sesso è ammesso in tredici su quindici degli Stati membri dell'epoca, in alcuni per mezzo di una specifica legislazione, in altri a seguito di prassi amministrative o di interpretazione giurisprudenziale. Soltanto l'ordinamento irlandese e quello britannico non riconoscono ai transessuali capacità matrimoniale¹⁹⁸.

¹⁹⁷ E. BATTAGLIA, «Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K. B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2004, 614, secondo cui “Se i diritti fondamentali sono invocabili dinanzi alla giurisdizione comunitaria soltanto nell'ambito di applicazione del diritto che questa chiamata ad applicare, è vero altresì che un'interpretazione di disposizioni comunitarie alla luce dei diritti fondamentali, la cui portata va intesa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è idonea a rimodellare l'ambito di applicazione del diritto comunitario; tanto che, si potrebbe dire, esiste tra diritti fondamentali e sfera di applicazione del diritto comunitario un'influenza reciproca «bidirezionale»: se l'estensione della seconda circoscrive l'ambito di operatività dei primi, è vero anche che per via interpretativa i diritti fondamentali possono estendere l'ambito di applicazione del diritto comunitario” (evidenziato nel testo originale).

¹⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale, §28-29, 67-69, in cui si dà conto dell'esistenza di un principio generale di diritto comunitario derivante da una tradizione costituzionale comune ai Paesi dell'Unione Europea attraverso una puntuale analisi comparativa. Sussistono disposizioni legislative *ad hoc* che garantiscono ai transessuali il diritto di sposarsi con soggetti appartenenti al loro sesso originario in Germania, art. 8-12 della legge 10 settembre 1980 sul transessualismo; in Grecia, art. 14 l. n. 2503/1977 sullo stato civile; in Italia, legge 14 aprile 1982, n. 164; nei Paesi Bassi, artt. 28 e 29 del Codice Civile; in Svezia, legge 1972:119, sulla determinazione del sesso. Identico risultato è raggiunto per mezzo di prassi amministrative in Austria, con Circolare del Ministero degli Interni 27 novembre 1996, 36.250/66-IV/4/96, e in Danimarca, con Circolare 10 novembre 1976, n. 12033, ovvero attraverso un'interpretazione giurisprudenziale: per il Belgio, sentenze del Tribunale di I di Verviers, 19 febbraio 1996 e della Corte di Appello di Anversa, 27 gennaio 1999; per la Spagna, sentenza 11 febbraio 1994 dell'Audiencia Provincial di Barcellona e 21 settembre 1994 del Tribunale di I Lerida; per la Finlandia, sentenza 1988-A-46 della Corte suprema amministrativa; per la Francia, sentenza 11 dicembre 1992 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; per il Lussemburgo sentenze 28 gennaio 1987 e 31 maggio 1989 della I sez. Tribunale amministrativo; per il Portogallo, sentenza 9 novembre 1993 della Corte di Appello di Lisbona.

Conclude Colomer che “applicando i due metodi utilizzati dalla Corte di Giustizia per dare un contenuto ai principi generali del diritto comunitario – il rinvio alla CEDU e alle tradizioni

A mio parere, la comunanza degli ordinamenti degli Stati membri in materia, pur non trovando espresso riconoscimento nella sentenza della Corte, non deve essere sottovalutata per comprendere la decisione della Corte di pervenire ad una soluzione della questione pregiudiziale favorevole alla ricorrente, dovendo essa intervenire in una materia posta al confine delle competenze comunitarie ed impingere la disciplina del diritto di famiglia, ad oggi ancora riservata agli Stati membri¹⁹⁹.

Altro fattore determinante per la soluzione della questione è, come già detto, l'intervenuto mutamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di riconoscimento giuridico dei transessuali con la sentenza *Goodwin*. In una fattispecie la cui rilevanza comunitaria è meramente indiretta, la Corte di Giustizia trova già definito ed individuato nella giurisprudenza di Strasburgo il limite minimo di garanzia del diritto fondamentale cui gli Stati membri devono conformarsi. In effetti, la Corte di Giustizia finisce per imporre al Regno Unito il rispetto di un principio, il diritto dei transessuali di sposarsi, che il medesimo

costituzionali comuni – si giunge al medesimo risultato: i transessuali godono del diritto fondamentale di contrarre matrimonio in condizioni che tengano conto del loro sesso acquisito” (§69).

¹⁹⁹ Lo “straripamento” operato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *K.B.* dal limite delle competenze comunitarie è sottolineato da tutti i commentatori: F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 94, secondo cui il giudice comunitario sembrerebbe non sottrarsi a due nuovi compiti che i giudici nazionali vogliono affidargli, controllare la conformità al diritto comunitario delle norme di diritto interno che, pur operando in ambiti riservati agli Stati, possono indirettamente incidere su settori appartenenti alla competenza delle istituzioni comunitarie; verificare la conformità alla CEDU di discipline interne preliminari all’attuazione di diritto comunitario; L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977 ss, che ascrive la sentenza *K.B.* alla serie di sentenze in cui la Corte di Giustizia, seppure settorialmente, in maniera frammentata e con cautela, ha ritagliato spazi per una regolazione comunitaria dei rapporti di famiglia, superando il limite dell’attribuzione formale delle competenze; tra di esse si menzionano C-59/85, 17 aprile 1986, *Reed*, in *Racc.* 1986, 1283; T-65/92, 17 giugno 1993, *Arauxo-Dumay*, in *Racc.* 1993, II-597 e C-65/98, 22 giugno 2000, *Eyup*, in *Racc.* 2000, I-4747, in tema di coppie eterosessuali di fatto, nonché le sentenze sulle coppie omosessuali e sul ricongiungimento familiare che saranno oggetto dei prossimi paragrafi. Analogamente, I. CANOR, commento alla sentenza in *Common Market Law Review*, 2004, 1123, rileva come l’ampliamento del principio di non discriminazione in base al sesso comporti la ridefinizione dell’ambito delle corrispondenti competenze comunitarie rispetto a quelle degli Stati membri e constata come la sentenza *K.B.* contraddica la tendenza che sembrava emergere dall’art. 51 della Carta di Nizza, di limitare l’applicazione dei diritti fondamentali a misure nazionali adottate esclusivamente in attuazione del diritto comunitario.

Stato era già obbligato ad implementare in forza della condanna subita avanti al giudice convenzionale²⁰⁰.

Il rinvio alla sentenza *Goodwin* e l'adesione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo comporta una ulteriore conseguenza, che la Corte di Giustizia accetta pienamente. Comporta di ammettere che nell'ordinamento comunitario lo spazio riservato alle autorità nazionali per definire la capacità matrimoniale e, di conseguenza, il godimento di diritti sociali ad essa connessi, abbia esattamente la stessa consistenza di quello riconosciuto dalla Corte di Strasburgo agli Stati nell'ambito del sistema convenzionale. In altre parole, il margine di apprezzamento delineato nella misura voluta dalla Corte di Strasburgo è trasferito immutato dalla Corte di Giustizia nell'ordinamento comunitario, cosicché ciò che gli Stati possono fare ai sensi della Convenzione viene a coincidere esattamente con ciò che gli Stati possono fare nel rispetto dell'art. 141 TCE e delle direttive di settore, laddove vincolano il godimento di un diritto sociale a determinati requisiti della capacità matrimoniale²⁰¹.

Questa conclusione non è per nulla scontata, in quanto la Corte di Giustizia avrebbe potuto, pur nell'attivare l'art. 12 della Convenzione, limitare maggiormente la discrezionalità delle autorità statali, per esempio statuendo che, indipendentemente dalle condizioni per il riconoscimento giuridico fissate dal legislatore nazionale, un soggetto transessuale abbia comunque diritto di sposarsi. Invece, la Corte accetta di allinearsi pienamente alla discrezionalità riconosciuta agli Stati da Strasburgo.

²⁰⁰ L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977, che riconosce alla sentenza *K. B.* una portata meno eversiva di quanto potrebbe in un primo momento apparire a causa della sua incidenza nel diritto di famiglia, poiché in realtà essa non fa che ribadire la necessità di modifiche già imposte al sistema legislativo inglese in forza dell'adesione alla CEDU.

²⁰¹ L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, rileva una lieve differenza tra la formulazione contenuta nella sentenza *Goodwin* sul margine riservato al legislatore statale, attinente alle procedure di accertamento del cambiamento di sesso, alle condizioni per la cessazione di validità del precedente matrimonio e alle formalità per il matrimonio successivo, e il margine riconosciuto in *K.B.*, afferente alle "condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso". Se la formulazione testuale potrebbe far pensare che la limitazione imposta da Strasburgo alle autorità statali sia più puntuale e stringente di quella individuata dal Lussemburgo, l'Autrice ritiene che i due margini coincidano, come prova l'esplicito rinvio che la Corte di Giustizia fa sul punto alla sentenza *Goodwin* (§35).

Si sarebbe forse potuto auspicare che la Corte affermasse con maggiore enfasi l'incompatibilità con il diritto comunitario di una legislazione come quella britannica che non riconosce il cambiamento di sesso e vieta il matrimonio ai transessuali, senza lasciare alcun margine agli Stati in ordine alla fissazione dei requisiti per il riconoscimento giuridico dei transessuali e senza, perciò, lasciare al giudice nazionale alcun compito di valutazione delle circostanze del caso, per accertare se il ricorrente rivesta le condizioni per invocare l'art. 141 TCE. Tali considerazioni però, a mio parere, sottovaluterebbero due elementi. In primo luogo, che la questione nasce da una fattispecie la cui rilevanza comunitaria è indiretta, attendendo sì il caso, formalmente, alla parità di trattamento nel godimento di un diritto collegato alla retribuzione, ma riguardando esso, nella sostanza, il diritto di famiglia, materia che non è di competenza della Comunità²⁰². Proprio in un ambito materiale che involge solo indirettamente le attribuzioni comunitarie, è a mio parere apprezzabile che la Corte di Giustizia abbia deciso di allinearsi pienamente a Strasburgo. Se mai, il "coraggio" della Corte si è avuto nel rigettare le deduzioni della Commissione, per ritenere comunque attratta al diritto comunitario la fattispecie concreta, anziché relegarla tra le situazioni cosiddette "puramente interne".

Inoltre, il fatto che le due Corti europee, intervenendo su una fattispecie concreta analoga, adottino una medesima soluzione non solo quanto al diritto rivendicato dal singolo ricorrente, ma anche, di riflesso, quanto al rapporto tra Stati membri e sistema convenzionale da un lato, e Stati membri e ordinamento comunitario dall'altro, è positivo. Ciò perché, in definitiva, pur nell'ambito di sistemi di

²⁰² Non a caso l'Avvocato Generale Colomer si premura di chiarire: "*Non si tratta di edificare un "diritto matrimoniale europeo", ma di garantire la piena efficacia del divieto di discriminazioni fondate sul sesso*" (§76).

L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 349, notava come già nella sentenza *P. c. S.*, che pure riguardava il solo licenziamento della ricorrente e non toccava questioni familiari, la Corte non si fosse mai spinta a chiarire se la ricorrente dovesse qualificarsi come uomo o donna ai sensi del diritto comunitario, ciò per la riluttanza della Corte ad intervenire sulla legislazione nazionale in materia di *status* delle persone e di relazioni familiari.

L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977, ritiene che la scelta della Corte di non definire direttamente l'attribuzione di benefici connessi al matrimonio al soggetto transessuale, ma di lasciare l'accertamento in concreto della loro spettanza al giudice nazionale dipenda dalla volontà della Corte di mantenere un equilibrio tra l'assenza attuale di formali competenze comunitarie in materia di diritto di famiglia e la necessità di fornire comunque una tutela ai rapporti familiari.

riferimento diversi, il responsabile ultimo delle obbligazioni nascenti da entrambi è pur sempre lo Stato, indotto in questa maniera ad adottare una unica condotta che si sa essere conforme sia all'uno che all'altro sistema. Risulterebbe ben più complessa ed incerta l'obbligazione ricadente sulle autorità nazionali ove i due sistemi di riferimento imponessero standard diversi, come sarebbe accaduto se la Corte di Giustizia avesse obbligato il Regno Unito a conformarsi a soluzioni diverse da quelle imposte da Strasburgo.

Nulla toglie che, in futuro, l'accrescimento delle attribuzioni comunitarie in settori nuovi, quali il diritto di famiglia, possa portare all'adozione di normative comunitarie ben più incisive sulla discrezionalità dei legislatori statali di quanto imposto dalla giurisprudenza di Strasburgo, che conserva comunque un ruolo sussidiario nella definizione del livello di tutela dei diritti fondamentali. Ma nell'attuale quadro giuridico, mi pare che la scelta della Corte di Giustizia di piena sovrapposizione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo debba valutarsi positivamente, perché contribuisce ad identificare un unico standard di riferimento, ovviamente in più dotato di tutte le caratteristiche proprie del diritto comunitario, ossia l'efficacia diretta e la prevalenza.

In un solo particolare la sentenza *K. B.* non riprende la sentenza *Goodwin* del 2002, ossia nel richiamo all'art. 9 dei diritti della Carta dei diritti dell'Unione Europea quale fattore che testimonia un'evoluzione nell'istituto matrimoniale. Paradossalmente, tale richiamo è operato dalla Corte di Strasburgo, dunque da un giudice afferente ad un sistema di tutela dei diritti fondamentali cui quel documento non appartiene, mentre non è né ripreso né approfondito dalla Corte di Giustizia, giudice dell'ordinamento al cui interno la Carta è stata redatta. Rinviando all'ultimo capitolo una riflessione sull'utilizzo da parte della Corte di Giustizia della Carta di Nizza, possiamo anticipare che questa omissione è già indicativa della tendenziale volontà della Corte di Giustizia di non esprimersi in ordine all'efficacia giuridica della Carta, né di ricorrere al suo contenuto per la definizione dei diritti fondamentali del diritto comunitario.

3.3. Sarah Margareth Richards, ovvero del confine tra competenze comunitarie e competenze nazionali in materia di età pensionabile di un soggetto transessuale

Il rapporto tra competenze comunitarie e competenze statali e, dunque, il tema della rilevanza comunitaria della fattispecie oggetto del giudizio principale emerge con maggiore chiarezza nell'ultima in ordine di tempo delle sentenze della Corte di Giustizia in materia di tutela dei transessuali, la decisione *Sarah Margareth Richards* del 2006²⁰³. La fattispecie attiene sempre al diritto alla pensione ed assomiglia a quella della prima sentenza *P. c. S.*, di dieci anni precedente. La signora Richards, nata uomo e divenuta di sesso femminile, chiede di andare in pensione secondo l'età prevista nel diritto inglese per le donne, ossia a 60 anni. Il parametro invocato dalla ricorrente avanti al giudice inglese per giustificare la disparità di trattamento è rappresentato dall'art. 8 CEDU e dall'art. 4 della direttiva 79/7/CEE, di armonizzazione, sulla graduale attuazione della parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale.

La struttura della motivazione riprende da vicino il precedente *P. c. S.* Anche in questo caso la direttiva di riferimento è interpretata in maniera estensiva alla luce del principio di parità di trattamento, sì da ricomprendere la fattispecie del cambiamento di sesso. Il ragionamento, tuttavia, si arricchisce di ulteriori specificazioni inerenti alla delimitazione dello spazio di discrezionalità spettante al legislatore nazionale in materia, non tanto in relazione al diritto al riconoscimento giuridico dell'identità dei transessuali, che è ormai dato per presupposto, ma in relazione alla fissazione delle condizioni per accedere al godimento della prestazione previdenziale²⁰⁴.

Il Regno Unito sostiene che in principio la fattispecie esuli dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, poiché il diritto alla pensione trova la sua origine e il suo fondamento nella legislazione statale. Di conseguenza, la scelta

²⁰³ C-423/04, 27 aprile 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in Racc. 2006, I-3585.

²⁰⁴ Deve precisarsi che per dare attuazione alla sentenza *Goodwin* del 2002, il legislatore britannico adottò il *Gender Registration Act 2004*, entrato in vigore il 4 aprile 2005. Con tale atto viene istituito un certificato di riconoscimento del genere che dà diritto alla pensione di vecchiaia al momento del raggiungimento dell'età prevista per il sesso acquisito. La legge non è, tuttavia, retroattiva, cosicché non si applica alla controversia introdotta dalla ricorrente sig.ra Richards sulla base della disciplina previgente.

dell'età cui erogare la prestazione previdenziale ad un soggetto transessuale ricadrebbe nella sola discrezionalità statale, ciò anche in base all'art. 7 n. 1 della direttiva 79/7/CEE, che consente agli Stati di derogare al principio della parità di trattamento tra uomo e donna proprio nella fissazione dell'età pensionabile.

La Corte riconosce che, in principio, il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi previdenziali, lasciando ad essi la determinazione delle condizioni per l'iscrizione al regime di previdenza sociale e per l'erogazione delle prestazioni. Nondimeno, qualifica il diritto alla pensione in condizioni di parità di trattamento come attratto alla sfera comunitaria, con la conseguenza che le deroghe alla parità concesse agli Stati in materia devono essere interpretate in maniera restrittiva e si giustificano soltanto ove siano conformi allo scopo che la direttiva intende perseguire.

La qualificazione del diritto in gioco come nazionale o comunitario è fondamentale, perché sposta il "sistema di riferimento" entro cui la disciplina regolativa di quel diritto deve essere analizzata. Se, infatti, il diritto controverso ricade nella sfera di competenza del legislatore nazionale, spetta a quest'ultimo definirne le condizioni di godimento e le limitazioni alla luce di fattori e variabili propri dello stesso sistema nazionale. Se, invece, il diritto in questione è attratto al livello comunitario, ciò implica che gli stessi obiettivi cui la regolazione del diritto deve tendere, come le condizioni per il suo esercizio, si spostano al livello comunitario, mutando in tal modo il contesto e le finalità alla luce della quali deve essere analizzata la normativa di riferimento.

L'attrazione del diritto alla pensione in condizioni di parità di trattamento alla sfera comunitaria implica che la definizione dell'età pensionabile, di cui all'art. 7 n. 1 della direttiva, è configurata come deroga alla disciplina generale prevista dalla direttiva stessa e, in quanto deroga al regime comunitario generale, deve essere interpretata restrittivamente. Per la Corte essa attiene alla sola fissazione dell'età minima pensionabile, che può essere diversa tra uomo e donna. Resta, invece, esclusa dalla deroga la fissazione dell'età pensionabile di un soggetto che abbia cambiato sesso.

La normativa inglese introduce una disparità di trattamento contraria alla direttiva, in quanto "*contrariamente alle donne il cui genere non risulta da un intervento*

*chirurgico di mutamento di sesso...la sig.ra Richards non può soddisfare una delle condizioni di accesso alla detta pensione, nella fattispecie quella relativa all'età pensionabile*²⁰⁵.

Mentre, dunque, nella sentenza *K. B.* la Corte lasciava al giudice *a quo* il compito di accertare se il ricorrente o il suo convivente transessuale possedessero le condizioni che il diritto nazionale prescrive per l'acquisizione della capacità matrimoniale, nel caso *Sarah Margareth Richards* la Corte adotta una pronuncia di portata generale, in cui direttamente sancisce che i transessuali hanno diritto di ottenere la pensione all'età corrispondente al sesso acquisito²⁰⁶. La Corte delinea così chiaramente il confine tra competenze del diritto comunitario in materia di parità di trattamento nelle prestazioni previdenziali e competenze, ridotte, del diritto nazionale. La differente portata delle due pronunce attiene, a mio avviso, al fatto che, come già evidenziato, mentre la fattispecie di *K. B.* involgeva profili afferenti al diritto di famiglia, la successiva sentenza *Sarah Margareth Richards* attiene al solo profilo del diritto alla pensione, quale diritto ad una prestazione connessa alla retribuzione immediatamente derivante dall'art. 141 (ex 119) TCE.

3.4. Prime conclusioni sull'incidenza del parametro convenzionale nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di trattamento dei transessuali

A proposito del ruolo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nelle sentenze esaminate, è possibile ora delineare le prime conclusioni.

²⁰⁵ Si noti che in questo caso il *tertium* è mutato rispetto alla sentenza *P. c. S.* Se in quel primo caso, di licenziamento di un uomo divenuto donna, il termine di paragone per valutare il trattamento illegittimo era costituito da soggetti del sesso originario che non avessero cambiato sesso, i quali non sarebbero perciò stati licenziati, nella sentenza *S.M.R.* il *tertium* è rappresentato da soggetti del sesso acquisito. Questo mutamento del *tertium*, sollecitato dallo stesso Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni depositate il 15 dicembre 2005 (§39 – 45), in Racc. 2005, I-3585, appare corretto, in quanto in realtà in linea massima ciò cui le persone transessuali aspirano e che è loro negato è un trattamento cui accedono le persone che sin dall'origine hanno il sesso da questi acquisito.

²⁰⁶ E. LONGO, *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, 584, valorizza la differente portata del dispositivo nelle sentenze *K. B.* e *Sarah Margareth Richards*, l'uno che rinvia al giudice nazionale l'accertamento della sussistenza delle condizioni per il godimento della tutela di cui all'art. 141 TCE, il secondo che direttamente stabilisce la regola per la soluzione del caso, imponendola a tutti i giudici e, prima ancora, a tutti i legislatori nazionali.

Nella prima *P. c. S.* del 1996, la giurisprudenza convenzionale è utilizzata al solo fine di definire il fenomeno del transessualismo; la decisione è condotta alla luce del solo principio di parità di trattamento e dal diritto di non essere discriminati in base al sesso. D'altra parte all'epoca, come detto, Strasburgo non aveva ancora riconosciuto pienamente il diritto all'identità sessuale dei transessuali nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione, quale componente del rispetto della vita privata. Ove non giungeva Strasburgo alla luce dell'art. 8, arrivava già nel 1996 la Corte del Lussemburgo in forza del principio comunitario fondamentale del divieto di discriminazione in base al sesso. Da tale principio la Corte trae la regola di riferimento per la soluzione di una fattispecie non espressamente disciplinata dal diritto secondario. Si noti, per inciso, che la soluzione adottata dalla Corte del Lussemburgo non influenzerà in alcun modo la successiva giurisprudenza di Strasburgo, che ancora nel 1998 e sempre in relazione all'art. 8 della Convenzione, continuerà nel caso *Sheffield* a negare che il Regno Unito sia tenuto ad assicurare un riconoscimento giuridico ai transessuali.

Nella successiva *K. B.* del 2004, invece, le due giurisprudenze si intrecciano. L'art. 12 della Convenzione è parametro necessario per la soluzione della questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia e la sentenza *Goodwin* del 2002, che di quella disposizione scritta dà l'interpretazione in relazione al diritto dei transessuali di contrarre matrimonio, costituisce il principale riferimento dell'argomentazione. Ciò accade perché la fattispecie esula dalla sola sfera comunitaria della parità di trattamento nel godimento di una prestazione sociale, per involgere la sfera materiale della capacità matrimoniale. Ne deriva che il solo parametro costituito dall'art. 141 TCE non sarebbe stato sufficiente per individuare la regola del caso, rendendosi necessario ricorrere ad un parametro *ad hoc* quale quello convenzionale. Il parametro convenzionale determina, in tal modo, un'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 141 TCE, rendendolo applicabile ad una fattispecie concreta non regolata dalle norme comunitarie secondarie. Di più, quel parametro è inteso allo stesso modo dalle due Corti non soltanto quanto alla dimensione individuale del diritto riconosciuto al singolo, ma anche per ciò che attiene al rapporto tra ordinamenti: il margine che spetta allo

Stato nel sistema convenzionale è parimenti riconosciuto allo Stato nel riparto comunitario delle competenze.

Tale conclusione è confermata dall'ultima sentenza *Sarah Margareth Richards* del 2006, in cui è ribadito che spetta in principio agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del transessuale. In questa decisione, tuttavia, la Corte chiarisce che, ove la fattispecie esuli dal diritto di famiglia e ricada pienamente nell'ambito di applicazione comunitario del principio di parità di trattamento in materia di retribuzione, lo spazio per le determinazioni statali si fa assai più stretto.

4. LA TUTELA DEGLI OMOSESSUALI AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Due sono le sentenze in cui la Corte di Giustizia si è occupata della tutela degli omosessuali, *Grant c. South – West Trains Ltd* del 17 febbraio 1998 e *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea* del 31 maggio 2001²⁰⁷. Rispetto alla tutela dei soggetti transessuali, riconosciuta già nella sentenza *P. c. S.* del 1996, la Corte di Giustizia non ha ritenuto in alcuno dei due casi che una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale trovi protezione nel diritto comunitario. Al contrario delle sentenze in materia di cambiamento di sesso, dunque, la Corte ha rilevato l'assenza di collegamento tra le fattispecie prospettate e il diritto comunitario sia primario che secondario.

Per meglio comprendere il contesto in cui si inseriscono le citate sentenze della Corte di Giustizia, è opportuno anche in questo caso ripercorrere brevemente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di omosessualità analizzata nel primo capitolo. Tali sentenze hanno riguardato la protezione degli omosessuali da una legislazione penale che sanzionava atti omosessuali compiuti da adulti consenzienti²⁰⁸; legislazioni penali che prevedevano un'età minima diversa per la

²⁰⁷ C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, 17 febbraio 1998, in Racc. 1998, I, 621; C-122/99P e C-125/99P, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea*, 31 maggio 2001, in Racc. 2001, I, 4319.

²⁰⁸ Sentenze *Dudgeon c. Regno Unito e Irlanda del Nord* del 22 ottobre 1981; *Norris c. Irlanda* del 26 ottobre 1988; *Modinos c. Cipro* del 22 aprile 1993.

liceità di rapporti sessuali con minorenni a seconda che si trattasse di rapporti omosessuali o eterosessuali²⁰⁹; il licenziamento dalle forze armate motivato dall'orientamento sessuale dei ricorrenti²¹⁰. Tutte queste fattispecie sono state risolte sulla base del parametro costituito dal rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 CEDU. In particolare, sin dalla prima sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981, la Corte di Strasburgo ha qualificato l'orientamento sessuale come “una manifestazione essenzialmente privata della personalità umana”, con contestuale condanna dello Stato convenuto per aver posto in essere un'ingerenza non “necessaria in una società democratica” a carico della vita privata dei ricorrenti²¹¹.

Soltanto in tempi più recenti, invece, la Corte ha avuto occasione di analizzare il trattamento di soggetti omosessuali in relazione al rispetto della vita familiare. La Corte è intervenuta in materia di filiazione, da un lato sanzionando le autorità portoghesi per aver negato l'affidamento del figlio minore al padre soltanto a motivo del suo orientamento sessuale²¹², dall'altro prima negando, ma di recente ammettendo, la sussistenza, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, di un obbligo per gli Stati di ammettere l'adozione da parte di single omosessuali²¹³. Per ciò che attiene al rapporto con il partner, soltanto nel 2003 la Corte ha condannato l'interpretazione data dalle giurisdizioni austriache di disposizioni nazionali in

²⁰⁹ Rapporto della Commissione *Sutherland c. Regno Unito* del 1 luglio 1997; sentenze *L. e V. c. Austria* del 9 gennaio 2003; *S.L. c. Austria* del medesimo giorno; *B. B. c. Regno Unito* del 7 luglio 2004; *Woditschka e Wilfling c. Austria* del 21 gennaio 2005.

²¹⁰ Sentenze *Smith e Grady c. Regno Unito* del 27 dicembre 1999; *Lusting-Prean e Beckett* del 27 dicembre 1999; *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito* del 22 gennaio 2003.

²¹¹ Per una rassegna puntuale della giurisprudenza della Corte in materia di diritti degli omosessuali, P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 104-133; G. GONZALES, *La liberté sexuelle*, in F. SUDRE (a cura di), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 170.

²¹² Sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 marzo 2000, ove la Corte attiva l'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 per dichiarare contrario alla Convenzione il diniego di affidamento del minore al padre convivente con un altro uomo, a motivo che le autorità giurisdizionali locali non avevano tenuto in alcun conto gli elementi concreti contenuti nei dossier dei servizi sociali, per limitarsi a negare l'affidamento sulla base del solo orientamento sessuale del ricorrente. La Corte condanna, pertanto, una differenza di trattamento tra il ricorrente e la moglie, in quanto fondata sulle sole preferenze sessuali del ricorrente.

²¹³ Sentenza *Fretté c. Francia* del 26 maggio 2002, in cui la Corte pone più volte l'accento sull'assenza di un denominatore comune nelle legislazioni nazionali, nonché sulla mancanza totale di un consenso comune nella comunità scientifica e nel contesto sociale sull'opportunità di consentire ad un soggetto omosessuale celibe di adottare un bambino, posizione rivista nella sentenza *E. B. c. Francia* del 22 gennaio 2008.

materia di successione *mortis causa* del convivente nel contratto di locazione, che escludeva dalla successione il partner omosessuale²¹⁴. In precedenza, la Commissione europea aveva dichiarato irricevibili ricorsi contro una legislazione che ammetteva alla successione *mortis causa* nel contratto di locazione solo il coniuge o il convivente eterosessuale sulla base del particolare valore assegnato alla famiglia eterosessuale nella maggior parte degli Stati contraenti²¹⁵.

Gli organi di Strasburgo hanno, invece, finora negato che l'art. 12 della Convenzione attribuisca alla coppia omosessuale il diritto di sposarsi e fondare una famiglia, riconoscendo invece tale diritto soltanto alla coppia formata da un uomo e una donna²¹⁶. Tale conclusione è sempre stata sorretta dal ricorso all'argomento consensuale, rilevando la mancanza di un consenso nelle legislazioni e prassi degli Stati membri sul riconoscimento di una tutela alle coppie omosessuali analoga a quella riservata alle coppie sposate²¹⁷. Solo nella recente sentenza *Goodwin* del 2002, come si è detto, la Corte ha riconosciuto anche ad un soggetto transessuale il diritto di sposarsi con un partner appartenente al suo sesso originario. E' difficile prevedere se questa sentenza potrà costituire un precedente per una futura apertura anche alle coppie omosessuali. La situazione di una coppia transessuale, infatti, è diversa da quella di una coppia omosessuale. Mentre nel primo caso viene in gioco l'identità sessuale e, una volta accertato che il soggetto ha diritto di essere qualificato per il suo sesso acquisito,

²¹⁴ Sentenza *Karner c. Austria* del 24 ottobre 2003, in cui la Corte riconosce che la protezione della famiglia nel senso tradizionale può giustificare una differenza di trattamento rispetto ad altre forme di relazione familiare, ma afferma anche: “*Il fine di proteggere la famiglia in senso tradizionale è molto astratto e può essere utilizzata una grande varietà di misure concrete per realizzarlo. Allorché il margine di apprezzamento lasciato allo Stato è stretto, nei casi per esempio di una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale, non soltanto il principio di proporzionalità esige che la misura adottata sia di natura tale da permettere la realizzazione del fine perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che fosse necessario, per perseguire quel fine, escludere alcune persone – nel caso di specie le persone che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura di cui si tratta*”. Non avendo il Governo austriaco dimostrato che la protezione della famiglia tradizionale richiede l'esclusione del convivente omosessuale dalla successione nel contratto di locazione in caso di morte del titolare, la sua condotta è dichiarata sproporzionata al fine perseguito e dunque posta in essere in violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

²¹⁵ Decisioni della Commissione europea *S. c. Regno Unito* del 14 maggio 1986 e *Roosli c. Germania* del 15 maggio 1996, in cui la Commissione ha affermato che: “*la famiglia (a cui può essere assimilata la relazione di una coppia eterosessuale non sposata ma che coabita come moglie e marito) merita una protezione particolare nella società*”.

²¹⁶ Decisioni *C e L. M. c. Regno Unito*, 9 ottobre 1989.

²¹⁷ Lo evidenzia P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 119.

la coppia si inserisce nella classica dicotomia uomo/donna, non è così per i soggetti omosessuali, che propongono, invece, un modello di relazione familiare che esce da tale schema classico.

Quanto alle dinamiche temporali, rilevanti per comprendere fino a che punto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia influenzato le decisioni della Corte di Giustizia, possiamo rilevare che all'epoca della prima sentenza *Grant* del 1998, Strasburgo era giunta da tempo a riconoscere tutela alla vita privata degli omosessuali in rapporto ad una legislazione penale repressiva, mentre già allora il diritto di sposarsi e di formare una famiglia era stato riconosciuto alle sole coppie eterosessuali. La seconda sentenza, *D. c. Consiglio* del 2001, interviene dopo che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto tutela alla vita familiare di un padre omosessuale separato in relazione all'affidamento del figlio minore, nella sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999²¹⁸. A tale sentenza si riferirà infatti implicitamente l'Avvocato Generale Mischo nelle sue Conclusioni per la causa *D*. Invece, le decisioni *Goodwin* e *Karner* del 2003 sono successive ad entrambe le sentenze della Corte di Giustizia di cui si va discorrendo.

4.1. La sentenza *Grant*, o dove l'interpretazione estensiva del parametro comunitario alla luce dei diritti fondamentali si ferma...

La sentenza *Grant* attiene al rifiuto da parte di una società ferroviaria britannica di accordare alla convivente di una dipendente omosessuale le agevolazioni sull'acquisto dei titoli di viaggio che il contratto di lavoro e il suo regolamento di attuazione riservavano al coniuge e al convivente di sesso opposto – *common law opposite sex spouse* – in presenza di una relazione significativa di almeno due anni²¹⁹.

La ricorrente, sig.ra Lisa Grant, impugnò tale rifiuto ritenendo che esso configurasse una discriminazione fondata sul sesso, in violazione dell'*Equal Pay*

²¹⁸ Sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999.

²¹⁹ J. MCINNES, nota alla sentenza *Grant*, C-249/96 in *Common Market Law Review*, 1999, 1043-1058; T. CONNOR, *Community Discrimination Law: no right to equal treatment in employment in respect of same sex partner*, in *European Law Review*, 1998, 378-383; L. R. HELFER, nota alla sentenza *Grant*, in *American Journal of International Law*, 1998, 200-205; S. GRECO, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1369-1379.

Act del 1970, legge nazionale sulla parità delle retribuzioni, dell'art. 119 TCE e della direttiva del Consiglio 76/207/CEE. L'Industrial Tribunal di Southampton sollevò questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, richiamando proprio la giurisprudenza *P. c. S.* di due anni precedente. Come nel caso *P. c. S.*, dunque, il giudice nazionale invocava il diritto comunitario per fornire una protezione ad una disparità di trattamento che non avrebbe trovato tutela nella legislazione e prassi interna.

La decisione della Corte di inesistenza di una tutela comunitaria contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ha colto di sorpresa la dottrina. Nel commentare la sentenza *P. c. S.*, infatti, numerosi autori avevano espresso la convinzione che il ragionamento svolto dalla Corte in materia di cambiamento di sesso avrebbe potuto del pari essere esteso alle ipotesi di disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale²²⁰. Ciò soprattutto per le modalità in cui la questione nata dal licenziamento di un transessuale era stata risolta. La Corte, infatti, lungi dall'adottare una sentenza strettamente legata alle circostanze del caso di specie, aveva argomentato la decisione sulla base di principi generali, il principio di eguaglianza e il diritto di non essere discriminato in base al sesso, quale diritto fondamentale della persona umana e dunque principio fondamentale del diritto comunitario. Vero è che il dispositivo della sentenza riferiva espressamente l'interpretazione della direttiva 76/207/CEE al “*licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso*”, dunque alla specifica fattispecie oggetto della decisione, ma il tono della motivazione pareva preludere ad una applicazione ben più ampia e generalizzata dei principi ivi enunciati. Qualificando la fattispecie del licenziamento come fondata

²²⁰ L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 380-381; A. CAMPBELL AND HEATHER LARDY, *Discrimination against transsexuals in Employment*, in *European Law Review*, 1996, 412-417.

Lo stesso Avvocato Generale Elmer, d'altra parte, nelle sue Conclusioni per la causa *Grant*, depositate il 30 settembre 1997, in *Racc.* 1998, I, 621, proprio a partire dalla sentenza *P. c. S.* proponeva di dichiarare che il diniego opposto ad un dipendente omosessuale delle agevolazioni di viaggio che il contratto di lavoro accorda al dipendente convivente con un soggetto di sesso opposto costituisce una discriminazione fondata sul sesso vietata dall'art. 119 TCE.

P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, invece, commentando *a posteriori* la sentenza *Grant* in relazione al precedente *P. c. S.*, ritiene che la prima pronuncia sia del tutto coerente con la seconda per la diversità del diritto che viene in gioco, poiché la libertà di scelta di comportamenti sessuali, pur riguardando sempre la sfera sessuale, non concerne l'appartenenza ad un determinato sesso.

“essenzialmente, se non esclusivamente sul sesso”, ritenendo dunque che la nozione di “sesso” dovesse essere intesa nel senso dell’appartenenza psicologica più che biologica ad un genere e ragionando in termini di rispetto della “*dignità e libertà*” della persona²²¹, la Corte sembrava chiaramente aver aperto la strada alla tutela comunitaria da ogni tipo di discriminazione inerente alla sfera sessuale, comprese quelle che si radicano nell’orientamento sessuale dell’interessato.

Nella sentenza *Grant*, invece, la Corte prende espressamente le distanze dal precedente *P. c. S.*, limitando il ragionamento ivi condotto al caso del cambiamento di sesso di un lavoratore e rifiutando di applicare un’argomentazione analoga alle disparità di trattamento fondate sull’orientamento sessuale²²².

La motivazione della Corte è strutturata su tre livelli. Nella prima parte, la Corte esclude che il rifiuto opposto dalla società ferroviaria britannica possa configurare una discriminazione diretta fondata sul sesso ai sensi dell’art. 119 TCE, ciò sulla base dell’applicazione del modello classico di verifica del rispetto del principio di parità di trattamento, che consiste nella sostituzione al soggetto interessato di un soggetto di sesso opposto. Secondo la Corte, la clausola contrattuale che riserva le agevolazioni di viaggio al coniuge o al convivente di sesso opposto è “neutra” rispetto al sesso, poiché vieta la concessione delle agevolazioni a dipendenti omosessuali, siano essi uomini o donne²²³.

²²¹ §21-22 della sentenza C-13/94, *P. c. S.*, 30 aprile 1996.

²²² La dottrina ha qualificato come “*distinguishing*” la distinzione dei fatti di *P. c. S.* rispetto a quelli di *Grant* operata dalla Corte; si veda T. CONNOR, *Community discrimination Law: no right to equal treatment in employment in respect of same sex partner*, in *European Law Review*, 1998, 383.

²²³ La dottrina che ha commentato la sentenza si è lungamente soffermata sul confronto tra il canone di verifica del rispetto della parità di trattamento adottato in *Grant* e il canone precedentemente applicato in *P.c.S.*

In *Grant*, la Corte torna ad applicare l’art. 119 TCE secondo il classico canone dotato di un *tertium*, attenuando dunque l’impressione avanzata da alcuni commentatori dopo la sentenza *P. c. S.*, secondo cui il principio di parità di trattamento avrebbe potuto essere applicato indipendentemente dal confronto con la categoria di soggetti del sesso opposto (nota 39 precedente). In tal senso, T. CONNOR, *Community discrimination Law: no right to equal treatment in employment in respect of same sex partner*, in *European Law Review*, 1998, 382; J. MCINNES, nota alla sentenza *Grant*, C-249/96 in *Common Market Law Review*, 1999, 1049-1050; L. R. HELFER, nota alla sentenza *Grant*, in *American Journal of International Law*, 1998, 200-202.

JOHN MCINNES e LAURENCE HELFER, tuttavia, sottolineano, a mio parere giustamente, che il canone argomentativo applicato in *Grant* non è del tutto coerente al modello classico usualmente applicato dalla Corte di Giustizia per verificare se il sesso costituisca il fattore determinante di un trattamento differenziato. In *Grant*, la Corte confronta l’ipotesi in cui una donna convivente con una donna non gode di agevolazioni di viaggio con l’ipotesi di un uomo convivente con un uomo,

La seconda parte della motivazione, invece, è volta ad accertare se il rifiuto *de qua* possa essere qualificato come discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e se tale discriminazione trovi una copertura comunitaria. Per rispondere a queste domande, la Corte semplicemente esclude l'applicabilità dell'art. 119 TCE, senza dilungarsi su alcuna giustificazione in ordine all'impossibilità di dare della disposizione una lettura estensiva quale quella resa nella sentenza *P. c. S.* sulla base del generale principio di eguaglianza.

La Corte, in secondo luogo, accerta se esista un'altra e diversa norma comunitaria primaria in grado di applicarsi alla fattispecie concreta, un principio generale non scritto comune agli ordinamenti degli Stati membri.

Dopo aver constatato che non esiste una disposizione comunitaria scritta che vieti le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale²²⁴, la Corte ricorre all'argomento comparativo per dimostrare che nella maggior parte degli Stati membri la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso non è equiparata alle relazioni stabili eterosessuali. Di seguito, la Corte rinvia alla giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui: *“nonostante i mutamenti odierni nei confronti dell'omosessualità, le relazioni omosessuali durevoli non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita*

osservando che anche in quest'ultimo caso il dipendente maschio non avrebbe goduto delle agevolazioni e che, dunque, la clausola contrattuale controversa è neutra rispetto al sesso. Tale applicazione del canone del *tertium* non è logicamente rigorosa, poiché la Corte non ha tenuto ferme le circostanze del contesto. Infatti, applicando rigorosamente il modello classico, il confronto avrebbe dovuto essere operato tra una donna convivente con una donna e un uomo convivente con una donna. Così impostato, il confronto avrebbe chiaramente svelato la disparità di trattamento e dunque la rilevanza del sesso, inteso come orientamento sessuale, quale fattore differenziale. Di più, gli autori ritengono che l'argomento per cui la clausola contrattuale sarebbe neutra in base al sesso sia erroneo poiché la condizione ivi prevista di “convivente del sesso opposto” piuttosto che di “convivente dello stesso sesso” comprende in sé il criterio del sesso come differenziale per il trattamento erogato, indipendentemente dalla ricerca di qualsivoglia *tertium*.

Sul criterio di applicazione del *tertium* in caso di disparità di trattamento dovute all'orientamento sessuale si veda in generale R. WINTEMUTE, *Recognizing New Kinds of direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code*, in *Mod. Law Review*, 1997, 334-344 e A. KOPPELMAN, *Why Discrimination against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *N.Y.U. Law Review*, 1994, 197-208.

²²⁴ La questione è impostata dalla Corte nei seguenti termini: (§30): *“...si deve accertare...se le persone che hanno una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso si trovino nella stessa situazione delle persone coniugate o di quelle che hanno una relazione stabile fuori dal matrimonio con un compagno del sesso opposto”*. Rileva al §31 la Corte che: *“A questo proposito, sebbene il Parlamento europeo abbia dichiarato, come ha osservato la signora Grant, di deplorare qualsiasi discriminazione motivata dalla tendenza sessuale di un individuo, cionondimeno la Comunità non ha sino ad ora emanato norme che comportino un'equiparazione del genere”*.

*familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione*²²⁵ e per la quale le norme nazionali volte a garantire un trattamento più favorevole alle persone coniugate e ai conviventi eterosessuali rispetto alle coppie aventi una stabile relazione omosessuale non contrastano con l'art. 14 della Convenzione²²⁶. Infine, la Corte ricorda la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo in materia di matrimonio dei transessuali resa all'epoca, secondo cui l'art. 12 della Convenzione si applicava esclusivamente al matrimonio tradizionale tra persone di sesso biologico diverso.

Da questo insieme di materiali, ossia le legislazioni e prassi degli Stati membri e la giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, elementi tutti che vanno a comporre quello che la dottrina ha definito il cosiddetto *“patrimonio costituzionale europeo”*²²⁷, la Corte di Giustizia trae la conclusione per la quale *“allo stato attuale del diritto della Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori dal matrimonio tra persone di sesso opposto”*. Ne deriva che un datore di lavoro non è tenuto, in forza del diritto comunitario, ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile omosessuale a quella di una persona coniugata o che convive con un soggetto eterosessuale.

Non esistendo, dunque, una norma comunitaria che vieti le disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale, né sotto forma di disposizione scritta, né di principio generale del diritto, la Corte conclude per l'assenza di una *“copertura comunitaria”* di siffatte fattispecie. La relazione tra diritto fondamentale e ambito di applicazione del parametro costituito dall'art. 119 TCE è prospettata in *Grant* con estrema chiarezza:

²²⁵ La Corte cita, in particolare, le decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo 3 maggio 1983, *X e Y c. Regno Unito*, n. 9369/81; 14 maggio 1986, *S. c. Regno Unito*, n. 11716/85; 19 maggio 1992, *Kerkhoven e Hinke c. Paesi bassi*, n. 15666/89.

²²⁶ Si richiamano le sentenze della Commissione europea dei diritti dell'uomo 14 maggio 1986, *S. c. Regno Unito*, n. 11716/85; 9 ottobre 1989, *C. e L.M. c. Regno Unito*, n. 14753/89; 10 febbraio 1990, *B. c. Regno Unito*, n. 16106/90.

²²⁷ L'espressione è di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

“Tuttavia, benché il rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei detti principi generali costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell’ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità” (§45; tra parentesi la Corte rinvia al parere 2/94 del 28 marzo 1996, sull’adesione della Comunità alla Convenzione europea).

A fronte della deduzione della ricorrente secondo cui il Comitato dei diritti dell’uomo istituito in seno alle Nazioni Unite avrebbe ritenuto che l’espressione “sesso” di cui agli articoli 2 e 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 riguarderebbe anche le preferenze sessuali, la Corte inoltre ribadisce che:

“Un’osservazione del genere, che non sembra del resto riflettere l’interpretazione generalmente oggi accolta della nozione di discriminazione fondata sul sesso contenuta in diversi atti internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali, non può quindi condurre la Corte ad ampliare la portata dell’art. 119 del Trattato. Pertanto la portata del detto articolo, così come quella di qualunque disposizione di diritto comunitario, può essere definita solo tenendo conto del suo dettato e del suo scopo, nonché della sua collocazione nel sistema del Trattato e del contesto giuridico in cui va iscritta tale disposizione. Ora, dalle considerazioni precedenti si desume che, allo stato attuale, il diritto comunitario non si applica ad una discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, come quella di cui si controverte nel processo a quo” (§47, evidenziato nostro).

Infine, la Corte rileva che il Trattato di Amsterdam, all’epoca firmato e in corso di ratificazione, avrebbe aggiunto un articolo 6 A al Trattato istitutivo della Comunità Europea, ai sensi del quale il Consiglio avrebbe potuto adottare all’unanimità i provvedimenti necessari per l’eliminazione di diverse forme di discriminazione, comprese quelle fondate sull’orientamento sessuale.

Si tratta dell’attuale art. 13 del Trattato CE, che ha introdotto un generale principio di non discriminazione in seno alla Comunità, al di là delle precedenti

ipotesi numerate di divieto di discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento tra uomo e donna nella retribuzione²²⁸.

I commentatori hanno ritenuto che il *self restraint* dimostrato dalla Corte nel non riconoscere l'esistenza di un divieto comunitario di discriminazione in base alle preferenze sessuali sia stato determinato dalla volontà della Corte di non invadere le prerogative degli Stati membri, in qualità di legislatori primari comunitari, poiché soltanto con il Trattato di Amsterdam essi avevano ritenuto di menzionare espressamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, prima evidentemente assente²²⁹.

Le brevi considerazioni della Corte in punto di limite all'interpretazione estensiva delle norme comunitarie alla luce del dettato testuale, dello scopo e della loro collocazione nel sistema del Trattato, se costituisce una rivendicazione della completezza del sistema comunitario, si scontra d'altra parte con le precedenti puntuali digressioni operate dalla Corte sulla legislazione e prassi degli Stati e sulla giurisprudenza degli organi della Convenzione europea. L'impressione è che, in realtà, nella sentenza *Grant*, proprio tali fattori abbiano avuto un peso determinante. Essi rivelano una duplice potenzialità: da un lato, sono assunti come elementi in grado di determinare il contenuto e l'ambito di applicazione dell'art. 119 TCE al di là del testo della disposizione, del suo scopo e della sua collocazione sistematica; dall'altro, essi possono determinare la nascita di una nuova norma comunitaria ulteriore rispetto al parametro scritto, quale principio

²²⁸ Sul significato e la portata dell'art. 13 TCE, introdotto ad opera del Trattato di Amsterdam, K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, 575-600, spec. 578-580; B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 683-694, spec. 686.

²²⁹ T. CONNOR, *Community discrimination Law: no right to equal treatment in employment in respect of same sex partner*, in *European Law Review*, 1998, 383, secondo cui la Corte ha inteso chiarire che la responsabilità dell'ampliamento delle norme comunitarie in materia di discriminazione spetta agli Stati e non al giudice comunitario; L. R. HELFER, nota alla sentenza *Grant*, in *American Journal of International Law*, 1998, 203, secondo cui, tuttavia, la Corte non aveva esitato in passato ad estendere il contenuto del principio di non discriminazione in base al sesso, come nel precedente *P. c. S.*, al di là della volontà espressa dei redattori del testo del Trattato; J. MCINNES, nota alla sentenza *Grant*, C-249/96 in *Common Market Law Review*, 1999, 1055, il quale ritiene che la decisione possa essere stata determinata, oltre che dalla deferenza della Corte verso il legislatore, anche dalla prudenza nei confronti di un tema che tocca questioni moralmente sensibili; pur senza esplicito riferimento alla nozione di "morale" nella sentenza, l'assenza di un consenso morale nei confronti di diritti degli omosessuali negli ordinamenti interni avrebbe determinato l'interpretazione restrittiva delle norme comunitarie.

generale del diritto. Ma in concreto né il contributo all'interpretazione del parametro scritto né la ricostruzione di una norma di principio operano, perché quei fattori attestano l'assenza di un principio condiviso in materia di parità di trattamento tra coppie coniugate, eterosessuali e omosessuali nel panorama legislativo degli Stati membri.

4.2 La sentenza *D. e Regno di Svezia contro Consiglio* del 2001

Il richiamo espresso all'art. 6 A, poi 13, del Trattato di Amsterdam contenuto nella parte finale della sentenza *Grant* avrebbe potuto far credere che la Corte di Giustizia, adita nuovamente in merito alla disparità di trattamento di coppie omosessuali, sarebbe giunta ad una conclusione diversa proprio in forza dell'art. 13 TCE. Nella sentenza *D. e Regno di Svezia contro Consiglio* del 31 maggio 2001, invece, dell'art. 13 TCE non c'è traccia e il precedente *Grant* risulta pienamente confermato²³⁰⁻²³¹.

La decisione trae origine da due ricorsi in appello proposti da un dipendente del Consiglio dell'Unione europea e dalla Svezia avverso una sentenza del Tribunale di primo grado, con cui si confermava il diniego opposto al dipendente svedese e al suo convivente omosessuale dell'assegno familiare previsto dall'art. 1 n. 2 dello Statuto del personale delle Comunità europee per i dipendenti coniugati, ciò

²³⁰ E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2001, 695-696; E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 80-90; E. ELLYS, nota alla sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, C-122 e 125/99, in *Common Market Law Review*, 2002, 151-157; K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 679-694.

²³¹ E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 87K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 684, che pure notano che l'art. 13 non è norma di applicazione diretta, ma soltanto attributiva di un potere al Consiglio e che la disposizione introdotta dal Trattato di Amsterdam non era in vigore al momento dei fatti della causa principale, risalenti al 1996. Sulla base dell'art. 13, già pendente il giudizio di appello *D. avanti alla Corte di Giustizia*, il Consiglio aveva adottato la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, in GUCE L503 del 2 dicembre 2000, in materia di discriminazioni fondate anche sull'orientamento sessuale, il cui termine per la trasposizione negli Stati membri veniva a scadere il 2 dicembre 2003. Trattando la causa *D. dello Statuto del personale*, la direttiva avrebbe potuto anche essere invocata quale normativa comunitaria vigente in materia di orientamento sessuale, indipendentemente dal termine di trasposizione. Sulle direttive adottate in attuazione dell'art. 13 TCE, si veda E. ELLYS, nota alla sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, C-122 e 125/99, in *Common Market Law Review*, 2002, 157.

nonostante i due avessero dato vita ad un'unione stabile registrata ai sensi della legge svedese del 23 giugno 1994, n. 1117²³².

L'impossibilità di estendere gli assegni familiari al ricorrente è negata dalla Corte sia alla luce dell'interpretazione della disposizione dello Statuto del personale, sia in forza dell'applicazione del principio di parità di trattamento in base al sesso.

Per ciò che attiene allo Statuto del personale, la Corte ritiene “*pacifico*” che il termine “matrimonio”, “*secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso*”. Attivando nuovamente l'argomento comparativo, la Corte riconosce che sin dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio tanto fra i conviventi che nei confronti dei terzi²³³. Tuttavia, la Corte rileva che, a parte la loro estrema eterogeneità, tali regimi sono comunque nelle legislazioni nazionali tenuti distinti dal matrimonio. L'assenza di un comune denominatore negli Stati membri che identifichi le unioni registrate al matrimonio impedisce, dunque, di interpretare l'art. 2 n. 1 dello Statuto del personale nel senso di estendere la nozione di “coniuge” a quella di convivente di un'unione registrata. Come in *Grant*, la Corte ritiene che spetti al legislatore comunitario adottare provvedimenti che espressamente amplino l'erogazione di assegni familiari a nuove forme di relazione familiare²³⁴. Il legislatore comunitario, d'altra parte, aveva già respinto

²³² Sentenza del Tribunale di primo grado, T-264/97, 28 gennaio 1999, in Raccolta della giurisprudenza, 1999, I-A-1 e II-1, su cui C. DENYS, *Homosexuality: a non issue in Community Law?*, in *European Law Review*, 1999, 419-425.

²³³ La Corte non effettua una analisi espressa di tali legislazioni. Per una rassegna delle normative nazionali all'epoca vigenti di tutela delle coppie omosessuali, K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 681-685 e E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the “European family” and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 84, secondo i quali una grande maggioranza degli Stati europei riconoscerebbe effetti giuridici alle convivenze omosessuali, testimoniando un'evoluzione progressista del concetto di “famiglia” di cui la Corte avrebbe dovuto tenere conto. E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2001, 695-696 evidenzia come implicitamente la Corte riconosca tre livelli di relazione familiare, il matrimonio, l'unione stabile registrata, la convivenza di fatto, il cui contenuto e le cui differenze non sono, tuttavia, esplicitati.

²³⁴ “*Ne risulta che l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario*

la proposta degli Stati membri del nord Europa di equiparare al matrimonio, nello Statuto del personale, altre forme di convivenza ai fini della concessione dei vantaggi connessi.

Quanto alla violazione del principio di parità di trattamento in base al sesso, ancora una volta la Corte propone una lettura della nozione di coniuge inserita nello Statuto del personale alla luce dei “*concetti prevalenti nell’insieme della Comunità*”. Anche qui, l’estrema eterogeneità normativa e la mancanza generale di equiparazione tra il matrimonio e le altre forme di unione legale inducono la Corte a concludere che la situazione del dipendente svedese che abbia registrato un’unione stabile in Svezia non possa essere ritenuta analoga, ai fini dello Statuto, a quella di un dipendente sposato. La diversità di situazioni non ammette che vi sia parità di trattamento.

Il ricorrente aveva anche prospettato la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU, ma il motivo è rapidamente respinto affermando che non sussiste ingerenza nel suddetto diritto²³⁵.

Il cuore della questione sottoposta alla Corte risiede nel decidere se esista una nozione comunitaria autonoma di “matrimonio” o se, invece, la nozione dipenda dalla legislazione di ciascuno Stato membro. Numerosi commentatori hanno criticato la sentenza della Corte, ritenendo che essa avrebbe dovuto intendere la nozione di “coniuge” contenuta nello Statuto del personale non come nozione comunitaria autonoma, ma nel senso assegnato a quel termine nella legislazione svedese, poiché in tal modo il ricorrente avrebbe potuto godere del trattamento lui riservato dalla disciplina nazionale più favorevole²³⁶.

coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio” (§39). L’art. 1, par. 2, lett. c) dell’allegato VII dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee è stato modificato dal regolamento del Consiglio CE, EURATOM n. 723/2004 del 22 marzo 2004, in GUCE L 124 de 27 aprile 2004 prevedendo che abbia diritto all’assegno di famiglia il funzionario registrato come membro stabile di un’unione di fatto, a determinate condizioni ivi previste.

²³⁵ Il ricorrente sosteneva che la registrazione negli archivi del personale del suo *status* familiare come “celibe” e la conseguente trasmissione di tale informazione errata ad altri organi delle istituzioni comunitarie avrebbero determinato un’ingerenza nella sua vita privata contraria all’art. 8 della Convenzione. La Corte si limita a dichiarare che non sussiste alcuna ingerenza poiché nella fattispecie in esame non consta alcuna trasmissione di dati. Il ricorrente aveva, altresì, prospettato una lesione del “*principio dell’unicità di status*” del cittadino comunitario entro tutto il territorio della Comunità.

²³⁶ C. DENYS, *Homosexuality: a non issue in Community Law?*, in *European Law Review*, 1999, 420-421, in relazione alla sentenza del Tribunale di primo grado, secondo cui la tendenza della

La Corte, invece, rifiuta di modellare il contenuto della disposizione statutaria sulla base della legislazione di un singolo Stato membro, assegnandole, al contrario, un contenuto autonomo che, in mancanza di una scelta espressa del legislatore comunitario, si identifica con lo standard minimo comune garantito nella maggior parte degli Stati membri²³⁷. Ciò anche se tale scelta interpretativa implica che il trattamento riservato dalla norma comunitaria alla fattispecie sia meno favorevole di quello attribuito alla medesima fattispecie dall'ordinamento interno di uno Stato membro.

Tale scelta è a mio parere condivisibile. Infatti, l'applicazione della normativa svedese avrebbe sì comportato che il dipendente svedese godesse degli assegni familiari, ma non avrebbe implicato l'estensione di tale trattamento anche ai dipendenti omosessuali di Stati che non prevedono le unioni registrate, creando un'evidente disparità in funzione della nazionalità. Più in generale, lo *status* dei dipendenti della Comunità sarebbe stato fatto dipendere dal trattamento riservato ad essi nella legislazione del Paese di appartenenza, contraddicendo i principi di eguaglianza e omogeneità di trattamento dei dipendenti cui è improntato lo Statuto del personale²³⁸.

Corte a definire in maniera autonoma rispetto alle legislazioni nazionali nozioni afferenti, per esempio, al diritto del lavoro o alla disciplina della concorrenza non dovrebbe necessariamente riflettersi anche su concetti propri del diritto di famiglia, mentre sarebbe stata preferibile un'interpretazione dinamica che riconoscesse la legittima scelta di uno Stato di consolidare alcuni legami familiari.

E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 85, secondo cui un'interpretazione del Regolamento del personale conforme alla legislazione nazionale svedese non avrebbe distorto il significato delle norme, né contrastato con precedenti giurisprudenziali o intaccato gli obiettivi della Comunità. La motivazione sembra, tuttavia, attenersi più al merito della questione che al ragionamento condotto dalla Corte. Le Autrici, in sostanza, avrebbero voluto che la Corte riconoscesse un'equiparazione tra la situazione del dipendente omosessuale e quella del dipendente coniugato. Non è tanto criticata, infatti, la scelta della Corte di ricorrere ad una nozione comunitaria autonoma di matrimonio, quanto il fatto che il contenuto prescelto si limiti all'istituto matrimoniale in senso tradizionale. In fine, d'altra parte, le stesse Autrici ammettono che l'adeguamento dello Statuto del personale alla legislazione di uno Stato membro avrebbe comportato l'insorgere di disparità tra i dipendenti in base alla loro nazionalità. Questa conseguenza, tuttavia, è per loro l'inevitabile frutto della diversità esistente in materia tra le legislazioni degli Stati membri.

²³⁷ Concorda con tale impostazione E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2001, 695, per l'intensa rilevanza sociale della questione sollevata, non risolvibile attraverso un'estensione analogica ad opera di un organo giurisdizionale.

²³⁸ E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 85, hanno ipotizzato che l'interpretazione restrittiva delle norme comunitarie possa essere dipesa anche da esigenze di carattere finanziario, a

4.3. La costruzione del parametro comunitario alla luce delle legislazioni e prassi degli Stati membri

Accade, dunque, che in *P. c. S.* del 1996, *K. B.* del 2004 e *Sarah Margareth Richards* del 2006 l'art. 119, poi 141 TCE, è interpretato dalla Corte di Giustizia in modo da vietare disparità di trattamento determinate dal mutamento di sesso. In *Grant* del 1998 e in *D. e Svezia c. Consiglio* del 2001, invece, la Corte nega di poter estendere l'applicazione del medesimo art. 119 TCE sino a comprendervi il divieto di disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale.

I fattori che determinano la differente interpretazione del contenuto e del conseguente ambito di applicazione del medesimo parametro comunitario scritto sono precisamente costituiti dalle legislazioni e prassi degli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

In *P. c. S.*, i principi di “*dignità e libertà*” della persona sollecitano la capacità espansiva dell'art. 119 TCE e della direttiva 76/207/CEE, alla luce del generale principio di eguaglianza, rendendoli capaci di regolare la disciplina del licenziamento determinato dal mutamento di sesso. In *K. B.*, l'art. 12 della Convenzione, come inteso nella sentenza *Goodwin* del 2002 della Corte europea, consente alla Corte di considerare contraria all'art. 141 TCE una legislazione nazionale che vieti il matrimonio di un lavoratore con il convivente transessuale, in quanto tale divieto impedisce indirettamente il godimento della pensione di reversibilità in condizioni di parità.

Specularmente, ma in senso contrario, in *Grant* l'art. 119 TCE non viene inteso nel senso di tutelare anche la parità di trattamento in relazione all'orientamento sessuale, perché manca nelle legislazioni e prassi comuni agli Stati membri e nella giurisprudenza della Corte europea un principio di equiparazione tra le coppie eterosessuali e omosessuali. Per la stessa ragione, in *D. e Svezia c. Consiglio*, l'art. 2 n. 1 dello Statuto del personale e l'art. 141 TCE non possono essere interpretati nel senso di estendere la concessione dell'assegno familiare previsto

causa dei costi che avrebbe comportato la concessione degli assegni di famiglia anche a dipendenti che avessero concluso un'unione stabile registrata.

per il dipendente coniugato al dipendente unito ad un partner omosessuale da un'unione stabile registrata.

I principi desumibili dalle legislazioni e prassi degli Stati membri e dalla Convenzione di Roma del 1950 hanno dunque, in questa giurisprudenza, una prima funzione peculiare, di delineare il contenuto e l'ambito di applicazione del parametro comunitario scritto. La Corte di Giustizia li attiva, infatti, proprio per definire il significato della disposizione comunitaria.

Il ricorso a questo contributo "esterno" è probabilmente giustificato dal fatto che la sola interpretazione letterale, sistematica e teleologica del parametro scritto non è in grado di dare una risposta esaustiva sull'estensione della disposizione invocata in settori materiali che non sono espressamente disciplinati da norme comunitarie e che, per di più, si pongono al crocevia tra ambiti materiali di competenza della Comunità, come il mercato del lavoro o lo *status* del proprio personale, e ambiti che esulano dalle competenze comunitarie, quali il diritto di famiglia e le corrispondenti nozioni di "coniuge", "convivente", "relazione stabile"²³⁹.

L'espresso riferimento ai suddetti fattori quali fonti per l'integrazione del contenuto del parametro comunitario non è sempre esplicitato, né il loro contributo complessivo alla definizione del parametro è sempre identico. In *P. c. S.*, il ragionamento è guidato interamente dal principio di eguaglianza e dal diritto fondamentale a non essere discriminati in base al sesso, riconducibile all'art. 119 TCE pur in assenza di espreso riferimento alla disposizione. Solo nella parte finale della motivazione si accenna ai principi di "*libertà e dignità della persona*", senza peraltro indicare quali fonti di tali principi né gli ordinamenti nazionali né la Convenzione europea. L'impressione che ha il lettore, dunque, è che l'inquadramento del divieto di discriminazioni fondate sul cambiamento di sesso entro il generale divieto di discriminazioni fondate sul sesso avvenga in base ad una lettura teleologica della direttiva alla luce dei citati principi, salvo poi comprendere, anche alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale, che la

²³⁹ Sugli elementi di un "diritto di famiglia" europeo che possono essere dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia pur in assenza di una espressa competenza comunitaria in materia, E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 83; K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 688.

Corte si era determinata a seguire tale linea interpretativa per la volontà di proteggere la dignità e libertà delle scelte del singolo individuo. Nelle altre sentenze esaminate, invece, la motivazione è assai più marcatamente incentrata sulle legislazioni e prassi degli Stati membri e sulla Convenzione europea, volendo evidentemente la Corte esplicitare i materiali che hanno influenzato la definizione del parametro comunitario.

Una seconda funzione assegnata dalla Corte alle legislazioni e prassi degli Stati membri e alla Convenzione europea emerge nella sentenza *Grant*. Una volta escluso che il diniego dell'agevolazione di viaggio costituisca una discriminazione fondata sul sesso ed escluso, del pari, che l'art. 119 TCE protegga le disparità di trattamento causate dall'orientamento sessuale – peraltro senza particolari motivazioni - la Corte di Giustizia verifica se esista una nuova e diversa norma comunitaria non scritta da applicarsi alla fattispecie, ossia un nuovo principio generale del diritto. L'esistenza di tale principio è esclusa perché nella maggior parte degli Stati membri e nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo in punto di rispetto della vita familiare le relazioni omosessuali non sono equiparate a quelle eterosessuali.

La motivazione della sentenza *Grant* è particolare perché, aldilà dell'uso di formulazioni di stile, di rado la Corte dà puntualmente conto dello stato della tutela di un determinato diritto negli ordinamenti interni degli Stati membri, preferendo per così dire “calare dall'alto” e senza motivazione la sua esistenza nell'ordinamento comunitario senza alcun riferimento concreto alle norme nazionali che costituiscono la radice di una tradizione costituzionale comune. Quando la Corte di Giustizia accetta di dare conto dell'analisi comparativa delle disposizioni costituzionali, primarie e secondarie, nonché delle prassi degli Stati membri, il metodo di “ricostruzione” del principio fondato su una tradizione costituzionale comune finisce per essere in tutto affine a quello adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per riempire di significato le disposizioni della Convenzione europea.

Ecco, dunque, che oltre ad avere la funzione di integrare il contenuto del parametro scritto, le legislazioni e prassi degli Stati membri e la giurisprudenza

della Corte europea hanno nella sentenza *Grant* quest'ulteriore funzione, di costituire le fonti possibili di un nuovo principio non scritto del diritto comunitario, che risulta peraltro inesistente.

La differenza di consenso negli Stati membri tra divieto di discriminazioni fondate sul sesso piuttosto che sull'orientamento sessuale trova conferma nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer allegate alla sentenza *K. B.* del 2004. In esse, l'Avvocato Generale accerta l'esistenza di un diffuso riconoscimento del diritto dei transessuali di contrarre matrimonio negli ordinamenti nazionali, sì da poter per l'effetto ritenere esistente un corrispondente principio generale del diritto comunitario di contenuto identico a quello espresso dall'art. 12 della Convenzione europea, per come interpretato da Strasburgo. A mio parere, dunque, la ragione ultima che ha condotto in ultima analisi la Corte di Giustizia a garantire una protezione comunitaria al cambiamento di sesso, negandola, invece, alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, risiede nell'esistenza nel primo caso, ma non nel secondo, di una legislazione e prassi comune degli Stati membri in materia.

In questo quadro di riferimento, merita svolgere ancora due riflessioni. Quanto al rapporto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nelle fattispecie esaminate le sentenze della Corte di Giustizia si pongono in perfetta aderenza con l'interpretazione della Convenzione data dal giudice convenzionale.

Se è vero che in *P. c. S.* del 1996 la Corte di Giustizia giunge ad assicurare una tutela al licenziamento dei soggetti transessuali sulla base del solo principio di parità di trattamento di cui all'art. 119 TCE, ciò prima ancora che la Corte di Strasburgo sancisca con chiarezza che l'art. 8 della Convenzione comprende un diritto al rispetto dell'identità sessuale, nella giurisprudenza successiva la Corte di Giustizia si conforma perfettamente alle conclusioni di Strasburgo in punto di tutela delle coppie omosessuali e capacità matrimoniale dei transessuali²⁴⁰. In

²⁴⁰ K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 691; S. GRECO, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1369-1379, che sottolinea la novità costituita dal rinvio della Corte di Giustizia non solo alla Convenzione europea, ma all'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

questi casi, è possibile dire che la tutela garantita nell'ambito del sistema convenzionale è trasposta del pari nell'ordinamento comunitario.

Non deve sfuggire, tuttavia, che i parametri di riferimento dei due sistemi continuano inevitabilmente a coprire ambiti materiali diversi. Se, come si è visto, la maggior parte delle sentenze adottate dalla Corte di Strasburgo involgenti soggetti omosessuali attiene al rispetto della vita privata degli interessati, mai nelle fattispecie in oggetto la giurisprudenza comunitaria attiva il diritto al rispetto della vita privata come parametro di riferimento. Il parametro cui costantemente ricorre la Corte di Giustizia è, invece, costituito dal principio di parità di trattamento nella retribuzione, di cui all'art. 119 TCE, seppure arricchito e interpretato dalle norme convenzionali.

Ciò si spiega alla luce del principio di attribuzione, che tuttora governa il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Pur tenendo a mente la tendenza della Corte di Giustizia ad estendere il proprio sindacato oltre il limite delle competenze comunitarie, di cui la sentenza *K. B.* costituisce un esempio, in linea generale è tutt'oggi vigente la regola per cui le fattispecie sottoposte alla Corte, per avere "rilevanza comunitaria", devono ricadere in un ambito materiale in cui la Comunità è competente ad adottare norme giuridiche²⁴¹. Allo stato, dunque, se pure, per giurisprudenza costante, i diritti fondamentali espressi dalla Convenzione europea costituiscono principi generali del diritto comunitario, essi tuttavia non sono in astratto in grado di radicare la rilevanza comunitaria di una fattispecie concreta che non ricada in un settore materiale di competenza della

Non sempre l'adesione della Corte di Giustizia alle soluzioni interpretative di Strasburgo è valutata positivamente dalla dottrina. J. MCINNES, nota alla sentenza *Grant*, C-249/96 in *Common Market Law Review*, 1999, 1054, ritiene inappropriata la decisione della Corte di Giustizia di allinearsi ai precedenti della Corte di Strasburgo in materia di relazioni omosessuali, poiché a suo parere il margine di apprezzamento riconosciuto da Strasburgo agli Stati in materia penale o nel diritto di famiglia, avrebbe potuto essere applicato in maniera più restrittiva dal Lussemburgo in materia di diritto del lavoro. Secondo l'autore, inoltre, la Convenzione europea costituisce soltanto una fonte di ispirazione per la protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, cosicché nulla vieta alla Corte di Giustizia di riconoscere uno standard di protezione maggiore di quello delineato dagli organi di Strasburgo.

²⁴¹ Il collegamento funzionale della tutela dei diritti fondamentali con l'esercizio di una competenza comunitaria era già stato evidenziato dalla Corte di Giustizia in una delle sue prime sentenze in tema, *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, in *Racc.* 1970, 1125, in cui si legge: "...che la salvaguardia dei diritti, nell'ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere assicurata nel quadro della struttura e degli obiettivi della Comunità". Il necessario legame tra diritti fondamentali e principio di attribuzione è alla base anche del parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, in *Foro Italiano*, 1997, IV, col. 13 e trova oggi conferma nelle Disposizioni Finali della Carta di Nizza.

Comunità. In altre parole, i diritti fondamentali costituiscono fonte di interpretazione del diritto comunitario primario e parametro di legittimità delle norme secondarie, ma non per questo fondano una competenza generale della Comunità a regolarne l'esercizio in ogni settore della vita. Ne deriva che, laddove in qualche modo la fattispecie sottoposta alla Corte involga la disciplina del rapporto del lavoro, è possibile che si crei una coincidenza di risultato tra le giurisprudenze delle due Corti anche rispetto a parametri quali l'art. 8 o l'art. 12 della Convenzione europea. Ma, al contrario, difficilmente potranno essere decise dalla Corte di Giustizia questioni che esulano dalle competenze materiali attribuite per il solo fatto di incidere sulla vita privata e familiare dei soggetti interessati. Solo la Corte di Strasburgo conserva, dunque, una giurisdizione generale di controllo sul rispetto dei diritti inseriti nel catalogo convenzionale indipendentemente dal settore materiale in cui quei diritti vengono in gioco. Il collegamento tra tutela dei diritti fondamentali e principio di attribuzione è d'altra parte puntualmente ripreso dall'art. 51 della Carta di Nizza.

A questo proposito, è possibile anticipare alcune considerazioni su quale ruolo abbia nella giurisprudenza ora esaminata la Carta dei diritti dell'Unione Europea proclamata nel dicembre del 2000. La Carta, in particolare, era già stata proclamata nel momento in cui la Corte pronunciò sia la sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio* del 2001, sull'attribuzione dell'assegno familiare al dipendente omosessuale parte di unione stabile registrata, sia la sentenza *K. B.* del 2004, sul matrimonio con un transessuale quale condizione per il godimento della pensione di reversibilità. In nessuna delle due sentenze la Carta è citata, e ciò nonostante l'Avvocato Generale Mischo vi avesse fatto espresso riferimento nelle sue Conclusioni alla causa *D.* depositate il 22 febbraio 2001²⁴².

Mischo cita l'art. 9 della Carta quale elemento *ad adiuvandum* per dimostrare la non comparabilità tra la situazione di un dipendente coniugato e quella di un dipendente omosessuale che abbia concluso un'unione stabile registrata, accanto al precedente *Grant* della Corte di Giustizia e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

²⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo del 22 febbraio 2001, in *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, C-122 e 125/99, in *Raccolta della giurisprudenza*, 2001, I-4319.

L'art. 9 stabilisce che *“il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*. Mischo si riferisce espressamente alle spiegazioni dell'articolo redatte dal Presidium della Convenzione, le quali secondo lui: *“non hanno valore giuridico ma sono semplicemente volte a chiarire le disposizioni della Carta alla luce delle discussioni che si sono tenute in seno alla Convenzione”*. In esse si afferma che l'art. 9 *“non vieta, né impone la concessione dello status di matrimonio a unioni fra persone dello stesso sesso”*. Secondo Mischo ciò: *“conferma la differenza di situazione tra il matrimonio e l'unione tra persone dello stesso sesso”*²⁴³.

La Carta di Nizza è richiamata come elemento ultimo, direi marginale, di un'argomentazione interamente incentrata sui precedenti della Corte di Giustizia e, con minor ampiezza, sulla giurisprudenza di Strasburgo. Mentre l'Avvocato Generale prende posizione sul valore delle spiegazioni alla Carta, che non hanno efficacia giuridica, nulla dice sul valore giuridico della Carta in sé. D'altra parte, il fatto stesso che essa venga richiamata lascia intendere che l'Avvocato le attribuisca un qualche significato, sia pure solo di attestazione dell'assenza di un principio generale di equiparazione tra coppie omo e eterosessuali.

Non è chiaro però, data la brevità dell'accento e la mancanza di ulteriori approfondimenti, se la rilevata assenza di equiparazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali vada riferita all'ordinamento comunitario o al generale contesto normativo europeo, quale insieme composto dalle legislazioni e prassi nazionali e dagli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri. E' probabile che Mischo la intenda in questo secondo significato, poiché la sua citazione non è riferita specificamente all'ordinamento comunitario ed è, anzi, posta di seguito all'esame della giurisprudenza di Strasburgo.

Se così è, la Carta viene a costituire un elemento dei tanti di varia provenienza volto a fotografare un certo assetto dei principi in materia di convivenze omosessuali.

L'Avvocato Generale è stato criticato dalla dottrina non soltanto per non aver valorizzato il fatto che l'art. 9 della Carta non collega espressamente il diritto di sposarsi all'appartenenza al genere uomo/donna, ma anche per non aver del pari

²⁴³ Paragrafo 97 delle Conclusioni.

ripreso l'art. 21 della Carta di Nizza, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, anche sulle "tendenze sessuali"²⁴⁴.

A dire il vero, il dato testuale dell'art. 9 di Nizza potrebbe essere inteso sia in un senso innovativo, come volto ad ammettere il matrimonio anche tra soggetti dello stesso sesso, sia in un senso più tradizionale, atteso che il contenuto del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è fatto dipendere dalle legislazioni degli Stati membri. Nulla dice l'art. 9 sulle unioni registrate, sicché dal testo non è dato trarne alcuna equiparazione con l'istituto matrimoniale. Nel caso di specie, se fosse stata attivata, tale disposizione avrebbe potuto fornire sostegno alle argomentazioni sia di coloro che ritenevano che la nozione di "coniuge" andasse applicata sulla base del diritto nazionale svedese, sia di coloro che invece, come la Corte, optavano per una definizione comunitaria autonoma delle condizioni del matrimonio, da costruirsi sulla base dell'insieme delle legislazioni nazionali.

Tra queste diverse interpretazioni dell'art. 9, la Corte di Giustizia non ne sceglie nessuna, perché semplicemente nulla dice sulla Carta di Nizza, come neppure, si è detto, sull'art. 13 TCE, che ben prima della proclamazione della Carta di Nizza dava già rilevanza alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, attribuendo al Consiglio all'unanimità il potere di adottare misure volte alla loro eliminazione.

La dottrina, pur criticando il silenzio della Corte, ha tuttavia cercato di comprenderne le ragioni. E' stato osservato da un lato che la proclamazione della Carta intervenne successivamente ai fatti oggetto della causa principale; dall'altro, che la Corte poteva non voler interferire con la discussione sull'integrazione della Carta nei Trattati che avrebbe di lì a poco avuto inizio nelle successive Conferenze Intergovernative. Ancora, che la Corte potrebbe aver ritenuto inopportuno attivare la Carta in un caso così moralmente sensibile quale quello delle unioni stabili registrate oppure che non vi fosse accordo tra i giudici sul valore e sul significato da attribuire alle disposizioni della Carta, sì da preferire il silenzio²⁴⁵.

²⁴⁴ E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 83.

²⁴⁵ E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 88; K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 693.

Rinviando al seguito della trattazione ulteriori riflessioni sull'atteggiamento della Corte di Giustizia nei confronti della Carta di Nizza, preme ora rilevare che, come anticipato, paradossalmente la Carta di Nizza è stata poco dopo la sua proclamazione citata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Goodwin* del 2002, in materia di riconoscimento giuridico e capacità matrimoniale dei transessuali. Come detto, proprio l'art. 9 della Carta è stato utilizzato dal giudice convenzionale quale elemento per dimostrare, accanto al progresso degli studi scientifici e al mutamento del sentire sociale, l'evoluzione nel tempo dell'istituto matrimoniale. Si sottolinea, infatti, che mentre l'art. 12 della Convenzione europea garantisce il diritto di sposarsi a due soggetti espressamente qualificati come "uomo" e "donna", nel corrispondente art. 9 di Nizza tale precisazione è espunta, dimostrando così, a parere del giudice di Strasburgo, la espressa volontà dei redattori della Carta di discostarsi dal testo originario della Convenzione nell'esigere l'appartenenza al sesso opposto quale condizione per il matrimonio. Anche l'art. 12 della Convenzione, dunque, viene interpretato nel senso di consentire al soggetto transessuale di contrarre matrimonio.

Ancora, nell'opinione dissenziente alla sentenza *Fretté c. Francia* del 26 maggio 2002, in materia di adozione di minore da parte di un soggetto celibe omosessuale, i giudici Bratza, Fuhrmann e Tulkens citano l'art. 21 della Carta di Nizza accanto all'art. 14 CEDU per evidenziare che entrambe le disposizioni vietano discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sostenere così che il rifiuto dell'adozione fondato unicamente sull'omosessualità del ricorrente avrebbe dovuto essere dichiarato contrario alla Convenzione.

Agli occhi dei giudici di Strasburgo, dunque, la Carta di Nizza è in questi pur limitati casi una componente del variegato panorama di indicatori di cui tener conto per fondare l'interpretazione evolutiva del testo convenzionale.

Vi è certo un paradosso nel fatto che la Carta sia richiamata, sia pure con questo peculiare significato, prima dalla Corte di Strasburgo che dalla Corte di Giustizia, giudice dell'ordinamento entro cui quel documento ha avuto origine e nel quale era destinato ad assumere la funzione di catalogo scritto di diritti.

5. LA DISCIPLINA DEL RICONGIUNGIMENTO DEL FAMILIARE DI UN CITTADINO COMUNITARIO AVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

In quest'ultima parte del capitolo completeremo l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in ipotesi attinenti all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione di familiari di cittadini comunitari. Si tratta di fattispecie che materialmente incidono sulla vita familiare dei soggetti interessati e che, dunque, involgono potenzialmente il rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione di Roma del 1950.

Mentre la tutela dell'identità sessuale dei transessuali e dell'orientamento sessuale degli omosessuali esaminata nei paragrafi precedenti ha chiamato in causa il parametro comunitario scritto costituito dal divieto di discriminazione tra uomo e donna nella retribuzione di cui all'art. 119, poi 141 TCE, le fattispecie che si analizzeranno involgono il parametro scritto relativo alla libertà di circolazione dei lavoratori - art. 48, poi 39 TCE -, al diritto di stabilimento - art. 52, poi 43 TCE -, alla libertà di prestazione di servizi - art. 59, poi 49 TCE -, nonché, in alcuni casi, gli articoli 17 e 18 TCE istitutivi della cittadinanza dell'Unione. Le fattispecie in materia di espulsione e ricongiungimento familiare dello straniero che nella giurisprudenza di Strasburgo ricadono nell'ambito materiale dell'art. 8 della Convenzione, nella giurisprudenza comunitaria incidono, infatti, sull'esercizio delle libertà fondamentali di circolazione delle persone e dei servizi ed sul diritto di stabilimento.

Come nei precedenti paragrafi, si vuole esaminare se il parametro costituito dalle disposizioni del Trattato relative alle libertà economiche sia autosufficiente, ovvero se vi siano casi in cui la Corte di Giustizia richiama espressamente l'art. 8 CEDU quale fonte del diritto garantito. In quest'ultima ipotesi, occorre chiarire perché la Corte decida di attivare la fonte tratta dalla CEDU, dunque che cosa porti in più la garanzia della vita familiare offerta dall'art. 8 CEDU rispetto alla sola tutela ricavabile dalla fonte comunitaria primaria scritta. In secondo luogo, occorre accertare se l'attivazione del parametro convenzionale influisca o meno sul profilo del collegamento, ossia sulla necessità dell'effettivo esercizio di una libertà economica quale condizione per la rilevanza comunitaria della questione, ovvero se determini un'estensione dell'ambito di applicazione del diritto

comunitario. Il che significa, come si è visto, affrontare il problema del rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e principio di attribuzione, quale principio che tuttora regola il riparto delle competenze materiali tra Unione e Stati membri. In terzo luogo, si ripercorreranno gli argomenti utilizzati dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione, verificando se esistono richiami espressi o impliciti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

5.1 Il quadro normativo di riferimento

Il diritto comunitario primario e secondario in materia di libertà di circolazione ha subito una significativa evoluzione nel tempo che è opportuno ripercorre brevemente, onde avere chiaro il quadro normativo di riferimento. Il Trattato di Roma del 25 marzo 1957 conteneva nella sua formulazione originaria una disciplina espressa sulla circolazione del lavoratore migrante – art. 48, poi divenuto art. 39 in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. L'art. 49, ora 40, attribuiva al Consiglio il potere di introdurre, mediante direttiva o regolamento, le misure necessarie per attuare la libera circolazione dei lavoratori. Già alla fine degli anni sessanta il Consiglio aveva adottato le disposizioni che hanno costituito per cinquant'anni l'ossatura della libera circolazione dei lavoratori, in particolare il regolamento n. 1612/68/CEE²⁴⁶ e la direttiva 68/360/CEE²⁴⁷.

L'art. 1 del regolamento n. 1612/68 conferisce ad ogni cittadino di uno Stato membro, indipendentemente dalla sua residenza, il diritto di accettare ed esercitare un lavoro retribuito in un altro Stato membro. Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 68/360, inoltre, gli Stati sopprimono le restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori migranti e dei loro familiari, di modo che essi possano lavorare in un altro Stato membro senza che sia loro richiesto un visto d'ingresso

²⁴⁶ Regolamento del Consiglio n. 1612/68/CEE del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in G.U.C.E. L 257 del 19 ottobre 1968, 2, modificato da ultimo con regolamento n. 2434/92/CEE, in G.U.C.E. L 245 del 26 agosto 1992, 1.

²⁴⁷ Direttiva del Consiglio n. 68/360/CEE del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità, in G.U.C.E. L 257 del 19 ottobre 1968, 13, modificata da ultimo con l'Atto di adesione del 2003.

o di uscita. I medesimi principi sono stati attuati con la direttiva 73/148/CEE in materia di stabilimento e prestazione di servizi²⁴⁸.

Il regolamento n. 1612/68 riconosce alcuni diritti ai familiari del lavoratore migrante, affinché la decisione di trasferirsi a lavorare in un altro Stato membro venga favorita dalla possibilità di avere con sé la propria famiglia. Gli articoli 10, 11 e 12 del regolamento n. 1612/68, in particolare, riconoscono al coniuge, ai discendenti minori di 21 anni o comunque a carico e agli ascendenti del lavoratore e del coniuge a carico il diritto di stabilirsi nello Stato membro in cui il lavoratore esercita la propria attività, qualunque sia la loro cittadinanza. La condizione che l'art. 10 richiede per l'ammissione dei familiari è che il lavoratore disponga di un alloggio considerato normale per i lavoratori nazionali della regione in cui è occupato. L'art. 11 del regolamento assicura ai familiari il diritto di accedere a qualsiasi attività lavorativa subordinata nel territorio dello Stato membro ospitante. L'art. 12 garantisce ai figli del lavoratore il diritto di frequentare i corsi di insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i figli dei cittadini dello Stato ospitante.

I diritti dei familiari, pertanto, non trovano fondamento direttamente nel Trattato, ma nella normativa secondaria, assumendo la connotazione di diritti derivati, il cui riconoscimento dipende dalla posizione del lavoratore che circola. Ciò spiega perché, come vedremo, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia viene innanzitutto in rilievo la qualificazione della condizione concreta del lavoratore. Dalla qualificazione del lavoratore come soggetto migrante che esercita la libertà di circolazione dipende, infatti, in via subordinata il riconoscimento dei diritti ora descritti ai suoi familiari.

Ciò non toglie che le disposizioni secondarie relative al trattamento dei familiari siano state generalmente intese estensivamente dalla Corte di Giustizia, al fine di consentire l'integrazione della famiglia del lavoratore nello Stato ospitante alle medesime condizioni dei cittadini di quello Stato. Non solo la giurisprudenza, ma la stessa legislazione comunitaria, d'altra parte, ha voluto proteggere la

²⁴⁸ Direttiva 73/148/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, in G.U.C.E. L 172 del 28 giugno 1973, 14.

permanenza dei familiari del lavoratore nello Stato ospitante anche a prescindere dalla continuazione dell'attività lavorativa del lavoratore migrante, al fine di valorizzare la conservazione dei legami personali e relazionali ivi costruiti dai familiari. Il regolamento n. 1251/70, per esempio, consentiva ai familiari di conservare a certe condizioni i diritti acquisiti in forza del regolamento n. 1612/68 anche dopo il decesso del lavoratore.

L'adozione di tre direttive, negli anni '90, ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione *ratione personae* della libertà di circolazione, estendendola a soggetti non economicamente attivi. Si è avuta così una prima emancipazione del godimento della libertà di circolazione dallo svolgimento di un'attività lavorativa. La direttiva del Consiglio 90/364/CEE del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, stabilisce all'art. 1, n. 1, che gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli altri Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario ed ai loro familiari. Ciò a condizione che coloro che circolano dispongano per sé e per i familiari di un'assicurazione malattia e di risorse sufficienti per vivere, onde evitare che essi diventino durante la loro permanenza un onere per l'assistenza sociale dello Stato ospitante²⁴⁹. La direttiva 90/365/CEE ha introdotto il diritto di soggiorno dei pensionati e la direttiva 93/96/CEE quello degli studenti²⁵⁰. Anche queste direttive prevedono che il migrante debba disporre per sé e per i suoi familiari di un'assicurazione malattia e di risorse sufficienti.

²⁴⁹ Direttiva 90/364/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in G.U.C.E. L 180 del 13 luglio 1990, 26. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, secondo comma della direttiva 90/364, le risorse sono sufficienti quando sono superiori al livello di risorse al di sotto del quale un aiuto sociale può essere accordato dallo Stato membro ospitante ai propri cittadini, in considerazione della situazione personale del richiedente e, eventualmente, di quella dei familiari ammessi. L'art. 1, n. 1, terzo comma, prevede che, ove non si applichi il criterio suindicato, le risorse del richiedente vengono considerate sufficienti quando siano superiori al livello della pensione minima di previdenza sociale versata dallo Stato membro ospitante. Ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva, hanno diritto di installarsi in un altro Stato membro con il titolare del diritto di soggiorno ed indipendentemente dalla loro nazionalità il coniuge e i discendenti a carico, nonché gli ascendenti a carico del titolare e del coniuge. L'art. 3 stabilisce che il diritto di soggiorno dei familiari suindicati sussiste finché i rispettivi beneficiari soddisfano le condizioni previste dall'art. 1 della direttiva medesima, ossia l'assicurazione malattia e le risorse sufficienti.

²⁵⁰ Direttiva 90/365/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in G.U.C.E. L 180 del 13 luglio 1990, 28 e direttiva 93/96/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in G.U.C.E. L 317 del 18 dicembre 1993, 59.

Un secondo fondamentale momento di emancipazione della libertà di circolazione dall'esercizio di una attività economica si è avuto a livello di diritto primario con il Trattato di Maastricht del 1992, che ha introdotto nel Trattato istitutivo della Comunità europea l'istituto della cittadinanza dell'Unione. Si tratta, com'è noto, di uno *status* accessorio che spetta ad ogni cittadino di uno Stato membro dell'Unione. Tra i diritti riconosciuti al cittadino dell'Unione, l'art. 18 TCE stabilisce il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal Trattato²⁵¹.

Un ultimo ampliamento delle competenze comunitarie in materia di immigrazione si è avuto con il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1 maggio 1999, che ha trasferito dal terzo al primo pilastro le politiche in materia di visti, asilo e immigrazione. La Comunità ha, dunque, acquisito nuovi margini di intervento in un settore materiale tradizionalmente riservato alla sovranità degli Stati quale quello delle politiche migratorie e del controllo dell'accesso al proprio territorio²⁵².

²⁵¹ La letteratura in tema di cittadinanza europea è molto vasta, si vedano per un inquadramento generale R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 622-656; C. CLOSA, *The concept of citizenship in the Treaty on the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1137 ss; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, in *Quad. cost.*, 1992, 113 ss e ID, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; M. CARTABIA, voce *Cittadinanza europea*, in *Enc. Treccani*, 1995; B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H. H. WEILER, *Excursus n. 4, La cittadinanza europea*, in *L'Unione Europea*, Bologna, 1998; J. H. H. WEILER, *To be a european citizen*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, 1067-1097; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 39-58; M. CARTABIA E J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, 2000, Bologna, 228-240; U. BERNITZ, H. LOKRANTZ BERNITZ, *Les droits de l'homme et l'identité européenne: le débat relatif à la citoyenneté européenne*, in P. ALSTON (éd), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, 523-545; F. ALCANO. G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: "verso un diritto privato comunitario"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 445-483; P. LOGROSCINO, *La cittadinanza dell'Unione: la crisi di concetti tradizionali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n.2/2006, 407-421. In relazione al Trattato costituzionale, A CELOTTO, *La cittadinanza europea*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione Europea*, Torino, 2006, 173-184.

²⁵² Sulla comunitarizzazione delle materie dell'asilo e dell'immigrazione ad opera del Trattato di Amsterdam, B. NASCIBENE, *Il "diritto degli stranieri". Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in ID (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, XXX-LIII, spec. XLIV ss; H. HAILBRONNER, *The Treaty of Amsterdam and Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, n.1/1999, 9 ss; J. D. M. STEENGERGEN, *All the King's Horses....Probabilities and possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty*, ivi, 29 ss; E. GUILD, *Discretion, competence and Migration Policy and European Citizenship*, ivi, 61 ss; C. WIHTOL DE WENDEN, *Post-Amsterdam Migration Policy and European Citizenship*, ivi, 89, nonché B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 683-694.

Di recente, i regolamenti e le direttive suindicati in materia di libertà di circolazione sono stati sostituiti da un unico strumento legislativo, la direttiva 2004/34, che ha voluto riunire in un quadro unitario la precedente disciplina, caratterizzata da settorialità e frammentazione²⁵³.

Questo quadro generale ci consente ora di affrontare singole sentenze della Corte di Giustizia relative ai diritti dei familiari del cittadino comunitario. Dal punto di vista del metodo di selezione delle pronunce, la giurisprudenza comunitaria in materia di familiari di un cittadino comunitario è vastissima ed attiene a tanti settori materiali quanti sono i singoli diritti attribuiti al coniuge, ai figli e agli ascendenti dalle norme secondarie, intervenendo per esempio in materia di prestazioni sociali, prestazioni previdenziali, diritto all'istruzione e alla formazione. La nostra attenzione si è incentrata su sentenze che trattano specificamente del diritto all'ingresso e al soggiorno del familiare di un cittadino comunitario nello Stato membro ospitante. Come si vedrà, questa giurisprudenza ha un andamento casistico e per così dire incrementale, sicché si è scelto di analizzare le singole sentenze, piuttosto che darne un sommario quadro d'insieme. Dal punto di vista del parametro, tra le decisioni esaminate si hanno sentenze in cui il diritto comunitario non viene in gioco, perché fuoriescono dall'ambito della competenza comunitaria; sentenze in cui il solo parametro comunitario scritto, primario o secondario, è sufficiente a garantire tutela alla vita familiare; sentenze, infine, in cui la Corte ricorre espressamente all'art. 8 della Convenzione di Roma. Possiamo già anticipare che in queste ultime decisioni l'art. 8 gioca un ruolo molteplice. A volte costituisce una fonte di interpretazione delle norme comunitarie secondarie, altre volte incide sul contenuto e sull'ambito di applicazione delle stesse norme primarie, integrando così il contenuto materiale della disposizione primaria scritta con un profilo che la sola interpretazione letterale e sistematica non sarebbe stata in grado di mettere in luce.

²⁵³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/38 del 29 aprile 2004, in G.U.C.E. L 158 del 30 aprile 2004, 77-123. Per una analisi della direttiva n. 2004/38 alla luce delle disposizioni regolamentari e delle direttive previgenti e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, fasc. 1, 7-35.

5.2. Alle origini del diritto al rispetto della vita familiare del lavoratore migrante; la sentenza *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* del 1989

La prima sentenza in cui la Corte di Giustizia invoca espressamente il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU risale al 1989 ed attiene ad un ricorso per inadempimento introdotto dalla Commissione europea contro la Germania per mancato rispetto dell'art. 10, comma 3, regolamento n. 1612/68²⁵⁴.

L'art. 10 riconosce al lavoratore migrante e ai suoi familiari il diritto di ingresso e soggiorno nello Stato ospitante²⁵⁵. Il comma 3 dell'art. 10 subordina la concessione del permesso di soggiorno ai familiari al fatto che il lavoratore disponga per sé e per la sua famiglia di un alloggio che sia considerato normale per i lavoratori nazionali della regione in cui è occupato.

La Repubblica di Germania interpretava la disposizione nel senso che la condizione del possesso di un alloggio adeguato dovesse essere mantenuta durante tutta la permanenza del lavoratore nel territorio tedesco, con la conseguenza che le autorità competenti procedevano a controlli successivi sulle caratteristiche degli alloggi e negavano il rinnovo del permesso di soggiorno al venir meno della condizione della "adeguatezza", per esempio in caso di allargamento della famiglia.

La Commissione, invece, sosteneva che l'art. 10, comma 3, dovesse essere inteso nel senso che il possesso di un alloggio adeguato fosse richiesto unicamente nel momento in cui i familiari si insediavano nell'appartamento del lavoratore e che costituisse, pertanto, una prassi illegittima il controllo sull'adeguatezza dell'alloggio effettuato dalle autorità tedesche in occasione di ciascun rinnovo del permesso di soggiorno.

²⁵⁴ C-249/86, 18 maggio 1989, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in Racc.1989, 1263.

²⁵⁵ Sin dalla sentenza C-48/75, 8 aprile 1976, *Royer*, in Racc. 1976, 497, la Corte affermò che il diritto del lavoratore migrante di entrare e stabilirsi nello Stato ospitante per gli scopi voluti dal Trattato, ossia per svolgere un'attività professionale subordinata o autonoma, costituisce un diritto direttamente attribuito dal Trattato che l'interessato acquista indipendentemente dal rilascio di un visto di ingresso o di un documento di soggiorno da parte della competente autorità statale. I diritti dei familiari, invece, trovano il loro titolo non direttamente nelle norme del Trattato, ma nel diritto derivato, in primo luogo il regolamento n. 1612/68.

Lo schema di giudizio applicato dalla Corte è quello tipico strutturato in due momenti: in primo luogo, accertamento dell'incompatibilità della prassi nazionale contestata con il diritto comunitario; in secondo luogo, valutazione dell'esistenza di una causa di giustificazione alla condotta statale in ragione delle clausole derogatorie di cui agli artt. 48 e 56 CEE, laddove sussistano ragioni di tutela della sicurezza o dell'ordine pubblico.

Quanto al primo profilo, la Corte aderisce alle argomentazioni della Commissione, ritenendo che la prassi posta in essere dalle autorità tedesche sia contraria all'art. 10, comma 3. Ciò per una pluralità di motivi: in primo luogo, in quanto il regolamento n. 1612/68 costituisce attuazione del principio della libertà di circolazione dei lavoratori di cui agli artt. 48 e 49 TCE, dovendo perciò essere interpretato in modo da consentire la progressiva compiuta realizzazione di tale libertà; in secondo luogo, perché il medesimo regolamento deve essere interpretato anche alla luce dell'esigenza del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione. Questo principio, afferma la Corte, *“fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata nel Preambolo dell'Atto unico europeo, sono riconosciuti dal diritto comunitario”*. In terzo luogo, in forza della lettura sistematica e teleologica dell'art. 10, comma 3, con le altre disposizioni del regolamento, poiché risulta dal complesso del regolamento che esso è volto a favorire il ricongiungimento familiare e l'integrazione della famiglia nello Stato ospitante²⁵⁶.

Ne deriva che, secondo la Corte, la condizione del possesso di un alloggio “normale” è richiesta unicamente al momento del primo ingresso del familiare del lavoratore nello Stato ospitante. Se perciò la condizione non risulta più rispettata in seguito ad una nascita o al raggiungimento della maggiore età di un bambino, i provvedimenti che le autorità nazionali intendano assumere non possono essere diversi da quelli richiesti per i cittadini nazionali e non possono, in particolare,

²⁵⁶ *“Risulta dal complesso delle sue norme che, al fine di facilitare la circolazione dei familiari dei lavoratori, il Consiglio ha preso in considerazione, in primo luogo, l'importanza che riveste dal punto di vista umano, per il lavoratore, la riunione al suo fianco della famiglia e, in secondo luogo, l'importanza che riveste, da ogni punto di vista, l'integrazione del lavoratore e della famiglia nello Stato membro ospitante, senza alcuna differenza di trattamento rispetto ai cittadini nazionali”* (§11).

consistere nella revoca o nel diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, con conseguente espulsione.

Quanto al secondo profilo, la prassi tedesca, dichiarata incompatibile con l'art. 10, comma 3, regolamento n. 1612/68, non può secondo la Corte ritenersi giustificata da motivi di sicurezza o di tutela dell'ordine pubblico, non risultando rispettati i requisiti richiesti dalla consolidata giurisprudenza comunitaria per aversi legittima restrizione del diritto di soggiorno. Non sussiste, infatti, alcuna minaccia effettiva ed abbastanza grave per la collettività che possa dirsi provocata dall'occupazione di un alloggio non adeguato, né, in ogni modo, tale minaccia deriva dal comportamento personale dell'individuo nei cui riguardi il provvedimento di espulsione è adottato²⁵⁷.

Il diritto al rispetto della vita familiare fa, dunque, la sua comparsa nella giurisprudenza comunitaria proprio in relazione ad una fattispecie attinente al soggiorno dei familiari di un cittadino comunitario. Il fondamento di tale diritto è identificato nell'art. 8 della Convenzione europea. La sua funzione è quella di indirizzare l'interpretazione del diritto comunitario derivato. La tutela della vita familiare giustifica una lettura delle disposizioni regolamentari favorevole alla

²⁵⁷ Tali requisiti costituiscono il nucleo della giurisprudenza comunitaria stratificatisi nel tempo in materia di espulsione del cittadino comunitario che lavori in un altro Stato membro. In particolare, la Corte ha affermato che il richiamo alla nozione di ordine pubblico presuppone non soltanto il turbamento dell'ordine sociale insito in qualsivoglia infrazione della legge, ma l'esistenza di una minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività (sentenza C-30/77, *Bouchereau*, 27 ottobre 1977, in Racc. 1977, 1999). Non possono, pertanto, essere presi in considerazione, ai fini dell'adozione di provvedimenti di tutela dell'ordine pubblico, motivi che prescindano dal caso singolo, né motivi fondati su considerazioni di prevenzione generale (sentenza C-67/74, *Bonignore*, 26 febbraio 1975, in Racc. 1975, 297, in relazione all'interpretazione dell'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva 64/221, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, che stabilisce: "*i provvedimenti di ordine pubblico devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale sono applicati*").

In relazione all'espulsione, già nella sentenza C-118/75, 7 luglio 1976, *Watson e Belmann*, in Racc. 1976, 1185, in merito all'obbligo del cittadino straniero di denunciare la sua presenza sul territorio italiano entro cinque giorni dal suo ingresso, la Corte affermò che il provvedimento di espulsione costituisce la negazione del diritto di ingresso e soggiorno conferito dal Trattato, sicché il suo utilizzo deve essere proporzionato alla gravità della sanzione commessa, traducendosi altrimenti in un ingiustificato ostacolo alla libera circolazione. Nella sentenza C-115 e 116/81, 10 maggio 1982, *Adoui e Cornuaille*, in Racc. 1982, 1665, la Corte specificò che, benché il diritto comunitario non vincoli gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti che possono considerarsi contrari all'ordine pubblico, un comportamento individuale non può considerarsi abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno nel caso in cui lo Stato ospitante non adotti misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi nei confronti dei propri cittadini che tengano la medesima condotta.

permanenza dei familiari nello Stato membro ospitante. Il risultato ermeneutico ottenuto converge con quello che la Corte individua grazie alla “forza espansiva” del principio della libera circolazione di cui all’art. 48 TCE. Ma l’attivazione del diritto al rispetto della vita familiare arricchisce tale risultato di un profilo nuovo ed ulteriore che il principio di libera circolazione non contiene in sé.

5.3 La sentenza *Morson e Jhanjan* del 1982 o di una fattispecie puramente interna in materia di ingresso e soggiorno nel territorio di uno Stato membro

Le ricorrenti signore Morson e Jhanjan, cittadine del Suriname, presentavano istanza per la concessione del permesso di soggiorno nei Paesi Bassi al fine di stabilirsi rispettivamente presso la figlia e il figlio, cittadini olandesi. Le loro domande furono respinte e venne adottato nei loro confronti un ordine di espulsione. La Corte di Cassazione olandese, adita in ultimo grado nel ricorso avverso il diniego del permesso di soggiorno, chiese alla Corte di Giustizia di accertare se l’art. 10 del regolamento n. 1612/68, che conferisce all’ascendente a carico di un lavoratore comunitario il diritto di soggiorno, potesse applicarsi anche al genitore di un lavoratore che eserciti la propria attività nello Stato di cui è cittadino, ciò anche alla luce dell’art. 7 del Trattato CEE, che vieta le discriminazioni in base alla cittadinanza.

Con sentenza del 27 ottobre 1982²⁵⁸, la Corte ritenne che la situazione prospettata mancasse di collegamento con il diritto comunitario, poiché i figli delle ricorrenti non avevano mai esercitato il diritto alla libertà di circolazione all’interno della Comunità, svolgendo la propria attività lavorativa nello Stato di cui erano cittadini. La lettera e lo scopo dell’art. 48 del Trattato e del regolamento n. 1612/68 non consentivano, secondo la Corte, di estendere il diritto comunitario ad una situazione cosiddetta puramente interna, in cui i soggetti lavoratori non si erano spostati in un Paese diverso da quello di appartenenza. Lo scopo dell’art. 48 del Trattato, infatti, è quello di “*contribuire ad eliminare tutti gli ostacoli per l’instaurazione di un mercato comune nel quale i cittadini degli Stati membri possano spostarsi liberamente nel territorio degli Stati stessi al fine di svolgere le loro attività economiche*”.

²⁵⁸ Sentenza *Elestina Esselina Christina Morson c. Paesi Bassi e Sewradjie Jhanjan c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1982, in Racc. 1982, 3723.

Com'è noto, e questa sentenza lo mostra con chiarezza, l'applicazione del principio della libertà di circolazione del lavoratore comunitario e dei diritti che ne derivano a vantaggio dei suoi familiari richiede che sorga un rapporto trilaterale che ha per protagonisti il lavoratore, il suo Stato d'origine e lo Stato ospitante, dunque che la fattispecie attenga al trattamento del lavoratore e dei suoi familiari in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini. Si tratta del cosiddetto criterio transfrontaliero o del “*cross border*”²⁵⁹.

Salta all'occhio, in un caso come quello della sentenza *Morson e Jhanjan*, che dall'applicazione delle norme comunitarie sul ricongiungimento familiare del cittadino comunitario può derivare una disparità di trattamento tra congiunti stranieri dei lavoratori immigrati nello Stato ospitante e congiunti stranieri dei lavoratori originari di quel medesimo Stato. Mentre, infatti, i parenti dell'immigrato potranno godere dei diritti di stabilimento, di lavoro e di istruzione garantiti dal regolamento n. 1612/68, e ciò in forza del fatto che il lavoratore immigrato ha esercitato la libertà di circolazione garantita dall'art. 48 TCE, i parenti stranieri del lavoratore appartenente a quello stesso Stato non potranno avvantaggiarsi di quei diritti, ma vedranno loro applicata la legislazione interna in

²⁵⁹ Il paradigma della situazione “puramente interna” è usualmente considerato la sentenza C-175/78, *Regina c. Vera Ann Saunders*, 28 marzo 1979, in Racc. 1979, 1129, in tema di legislazione penale, ove la Corte affermò che l'applicazione da parte di uno Stato ad un proprio cittadino di provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione sul territorio di quello stesso Stato, come conseguenza del compimento di fatti di reato, è situazione puramente interna, sicché non vi è alcuna limitazione indebita della libertà di circolazione rilevante per il diritto comunitario: “*le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori non possono quindi essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato membro, cioè in mancanza di qualsiasi fattore di collegamento ad una qualunque delle situazioni contemplate dal diritto comunitario*”.

Parimenti, nella sentenza C-299/95, *Kremzow c. Repubblica d'Austria*, 29 maggio 1997, in Racc. 1997, I-2629; sulla asserita violazione della libertà di circolazione di un soggetto condannato a pena detentiva in contumacia, la Corte affermò che la fattispecie non era rilevante per il diritto comunitario perché l'interessato non aveva esercitato e non aveva intenzione di esercitare la libertà di circolazione, nonché perché, con argomento ulteriore, la sanzione penale non era derivata dalla violazione di una norma nazionale che attuasse il diritto comunitario.

In materia di libertà di circolazione, si veda anche C-180/03, *Moser c. Land Baden-Württemberg*, 28 giugno 1984, in Racc. 1984, 2539, in cui un cittadino tedesco cui era stata respinta la domanda di iscrizione al tirocinio per diventare insegnante a causa della sua affiliazione al partito comunista lamentava una lesione della libertà di circolazione, perché gli era negata *a priori* la possibilità di trasferirsi a lavorare come insegnante in un altro Stato membro. La Corte ritenne che non sussistesse collegamento, poiché non vi era stato esercizio, né tentativo di esercizio della libertà di circolazione.

Per altri casi di fattispecie puramente interne, C-20/87, *Pubblico Ministero c. Gauchard*, in Racc. 1987, 4879, in materia di libertà di stabilimento e autorizzazione preventiva per l'esercizio di una superficie di vendita; C-250/03 del 17 febbraio 2005, *Mauri c. Ministero della Giustizia*, sull'accesso alla professione forense.

materia di immigrazione, spesso ben più restrittiva. In altre parole, mentre i figli olandesi avrebbero avuto il diritto in forza del diritto comunitario di avere con sé le madri se fossero emigrati in Germania, essi non possono vantare quello stesso diritto al ricongiungimento stando in Olanda, perché la fattispecie fuoriesce dal livello di disciplina comunitaria per rientrare nell'ordinario livello di regolazione dei rapporti migratori affidato alla legge nazionale sull'immigrazione. L'applicazione del diritto comunitario crea, dunque, una cosiddetta discriminazione alla rovescia, ossia una situazione svantaggiosa per i cittadini dello Stato ospitante rispetto ai cittadini di altri Stati che si siano lì trasferiti.

L'irrelevanza di una situazione puramente interna è stata ribadita nella sentenza *Uecker e Jacquet* del 5 giugno 1997, in tema di limitazione della durata del contratto di lavoro²⁶⁰. In quel caso, la Germania aveva negato il rinnovo del permesso di lavoro a due donne, una norvegese e una russa, coniugate con due cittadini tedeschi. La situazione è definita puramente interna, in quanto i cittadini tedeschi non avevano mai esercitato la libera circolazione all'interno della Comunità. Ne consegue che il familiare di un cittadino comunitario che non ha circolato non può invocare il diritto comunitario per mettere in discussione la disciplina nazionale sulla durata del contratto di lavoro²⁶¹. La sentenza è importante perché la Corte nega che l'istituzione della cittadinanza europea ad opera del Trattato di Maastricht abbia innovato il riparto materiale di competenze sussistente in materia: “...la cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 8 del Trattato CE non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario. ...Le eventuali discriminazioni di cui possono essere oggetto i

²⁶⁰ Sentenza C-64/96 e 65/96, *Uecker et Jacquet*, 5 giugno 1997, in Racc. 1997, I-3171.

²⁶¹ “...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....In tale situazione, un familiare di un lavoratore cittadino di uno Stato membro non può invocare il diritto comunitario per mettere in discussione la validità della limitazione della durata del suo contratto di lavoro nel territorio dello stesso Stato, allorché il detto lavoratore non ha mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità....Infatti, concedere al coniuge di un lavoratore cittadino di uno Stato membro il diritto di accesso al lavoro in detto Stato, nel quale questo lavoratore svolge la sua attività lavorativa, non sarebbe consono allo scopo di cui all'art. 48 del Trattato che il regolamento n. 1612/68 mira a conseguire, che è quello, in particolare, di consentire ad un lavoratore di spostarsi liberamente nell'ambito del territorio degli altri Stati membri e di soggiornarvi al fine di svolgervi un'attività lavorativa” (§16-21).

cittadini di uno Stato membro con riguardo al diritto di questo Stato rientrano nella sfera di applicazione di quest'ultimo, per cui esse devono essere risolte nell'ambito del sistema giuridico nazionale del detto Stato" (§22).

La problematica delle discriminazioni alla rovescia è comune a numerosi settori materiali del diritto comunitario²⁶². Senza voler approfondire questo tema, che

²⁶² Come per la definizione di "situazione puramente interna", anche per la definizione di "discriminazioni alla rovescia" si rinvia alla sentenza C-175/78, *Regina c. Vera Ann Saunders*, 28 marzo 1979, in Racc. 1979, 1129. Vi si legge: "l'art. 48 si propone di eliminare nelle legislazioni degli Stati membri le disposizioni che, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro – ivi compresi i diritti e le libertà che, in forza dell'art. 48, n. 3, questa libera circolazione implica – riserverebbero al cittadino di un altro Stato membro un trattamento più rigido o lo porrebbero in una situazione di diritto o di fatto svantaggiosa rispetto a quella in cui si troverebbe, nelle stesse circostanze, un cittadino nazionale; benché i diritti attribuiti ai lavoratori dall'art. 48 possano indurre gli Stati membri a modificare eventualmente le loro leggi, anche nei confronti dei propri cittadini, questa disposizione non si propone tuttavia di limitare il potere degli Stati membri di porre delle restrizioni, nel loro territorio, alla libera circolazione di chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione, in conformità alle leggi penali nazionali" (§9-10).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema appare oscillante. B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2007, 717-733, individua due orientamenti della giurisprudenza comunitaria: uno tradizionale, secondo cui è il diritto nazionale a doversi fare carico delle discriminazioni alla rovescia, rispetto alle quali il diritto comunitario è indifferente – il *leading case* è costituito da C-332/90, 28 gennaio 1992, *Steen*, in Racc. 1992, I-341, in materia di condizioni di impiego più favorevoli per i cittadini immigrati rispetto ai cittadini tedeschi, in cui l'applicabilità del diritto comunitario è esclusa perché il cittadino tedesco ricorrente non aveva mai esercitato la libertà di circolazione; nella successiva C-132/93, 16 giugno 1994, *Steen II*, in Racc. 1994, I-2715, la Corte precisò che spettava al giudice nazionale, in una situazione puramente interna, stabilire se sussistesse una discriminazione contraria al principio di eguaglianza garantito dalla Costituzione tedesca; nello stesso senso, C-29 e 35/94, 28 febbraio 1995, *Aubertin*, in Racc. 1995, I-301, sull'esercizio della professione di parrucchiere; l'ordinanza C-3/02, 5 aprile 2004, *Mosconi*, non pubblicata in Racc., sulla mancata equiparazione dei titoli di architetto e ingegnere civile nell'ordinamento italiano. Un diverso orientamento, che parrebbe affermarsi di recente, seppure in maniera incerta - alla luce della citata ordinanza *Mosconi* - vede la Corte di Giustizia esaminare nel merito anche questioni in cui tutti gli elementi della fattispecie concreta siano collocati all'interno dello Stato membro, in quanto la soluzione della questione può risultare "utile" al giudice *a quo*, in particolare nei casi in cui il diritto nazionale gli imponga di far beneficiare il cittadino nazionale degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario il cittadino di un altro Stato membro: C-321 e C-324/94, 7 maggio 1997, *Pistre*, in Racc. I-2343; C-281/98, 6 giugno 2000, *Angonese*, in Racc. I-4139; C-448/98, 5 dicembre 2000, *Guimont*, in Racc. 2000, I-10667; C-515/99, 5 marzo 2002, *Reisch e a.*, in Racc. 2002, I-2157; C-6/01, 11 settembre 2003, *Anomar*, in Racc. 2003, I-8621; C-250/03, 17 febbraio 2005, *Mauri*, in Racc. 2005, I-1267; C-451/03, 30 marzo 2006, *Servizi ausiliari dottori commercialisti*, in Racc. 2006, I-2941; C-94/04, 5 dicembre 2006, *Cipolla*, in Racc. 2006, I-11421.

Sul tema si veda anche il contributo di F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2007, in corso di pubblicazione, con i riferimenti bibliografici ivi citati, secondo cui, ove la questione sollevata sia realmente necessaria al giudice *a quo* per la soluzione del caso, dunque in presenza di una "utilità" concreta e non solo astrattamente enunciata, spetterebbe alla Corte di Giustizia eliminare le discriminazioni alla rovescia prodotte dal diritto comunitario nel diritto nazionale attraverso l'applicazione del generale principio di eguaglianza, sul modello delle

esula dal nostro campo di indagine, resta che il problema della disparità di trattamento ingenerata dal diritto comunitario in materia di ricongiungimento familiare è perfettamente attuale. Ad oggi, la Corte di Giustizia non impone alle autorità nazionali l'obbligo di porre rimedio alle discriminazioni alla rovescia e ricade, perciò, nella discrezionalità di queste ultime equiparare il trattamento dei familiari di cittadini nazionali a quello spettante ai familiari di cittadini di altri Stati membri.

5.4 Le sentenze *Singh* e *Carpenter*, ovvero dove il diritto comunitario si estende a situazioni che avrebbero potuto apparire puramente interne.

Già nella sentenza *Morson e Jhanian* del 1982, la Commissione si era posta il problema dell'esistenza di una discriminazione alla rovescia in materia di ricongiungimento familiare tra familiari del lavoratore immigrato e familiari del cittadino che resti fermo nel proprio Stato di origine. Nelle memorie di causa, la Commissione aveva ipotizzato che il cittadino di uno Stato membro che si sposta in un altro Stato membro e ottiene lì il ricongiungimento in forza del diritto comunitario avrebbe per ciò stesso avuto diritto a far ritorno nel suo Paese d'origine con i familiari con cui si era ricongiunto all'estero, in quanto lo Stato d'origine non poteva privare un proprio cittadino dei diritti che questi avesse acquisito in forza dell'esercizio della libertà di circolazione. Tuttavia, nonostante questo raffinato tentativo di far scattare i principi della libertà di circolazione a vantaggio di un cittadino nei confronti del proprio Stato di origine, la Commissione stessa ammetteva che la situazione sottoposta alla Corte in quel caso di specie era puramente interna, perché i figli delle ricorrenti non si erano mai trasferiti a lavorare in un altro Stato. Né la Corte si pronunciò sulla prospettazione della Commissione.

sentenze C-168/98, 7 novembre 2000, *Lussemburgo/Parlamento europeo e Consiglio*, in Racc. 2000, I-9131, e C-458/03, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, in Racc. 2005, I-8612.

In relazione alla libertà di circolazione dei lavoratori si veda N. N. SHUIBHNE, *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?*, in *Common Market Law Review*, 2002, 731-771, che dà conto della divisione esistente ad oggi nella dottrina sul tema, tra coloro che ritengono che sia il diritto comunitario e, dunque, la Corte di Giustizia a doversi fare carico delle discriminazioni alla rovescia, estendendo l'applicazione delle norme comunitarie anche a fattispecie interne nel momento in cui siano svantaggiate rispetto ad analoghe situazioni di rilevanza comunitaria, e coloro che sostengono che la scelta di porre rimedio ad una disparità di trattamento provocata dal diritto comunitario debba spettare al solo legislatore nazionale.

La situazione ipotizzata dalla Commissione nella sentenza *Morson e Jhanian* è puntualmente giunta all'esame della Corte dieci anni dopo, nel caso *Singh* del 7 luglio 1992²⁶³. Il sig. Singh, cittadino indiano, aveva contratto matrimonio con una cittadina britannica. Dopo aver svolto per alcuni anni un'attività lavorativa in Germania, i coniugi avevano fatto ritorno nel Regno Unito per esercitarvi un'attività commerciale. Il sig. Singh veniva autorizzato a soggiornare provvisoriamente nel Regno Unito in quanto marito di una cittadina britannica, sulla base dell'Immigration Act del 1971, legislazione interna in materia di immigrazione. Dopo una pronuncia provvisoria di divorzio, l'autorità inglese ridusse il permesso di soggiorno del sig. Singh, per poi espellerlo. La questione pregiudiziale giunta alla Corte di Giustizia, tuttavia, non attiene all'espulsione sopravvenuta al divorzio, bensì al periodo in cui i coniugi erano regolarmente sposati. Sostiene il giudice nazionale rimettente che il sig. Singh doveva avere diritto a soggiornare nel Regno Unito non in forza del diritto nazionale, che gli attribuiva un titolo di soggiorno solo provvisorio, bensì in forza del diritto comunitario, in quanto coniuge di una cittadina britannica che aveva esercitato la libertà di circolazione.

La problematica sollevata attiene, pertanto, al fatto che il lavoratore di uno Stato membro possa rivendicare in base alle norme comunitarie nei confronti del proprio Stato di origine il diritto di ammettere i suoi familiari, eludendo così l'applicazione della legislazione nazionale più restrittiva. La Corte avrebbe potuto qualificare la fattispecie come puramente interna, in quanto attinente al rapporto tra un cittadino e il proprio Stato di origine e perciò priva del requisito del *cross border* necessario per aversi rilevanza comunitaria. Questa, infatti, fu la linea difensiva adottata dal Governo britannico²⁶⁴.

²⁶³ Sentenza C- 370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, 7 luglio 1992, in Racc. 1992, I, 4265.

²⁶⁴ Il problema della classificazione della fattispecie come puramente interna è espressamente affrontato dall'Avvocato Generale Tesauo nelle sue Conclusioni depositate il 20 maggio 1992, in Racc. 1992, I, 4265. L'Avvocato Generale effettua un confronto con le fattispecie poste alla base delle sentenze *Sauders* del 28 marzo 1979, *Morson e Jhanjan* del 27 ottobre 1982 e *Moser* del 28 giugno 1984, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, per concludere che il caso *Singh* si differenzia da esse. Nei precedenti citati, le persone che rivendicavano nei propri paesi di origine diritti fondati sulla normativa comunitaria non avevano in realtà svolto alcuna attività professionale o formativa in altri Stati membri ed era quindi palese che, in mancanza di qualsivoglia elemento di collegamento con il diritto comunitario, le loro situazioni non rientrassero nell'ambito di applicazione del Trattato. In *Singh*, invece, la libertà di circolazione è stata

Invece, la Corte accettò di dare una interpretazione estensiva degli articoli 48 e 52 del Trattato, che garantiscono la libertà di circolazione e di stabilimento del cittadino comunitario, attivando il criterio dell'effetto utile, con conseguente estensione dell'applicabilità anche delle disposizioni di diritto derivato che garantiscono il diritto di soggiorno al coniuge:

“Un cittadino di uno Stato membro potrebbe essere dissuaso dal lasciare il suo paese d'origine per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, ai sensi del Trattato CEE, nel territorio di un altro Stato membro se non potesse fruire, allorché ritorna nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, di agevolazioni in fatto di entrata e di soggiorno almeno equivalenti a quelle di cui può disporre, in forza del Trattato CEE o del diritto derivato, nel territorio di un altro Stato membro. In particolare, egli sarebbe dissuaso dal farlo se il suo coniuge e i suoi figli non fossero anch'essi autorizzati ad entrare e a soggiornare nel territorio di tale Stato a condizioni almeno equivalenti a quelle che sono loro garantite dal diritto comunitario nel territorio di un altro Stato membro” (par. 20-21).

Per la soluzione della questione, dunque, la Corte opera un'estensione dell'ambito di applicazione del parametro comunitario, costituito qui dagli articoli 48 e 52 del Trattato e dalla direttiva 73/148 sulla eliminazione degli ostacoli alla libera

esercitata dopo il matrimonio e le persone interessate hanno usufruito in concreto dei diritti derivanti dalla normativa comunitaria relativa alla libertà di circolazione (par. 4-5). L'Avvocato, inoltre, prende spunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che aveva già ritenuto applicabile l'art. 52 TCE a lavoratori comunitari nei confronti del proprio Stato di origine, sia per ottenere il riconoscimento nel diritto interno di qualificazioni professionali acquisite in un altro Stato membro, sia per rilevare che l'art. 52 osta a normative nazionali che penalizzino l'esercizio della libertà di circolazione.

Si vedano a questo proposito le sentenze C-115/78, *Knoors*, 7 febbraio 1979, in Racc. 1979, 399, par. 24; C-246/80, *Broemeulen*, 6 ottobre 1981, in Racc. 1981, 2311, par. 20; C-292/86, *Gullung*, 18 gennaio 1988, in Racc. 1988, 111, par. 12; C-61/89, *Bouchoucha*, 3 ottobre 1990, in Racc. 1990, I, 3551, par. 13; C-143/87, *Stanton*, 7 luglio 1988, in Racc. 1988, 3877, par. 14; C-81/87, *Daily Mail*, 27 settembre 1988, in Racc. 1988, 5483, par. 16.

In realtà, a mio parere, l'estensione del parametro comunitario alla fattispecie in esame comporta un passaggio delicato rispetto ai precedenti citati, poiché mentre essi riguardano esclusivamente il rapporto tra un cittadino e il proprio Paese di origine in materia di riconoscimento delle professioni o di esercizio di un'attività lavorativa, il caso *Singh* viene a toccare la disciplina dell'immigrazione, comportando il legittimo ingresso di soggetti ulteriori rispetto al cittadino nazionale e involgendo, dunque, il controllo dei flussi migratori sul proprio territorio.

Sul punto, R. C. A. WHITE, *A fresh look at reverse discrimination?*, in *European Law Review*, 1993, 527-532.

circolazione. Tale estensione è ottenuta in primo luogo interpretando le norme primarie e secondarie alla luce del principio espresso dall'art. 3, lett. c) del Trattato, secondo cui l'azione della Comunità importa l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone; in secondo luogo, applicando il cosiddetto criterio dell'effetto utile²⁶⁵.

Come evidenzia bene questo caso, l'effetto utile costituisce un criterio interpretativo teleologico in base al quale l'ambito di applicazione di una disposizione secondaria viene esteso fino a comprendere fattispecie apparentemente estranee alla sua formulazione testuale, ma la cui tutela è funzionale al raggiungimento della finalità cui la norma primaria è diretta. Il ragionamento è del tipo: se il lavoratore comunitario immigrato che abbia goduto del ricongiungimento nello Stato terzo in forza del diritto comunitario avesse saputo di non poter far ritorno con i suoi familiari stranieri nello Stato d'origine, avrebbe evitato di esercitare la libertà di circolazione. In quest'ottica, la normativa nazionale che impedisca l'ingresso del familiare del lavoratore comunitario che ritorna nel suo Paese d'origine costituisce un impedimento al concreto esercizio della libertà di circolazione. Al fine di evitare questo potenziale ostacolo e di favorire al massimo grado l'esercizio della libertà di circolazione, le norme comunitarie debbono essere interpretate nel senso di assicurare una tutela anche al familiare del cittadino che abbia circolato e faccia ritorno nel suo Stato di origine. Un'interpretazione funzionale quale quella descritta chiaramente erode a vantaggio del diritto comunitario lo spazio riservato alla legislazione nazionale in materia di immigrazione, sottraendo al regime nazionale ordinario i familiari stranieri di cittadini che facciano ritorno in patria dopo essere emigrati in un altro Stato²⁶⁶.

²⁶⁵ R. C. A. WHITE, *A fresh look at reverse discrimination?*, in *European Law Review*, 1993, 531, nota che la sentenza ha una portata generale. La questione pregiudiziale sollevata dalla *High Court of Justice* era riferita esclusivamente all'interpretazione dell'art. 52 TCE del Trattato e alla direttiva del Consiglio n. 73/148 del 21 maggio 1973. La motivazione della Corte, invece, applica il criterio dell'effetto utile anche all'art. 48 TCE e al regolamento n. 1612/48, pure non espressamente invocati dal giudice *a quo*, dando così una lettura complessiva e unitaria della disciplina comunitaria in materia di ingresso e soggiorno del familiare del cittadino comunitario.

²⁶⁶ La sostituzione nella regolazione della fattispecie concreta delle prescrizioni comunitarie in luogo delle norme nazionali è una conseguenza che la Corte indica chiaramente: "*E' vero che, come sostiene il Governo britannico, il cittadino di uno Stato membro entra e soggiorna nel territorio di detto Stato in forza dei diritti inerenti alla sua cittadinanza e non di quelli conferitigli dal diritto comunitario. In particolare, come prevede anche l'art. 3 del IV Protocollo della*

Resta che, dal nostro punto di vista, una giurisprudenza di questo tipo riesce a conferire una tutela al ricongiungimento familiare sulla base dei soli principi espressi in norme scritte del diritto comunitario, in particolare sulla sola base di una delle libertà presenti sin dall'origine nei Trattati, la libertà di circolazione.

Un'ulteriore erosione dello spazio riservato alla normativa statale in materia di immigrazione a favore delle norme comunitarie è operata nella sentenza *Carpenter* del 11 luglio 2002, in materia di libera prestazione di servizi²⁶⁷. In essa, tuttavia, la sola attivazione del parametro comunitario scritto, l'art. 49 CE e la direttiva 73/148/CEE, non è sufficiente a risolvere la questione pregiudiziale, ma la Corte deve ricorrere all'art. 8 della Convenzione europea, che protegge il rispetto della vita familiare.

La signora Carpenter è una cittadina filippina entrata nel Regno Unito con un permesso di soggiorno per turismo. Trattenutasi illegalmente nel territorio britannico dopo la scadenza del permesso, sposa un cittadino inglese. La sua

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, uno Stato non può espellere un suo cittadino né negargli l'accesso al suo territorio. Tuttavia, nel caso di specie non si tratta di un diritto nazionale, ma dei diritti di circolazione e di stabilimento conferiti al cittadino comunitario dagli artt. 48 e 52 del Trattato CEE. Questi diritti non possono produrre appieno i loro effetti se il suddetto cittadino può essere dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti, nel suo paese d'origine, all'entrata e al soggiorno del suo coniuge. (...) Gli artt. 48 e 52 non ostano però a che gli Stati membri applichino nei confronti dei coniugi stranieri dei loro cittadini, in materia di entrata e soggiorno, norme più favorevoli di quelle dettate dal diritto comunitario".

La precisazione della Corte risponde ad un'eccezione sottile sollevata dal Governo britannico, secondo cui l'estensione al proprio cittadino dei benefici del ricongiungimento riconosciuti ai lavoratori comunitari immigrati avrebbe comportato che anche il cittadino potesse essere espulso per ragioni di ordine pubblico o di tutela della salute pubblica, come previsto per i lavoratori immigrati dalle norme comunitarie sulla libera circolazione. Secondo la Corte, invece, il diritto nazionale e il diritto comunitario non si sostituiscono in *toto* nella regolazione del flusso migratorio, ma si intersecano e si sovrappongono a seconda del singolo profilo in gioco. Il diritto di ingresso e soggiorno del cittadino nel suo Stato resta una prerogativa garantita dalla cittadinanza nazionale, ma questo non impedisce che, rispetto al peculiare profilo dell'ingresso del coniuge, operino le norme comunitarie, che impongono una tutela minima standard da cui il diritto nazionale non può discostarsi. Il diritto nazionale potrà "riappropriarsi" del trattamento dei familiari stranieri del cittadino solo ponendo regole più favorevoli rispetto a quelle comunitarie.

²⁶⁷ Sentenza C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11 luglio 2002, in Racc. 2002, I, 6305, commentata da S. ACERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.4/2002, 653-670; l'Editorial Comments, *Freedom unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State*, in *Common Market Law Review*, 2003, 537-543; N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 615-636; R. NUNIN, *La libera circolazione dei lavoratori comunitari e diritti del coniuge extracomunitario*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2002, 577-585; E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, 737.

richiesta di un nuovo titolo di soggiorno in qualità di moglie di un cittadino britannico è respinta alle autorità nazionali, che adottano nei suoi confronti un ordine di espulsione. La signora impugna la decisione adducendo che il marito, titolare di un'impresa con sede nel Regno Unito che vende spazi pubblicitari su riviste mediche e scientifiche ad inserzionisti di altri Paesi europei, non potrebbe svolgere la sua attività se lei non si occupasse dei figli di costui nati dal primo matrimonio. L'*Immigration adjudicator*, riconosciuta l'autenticità del matrimonio e l'effettivo contributo della ricorrente ai bisogni della famiglia, chiede alla Corte di Giustizia di accertare se l'art. 49 TCE sulla libera prestazione di servizi o la direttiva del Consiglio n. 73/148/CEE, sulla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini in materia di libertà di stabilimento e di prestazioni di servizi, attribuiscono al coniuge di un cittadino prestatore di servizi il diritto di soggiornare nello Stato di origine di quest'ultimo.

Il Governo del Regno Unito e la Commissione eccepiscono che la situazione prospettata alla Corte sia puramente interna al diritto nazionale, in quanto il sig. Carpenter non ha mai esercitato in concreto la libertà di circolazione. Non avendo mai cercato di stabilirsi in un altro Stato membro, il sig. Carpenter non potrebbe invocare i principi espressi nella sentenza *Singh*, relativi ad un cittadino che si sia effettivamente trasferito in un altro Stato membro e abbia poi fatto ritorno con la famiglia nel suo Paese di origine.

La Corte disattende tale eccezione e rinviene una copertura comunitaria anche alla fattispecie prospettata dai signori Carpenter. Il suo ragionamento si articola in quattro passaggi. In primo luogo, la Corte qualifica il sig. Carpenter come prestatore di servizi ai sensi dell'art. 49 TCE, poiché la sua attività consiste per buona parte nella fornitura di servizi ad inserzionisti stabiliti in altri Stati membri. Secondo una giurisprudenza consolidata, rientrano nelle prestazioni di servizi di cui all'art. 49 TCE le prestazioni fornite sia dal prestatore che si rechi nello Stato membro del destinatario, sia del prestatore che fornisca servizi transfrontalieri senza spostarsi dal suo Paese di origine²⁶⁸. A differenza della libertà di

²⁶⁸ Sentenze C-51/96 e 191/97, *Deliège*, 11 aprile 2000, in Racc. 2000, I-2549, par. 58; C-34/95 e altre, *De Agostini e TV shop*, 9 luglio 1997, in Racc. 1997, I-3843; C-384/93, 10 maggio 1995, *Alpine Investments*, in Racc. 1995, I-1141; C-108/98, *RI.SAN*, 9 settembre 1999, in Racc. 1999, I-5219; C-106/91, *Ramrath*, 20 maggio 1992, in Racc. I-3351; C-155/73, *Sacchi*, 30 aprile 1974; in Racc. 1990, 409.

circolazione, perciò, l'elemento del *cross border* che determina la rilevanza comunitaria della questione è realizzato nella libera prestazioni di servizi dal solo fatto che l'attività resa involga destinatari di altri Stati, senza necessità di spostamento oltre confine del soggetto agente.

In secondo luogo, la Corte ritiene che la fattispecie fuoriesca dall'ambito di applicazione delle norme secondarie, ossia della direttiva n. 73/148, ma trovi tutela nella disposizione primaria costituita dall'art. 49 TCE, di cui viene fatta diretta applicazione al caso di specie. La direttiva, infatti, richiede all'art. 1, n. 1), lett. a) e b), nella sua formulazione testuale, che il cittadino lasci il proprio Stato di origine e si rechi in un altro Stato membro per stabilirvisi o per effettuare o ricevere una prestazione di servizi²⁶⁹. Ne deriva che non sono applicabili alla signora Carpenter le disposizioni sul ricongiungimento familiare previste dalla direttiva stessa, che consentono al prestatore di servizi di avere con sé la sua famiglia allorché si sposta per effettuare la prestazione²⁷⁰.

Esclusa l'applicabilità delle norme secondarie, la Corte quindi – e siamo al terzo passaggio del ragionamento – verifica se il diritto di soggiorno del coniuge possa desumersi da altri principi o norme comunitarie. Tale principio è rinvenuto nella

²⁶⁹ L'art. 1, n. 1 della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, recita: “*Gli Stati membri sopprimono, alle condizioni previste dalla presente direttiva, le restrizioni al trasferimento e al soggiorno: a) dei cittadini di uno Stato membro che si siano stabiliti o che desiderino stabilirsi in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività indipendente, o che desiderino effettuare una prestazione di servizi; b) dei cittadini degli Stati membri che desiderino recarsi in un altro Stato membro in qualità di destinatari di una prestazione di servizi (...)*” (evidenziato nostro).

²⁷⁰ Una conclusione diversa era stata suggerita dall'Avvocato Generale Stîl-Hackl nelle sue Conclusioni depositate il 13 settembre 2001, in Racc. 2002, I-6282. L'Avvocato Generale, infatti, giungeva comunque al riconoscimento del diritto di soggiorno alla sig.ra Carpenter, ma proprio sulla base di un'applicazione estensiva della direttiva 73/148/CEE. Secondo l'Avvocato Generale, l'art. 49 TCE non sarebbe applicabile direttamente, in quanto il diritto di soggiorno dei familiari di un cittadino comunitario trae fondamento non dal Trattato, ma dalle norme secondarie. Tuttavia, la libera prestazione di servizi, in quanto libertà fondamentale, determina l'interpretazione estensiva della direttiva 73/148 TCE. Costruendo un'analogia tra il precedente *Singh*, poiché in entrambe le fattispecie si è avuto esercizio da parte di un cittadino comunitario di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, l'Avvocato Generale ritiene che la moglie di un cittadino comunitario disponga in ogni caso di un diritto di soggiorno derivato dal coniuge che abbia esercitato i diritti derivatigli dal Trattato (§69-73), non potendo i diritti derivanti dalle libertà fondamentali produrre appieno i loro effetti, se il cittadino fosse dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti nel suo Paese d'origine alla libera circolazione. Parimenti, la direttiva deve essere interpretata alla luce dei diritti fondamentali, in particolare l'art. 8 della Convenzione europea sul rispetto della vita familiare (§81-89). Conclude l'Avvocato Generale che il coniuge di un cittadino che presti servizi a persone di altri Stati membri “*può trarre non dall'art. 49 TCE, bensì dalla direttiva del Consiglio 73/148/CEE...il diritto di soggiornare assieme al proprio coniuge nello Stato membro di origine di quest'ultimo. Al riguardo occorre considerare che la direttiva 73/148/CEE va interpretata alla luce della libera prestazione di servizi e dei diritti fondamentali, in particolare del diritto al rispetto della vita familiare*”.

tutela della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea. Il rispetto della vita familiare “*fa parte di quei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, riaffermata nell’Atto Unico europeo e dall’art. 6, n. 2, UE, sono tutelati nell’ordinamento giuridico comunitario*”²⁷¹.

Poiché uno Stato membro che intenda limitare l’esercizio di una libertà fondamentale sulla base di motivi di interesse generale deve comunque garantire che la misura nazionale limitativa sia conforme ai diritti fondamentali della Comunità, la misura inglese di espulsione viene esaminata rispetto al parametro del rispetto della vita familiare.

Quanto al contenuto di tale principio – ultimo passaggio -, esso è coniugato sia ricorrendo al criterio dell’effetto utile che all’art. 8, nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo in materia di ricongiungimento familiare ed espulsione dello straniero.

Sotto il profilo dell’effetto utile, la Corte afferma che la separazione dei coniugi Carpenter causata dall’espulsione della moglie nuocerebbe alla loro vita familiare e conseguentemente alle condizioni di esercizio della libertà di prestazione di servizi, poiché il sig. Carpenter potrebbe essere dissuaso dall’esercitare la sua attività a causa degli ostacoli frapposti nel Paese di origine alla permanenza della moglie.

Sotto il profilo dell’art. 8, citando la sentenza di Strasburgo *Boultif* del 2 agosto 2001, di cui si è dato conto nel primo capitolo, la Corte di Giustizia aderisce pienamente alla ricostruzione del parametro ivi operata, qualificando l’espulsione come ingerenza e concludendo che la decisione di espellere l’interessata non rispetta il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, da un lato il diritto del marito al rispetto della vita familiare, dall’altro il diritto dello Stato di salvaguardare l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica. Poiché il comportamento complessivo della ricorrente sin dal suo arrivo in Inghilterra, nonostante la permanenza illegale, non è stato oggetto di censure tali da far temere che essa rappresenti in futuro un pericolo per l’ordine pubblico e la pubblica sicurezza, e dati l’autenticità

²⁷¹ L’espressione è identica a quella utilizzata in C-249/86, 18 maggio 1989, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in Racc.1989, 1263, di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti.

del matrimonio e la conduzione di una vita familiare effettiva, la Corte dichiara la misura di espulsione un'ingerenza sproporzionata allo scopo perseguito²⁷².

La Corte avrebbe potuto rinviare al giudice *a quo* la valutazione delle circostanze concrete, al fine di comporre il bilanciamento tra il rispetto della vita familiare e la salvaguardia dell'ordine pubblico alla luce dell'effettiva pericolosità dell'interessata, ma ha preferito, invece, procedere direttamente alla valutazione della misura nazionale impugnata rispetto al diritto fondamentale²⁷³.

La struttura della sentenza riprende il modello classico di decisione adottato sin dalle sentenze *ERT* del 18 giugno 1991 e *Familiapress* del 26 giugno 1997, in materia di libertà di espressione: il diritto fondamentale è attivato quale parametro ulteriore di giudizio di una misura nazionale limitativa dell'esercizio di una libertà economica fondamentale. Così, anche nel caso *Carpenter* la fattispecie è ricondotta nell'alveo di una delle libertà garantite dal Trattato, la libertà di stabilimento, per poi accertare che una misura nazionale limitativa di tale libertà deve essere conforme anche al rispetto dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario. Il ricorso al rispetto della vita familiare come

²⁷² Ritiene N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 636, che il rinvio della Corte all'art. 8 della Convenzione sia superficiale e non ben argomentato e che, in definitiva, il principio di proporzionalità assuma in questa sentenza il carattere di "*procedural right in itself*", dunque diritto autonomo.

A mio parere questo rilievo, contenuto peraltro in un inciso di un saggio molto ricco ed articolato sulla recente giurisprudenza della Corte in materia di famiglia, non è condivisibile. Il principio di proporzionalità attivato nel caso *Carpenter* non è un principio autonomo, ma è uno dei criteri, anzi, il criterio più rilevante, attraverso cui la Corte di Strasburgo fa applicazione dell'articolo 8. Si tratta, dunque, di un criterio pienamente interno e implicito al parametro convenzionale e non di un criterio estraneo ad esso. Lo dimostra il fatto che tale criterio agisce quale linea guida del bilanciamento che sta alla base della valutazione della necessità dell'espulsione ai sensi dell'art. 8 della Convenzione compiuta dalla Corte di Giustizia.

²⁷³ Così suggeriva l'Avvocato Generale Stille-Hackl, proponendo di lasciare al giudice rimettente la valutazione della compatibilità dell'espulsione con l'art. 8 della Convenzione, facendo applicazione dei criteri individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ossia la proporzionalità della misura rispetto alle relazioni familiari, all'integrazione nella società del Regno Unito, alla data di celebrazione del matrimonio, se anteriore o successiva alla scadenza del permesso di soggiorno, alla possibilità per il coniuge e i figli di esercitare il diritto di visita nelle Filippine, alla gravità dell'infrazione commessa. Ciò perché: "*La valutazione dell'ammissibilità di un'ingerenza nei diritti fondamentali dipende dall'esame delle circostanze di ciascun caso. Mentre la Corte è competente a fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione atti a consentirgli di pronunciarsi sulla controversia specifica, spetta al giudice nazionale valutare i fatti in questione sulla base dei criteri elaborati dalla Corte*" (§89).

principio – parametro di una misura nazionale non costituisce, pertanto, una novità.

Due, invece, sono gli aspetti che hanno interessato maggiormente la dottrina. In primo luogo, il fatto che il collegamento tra la situazione concreta e il diritto comunitario nel caso *Carpenter* fosse tutt'altro che certo. La Corte avrebbe attratto al diritto comunitario una fattispecie la cui rilevanza comunitaria era perlomeno dubbia, valorizzando l'elemento transfrontaliero costituito dallo svolgimento di "una parte rilevante" dell'attività economica con destinatari collocati in altri Stati membri, senza peraltro definire né in astratto né in concreto tale concetto²⁷⁴. E' chiaro che l'assorbimento al livello comunitario di situazioni di questo tipo è potenzialmente in grado di sottrarre all'applicazione delle norme interne sull'immigrazione una vasta gamma di situazioni in cui i cittadini rivendicano nei confronti del proprio Stato d'origine il ricongiungimento con un familiare straniero, in questo caso addirittura trasformando un soggiorno illegale in un soggiorno legittimo²⁷⁵.

Pur guidata dalla chiara volontà di porre rimedio alla situazione concreta, che appariva ingiusta, la sentenza rileva, d'altra parte, tutta la debolezza della tutela comunitaria, in quanto ancorata all'esercizio di un'attività economica. La signora Carpenter deriva il diritto di soggiorno dalla posizione del marito quale prestatore di servizi, ma tale tutela le sarebbe stata negata se il marito fosse stato un lavoratore subordinato, poiché sarebbe mancato il concreto esercizio della libertà di circolazione, e potrebbe venire meno nel momento in cui il marito smettesse di lavorare. E' di tutta evidenza, quindi, che seppure un'interpretazione estensiva del diritto comunitario alla luce dei diritti fondamentali riesce a fornire tutela a situazioni che ne sono sprovviste nel diritto interno, vi è un limite fisiologico del diritto comunitario avanti a cui la capacità di tutela si arresta, ossia l'esercizio di una libertà economica²⁷⁶.

²⁷⁴ S. ACERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.4/2002, 663, che sottolinea in generale come la decisione della Corte di dichiarare o meno attratta nel diritto comunitario una certa fattispecie appaia spesso incerta, non guidata da criteri obiettivi e dunque affetta da un forte grado di "soggettività".

²⁷⁵ L'Editorial Comments, *Freedom unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State*, in *Common Market Law Review*, 2003, 537-543.

²⁷⁶ S. ACERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.4/2002, 667-669.

Per ciò che attiene all'art. 8 della Convenzione, merita sottolineare in primo luogo che la disposizione costituisce la fonte unica del diritto al rispetto della vita familiare quale principio del diritto comunitario. In secondo luogo, che la Corte ne fa applicazione nel rispetto della giurisprudenza di Strasburgo. Vero è, come si è visto nel capitolo I, che la Corte di Strasburgo ha elaborato una serie di criteri alla luce dei quali valutare le fattispecie di espulsione che non sono ripresi per esteso dalla Corte di Giustizia, criteri sistematizzati proprio nella sentenza *Boultif* del 2001. Tuttavia, deve riscontrarsi una sostanziale adesione della Corte di Giustizia alle conclusioni di Strasburgo. In tal modo, una soluzione interpretativa elaborata nel contesto convenzionale, quale la necessità di un equo bilanciamento tra interesse dello Stato al controllo delle frontiere e interesse del singolo al rispetto della sua vita familiare, viene traslata e diviene parte integrante del diritto comunitario. Non si tratta di una mera ripresa di formule standard, ma di un'applicazione sostanzialmente affine del parametro. Infatti, pur senza citare lo strumentario argomentativo di Strasburgo, la Corte di Giustizia finisce per valutare la pericolosità sociale del soggetto, riprendendo quel criterio della gravità del reato che si era detto essere determinante per l'esito delle decisioni di Strasburgo sull'espulsione dello straniero.

Ma, in definitiva, perché in *Singh* la Corte di Giustizia non aveva sentito l'esigenza di ricorrere al principio del rispetto della vita familiare e in *Carpenter* tale parametro diventa necessario? In altre parole, perché in *Singh* l'unità tra i coniugi è garantita dalla sola libertà di circolazione, mentre in *Carpenter* è necessario attivare il principio del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione? Si potrebbe innanzitutto sostenere, valorizzando il profilo fattuale, che in *Singh* fosse più agevole risolvere il caso sulla base del solo parametro comunitario scritto della libera circolazione perché il lavoratore aveva effettivamente circolato prima di far valere il diritto al ricongiungimento contro il suo Stato di origine, mentre in *Carpenter* il collegamento con l'esercizio di un'attività economica è più debole.

Vi è, tuttavia, un secondo aspetto, a mio parere più significativo. In *Singh*, alla fattispecie del cittadino che ritorna si applicava sia la disposizione di cui all'art. 52 del Trattato che la normativa secondaria di attuazione, regolamento n. 1612/68 e direttiva n. 73/148. In *Carpenter*, invece, la direttiva n. 73/148 non si applica, perché testualmente richiede un trasferimento in un altro Stato che i coniugi Carpenter non hanno effettuato; deve perciò applicarsi la sola norma primaria. Il Trattato, però, non contiene alcuna disposizione espressa che conferisca diritti ai familiari del cittadino di uno Stato membro. Ove, dunque, gli atti secondari siano inapplicabili perché neppure una loro interpretazione alla luce delle libertà fondamentali riesce a vincere il limite imposto dal loro dettato testuale, ecco che è necessario far scattare l'art. 8 della Convenzione. Esso fornisce protezione a fattispecie attratte nella sfera di una libertà fondamentale per le quali il Trattato non contiene in sé alcuna tutela materiale. L'art. 8 è dunque parametro integrativo del parametro comunitario primario scritto, ove questi sia insufficiente per regolare una fattispecie concreta inerente alla vita familiare, pur rientrando la fattispecie stessa nella sfera di competenza comunitaria.

Il dispositivo della sentenza, infatti, chiaramente afferma: *“L'art. 49, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, deve essere interpretato nel senso che...”*.

Il principio del rispetto della vita familiare diventa, dunque, non soltanto limite della legislazione nazionale, con forza per così dire “passiva”, ma prima ancora fonte di un diritto di soggiorno del coniuge enucleato direttamente all'interno della libertà di prestazione di servizi di cui all'art. 49 TCE, esprimendo una potenzialità per così dire “attiva”, che giustifica l'ampliamento della sfera di applicazione della disposizione primaria scritta.

Viene in tal modo implicitamente contraddetta la costante affermazione della precedente giurisprudenza, secondo cui i familiari del cittadino comunitario non derivano il loro diritto di soggiorno direttamente dal Trattato, ma dalle norme secondarie, poiché in questo caso il diritto di soggiorno, seppur ancora prospettato come tutela “riflessa” dipendente dall'esercizio da parte del cittadino comunitario

delle libertà garantite dal Trattato, sembra trarre il suo fondamento direttamente dal diritto primario, interpretato alla luce dell'8 della Convenzione^{277 - 278}.

²⁷⁷ Rispetto a questa soluzione innovativa, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Stil-Hackl seguono una linea più tradizionale, nel senso che in esse l'art. 8 della Convenzione non incide direttamente sull'interpretazione dell'art. 49 TCE, che resta inidoneo a fondare un diritto di soggiorno del familiare, bensì sull'interpretazione della direttiva di settore, esprimendo una capacità di indirizzare l'interpretazione degli atti secondari già riconosciuta, nel caso del principio del rispetto della vita familiare, nella sentenza *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* del 1989, che infatti l'Avvocato Generale puntualmente cita. D'altra parte, la soluzione proposta dall'Avvocato Generale implica una forzatura del dato testuale della direttiva, nella parte in cui richiede letteralmente uno spostamento del cittadino comunitario in un altro Stato membro, che nel caso di specie non si è verificato.

²⁷⁸ L'associazione tra l'art. 8 della Convenzione e l'art. 49 TCE, come parametro integrato in grado di fondare un diritto di soggiorno per la sig.ra Carpenter, è implicita nella motivazione della Corte, ma si desume abbastanza chiaramente dalla scansione del ragionamento. Non deve, tuttavia, trarsi l'impressione errata che una conclusione quale quella adottata nel caso di specie sia in grado di sovvertire la consolidata giurisprudenza in materia di diritti riconosciuti ai familiari di cittadini comunitari in tema di prestazioni sociali, prestazioni previdenziali, diritto a svolgere un'attività lavorativa, istruzione e formazione professionale, ossia la gamma di diritti che le norme secondarie, a partire dal regolamento n. 1612/68 più volte citato, riconoscono ai familiari accanto al diritto di soggiorno.

Solo a titolo di esempio, nella sentenza C-10/05, 30 marzo 2006, *Mattern*, in Racc. 2006, I-3145, a proposito del diritto del coniuge straniero di una cittadina lussemburghese di ottenere un permesso di lavoro in Lussemburgo, in seguito al fatto che la cittadina aveva svolto un tirocinio professionale in un altro Stato membro, il Belgio, la Corte si allinea alla consolidata giurisprudenza per cui “*il diritto di un cittadino di uno Stato terzo, coniugato con un cittadino comunitario, di accedere al mercato del lavoro di uno Stato membro dipende dai diritti di cui tale cittadino comunitario beneficia ai sensi dell'art. 39 TCE, e in particolare dalla sua qualità di lavoratore*” (§16-17), cosicché “*...il diritto di svolgere un'attività subordinata ai sensi dell'art. 11 del regolamento – n. 1612/68 – non garantisce ai familiari dei lavoratori emigranti un diritto originario alla libera circolazione. Tale norma va invece a vantaggio del lavoratore migrante, della cui famiglia fa parte, quale coniuge o figlio a carico, il cittadino di Stato terzo*” (evidenziato nostro). In conclusione, il diritto comunitario attribuisce al coniuge il diritto a lavorare in Belgio, ove la cittadina comunitaria svolgeva un tirocinio, ma non in Lussemburgo, Stato di origine della cittadina medesima.

Si vedano i precedenti conformi citati dall'Avvocato Generale Kokott nelle Conclusioni del 15 dicembre 2005, in Racc. 2006, I-3145: C-75/63, 19 marzo 1964, *Unger*, in Racc. 1964, 349; C-53/81, 23 marzo 1982, *Levin*, in Racc. 1982, 1035, par. 11-13; C-66/85, 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, in Racc. 1986, 2121, par. 16; C-344/87, 31 maggio 1989, *Betray*, in Racc. 1989, 1621, par. 11; C-3/90, 26 febbraio 1992, *Bernini*, in Racc. 1992, I-1071, par. 14; C-337/97, 8 giugno 1999, *Meeusen*, in Racc. 1999, I-3289, par. 13; C-188-00, 19 novembre 2002, *Kurz*, in Racc. 2000, I-10691, par. 32; C-138/02, 23 marzo 2004, *Collins*, in Racc. 2004, I-2703, par. 26; C-456/02, 7 settembre 2004, *Troiani*, in Racc. 2002, I-7573, par. 15; C-109/04, 17 marzo 2005, *Kranemann*, in Racc. 2005, I-2421, par. 12. L'Avvocato Generale, per vero, pur sostenendo che l'art. 11 accorda al familiare il diritto di lavorare nel medesimo Stato ospitante in cui il cittadino comunitario, esercitando la libera circolazione, svolge la sua attività, arricchiva la soluzione della questione con l'ulteriore profilo di diritto per cui: “*Qualora un lavoratore, dopo aver usufruito del suo diritto alla libera circolazione, rientri nello Stato membro di cui è cittadino, il suo coniuge, originario di uno Stato terzo, ha il diritto, ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 1612/68, di esercitare un'attività di lavoro subordinato su tutto il territorio di tale Stato membro*”, con chiaro eco della sentenza *Singh*. Sul punto la Corte non si pronuncia, poiché estraneo dal caso di specie. Il profilo involge il seguente quesito: nel momento in cui, con la sentenza *Singh*, il diritto comunitario assicura ai familiari che si siano ricongiunti con il cittadino comunitario in uno Stato terzo di rientrare con lui nel suo Stato di origine, il diritto comunitario conferisce loro il solo diritto di

5.5 La sentenza *Akrich*, o dove il diritto comunitario si ferma per evitare abusi nella legislazione nazionale in materia di immigrazione

Il signor *Akrich* è un cittadino marocchino più volte entrato illegalmente in Gran Bretagna ed espulso, anche in seguito al compimento di un tentato furto e di uso di documenti d'identità falsi. Durante uno dei suoi soggiorni illegali, sposa una cittadina britannica e chiede un permesso di soggiorno in qualità di coniuge. Nuovamente espulso, ottiene di essere inviato in Irlanda, ove nel frattempo la moglie inglese si era trasferita per svolgere un'attività lavorativa. Dopo aver esercitato per meno di un anno un'occupazione in Irlanda, i coniugi *Akrich* chiedono di rientrare nel Regno Unito. Il marito pretende di ottenere un permesso di soggiorno in forza della sentenza *Singh*, in qualità di familiare del lavoratore che faccia ritorno nel suo Paese di origine. Dalle memorie sottoposte alla Corte da parte del Regno Unito risulta che, ascoltati da un funzionario britannico presso l'ambasciata in Irlanda, i coniugi affermavano di aver sentito parlare di diritti comunitari in base ai quali, “*restando sei mesi*” in un altro Stato membro, si poteva far ritorno nel Regno Unito. Le autorità nazionali britanniche rifiutano di revocare l'ordine di espulsione, ritenendo che il trasferimento dei coniugi in Irlanda non sia altro che un'assenza temporanea deliberatamente diretta a far sorgere un diritto di soggiorno in capo al marito e ad eludere, quindi, l'applicazione della legislazione nazionale in materia di immigrazione²⁷⁹.

ingresso e soggiorno o anche gli altri diritti che le normative di settore attribuiscono loro? Ci limitiamo ad osservare che la sentenza *Mattern* lascia la questione aperta.

²⁷⁹ In attuazione del principio espresso nella sentenza *Singh* del 7 luglio 1992, il Regno Unito aveva adottato una disciplina specifica in materia di ricongiungimento per i familiari del cittadino inglese di ritorno nel suo Paese. L'art. 11 delle *EEA Regulations 2000*, regolamento del 2000 sul diritto d'ingresso e soggiorno nel Regno Unito dei cittadini del SEE, prevede che il familiare straniero del cittadino inglese abbia diritto di entrare nel Regno Unito alle seguenti condizioni: dopo aver lasciato il Regno Unito, il cittadino inglese deve aver soggiornato in uno Stato membro del SEE e avervi lavorato come lavoratore salariato a titolo non provvisorio né occasionale, o essersi stabilito come lavoratore autonomo; il cittadino non deve aver lasciato il Regno Unito per permettere al suo familiare di acquisire diritti in forza di tale regolamento e di eludere così l'applicazione della normativa sull'immigrazione del Regno Unito; al suo ritorno nel Regno Unito, il cittadino inglese sarebbe, se fosse un cittadino del SEE, una persona legittimata a soggiornare nel Regno Unito - “*qualified person*”-; se il familiare del cittadino del Regno Unito è il coniuge, il matrimonio deve aver avuto luogo e le parti devono aver convissuto in uno Stato membro del SEE prima del ritorno del cittadino britannico nel Regno Unito.

La Corte di Giustizia, con sentenza del 22 settembre 2003²⁸⁰, rivendica l'operatività oggettiva del diritto comunitario indipendentemente dall'intento che abbia guidato i soggetti privati interessati, ribadendo che i diritti che le norme comunitarie fanno sorgere devono essere riconosciuti e rispettati dalle autorità nazionali ogniqualvolta la condotta posta in essere dai soggetti privati rispetti le condizioni oggettivamente richieste dalle norme comunitarie stesse. Non rileva, perciò, quel che i coniugi abbiano voluto, bensì le caratteristiche oggettive della loro condotta. Una cittadina di uno Stato membro che si sia trasferita in un altro Stato membro ove effettivamente ha svolto un'attività lavorativa ha diritto di fare ritorno nel Paese di origine con il coniuge, cittadino extracomunitario, con cui si sia ricongiunta in forza del diritto comunitario nel Paese ospitante.

La Corte, tuttavia, non è insensibile al rischio di elusione della disciplina nazionale sull'immigrazione. Una restrizione all'operatività del diritto comunitario è, dunque, rinvenuta per altra via, imponendo due ulteriori condizioni all'applicabilità delle norme sul ricongiungimento, l'una già altre volte enunciata e in qualche modo dipendente dalle previsioni nazionali, l'altra totalmente nuova e consistente nell'introduzione di un requisito non espressamente previsto dalle norme comunitarie.

La prima condizione attiene all'autenticità del matrimonio tra i soggetti che circolano. Con la seconda, invece, la Corte impone che, per far valere il diritto al ricongiungimento di cui all'art. 10 del regolamento n. 1612/68, il cittadino di un Paese terzo coniugato con un cittadino comunitario debba già soggiornare legalmente in uno Stato membro, per poter raggiungere il coniuge che si sia trasferito a lavorare in un altro Stato membro.

L'enucleazione del requisito del previo soggiorno legale nel territorio comunitario costituisce una soluzione pretoria elaborata dalla Corte per evitare l'aggiramento delle norme nazionali sull'immigrazione. La Corte indica chiaramente, infatti, che il regolamento n. 1612/68 nulla dice a proposito della sua applicabilità allo

²⁸⁰ Sentenza C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich*, Corte Plenaria, 23 settembre 2003, in *Racc.* 2003, I, 9607, commentata da E. SPAVENTA, in *Common Market Law Review*, 2005, 225-239; R. C. A. WHITE, *Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Law*, in *European Law Review*, 2003, 385; A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare tra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, n. 6, 552-557.

straniero che già si trovi nel territorio comunitario o, viceversa, allo straniero che per la prima volta attraversi le frontiere esterne dell'Unione. In altre parole, il regolamento avrebbe potuto in linea teorica disciplinare sia il ricongiungimento di lavoratori comunitari con familiari che già risiedono nel territorio comunitario in uno Stato membro diverso da quello di origine del lavoratore, producendo effetti soltanto sulla circolazione intracomunitaria, sia attribuire un diritto al ricongiungimento al lavoratore per il familiare che si trovi fuori dal territorio comunitario, producendo effetti sulla disciplina dell'accesso alle frontiere esterne dell'Unione. La Corte sceglie, peraltro senza puntuale argomentazione, di limitare l'applicazione del regolamento n. 1612/68 alla sola libera circolazione all'interno della Comunità²⁸¹. Ne deriva che uno straniero non può trarre titolo dalle norme comunitarie per sanare un ingresso illegale nel territorio comunitario²⁸². La Corte si limita ad osservare che *“tale interpretazione è conforme all'economia delle disposizioni comunitarie dirette a garantire la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, il cui esercizio non può penalizzare il lavoratore migrante e la sua famiglia”*²⁸³.

La sentenza non è particolarmente chiara nel definire l'operatività della condizione preliminare del soggiorno legale. E' certo che il principio espresso

²⁸¹ Paragrafi 49-50: *“Tuttavia, il regolamento n. 1612/68 riguarda solo la libera circolazione all'interno della Comunità. Esso non dispone nulla in merito all'esistenza dei diritti di un cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, relativi all'accesso al territorio della Comunità. Per poter usufruire, in una situazione come quella della causa principale, dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68, il cittadino di un paese terzo coniugato con un cittadino dell'Unione, deve soggiornare legalmente in uno Stato membro quando avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro in cui il cittadino dell'Unione emigra o è emigrato”*.

²⁸² Paragrafi 52-53: *“Quando un cittadino dell'Unione stabilito in uno Stato membro, coniugato con un cittadino di un Paese terzo che fruisce del diritto di soggiornare in tale Stato membro, si trasferisce in un altro Stato membro per svolgervi un'attività lavorativa subordinata, tale trasferimento non deve far venire meno la possibilità di vivere legalmente insieme, perciò l'art. 10 del regolamento n. 1612/68 conferisce al detto coniuge il diritto di stabilirsi in tale altro Stato membro. Per contro, quando un cittadino dell'Unione stabilito in uno Stato membro e coniugato con un cittadino di un Paese terzo che non gode del diritto di soggiornare in tale Stato membro, si trasferisce in un altro Stato membro per svolgervi un'attività lavorativa subordinata, il fatto che il suo coniuge non abbia il diritto, derivante dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68, di stabilirsi con lui in tale altro Stato membro non può costituire un trattamento meno favorevole di quello di cui beneficiavano prima che il detto cittadino dell'Unione fruisse delle possibilità offerte dal Trattato in materia di circolazione delle persone. Pertanto, l'assenza di un tale diritto non è idonea a dissuadere il cittadino dell'Unione dall'esercitare i diritti di circolazione riconosciuti dall'art. 39 CE”*. Come si nota, l'ambito di applicazione della libertà di circolazione è ricostruito sempre in termini di “effetto utile”.

²⁸³ Paragrafo 51.

dalla Corte attenga allo straniero che già si trova sul territorio della Comunità: se lo straniero dispone di un titolo di soggiorno valido in base alla legislazione nazionale dello Stato in cui è entrato, ha diritto a circolare e ricongiungersi secondo le norme comunitarie; se si trova illegalmente nel territorio di uno Stato membro, il diritto comunitario al ricongiungimento non opera. La Corte non si esprime, tuttavia, sul caso dello straniero che non si trovi già nel territorio di uno Stato membro, ma che voglia fare ingresso per la prima volta nello spazio europeo in forza del diritto comunitario al ricongiungimento.

In una precedente sentenza, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, MRAX, del 25 luglio 2002²⁸⁴, trattando della prassi dello Stato belga di negare alla frontiera l'ingresso a stranieri coniugati con cittadini comunitari che risultassero privi del visto d'ingresso, la Corte ritenne che tali soggetti, in quanto familiari di un cittadino comunitario, derivassero direttamente dalle norme comunitarie il diritto di entrare nello Stato di residenza dei coniugi, ciò in forza della direttiva 68/360, sulla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori e dei loro familiari nella Comunità, e della direttiva n. 73/148, sulla circolazione dei lavoratori autonomi e dei prestatori di servizi. Se è vero che tali normative consentono agli Stati membri di richiedere ai familiari provenienti da Paesi terzi di dotarsi di un visto, cionondimeno, tenuto conto della

²⁸⁴ Sentenza C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belga*, 25 luglio 2002, in *Racc.* 2002, I, 6591. La sentenza estende espressamente ai coniugi di un cittadino comunitario provenienti da un Paese terzo i principi consolidati enunciati dalla giurisprudenza della Corte in materia di ingresso del cittadino comunitario in un altro Stato membro per ciò che attiene alla documentazione richiesta e alla prova del proprio *status* di cittadino comunitario; si vedano le sentenze C-48/75, *Royer*, 8 aprile 1976, in *Racc.* 1976-3, 497; C-118/75, *Watson e Belmann*, 7 luglio 1976, in *Racc.* 1976-6, 1185; C-8/77, *Concetta Sagulo*, 14 luglio 1977, in *Racc.* 1977-5, 1495; C-363/89, *Roux*, 5 febbraio 1991, in *Racc.* 1991-2, 273; C-376/89, *Giagounidis*, 5 marzo 1991, in *Racc.* 1991-3, 1069.

Nella sentenza MRAX, il diritto al rispetto della vita familiare opera come principio tratto dalla legislazione derivata (art. 3, n. 2, della direttiva 68/360 e art. 3, n. 2, della direttiva n. 73/148). Tale principio si appalesa, pertanto, interno e già intrinseco alla legislazione secondaria, senza necessità di ricorrere al principio di cui all'art. 8 della Convenzione. In suo nome, le disposizioni sulla prova dell'identità e del legame familiare, necessaria per l'ingresso nello Stato ospitante, vengono intese in senso estensivo, considerando equivalente alla presentazione del visto ogni altro elemento da cui possano trarsi tali informazioni.

Del tutto simile è il giudizio reso dalla Corte nella recente sentenza C-157/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, 14 aprile 2005, in cui la Spagna è stata condannata per non aver trasposto correttamente nel proprio ordinamento le direttive n. 68/360, n. 73/148 e n. 90/365, imponendo ai cittadini di un Paese terzo familiari di un cittadino comunitario di procurarsi un visto al fine del rilascio del permesso di soggiorno e ritardando la concessione di tale permesso oltre sei mesi dalla presentazione della relativa domanda.

protezione della vita familiare garantita dal legislatore comunitario nella normativa comunitaria derivata, la Corte ritiene che il respingimento automatico alla frontiera di tali soggetti per mancanza del visto costituisca una misura sproporzionata, e perciò vietata, se il familiare riesce a provare in altro modo la sua identità e il legame coniugale e se non esistono elementi da cui si desuma che egli rappresenta un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica, come previsto dal regolamento n. 1612/68 e dalla stessa direttiva n. 73/148.

Dalla composizione dei principi enunciati in *MRAX* e in *Akrich*, in assenza di un espresso coordinamento effettuato dalla Corte, dovrebbe desumersi il seguente quadro di riferimento: il soggetto già coniugato con un cittadino comunitario, che intenda accedere nel territorio di uno Stato membro per motivi familiari attraversando per la prima volta le frontiere esterne dell'Unione, può far valere un diritto al ricongiungimento direttamente fondato sulle disposizioni della normativa comunitaria di settore; il cittadino straniero che abbia effettuato un ingresso irregolare, e successivamente si sposi con un cittadino comunitario, non può dall'interno del territorio dell'Unione pretendere di sanare la sua permanenza illegittima in forza del diritto comunitario al ricongiungimento²⁸⁵.

Se ciò è vero, la sentenza *Akrich* potrebbe comportare conseguenze notevoli nel rapporto tra legislazione comunitaria e legislazione nazionale in materia di ricongiungimento. In principio, la Comunità continua ad avere competenze limitate in materia di immigrazione. Tale settore materiale resta nella disponibilità degli Stati membri, salve le espresse deroghe previste per i familiari di cittadini comunitari. In questo ambito, contrariamente all'usuale tendenza ad un'interpretazione estensiva delle norme sulla libera circolazione, che ha comportato l'erosione di porzioni materiali di disciplina a favore del diritto

²⁸⁵ Sul rapporto tra le sentenze *MRAX* e *Akrich*, si veda E. SPAVENTA, in *Common Market Law Review*, 2005, 231-234. Alla domanda se il sig. Akrich avrebbe avuto diritto in forza delle norme comunitarie di accedere nel Regno Unito, una volta raggiunta la moglie in Irlanda direttamente dal Marocco, l'Autrice risponde positivamente, poiché *Akrich* non costituirebbe un *overruling* implicito di *MRAX*. *MRAX* attiene a coniugi di cittadini comunitari che per la prima volta facciano ingresso nel territorio comunitario – “*first comers*”. Ad essi si applica l'art. 10 reg. n. 1612/68, che conferisce loro un titolo diretto per attraversare le frontiere esterne della Comunità. *Akrich*, invece, attiene a coniugi che si trovano già illegalmente nel territorio comunitario; in questo caso il medesimo articolo 10 non si applica, mentre opera nella sua piena espansione la disciplina nazionale sull'immigrazione.

comunitario e a scapito del diritto nazionale, la Corte finisce con la sentenza *Akrich* per riconoscere uno spazio ben delineato alla legislazione nazionale: spetta ai legislatori nazionali regolare le condizioni del ricongiungimento di soggetti che abbiano violato le norme interne sull'immigrazione entrando irregolarmente nel territorio comunitario, che successivamente a tale ingresso si siano coniugati con un cittadino comunitario e che pretendano per motivi familiari di ottenere un titolo di soggiorno legale. Il diritto comunitario, pertanto, scatta soltanto ove le condizioni per l'ingresso previste dalla legislazione nazionale siano state rispettate.

L'ultima parte della sentenza *Akrich*, però, contiene una sorta di monito alle autorità nazionali, volto da un lato a ricordare i limiti cui è soggetto l'esercizio delle loro competenze, dall'altro a rivendicare la rilevanza comunitaria di quegli stessi limiti.

Afferma la Corte che se la condizione del previo soggiorno legale non è rispettata, le autorità nazionali sono comunque tenute a conformarsi al diritto al rispetto della vita familiare garantito dall'art 8 della Convenzione, diritto che fa parte integrante dei diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario. Riprendendo puntualmente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul ricongiungimento familiare e sull'espulsione, la Corte di Giustizia conclude che:

“Benché la CEDU non garantisca a favore di uno straniero alcun diritto ad entrare o risiedere nel territorio di un paese determinato, l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare, come tutelato dall'art. 8, n.1, di tale convenzione. Una simile ingerenza viola la CEDU a meno che essa non corrisponda ai requisiti di cui al n. 2 dello stesso articolo, cioè a meno che non sia “prevista dalla legge”, dettata da uno o più degli scopi legittimi ai sensi della disposizione citata e “necessaria in una società democratica”, cioè “giustificata da un bisogno sociale imperativo”, e, in particolare, proporzionata al fine legittimo perseguito (v., in particolare, sentenza 11 luglio 2002, Carpenter, Racc. pag. I-6279, punto 42). I limiti di ciò che è “necessario in una società democratica”, quando il coniuge ha commesso un'infrazione, sono stati messi in evidenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze 2

agosto 2001, *Boutif/Suisse (Recueil des arret et décisions 2001-IX, par. 46-46)* e 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danemark (non ancora pubblicata nella Recueil des arret et décisions, par. 33-44)*” (par. 59-60)

Come si è detto, nella sentenza *Boutif* del 2001 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sistematizzato i criteri alla luce dei quali valutare l'eventuale espulsione dello straniero da parte delle autorità nazionali, tra cui l'età della persona, il tempo di residenza nello Stato ospitante, la scolarizzazione, la conoscenza della lingua, lo svolgimento di un'attività lavorativa e l'esistenza di legami familiari. Tra i criteri, la Corte di Strasburgo ha sempre assegnato particolare importanza alla natura e alla gravità del reato commesso dallo straniero.

I suddetti criteri sono ripresi in maniera identica dalla Corte di Giustizia nell'ambito dell'ordinamento comunitario e sono attivati come limite alla discrezionalità delle autorità nazionali laddove venga in gioco un'espulsione connessa in qualche modo all'esercizio della libertà di circolazione²⁸⁶. Da un lato, dunque, la Corte sembra arginare la capacità espansiva delle norme comunitarie in materia di ricongiungimento; dall'altro, provvede immediatamente a circoscrivere il margine che pareva aver riconosciuto ai legislatori nazionali, imponendo loro il rispetto dei diritti fondamentali, quali principi generali del diritto comunitario²⁸⁷.

Nel complesso, la sentenza *Akrich* non ha un andamento lineare; difficile appare la *démarche* della Corte nel definire i limiti di applicazione delle norme comunitarie.

²⁸⁶ A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare tra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, n. 6, 556, osserva che la Corte di Giustizia si limita ad indicare i criteri di interpretazione del diritto comunitario che spetterà al giudice nazionale applicare; sarà quindi innanzitutto il giudice interno a dover effettuare il test di proporzionalità sulla misura di espulsione, applicando i criteri elaborati da Strasburgo e che la Corte di Giustizia ha assorbito nell'ordinamento comunitario, ove l'allontanamento interferisca con la libertà di circolazione del familiare di un cittadino comunitario.

L'Avvocato Generale Geelhood, nelle sue Conclusioni, aveva ipotizzato direttamente una soluzione per la fattispecie concreta, suggerendo che l'espulsione del sig. Akrich non fosse giustificata dall'esigenza di protezione della sicurezza, in quanto l'interessato non appariva essere un pericolo reale ed effettivo per l'ordine pubblico britannico.

²⁸⁷ E. SPAVENTA, in *Common Market Law Review*, 2005, 239.

Per mantenersi entro l'oggetto della nostra analisi, occorre tuttavia chiedersi perché la Corte attivi l'art. 8 della Convenzione o quale sia il suo apporto nell'economia della decisione.

Lo schema decisorio, pur complesso, pare assimilabile a quello seguito nella sentenza *Carpenter*²⁸⁸. L'art. 8 costituisce parametro ulteriore e aggiuntivo della legittimità di misure nazionali, ove vengano in gioco fattispecie che ricadono nell'esercizio di una libertà fondamentale, ma che fuoriescono dall'ambito di applicazione della legislazione secondaria di settore. Anche in *Akrich* infatti, come in *Carpenter*, la Corte riconosce che si ha esercizio di una libertà fondamentale, dunque collegamento con il diritto comunitario; in *Carpenter*, libera prestazione di servizi; qui, libera circolazione. Ad entrambe le fattispecie oggetto del giudizio principale, tuttavia, non è applicabile la disciplina comunitaria espressa di attuazione delle libertà fondamentali, in *Carpenter* la direttiva 73/168, in *Akrich* il regolamento n. 1612/68, nel primo caso perché la direttiva sulla libera prestazione di servizi richiede testualmente lo spostamento del prestatore da uno Stato all'altro, nel secondo perché il regolamento presuppone un regolare accesso nel territorio comunitario. Ne consegue che non trovano applicazione le disposizioni espresse sul ricongiungimento familiare contenute in tali norme secondarie. Tuttavia, lungi dall'ammettere che un diritto al ricongiungimento non c'è, la Corte lo ritiene "incorporato" nello stesso parametro comunitario primario, facendolo discendere da un principio fondamentale, quale il diritto al rispetto della vita familiare. La fonte di tale principio è l'art. 8 della

²⁸⁸ E. SPAVENTA, in *Common Market Law Review*, 2005, 235, ipotizza che vi sia un contrasto tra le sentenze *Carpenter* e *Akrich*: in entrambe il coniuge straniero di un cittadino comunitario si trova irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, ma nella prima l'illecita permanenza della signora Carpenter è prospettata come barriera all'esercizio della libertà di prestazione di servizi, mentre nella seconda il sig. Akrich è considerato escluso dal godimento dei diritti comunitari. E' mio parere che si tratti di un'apparenza: né alla signora *Carpenter* né al signor *Akrich* la Corte riconosce il diritto al ricongiungimento in forza delle norme comunitarie derivate, ma nel primo caso, alla luce dell'art. 8 CEDU, la Corte dichiara direttamente sproporzionata la misura espulsiva, mentre nel secondo caso richiama l'art. 8 soltanto come monito alle autorità nazionali, lasciando al giudice *a quo* la soluzione del caso di specie. Ciò perché probabilmente, come ammette la stessa Autrice, esiste una differenza nei fatti alla base delle due decisioni: in un caso, la signora filippina non aveva commesso alcuna infrazione nel Regno Unito, che non fosse la permanenza senza permesso di soggiorno; nell'altro, l'interessato era più volte rientrato nel Regno Unito dopo essere stato espulso ed era stato perseguito per tentato furto e per possesso di documenti illegali. In più, come sottolineato dall'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni, i coniugi Akrich avrebbero potuto tranquillamente continuare a vivere in Irlanda, mentre i Carpenter svolgevano la propria vita lavorativa e familiare interamente nel Regno Unito.

Convenzione²⁸⁹. Il principio comunitario si atteggia esattamente nelle forme e nei limiti elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione a quella disposizione. Esso costituisce, dunque, un limite ulteriore di verifica della legittimità di una misura nazionale che costituisca limitazione di una libertà fondamentale. Lo schema decisorio è, dunque, ancora una volta, quello classico della sentenza *ERT*, in materia di libertà di espressione.

5.6 *Baumbast e Chen*, o quando i legami familiari si rompono, ma i bambini hanno bisogno di protezione

La giurisprudenza in precedenza commentata mostra con chiarezza che, per quanto il parametro comunitario possa essere interpretato in maniera estensiva, si da costituire un vincolo sempre più stringente per il legislatore e i giudici nazionali, la tutela comunitaria del ricongiungimento familiare dipende ancora oggi sempre e comunque dall'esercizio da parte del cittadino di uno Stato dell'Unione di una delle libertà fondamentali a contenuto economico garantite dal Trattato²⁹⁰. Ma cosa accade ai familiari quando il loro legame con il cittadino comunitario per qualche motivo viene meno?

²⁸⁹ E. SPAVENTA, in *Common Market Law Review*, 2005, 236, ritiene la sentenza *Akrich* contraddittoria, perché da un lato la posizione del ricorrente è ritenuta esterna all'ambito di applicazione della normativa derivata, dunque estranea al diritto comunitario, ma dall'altro ad essa è applicato l'art. 8 CEDU, come principio generale del diritto comunitario.

In realtà, come ho detto nel testo, il modello classico di decisione della Corte consiste proprio nell'intendere il diritto fondamentale quale parametro di una misura nazionale che limiti l'esercizio di una libertà fondamentale. In *Akrich* la fattispecie è proprio questa: la cittadina comunitaria inglese esercita la libertà di circolazione e vuole poi far ritorno nel suo Paese d'origine; in un'ottica funzionale, se tale Paese le vieta di portare con sé il marito con cui si è unita nello Stato membro ospitante, limita in realtà la sua stessa libertà di circolazione.

Nell'ultima parte del suo commento, l'Autrice aderisce a questa prospettazione, quale ricostruzione alternativa della decisione che elimina l'apparente contraddizione del ragionamento: "However, if secondary legislation does not apply, either because the Union citizen resides in her own Member State or because the spouse does not fall within the scope of Community secondary legislation, then the immigration rules can still be seen as an obstacle to the full and effective exercise of the right to free movement enjoyed by the Union citizen and are subject to the proportionality/fundamental rights scrutiny. After all, it is not the first time that the Court creates a space between the black letter of secondary legislation and the Treaty provisions" (carattere in rilievo nostro).

²⁹⁰ A titolo di esempio, nella sentenza C-157/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, 14 aprile 2005, relativa alla documentazione che il familiare straniero deve presentare alla frontiera per entrare nello Stato in cui risiede il proprio coniuge cittadino comunitario, la premessa della Corte recita: "A questo proposito, il diritto di entrare nel territorio di uno Stato membro concesso al cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino di uno Stato membro, deriva dal solo legame familiare".

La dottrina ha avuto più volte occasione di notare che le dinamiche familiari si sono notevolmente evolute rispetto agli sessanta – settanta, epoca in cui vennero adottati i regolamenti e le direttive che garantivano al lavoratore e ai suoi familiari il diritto di ingresso e stabilimento, il diritto di accedere ad un'attività lavorativa e di seguire corsi di insegnamento²⁹¹. All'epoca, infatti, il modello predominante di famiglia si riferiva ad un nucleo stabile destinato a rimanere unito e coeso nel tempo. L'evoluzione dei rapporti familiari, da un lato, e la crescente instabilità dell'impiego, dall'altro, hanno posto in discussione i presupposti di fatto su cui si reggeva la tutela comunitaria della vita familiare pensata negli anni sessanta. Benché il legislatore comunitario in alcuni casi si fosse già fatto carico di assicurare ai familiari la possibilità di permanere nello Stato ospitante anche al venir meno del rapporto con il cittadino comunitario, per esempio in caso di decesso del lavoratore²⁹², la sorte di molte delle situazioni che la mutevolezza delle vicende umane può generare è stata lasciata nelle mani dei giudici e della loro capacità di interpretare il diritto vigente alla luce dei mutamenti sociali e dell'evoluzione delle condizioni di vita.

Recentemente, la direttiva 2004/38, che ha sostituito, ricomponendo in un quadro unitario, i regolamenti e le direttive succedutisi nel tempo per attuare il principio della libera circolazione, ha ribadito il diritto dei familiari stranieri di un cittadino comunitario di conservare il godimento dei diritti ad essi in origine riconosciuti in forza del legame familiare sia in caso di morte del cittadino comunitario – art. 14 -, sia in caso di divorzio, annullamento e scioglimento del matrimonio – art. 13 -, istituendo, inoltre, a loro favore un permesso di soggiorno permanente – art. 16 e

²⁹¹ N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 632-636, che a proposito della sentenza *Carpenter* e di quella *Baumbast*, che si andrà ad esaminare, ritiene che la Corte di Giustizia abbia valorizzato il mutamento dal concetto legale al concetto fattuale di famiglia, riconoscendo tutela ai figli di primo letto, come ai figli e al coniuge dopo il divorzio. L'autore a questo proposito parla di: “*stretching the concept of family*”. L'evoluzione della famiglia tradizionale è particolarmente sottolineata dall'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni del 5 luglio 2001 alla causa *Baumbast*, in *Racc.* 2002, I-7091.

Si veda anche S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 66-72; S. PATTI, *Il principio famiglia e la formazione del diritto europeo*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, 245-258, spec. 250-253.

²⁹² Si veda il regolamento n. 1251/70, che consentiva ai familiari di conservare a certe condizioni i diritti acquisiti in forza del regolamento n. 1612/68 anche dopo il decesso del lavoratore, sulla cui interpretazione interviene la sentenza C-257/00, *Givane*, 9 gennaio 2003, in *Racc.* 2003, I, 345.

seguenti²⁹³. Ciononostante, ben prima dell'intervento del legislatore comunitario, la giurisprudenza aveva avuto occasione di esaminare fattispecie concrete in cui veniva in gioco la rottura del legame tra il cittadino comunitario e i suoi familiari.

Già nella sentenza *Diatta* del 13 febbraio 1985, la Corte prese posizione sul mantenimento del diritto di soggiorno in Germania di una cittadina senegalese, coniugata con un cittadino francese con cui si era trasferita in Germania e da cui si era di seguito di fatto separata²⁹⁴. Il Governo tedesco, affiancato dai Governi del Regno Unito e dei Paesi Bassi, sosteneva che l'art. 10 del regolamento n. 1612/78, nella parte in cui condizionava il diritto di soggiorno del familiare al possesso da parte del lavoratore di un alloggio idoneo, subordinasse implicitamente il soggiorno alla esistenza della coabitazione²⁹⁵. La Corte ritenne invece che, dato lo scopo di favorire la libera circolazione cui le disposizioni del regolamento erano finalizzate, l'art. 10 dovesse essere interpretato in maniera estensiva, nel senso di non esigere l'unicità dell'alloggio familiare, né che il familiare abitasse in permanenza nella stessa casa del lavoratore. Pur riconoscendo che la ricorrente conservava un diritto di soggiorno dipendente e condizionato dallo *status* di lavoratore migrante del marito, la Corte concluse che soltanto la formale cessazione del vincolo coniugale ad opera della competente autorità avrebbe comportato in capo alla ricorrente la perdita del diritto di soggiorno e del diritto di svolgere un'attività lavorativa nello Stato ospitante.

²⁹³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/38 del 29 aprile 2004, in G.U.C.E. L 158 del 30 aprile 2004, 77-123. La direttiva è stata adottata allo scopo di superare il carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti il diritto di libera circolazione e soggiorno, sostituendo i previgenti atti comunitari con uno strumento legislativo unico; essa ha abrogato, a decorrere dal 30 aprile 2006, agli art. 10 e 11 del regolamento n. 1612/68, nonché 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.

Per una analisi della direttiva n. 2004/38 alla luce delle disposizioni regolamentari e delle direttive previgenti e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, fasc. 1, 7-35.

²⁹⁴ Sentenza C-267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlino*, 13 febbraio 1985, in Racc. 1985-2, 567.

²⁹⁵ Le argomentazioni dei Governi poggiavano da un lato su elementi testuali, dall'altro su dati sistematici. Essi facevano valere innanzitutto la formulazione testuale del comma 1 dell'art. 10 reg. n. 1612/68, secondo cui: "*Hanno diritto di stabilirsi con il lavoratore cittadino di uno Stato membro...*", ove "*stabilirsi con*" non poteva che implicare la coabitazione. Dal punto di vista dello scopo, inoltre, la disposizione sarebbe stata finalizzata a permettere al lavoratore migrante di vivere con la sua famiglia, consentendogli di creare e conservare la comunione di vita coniugale. La separazione di fatto e in via permanente dei coniugi avrebbe comportato, perciò, il venir meno del presupposto giuridico su cui si fondava il diritto di soggiorno di cui al regolamento n. 1612/68.

Nella sentenza 17 settembre 2002, la Corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sul diritto di due cittadine straniere residenti nel Regno Unito di conservare il permesso di soggiorno, nel momento in cui il loro rapporto con il coniuge cittadino comunitario sia in qualche modo venuto meno²⁹⁶. La sentenza è usualmente ricordata perché in essa, per la prima volta, la Corte di Giustizia riconosce effetto diretto all'art. 18 del Trattato, istitutivo della cittadinanza dell'Unione. Tuttavia, ai nostri fini, merita ripercorrere le singole vicende che hanno dato origine alla decisione.

La signora Baumbast, di nazionalità colombiana, sposa in Inghilterra un cittadino tedesco. La loro famiglia è composta dalla figlia di primo letto della moglie, di nazionalità colombiana, e da una seconda figlia avuta dai coniugi, di doppia nazionalità tedesca e colombiana. Il signor Baumbast, entrato inizialmente nel Regno Unito per svolgervi un'attività di lavoratore dipendente, apre un'impresa individuale. A causa del fallimento dell'impresa, è costretto a svolgere diverse occupazioni, finendo per essere impiegato presso una società tedesca operante in Cina e Lesotho. Mentre il marito è lontano, la moglie e le figlie continuano a vivere nel Regno Unito, ove le bambine frequentano la scuola. In conformità alle condizioni richieste dal regolamento n. 1612/68, esse non beneficiano di prestazioni sociali e possiedono un'assicurazione malattia totale, anche se radicata in Germania e non nel Regno Unito.

L'autorità inglese nega alla signora Baumbast e alle figlie il rinnovo del permesso di soggiorno, dal momento che il cittadino comunitario da cui esse derivano i propri diritti di residenza non lavora più nel Regno Unito.

Nella medesima sentenza è affrontato il caso della signora R., cittadina americana che si è del pari trasferita nel Regno Unito con il marito francese, da cui ha avuto due figli. Divorziata dal marito, la signora R. continua a soggiornare in Inghilterra con i figli, che le sono stati affidati. I figli sono titolari di un permesso di

²⁹⁶ Sentenza C-413-99, *Baumbast e R. contro Secretary of State for the Home Department*, 17 settembre 2002, in *Racc.* 2002, I, 7091, commentata da M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, 699-712; N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 615-638.

soggiorno a tempo indeterminato, in quanto familiari di un cittadino francese che lavora in Inghilterra; alla madre tale permesso è negato a motivo che, una volta cessato il suo legame familiare con il cittadino comunitario, ella avrebbe potuto fare ritorno negli Stati Uniti, portando con sé, se del caso, i bambini.

Le fattispecie si differenziano perché in un caso il legame tra i componenti della famiglia permane, ma è venuta meno l'attività lavorativa del cittadino comunitario nel Paese ospitante in cui la famiglia si è installata; nell'altro, al contrario, il cittadino comunitario continua a svolgere la sua professione nel Paese ospitante, ma ad essere cessato è il vincolo matrimoniale. La Corte, tuttavia, tratta congiuntamente le questioni pregiudiziali poste dal giudice *a quo* in merito all'applicabilità del diritto comunitario.

La Corte afferma, in primo luogo, che le figlie dei signori Baumbast conservano il diritto di frequentare le scuole nel Paese ospitante garantito dall'art. 12 del regolamento n. 1612/68 anche se l'attività lavorativa del padre in quello Stato è cessata²⁹⁷. Ciò alla luce dello scopo del regolamento n. 1612/68 e del criterio dell'effetto utile. Il regolamento mira, infatti, a garantire che la libera circolazione sia esercitata *“nel rispetto della dignità e della libertà”*, assicurando *“condizioni ottimali di integrazione della famiglia del lavoratore comunitario nell'ambiente dello Stato membro ospitante”*. Il criterio dell'effetto utile opera nel senso che l'impedimento opposto al figlio di un cittadino dell'Unione di proseguire le scuole nello Stato membro ospitante potrebbe costituire un fattore idoneo a dissuadere il cittadino comunitario dall'avvalersi dei diritti di libera circolazione previsti dall'art. 39 del Trattato. Sotto il profilo letterale, inoltre, lo stesso articolo 12 citato garantisce il diritto di accesso ai corsi di insegnamento ai figli del cittadino di uno Stato membro *“che sia o sia stato occupato”*.

Nessun problema pone la posizione della figlia di primo letto della signora Baumbast, di nazionalità colombiana, in quanto il regolamento n. 1612/68 riconosce i diritti ai familiari del cittadino comunitario indipendentemente dalla loro nazionalità. Il concetto di *“discendente minore di anni 21 o a carico”*, inoltre, non può essere interpretato nel senso di comprendere soltanto i figli in comune dei coniugi, ma anche i figli di primo letto dell'uno o dell'altro. Il regolamento n.

²⁹⁷ La Corte riprende un principio già affermato nella sentenza C-389/87 e 390/87, *Echternach e Moritz*, 15 marzo 1989, in Racc. 1989, 723, punto 21.

1612/68 contiene quindi già in sé, nell'interpretazione della Corte, le potenzialità che consentono la sua applicazione ad una famiglia "allargata" nel senso moderno, ossia una famiglia in cui i figli non siano tutti nati dall'unione dei genitori.

Il medesimo ragionamento vale per i figli della signora R., a nulla rilevando il fatto che sia intervenuto il divorzio tra i coniugi e che i bambini non coabitino più con il padre. Sul punto la Corte richiama espressamente il precedente *Diatta* del 13 febbraio 1985.

In conclusione, *“la circostanza che il matrimonio tra i genitori dei figli di cui trattasi sia stato medio tempore sciolto, la circostanza che solamente uno dei genitori sia cittadino dell'Unione e che tale genitore non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante ovvero la circostanza che i figli non siano essi stessi cittadini dell'Unione restano del tutto irrilevanti al riguardo”*²⁹⁸.

Resta da accertare se le madri, una volta riconosciuto il diritto dei figli di restare nel Regno Unito, siano titolari a loro volta di un diritto di soggiorno. Anche per questo profilo, valorizzando la potenzialità dell'effetto utile, la Corte conclude che il genitore cui il figlio è effettivamente affidato deve poter risiedere con lui nel luogo in cui questi frequenta le scuole per tutta la durata degli studi, poiché se così non fosse ne risulterebbe in concreto svuotato il diritto riconosciuto dal legislatore comunitario al bambino di seguire i corsi di insegnamento. In un rapido inciso la Corte richiama anche il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione, in funzione di criterio di interpretazione delle disposizioni del regolamento n. 1612/68²⁹⁹.

Si crea, dunque, una sorta di catena nella titolarità e nel godimento dei diritti garantiti dal diritto comunitario al familiare del cittadino dell'Unione: in forza dell'originario spostamento del cittadino in un altro Stato membro, sorge il diritto dei figli di seguire in quello Stato le scuole; al fine di consentire il concreto esercizio di quest'ultimo diritto, anche il genitore cui i figli sono affidati –

²⁹⁸ Paragrafo 63 della sentenza.

²⁹⁹ Paragrafo 72 della sentenza: *“Peraltro, conformemente alla giurisprudenza della Corte, il regolamento n. 1612/68 dev'essere interpretato alla luce dell'esigenza del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU, rispetto che fa parte dei diritti fondamentali i quali, secondo costante giurisprudenza, sono riconosciuti dal diritto comunitario (v. sentenza Commissione c. Germani, cit, punto 10)”*.

cosiddetto “*primary carer*”- ha diritto di soggiornare nel medesimo Paese, e ciò indipendentemente dal fatto di rivestire egli stesso la qualità di cittadino comunitario³⁰⁰. Si può così concludere che i diritti dei figli e del coniuge straniero, seppur derivati, una volta realizzata la condizione iniziale che ne determina l’origine, permangono nel tempo nonostante il venir meno di quella condizione, sia essa il vincolo matrimoniale o l’esercizio dell’attività lavorativa da parte del cittadino comunitario nello Stato in cui la famiglia si era trasferita.

Un ultimo quesito attiene al diritto di soggiorno del signor Baumbast, una volta che egli non lavori più in Inghilterra³⁰¹. Si tratta della questione in relazione alla quale la Corte attiva l’art. 18 del Trattato, sulla cittadinanza dell’Unione, riconoscendo a tale disposizione effetto diretto.

Mentre in alcuni precedenti giudizi la Corte aveva evitato di prendere posizione sull’efficacia diretta della disposizione, nonostante le sollecitazioni di alcuni Avvocati Generali³⁰², nella sentenza *Baumbast* la Corte chiarisce con nettezza che il diritto di soggiorno del cittadino dell’Unione sorge direttamente dall’art. 18 TCE ed *a priori* rispetto alle condizioni previste dalla disciplina derivata³⁰³. L’art.

³⁰⁰ L’espressione “*primary carer*” è tratta da N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 632-633.

³⁰¹ Alcuni dubbi erano sorti in merito all’applicabilità diretta dell’art. 18 TCE a causa della sua formulazione testuale. La disposizione, infatti, garantisce il diritto di soggiorno al cittadino dell’Unione “*alle limitazioni e condizioni previste dal Trattato CE nonché dalle relative disposizioni di attuazione*”. La Commissione, il Regno Unito e la Repubblica tedesca, interveniente in giudizio, sostenevano che l’art. 18 TCE non fosse fonte di un diritto di soggiorno autonomo e immediatamente applicabile, ma che si limitasse a rinviare ai diritti e alle facoltà previste dalla legislazione derivata, la cui titolarità e il cui godimento devono essere garantiti alle condizioni ivi previste. L’art. 18 TCE non apporterebbe, pertanto, alcun contenuto innovativo ai diritti di cui i cittadini comunitari già godono in forza del diritto comunitario derivato.

³⁰² Avvocato Generale La Pergola nelle sue Conclusioni dell’1 luglio 1997 alla causa C-85/96, *Martinez Sala*, in Racc. 1997, I-2691, e Avvocato Generale Cosmas nelle sue Conclusioni del 16 marzo 1999 alla causa C-378/97, *Wijzenbeek*, in Racc. 1999, I-6207. Entrambi gli Avvocati Generali si erano espressi a favore dell’efficacia diretta dell’art. 18 TCE, sostenendo il primo che le limitazioni al diritto di circolazione e soggiorno di cui all’art. 18 TCE riguardino l’esercizio in concreto del diritto, ma non la sua esistenza; il secondo che le limitazioni siano ammissibili a condizione di essere giustificate e di non ledere l’essenza stessa del diritto.

³⁰³ L’Avvocato Geelhoed nelle sue Conclusioni del 5 luglio 2001, in Racc. 2001, I-7091 sostiene anch’egli, come La Pergola e Cosmas, l’effetto diretto dell’art. 18 TCE, ciò alla luce della formulazione chiara e incondizionata della disposizione e in ragione, soprattutto, del sistema comunitario costituito dal Trattato e dalle direttive di settore. Secondo l’Avvocato Generale, l’art. 18 TCE istituisce un diritto generale di soggiorno a favore del cittadino dell’Unione che rappresenta il denominatore comune dei diritti di circolazione finora settorialmente garantiti ai cittadini attivi e non attivi dal diritto derivato. In forza dell’art. 18 TCE, il diritto di circolazione e soggiorno non è più rimesso, perciò, alla discrezionalità del legislatore derivato. (§103-110).

18 costituisce, infatti, una disposizione chiara e precisa, che non necessita di ulteriori implementazioni per essere applicata. Ne consegue che, per effetto del solo *status* di cittadino di uno Stato membro, e quindi di cittadino dell'Unione, il sig. Baumbast può legittimamente continuare a risiedere nel Regno Unito.

Nel caso di specie, in particolare, tale diritto opera indipendentemente dal fatto che il ricorrente non sia titolare di un'assicurazione malattia completa nel Regno Unito, bensì in Germania, contravvenendo a quanto richiesto dall'art. 1, n. 1, della direttiva 90/364, che garantisce il diritto di soggiorno in via residuale a coloro che non ne godono in forza di altre disposizioni comunitarie. Ciò perché l'art. 18 TCE, ove si riferisce alle “*limitazioni e condizioni*” previste dal diritto derivato, pur volendo certamente coniugare l'esercizio della libertà di circolazione con i legittimi interessi degli Stati membri, esige che il bilanciamento tra esercizio di una libertà fondamentale e limitazioni previste dalle norme di settore sia condotto alla luce del principio di proporzionalità³⁰⁴. Nel caso di specie, poiché il ricorrente dispone di risorse sufficienti e non grava sul servizio sanitario del Paese ospitante, un eventuale provvedimento nazionale di diniego del permesso soggiorno non sarebbe conforme al principio di proporzionalità tra mezzo adottato e fine perseguito³⁰⁵.

Con riferimento al concreto utilizzo dell'istituto della cittadinanza europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia, K. HAILBRONNER, *Union citizenship and the access to social benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005, 1245-1267; E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: toward a (non-) economic European Constitution*, ivi, 2004, 737-766; N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, ivi, 2003, 615-636, proprio in riferimento, tra gli altri, al caso *Baumbast*; CASTRO OLIVEIRA, *Workers and other persons: step by step from movement to citizenship – Case law 1995-2001*, ivi, 2002, 77-127.

³⁰⁴ Sul punto, la Corte riprende puntualmente le Conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed, par. 110, il quale afferma che il diritto di ingresso e soggiorno di cui all'art. 18 TCE, pur non essendo assoluto, può essere limitato soltanto per il perseguimento di interessi qualificati, quali l'ordine pubblico, la sicurezza, la salute pubblica e gli interessi finanziari degli Stati membri, e a patto che tali limitazioni non siano arbitrarie e non comportino la privazione del diritto garantito. L'Avvocato Generale trova conforto per queste sue considerazioni nella Carta di Nizza, alla quale egli attribuisce espressamente non efficacia giuridica, bensì il significato di fonte di ricognizione: l'art. 45 della Carta riconosce il diritto di soggiorno del cittadino dell'Unione, mentre l'art. 52, n.1, dispone che le limitazioni all'esercizio dei diritti della Carta siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti ed il principio di proporzionalità, potendo essere apportate solo ove siano necessarie e rispondano effettivamente a interessi di carattere generale della Comunità. La Corte nulla dice in merito alla Carta di Nizza.

³⁰⁵ L'Avvocato Generale valorizza il fatto che l'art. 18 TCE attribuisce un diritto generale di soggiorno anche a soggetti che alla luce del diritto derivato ne sarebbero privi. Il sig. Baumbast rientra tra questi. Egli non è titolare del diritto di soggiorno in forza dell'art. 39 TCE, perché non lavora più nel Regno Unito; non può del pari invocare la direttiva 90/364 sulle persone non più

In conclusione, nella sentenza *Baumbast*, grazie all'interpretazione ispirata al criterio dell'effetto utile delle disposizioni secondarie in materia di ricongiungimento, nonché all'efficacia diretta all'art. 18 TCE, a tutti i soggetti interessati è riconosciuto il diritto di permanere nel Regno Unito, ciò indipendentemente dal fatto che il cittadino comunitario eserciti la sua attività altrove rispetto al Paese ospitante in cui ha lasciato la famiglia e indipendentemente dallo scioglimento del vincolo matrimoniale.

A differenza dei precedenti *Carpenter* e *Akrich* e analogamente al caso *Singh*, la soluzione delle questioni è fatta dipendere interamente da una lettura tutta interna alle disposizioni comunitarie primarie e secondarie, la cui interpretazione teleologica risulta sufficiente per assicurare tutela alle fattispecie invocate. Solo incidentalmente si fa cenno al principio del rispetto della vita familiare, ma senza che questo abbia alcun peso nell'iter motivazionale³⁰⁶.

Per vero, l'Avvocato Generale Geelhoed, nelle sue Conclusioni, accenna all'art. 8 della Convenzione, per sostenere che le disposizioni del regolamento 1612/68, seppure interpretate alla luce del rispetto della vita familiare, non potrebbero essere intese nel senso di attribuire al sig. Baumbast un diritto di soggiorno in via derivata, in quanto questi non è il genitore con cui vivono abitualmente i figli. Stando ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo d'altra parte, secondo l'Avvocato Generale, la famiglia Baumbast potrebbe perfettamente vivere insieme in Germania, poiché non sussiste alcun impedimento al loro trasferimento nello Stato di origine del marito. Non emergono quindi elementi, alla luce di quella giurisprudenza, per ritenere che l'espulsione del sig. Baumbast dal Regno Unito costituirebbe violazione dell'art. 8 della Convenzione.

L'inciso, non ripreso dalla Corte, è interessante perché lascia intravedere che la protezione indiretta dei legami familiari raggiunta attraverso l'art. 18 TCE e

attive, sia perché non è un soggetto "non attivo", in quanto lavora ancora, sebbene non nel Regno Unito, sia perché non possiede una assicurazione malattia nello Stato membro ospitante, bensì in Germania. Secondo l'Avvocato Generale, la ragione ultima per cui il sig. Baumbast non può rientrare in alcuna delle fattispecie previste dal diritto derivato risiede nel fatto che tali normative sono obsolete e non tengono conto dell'evoluzione che ha attraversato la società europea dagli anni sessanta ad oggi. Pone rimedio a tale ritardo l'art. 18 TCE, che attribuisce direttamente al sig. Baumbast il diritto di soggiorno nel Regno Unito.

³⁰⁶ Paragrafi §124-125 delle Conclusioni.

l'interpretazione estensiva del regolamento n. 1612/68 potrebbero essere più efficaci della protezione minima garantita dall'art. 8 della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. Nel caso di specie, a dire il vero, la considerazione non sembra del tutto corretta, poiché si è visto che in presenza di legami familiari effettivi la giurisprudenza di Strasburgo giustifica l'espulsione tendenzialmente solo in presenza di gravi reati che rappresentano un turbamento effettivo dell'ordine pubblico, fatti che il signor Baumbast non ha commesso.

Ciò non toglie che la protezione assicurata dalla Corte di Giustizia all'unità familiare in forza dell'art. 18 TCE e delle disposizioni derivate, per quanto in apparenza frammentata e costruita come in un gioco di scatole cinesi, sia probabilmente qualitativamente più intensa di quella di cui i ricorrenti godrebbero nel sistema convenzionale in forza del solo art. 8 della Convenzione, essendo la soluzione adottata immediatamente vincolante per le autorità dello Stato membro, cui non residua alcuna discrezionalità.

Gli effetti della cittadinanza europea e il concetto di "primary carer" associato al genitore che abbia l'affidamento del minore vengono nuovamente attivati dalla Corte per risolvere la questione pregiudiziale proposita nella sentenza *Chen* del 19 ottobre 2004³⁰⁷. La domanda verteva sull'interpretazione delle direttive 21 maggio 1973, 73/148/CEE e 28 giugno 1990, 90/364/CEE, in relazione ad una controversia nascente tra le autorità inglesi e una bambina e una madre cinesi. La signora Chen e suo marito sono cittadini cinesi residenti in Cina. La seconda figlia dei coniugi, Catherine, viene fatta nascere in Irlanda, Stato in cui vige la regola dello *ius soli* per l'acquisto della cittadinanza. La madre e la figlia si trasferiscono a vivere nel Regno Unito. E' pacifico e non controverso che il soggiorno in

³⁰⁷ Sentenza C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 ottobre 2004, in *Racc.* 2004, I, commentata da E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2006, 347-368; G. PERIN, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 89-97; J-Y. CARLIER, commento alla sentenza, in *Common Market Law Review*, 2005, 1121-1131; B. HOFSTOTTER, *A cascade of rights, or who shall care for the little Catherine? Some reflections on the Chen case*, in *European Law Review*, 2005, 548-558; B. KUNOY, *A Union of national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case*, in *Common Market Law Review*, 2006, 179-190.

Irlanda della madre sia stato destinato a consentire alla bambina di acquistare la cittadinanza irlandese e di conseguenza alla madre di ottenere il diritto di risiedere nel Regno Unito, in quanto accompagnatrice di una cittadina comunitaria che circola in un altro Stato membro dell'Unione. La bambina dipende affettivamente e finanziariamente dalla madre. Ella ha perso il diritto di acquisire la cittadinanza cinese per aver optato per quella irlandese ed ha diritto di entrare in Cina soltanto con visto della durata massima di 30 giorni per ciascun soggiorno. Il *Secretary of State for the Home Department*, tuttavia, nega alle ricorrenti il permesso di soggiorno a tempo indeterminato, dal momento che Catherine, di otto mesi, non esercita alcun diritto derivante dal Trattato della Comunità europea.

La Corte di Giustizia, con una motivazione molto simile a quella della sentenza *Baumbast*, riconosce che entrambe le ricorrenti hanno il diritto di circolare e soggiornare nel Regno Unito in forza dell'art. 18 TCE e delle norme secondarie di attuazione contenute nelle direttive citate. La sentenza si incentra sull'analisi della posizione del cittadino comunitario, in questo caso la bambina, per chiarire in un secondo momento quali conseguenze possano derivarne in capo al familiare cittadino di uno Stato terzo, in questo caso la madre.

Per ciò che attiene alla bambina, già nella sentenza *Garcia Avello* del 2003, in materia di diritto al nome, la Corte aveva riconosciuto che i figli del ricorrente potessero aspirare alla protezione del diritto comunitario per il solo fatto di essere cittadini comunitari residenti in un altro Stato membro³⁰⁸.

³⁰⁸ C-148/02, 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, in Racc. 2003, I-11613, in cui si ricorderà che per la Corte i figli del sig. Avello, in quanto cittadini dell'Unione, indipendentemente dall'esercizio di un'attività economica entrano nella sfera di applicazione del diritto comunitario dal momento in cui "soggiornano legalmente nel territorio di un altro Stato membro" (§7) diverso da quello di cui sono cittadini. Questo basta per determinare il collegamento tra la fattispecie concreta ed il diritto comunitario. Si è detto che, in realtà, la Corte ha proceduto ad una "selezione" del profilo dello *status* dei figli rilevante per il diritto comunitario, ossia il fatto che essi avessero cittadinanza spagnola e risiedessero in Belgio; essi, tuttavia, avevano anche cittadinanza belga, cosicché sotto questo profilo si sarebbe potuto considerare la loro rivendicazione come rivolta al proprio Stato di origine.

Come osserva l'Avvocato Generale Tizzano nelle sue Conclusioni del 18 maggio 2004, in Racc. 2004, I-9925, già prima dell'introduzione della cittadinanza europea, per giurisprudenza consolidata il fatto di risiedere in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini è elemento sufficiente a determinare l'applicazione del diritto comunitario, anche in casi in cui il cittadino non abbia esercitato la libera circolazione e sia vissuto sin dalla nascita nello Stato membro ospitante: si vedano C-36/75, *Rutili*, 28 ottobre 1975, in Racc. 1975, 1219, in cui la Corte analizza limitazioni alla libera circolazione nel territorio francese di un lavoratore italiano nato e vissuto in Francia; C-235/87, 27 settembre 1988, *Matteucci*, in Racc. 1988, 5589, a proposito del

Contrariamente a quanto sostenuto dai Governi irlandese e inglese, la Corte afferma che anche un bambino in tenera età possa avvalersi della libera circolazione e del soggiorno garantiti dal diritto comunitario, in quanto l' idoneità a godere di tali diritti non è subordinata dal Trattato o dal diritto derivato alla condizione del raggiungimento dell'età richiesta per aversi la capacità di esercitarli personalmente³⁰⁹. Il diritto di soggiorno a tempo indeterminato è garantito alla bambina, tuttavia, non in forza della direttiva n. 73/148, la quale limita il soggiorno alla durata della prestazione per ricevere la quale il destinatario di servizi si sia trasferito in un altro Stato membro, ma direttamente dall'art. 18 TCE, che riconosce al cittadino comunitario con effetto diretto il diritto di soggiornare in un altro Stato membro diverso da quello di origine, conformemente a quanto ritenuto nel precedente *Baumbast* del 2002.

Quanto alle limitazioni al soggiorno, cui lo stesso art. 18 fa riferimento, l'art. 1, n. 1 della direttiva n. 90/364/CEE, che attribuisce il diritto di soggiorno a coloro che non ne siano titolari in forza di altre disposizioni del diritto comunitario e a condizione che dispongano di risorse sufficienti, non può essere per la Corte interpretato nel senso che le risorse debbano essere possedute e gestite dall'interessato. Ciò sia per una ragione letterale, poiché il suddetto art. 1, n. 1, si limita a richiedere che i cittadini degli Stati membri “*dispongano*” di tali risorse senza specificarne la provenienza; sia per una ragione sistematica, per cui le disposizioni che attuano il principio fondamentale della libertà di circolazione devono essere interpretate estensivamente. Di più, riprendendo il principio del bilanciamento già applicato in *Baumbast*, la Corte osserva che l'enucleazione di

diritto di una cittadina italiana nata e vissuta in Belgio, dove lavora, ad ottenere una borsa di perfezionamento.

La differenza tra queste fattispecie e fattispecie quali *Garcia Avello* o *Chen* è che il mero soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di nazionalità è idoneo a far sorgere i diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, senza che sia richiesto di svolgere o di aver svolto alcuna attività economica qualificata.

Per altro aspetto, il caso *Chen* è a sua volta differente dal precedente *Garcia Avello*. Mentre in *Garcia Avello* sarebbe stato possibile riconoscere un diritto ai figli anche in via derivata, in forza dell'esercizio della libera circolazione da parte del padre, anch'egli cittadino comunitario migrante, in *Chen* soltanto la bambina è cittadina comunitaria, cosicché la Corte si trova di fronte all'alternativa secca di riconoscerle o meno in via diretta i diritti che l'ordinamento comunitario riserva ai suoi cittadini.

³⁰⁹ Si veda C-389/87 e 390/87, *Echternach e Moritz*, 15 marzo 1989, in Racc. 1989, 723, in cui la Corte riconosce direttamente ai figli minori del lavoratore sulla base dell'art. 12 del regolamento n. 1612/68 il diritto di soggiornare nello Stato membro ospitante per portare a termine gli studi.

una ulteriore condizione al soggiorno, quale il possesso personale delle risorse, costituirebbe una misura sproporzionata, in quanto non necessaria al raggiungimento dell'obiettivo della protezione delle finanze pubbliche.

A fronte del pericolo di abuso del diritto paventato dal Governo britannico, la Corte ribadisce che la determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza è lasciata a ciascun singolo Stato membro e che non spetta ad un altro Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza stessa³¹⁰.

Per quanto attiene alla madre, la Corte conferma il precedente *Baumbast*, riproponendo il concetto di *primary carer* e il criterio dell'effetto utile. Benché l'art. 2, n. 2, lett. b) della direttiva n. 90/364/CEE attribuisca il diritto di soggiorno "all'ascendente a carico", la norma non appare applicabile al caso in specie, in cui si verifica la situazione opposta dell'ascendente che ha a carico il cittadino comunitario. Ne deriva che la signora Chen ha diritto ad un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito non in qualità di familiare ascendente a carico ai sensi delle norme comunitarie secondarie, bensì di familiare che accompagna il cittadino comunitario minore³¹¹.

Come nel precedente *Baumbast*, la soluzione delle questioni poggia interamente sulle disposizioni comunitarie scritte, primarie e secondarie, e nessun cenno è fatto alla protezione della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione, nonostante il giudice *a quo* nella questione pregiudiziale vi facesse espresso riferimento.

³¹⁰ Si vedano sul punto le sentenze C-369/90, *Micheletti*, 7 luglio 1992, paragrafo 10, in *Racc.* 1992, I, 4239 e C-192/99, *Kaur*, 20 febbraio 2001, in *Racc.* 2001, 1237.

³¹¹ "D'altra parte, il rifiuto di consentire al genitore, cittadino di uno Stato membro o di uno Stato terzo, che effettivamente ha la custodia di un figlio al quale l'art.18CE e la direttiva 90/364 riconoscono un diritto di soggiorno di soggiornare con tale figlio nello Stato membro ospitante priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno di quest'ultimo. È chiaro, infatti, che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno (v., *mutatis mutandis*, per quanto riguarda l'art. 12 del regolamento n. 1612/68, sentenza *Baumbast e R*, cit., punti 71-75)" (§45-46).

Il dispositivo della sentenza recita: "... in circostanze come quelle del caso di specie, l'art. 18 CE e la direttiva n. 90/364 conferiscono al cittadino comunitario minore in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano insufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. In un caso siffatto, le stesse condizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante".

Le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, invece, assegnavano una funzione peculiare al rispetto della vita familiare per fondare il diritto di soggiorno della madre. Atteso che, come la Corte ha del pari stabilito, le direttive 73/148 e 90/364 non attribuiscono direttamente un diritto di soggiorno alla donna, tale diritto è tuttavia desumibile in via derivata dalla posizione soggettiva della figlia e ciò, secondo Tizzano, principalmente per non intaccare la sostanza del diritto della bambina di vivere nel Regno Unito attribuitole dalla cittadinanza dell'Unione, dunque in base ad un ragionamento fondato sull'effetto utile, ma anche in nome del rispetto della vita familiare. Identifica, infatti, Tizzano la *ratio* di una giurisprudenza quale quella *Baumbast* nel fatto di tutelare l'interesse del minore e di assicurare l'unità familiare, in conformità al principio “*enunciato dall'art. 8 CEDU e al quale la Corte di Giustizia riconosce importanza fondamentale*”³¹². In sostanza, il principio di protezione dell'unità familiare contribuisce per Tizzano all'interpretazione dell'art. 18 TCE e della direttiva 90/364 nel senso che da queste disposizioni possa ricavarsi un diritto di soggiorno per la madre. Come nel precedente *Carpenter*, perciò, il principio di protezione della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione arricchisce il parametro primario scritto in una fattispecie cui non sono applicabili direttamente le direttive di settore, dunque le disposizioni secondarie ivi contenute che attuano una tutela espressa della vita familiare. Anche in questo caso, la protezione della vita familiare si configura come fonte “attiva” di un diritto, piuttosto che come mero limite della legislazione nazionale³¹³.

La Corte, tuttavia, non recepisce lo spunto e costruisce l'intero iter motivazionale senza citare la protezione della vita familiare, rinvenendo un diritto di soggiorno

³¹² Paragrafi 92-94 delle Conclusioni.

³¹³ Lo si comprende bene da un ulteriore passaggio delle Conclusioni in cui, dopo aver ricostruito l'interpretazione dell'art. 18 TCE e della direttiva 90/364 in senso favorevole all'attribuzione di un diritto di soggiorno alla madre in forza anche del principio di tutela della vita familiare, Tizzano afferma: “*Avendo concluso che il diritto comunitario attribuisce a Catherine il diritto a stabilirsi nel Regno Unito ed alla madre il diritto di rimanere con la figlia, ritengo non sia necessario soffermarsi sulla questione della compatibilità delle misure nazionali con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In effetti, l'interpretazione del Trattato che si è qui proposta è del tutto in linea, come si è visto, con i valori espressi dall'8 della CEDU, in particolare con l'esigenza di rispettare l'unità familiare*” (§94). Questo passaggio evidenzia con chiarezza la duplice potenzialità insita nell'attivazione dell'art. 8 della Convenzione, da un lato come espressione di un principio che integra il diritto comunitario primario, dunque fonte positiva, seppur mediata, di diritti comunitariamente rilevanti, dall'altro come limite negativo della legislazione nazionale.

per la madre sulla base della sola interpretazione funzionale dell'art. 18 TCE e della direttiva 90/364³¹⁴.

5.7 Recenti sentenze sul diritto al ricongiungimento familiare del cittadino comunitario, ancora un'interpretazione estensiva del parametro comunitario

Le sentenze *Yunying Jia* del 9 gennaio 2007³¹⁵ e *Eind* dell'11 dicembre 2007³¹⁶, entrambe adottate dalla Grande Sezione, portano a compimento alcuni principi in materia di ricongiungimento familiare enunciati dalla giurisprudenza descritta nei precedenti paragrafi.

Il caso *Jia* riguarda una signora cinese entrata in Svezia con un visto turistico per visitare il figlio, coniugato con una cittadina tedesca. La signora presenta richiesta per ottenere un permesso di soggiorno, in quanto ascendente a carico del coniuge di una cittadina tedesca che ha esercitato la libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. d) della direttiva 73/148³¹⁷. La richiesta è respinta, perchè la signora non avrebbe dato sufficiente prova della sua dipendenza economica dal figlio. I documenti presentati, ossia un certificato dell'ex datore di lavoro pubblico, la China Forestry Publishing House, non sono ritenuti sufficienti a dimostrare che la ricorrente è economicamente dipendente dal figlio e dalla nuora,

³¹⁴ Un ulteriore profilo argomentato dall'Avvocato Generale non è tenuto in considerazione dalla Corte, la violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 12 TCE. Rileva Tizzano che dagli atti di causa emerge che se la bambina fosse una cittadina britannica, la madre, pur essendo cittadina di uno Stato terzo, avrebbe in base al diritto nazionale inglese il diritto di stare con la figlia. La nazionalità della bambina, pertanto, determina una disparità di trattamento per la madre. Tale disparità non trova una giustificazione oggettiva: non vi è ragione di differenziare la posizione di una cittadina di un Paese terzo, che in quanto madre di una cittadina britannica ha per questo solo fatto il diritto di risiedere nel Regno Unito, dalla posizione di una cittadina di Paese terzo madre di una bambina pure residente nel Regno Unito, ma cittadina di un altro Stato membro, poiché nel primo come nel secondo caso il diritto di soggiorno trova la sua giustificazione "nel ruolo fondamentale della madre negli affetti e nell'educazione del bambino, nonché, più in generale, per ragioni di tutela della famiglia e della sua unità" (§97-107).

³¹⁵ C-1/05, 9 gennaio 2007, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, in Racc. 2007, I-1, commentata da F. CISTERNINO, *Permesso di soggiorno al cittadino di uno Stato terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario - Condizioni per il ricongiungimento familiare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 293-295; M. ELSMORE, P. STARUP, in *Common Market Law Review*, 2007, 787-801; A. TRYFONIDOU, *Jia or "Carpenter II": the edge of reason*, in *European Law Review*, 2007, 908-918.

³¹⁶ C-291/05, 11 dicembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, non ancora pubblicata.

³¹⁷ L'art. 1, n. 1, lett. d) della direttiva 7/148 obbliga gli Stati a sopprimere le restrizioni al trasferimento e al soggiorno degli ascendenti dei cittadini comunitari e del coniuge di tali cittadini che sono a loro carico, qualunque sia la loro cittadinanza.

né supplisce a tale carenza la dichiarazione resa dal figlio attestante la volontà di prendersi cura della madre.

Il giudice del rinvio chiede innanzitutto alla Corte un chiarimento sul precedente *Akrich*, domandando se per richiedere il permesso di soggiorno in forza del diritto comunitario derivato il cittadino di un Paese terzo debba previamente risiedere legalmente nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione³¹⁸. In secondo luogo, che cosa debba intendersi per prova dello stato di dipendenza, ai sensi dell'art. 6 della direttiva 73/148.

Nel giudizio sono intervenuti i governi belga, slovacco, olandese e britannico, a dimostrazione della sensibilità che l'interpretazione delle norme comunitarie incidenti sulle politiche migratorie suscita negli Stati membri. Il dispositivo della sentenza *Akrich* non chiariva se il cittadino di un Paese terzo proveniente dall'esterno dell'Unione potesse invocare direttamente le norme comunitarie sul ricongiungimento per essere ammesso in uno Stato membro, ovvero se il diritto al ricongiungimento sorgesse soltanto in seguito ad un ingresso nel territorio comunitario fondato sul rispetto della disciplina migratoria nazionale³¹⁹. I governi svedese, slovacco e la Commissione sostengono che il diritto di soggiorno dei familiari di un cittadino comunitario che abbia esercitato la libera circolazione non dipende da alcun requisito di previo soggiorno regolare, poiché nessun

³¹⁸ Quanto a questo profilo, nelle parole dell'Avvocato Generale Geelhoed, Conclusioni del 27 aprile 2006, in Racc. 2007, I-1: “*Al pari della causa Akrich, il caso della signora Jia evidenzia la tensione fondamentale esistente rispetto alla situazione giuridica dei cittadini di paesi terzi familiari di un cittadino dell'Unione europea. Tale tensione deriva, da un lato, dai poteri degli Stati membri nel settore dell'immigrazione e, dall'altro, dalle norme comunitarie relative alla libera circolazione delle persone all'interno della Comunità. La competenza degli Stati membri nel settore dell'immigrazione implica che la prima ammissione di un cittadino di un paese terzo nel loro territorio e nel territorio dell'Unione europea è subordinata a un previo esame individuale dell'interessato. Per contro, la normativa comunitaria vigente in materia di libera circolazione delle persone conferisce il diritto di ingresso e di soggiorno ai coniugi e ad alcuni altri familiari dei cittadini dell'Unione europea che esercitino il loro diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità, a prescindere dalla nazionalità dei familiari*”(§26). Nei successivi paragrafi 30-35 l'Avvocato Generale procede ad un sistematico inquadramento delle competenze comunitarie e nazionali in materia di ricongiungimento familiare, al fine dichiarato di proporre una decisione di principio che faccia chiarezza nella giurisprudenza della Corte, definita estremamente casistica.

³¹⁹ Il dispositivo della sentenza *Akrich* recitava: “*Per poter fruire, in una situazione come quella di cui alla causa principale, dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, deve soggiornare legalmente in uno Stato membro nel momento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui il cittadino dell'Unione emigra o è emigrato.*”.

requisito del genere è previsto dalla direttiva 73/148. La sentenza *Akrich* andrebbe pertanto interpretata restrittivamente come legata alle circostanze del caso, ossia ad una fattispecie di circolazione intracomunitaria iniziata in maniera irregolare. I governi olandese e britannico, al contrario distinguono il primo accesso di un cittadino di Paese terzo nel territorio comunitario dalla sua successiva circolazione, per sostenere che mentre quest'ultima sarebbe pressoché totalmente regolata dalle norme comunitarie, il primo ingresso resterebbe di competenza nazionale, non potendo i cittadini di Stati terzi sottrarsi alla disciplina migratoria nazionale in forza delle norme comunitarie sul ricongiungimento.

L'Avvocato Generale, nelle sue Conclusioni, aderisce a quest'ultima soluzione, ritenendo che il primo ingresso del cittadino di un Paese terzo nel territorio comunitario sia soggetto esclusivamente alla legislazione dello Stato membro interessato e ricavandone, per l'effetto, che il diritto comunitario al ricongiungimento possa essere invocato soltanto per spostarsi da uno Stato membro in cui si è regolarmente stati ammessi sulla base della legislazione nazionale ad un altro Stato membro³²⁰. L'Avvocato Generale intende, infatti, il dispositivo della sentenza *Akrich* come espressivo di un principio generale per il quale soltanto una volta esaurita la condizione del previo soggiorno regolare in base alle norme nazionali, il cittadino dello Stato terzo può validamente pretendere di ricongiungersi con il cittadino comunitario che si sia trasferito in un altro Stato membro³²¹. In un secondo momento, l'Avvocato Generale si interroga sulla nozione di "soggiorno legale" e, pur ammettendo che si tratti di definizione riservata alla legislazione nazionale, suggerisce che comunque essa non possa applicarsi a soggetti che ottengono il visto di ingresso per un breve periodo e per finalità che non corrispondono ad una stabile permanenza sul territorio nazionale, quale il visto turistico³²².

La Corte adotta una soluzione opposta a quella proposta dall'Avvocato Generale, precisando che "*il diritto comunitario, tenuto conto della sentenza Akrich, non impone agli Stati membri di subordinare la concessione di un permesso di*

³²⁰ Paragrafo 33 delle Conclusioni del 27 aprile 2006, in Racc. 2007, I-1.

³²¹ Paragrafo 85 delle Conclusioni. Ciò di giustifica per il fatto, secondo l'Avvocato Generale, che la sentenza *Akrich* si conforma perfettamente al riparto di competenze esistente tra Comunità e Stati nella regolazione delle politiche migratorie. Non così, invece, le sentenze *Carpenter* e *MRAX*.

³²² Paragrafi 76-77 delle Conclusioni.

*soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario che si è avvalso della sua libertà di circolazione, alla condizione che tale membro della famiglia, in precedenza, abbia soggiornato legalmente in un altro Stato membro*³²³.

Trova, pertanto, conferma l'interpretazione della sentenza *Akrich* che si era ipotizzata nel precedente paragrafo ad essa dedicato: in sostanza, coloro che per la prima volta attraversano le frontiere esterne dell'Unione possono aspirare ad ottenere il ricongiungimento con il cittadino comunitario che si trovi in uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine in forza del diritto comunitario derivato, ove sussistano le condizioni prescritte dalle norme di settore, ossia la presentazione di un visto all'ingresso e la prova del legame familiare, nonché la disponibilità di un alloggio adeguato da parte del lavoratore comunitario, ovvero di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia nel caso di soggetto non attivo. Coloro, invece, che si trovano già nello spazio europeo hanno diritto di ricongiungersi con il familiare in un altro Stato membro rispetto a quello in cui risiedono soltanto se il loro ingresso nel territorio di questo Stato sia stato regolare. Le disposizioni comunitarie sul ricongiungimento, pertanto, non possono essere invocate per sanare un primo accesso irregolare nel territorio comunitario. Laddove il primo ingresso sia irregolare, perciò, deve applicarsi la normativa nazionale in materia di ingresso e soggiorno, seppur nel rispetto, come richiesto dalla Corte, della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea.

Nel caso *Jia*, tuttavia, tale evenienza non ricorre, poiché la ricorrente si trova regolarmente in Svezia nel momento in cui presenta domanda di permesso per ricongiungimento familiare.

Per quanto attiene alla prova della condizione di familiare "a carico", definita come una situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il sostegno materiale del familiare sia garantito dal cittadino comunitario che si è avvalso della libertà di circolazione e dal suo coniuge³²⁴, la Corte afferma che tale condizione deve esistere nello Stato di origine o di provenienza dell'ascendente e

³²³ Paragrafo 33 della sentenza.

³²⁴ Paragrafo 35 della sentenza. La definizione è tratta dai precedenti C-316/85, 18 giugno 1987, *Lebon*, in Racc. 1987, 2811, §20-22, in cui la Corte escluse che per aversi familiare a carico fosse necessaria una dipendenza di diritto, quale l'esistenza di un diritto agli alimenti; C-200/02, 19 ottobre 2004, *Zhu Chen*, in Racc. 2004, I-9925, §43.

che può essere provata con ogni mezzo di prova. L'art. 6 della direttiva 73/148, limitandosi ad ammettere che lo Stato membro possa esigere la prova della condizione di bisogno senza specificarne il contenuto, deve essere per la Corte interpretato nel rispetto delle libertà fondamentali del Trattato e del criterio dell'effetto utile delle disposizioni derivate volte ad abolire gli ostacoli alla libera circolazione, affinché sia facilitato l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari nel territorio di ogni Stato membro³²⁵. In conclusione, la presentazione di un documento dell'autorità competente dello Stato di provenienza, seppur ammissibile, non può costituire una condizione per il rilascio del permesso di soggiorno, mentre d'altra parte il mero impegno di un membro della famiglia di farsi carico del parente richiedente può non essere sufficiente a provare lo stato di bisogno³²⁶.

Anche nel caso di specie, indicando i criteri di interpretazione delle norme di settore al giudice nazionale, la Corte realizza in sostanza la tutela dell'unità familiare, affermando che la mera mancanza di documentazione ritenuta idonea non è sufficiente al diniego del permesso di soggiorno. Anche in questo caso, come nei precedenti *Singh*, *Baumbast* e *Chen*, la tutela sostanziale è conseguita per il solo tramite dell'interpretazione conforme alle libertà fondamentali e del criterio dell'effetto utile, che indirizza la lettura del diritto derivato nel senso

³²⁵ Paragrafi 39-42 della sentenza. L'interpretazione della nozione di "prova" delle condizioni per l'ingresso e il soggiorno, di cui al diritto derivato, in senso favorevole al massimo godimento della libera circolazione è una costante della giurisprudenza comunitaria. In materia di ingresso dei familiari, C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belga*, 25 luglio 2002, in *Racc.* 2002, I – 6591 e C-157/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, 14 aprile 2005, in *Racc.* 2005, I-2911; in tema di ingresso del cittadino comunitario: C-48/75, *Royer*, 8 aprile 1976, in *Racc.* 1976-3, 497; C-118/75, *Watson e Belmann*, 7 luglio 1976, in *Racc.* 1976-6, 1185; C-8/77, *Concetta Sagulo*, 14 luglio 1977, in *Racc.* 1977-5, 1495; C-363/89, *Roux*, 5 febbraio 1991, in *Racc.* 1991-2, 273; C-376/89, *Giagounidis*, 5 marzo 1991, in *Racc.* 1991-3, 1069.

³²⁶ Il dispositivo recita: "L'art.1, n.1, lett.d), della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, deve essere interpretato intendendo per «[essere]a [loro] carico», il fatto che il familiare di un cittadino comunitario stabilito in un altro Stato membro ai sensi dell'art.43CE, abbia bisogno del sostegno materiale di tale cittadino o del coniuge per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato d'origine o di provenienza di tale familiare al momento in cui chiede di ricongiungersi a tale cittadino. L'art.6, lett.b), della stessa direttiva deve essere interpretato nel senso che la prova della necessità di un sostegno materiale può essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato, mentre il mero impegno di assumersi a carico lo stesso familiare, proveniente dal cittadino comunitario o dal suo coniuge, può non essere considerato come comprovante l'esistenza di una situazione di dipendenza reale da parte di quest'ultimo".

favorevole alla maggiore estensione della libera circolazione. Per la precisione, la fattispecie è assimilabile al caso *Singh*, in cui la Corte giunge per mezzo di un'interpretazione funzionale alle libertà del Trattato ad applicare alla fattispecie le disposizioni espresse di diritto derivato sul ricongiungimento.

L'Avvocato Generale Geelhoed non soltanto, come detto, esclude nelle sue Conclusioni che la signora Jia possa valersi del diritto comunitario al ricongiungimento, non avendo prima ottenuto un regolare permesso di soggiorno in un altro Stato membro che non sia la Svezia, ma, sorprendentemente, nega che le disposizioni comunitarie derivate di riferimento possano essere interpretate alla luce del rispetto della vita familiare. Sostiene l'Avvocato Generale che sebbene le disposizioni del regolamento n. 1612/68 e della direttiva 73/148 abbiano l'effetto di tutelare la vita familiare, tale tutela non costituisce un obiettivo dei citati atti derivati. Con un'interpretazione che riecheggia la dottrina dell'intento originario, l'Avvocato Generale argomenta che il rispetto della vita familiare non poteva che essere, per il legislatore degli anni sessanta e settanta, una condizione meramente implicita e di carattere secondario nella regolazione dei flussi migratori. A riprova, si nota che i preamboli del regolamento n. 1612/68 e della direttiva 73/148 non contengono alcun riferimento alla Convenzione europea. Di più, la direttiva 2004/38 che li ha sostituiti contiene un solo riferimento generale alla Convenzione nel "considerando" 31, senza rinviare minimamente all'art. 8 della Convenzione, quasi a voler dire che il rispetto della vita familiare non costituisce una priorità neppure per il legislatore attuale. Alla luce di questi elementi, conclude l'Avvocato Generale: *"pertanto, non ritengo che la tutela della vita familiare possa essere utilizzata quale parametro per l'interpretazione della portata e del contenuto delle disposizioni pertinenti del regolamento n. 1612/68 e della direttiva 73/148"*³²⁷.

Poiché il primo ingresso del cittadino di uno Stato terzo nel territorio comunitario non costituirebbe per l'Avvocato Generale materia ascrivibile all'esercizio di competenze comunitarie, ma ricadrebbe nella potestà esclusiva degli Stati membri, l'art. 8 della Convenzione europea non potrebbe fungere da parametro comunitario dell'azione statale. L'art. 6, n. 2 TUE, che vincola l'Unione al

³²⁷ Paragrafo 72 delle Conclusioni.

rispetto dei diritti fondamentali, dovrebbe essere inteso, come confermato dall'art. II-111, n. 1 del Trattato costituzionale, nel senso che gli Stati membri dell'Unione sono tenuti al rispetto dei diritti fondamentali soltanto allorché attuano il diritto comunitario. Per l'effetto, gli Stati membri devono rispettare gli obblighi imposti dall'art. 8 non in quanto vincolati dal diritto comunitario, bensì in quanto firmatari della CEDU, dunque nell'ambito del sistema convenzionale e non dell'ordinamento comunitario.

Siffatta conclusione è del tutto distonica rispetto alle affermazioni della giurisprudenza comunitaria di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti. Sin dalla sentenza *Commissione c. Germania* del 1989 la Corte ha ammesso che il principio del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione sia fonte di interpretazione delle disposizioni comunitarie secondarie. Nella successiva giurisprudenza tale principio è stato attivato anche in funzione interpretativa delle disposizioni primarie del Trattato, giungendo per l'effetto ad imporre precisi obblighi agli Stati membri in punto di ricongiungimento familiare. Per vero, l'intero ragionamento svolto dall'Avvocato Generale costituisce un tentativo di ricostruire un quadro sistematico e rigoroso delle competenze comunitarie e nazionali in materia di ricongiungimento familiare³²⁸. Questa finalità probabilmente spiega l'avversione dell'Avvocato Generale verso l'applicazione del principio del rispetto della vita familiare, in quanto principio che ha nei precedenti della Corte di Giustizia in qualche modo distorto il riparto di competenze nel settore dell'immigrazione e prodotto un'invasione del diritto comunitario nelle scelte discrezionali relative al primo ingresso di cittadini di Paesi terzi, riservate secondo l'Avvocato Generale alla sola valutazione degli Stati membri.

³²⁸ Si veda l'affermazione contenuta nel paragrafo 63, per cui compito della Corte non è solo garantire l'effettività del diritto comunitario, ma anche vigilare sul rispetto delle competenze degli Stati membri: *"A mio parere, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni pertinenti di diritto comunitario derivato, è essenziale, in linea di principio, rispettare la ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri stabilita dal Trattato CE. Si deve considerare parte dei compiti della Corte, quali previsti dall'art. 220 CE, non solo garantire l'effettività del diritto comunitario, ma anche rispettare e vigilare sui poteri che il Trattato riconosce come propri degli Stati membri. Ciò vale non solo nel senso negativo di delimitare i poteri della Comunità rispetto a quelli degli Stati membri, ma anche nel senso più positivo di garantire che tali poteri nazionali possano essere effettivamente esercitati"*.

Tali considerazioni non mi paiono condivisibili, né sotto il profilo del metodo, in quanto animate più da una aprioristica esigenza di rigida delimitazione delle competenze che da un effettivo esame delle disposizioni di riferimento per il caso di specie, né sotto il profilo del merito, in quanto, se accolte, produrrebbero un drastico impoverimento delle garanzie enucleate dalla Corte nell'ambito del diritto comunitario per la tutela dei diritti fondamentali, in particolare della vita familiare. Il castello eretto in questi anni dalla Corte, mattone dopo mattone, per proteggere la famiglia dei cittadini comunitari migranti, risulterebbe fortemente indebolito se non trovasse sostegno nel principio guida espresso dall'art. 8 della Convenzione europea³²⁹.

Al di là del merito della soluzione, tuttavia, le affermazioni dell'Avvocato Generale dimostrano a mio parere che l'ammissibilità dell'applicazione del principio del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione, la sua portata e la sua efficacia nell'ordinamento comunitario non costituiscono ancora un dato acquisito nella mentalità degli operatori del diritto, ma dipendono da scelte discrezionali che richiedono di essere rinnovate e confermate volta per volta, in occasione di ciascun singolo caso sottoposto a giudizio. D'altra parte, ciò è in qualche modo implicito in una tutela di origine essenzialmente giurisprudenziale.

³²⁹ Condivide, invece, sostanzialmente le Conclusioni dell'Avvocato Generale, A. TRYFONIDOU, *Jia or "Carpenter II": the edge of reason*, in *European Law Review*, 2007, 908-918, esprimendo preoccupazione per l'ampliamento ingiustificato delle situazioni di rilevanza comunitaria da parte della Corte di Giustizia.

A mio parere, tuttavia, la sentenza *Jia* attiene ad una situazione tipica di rilevanza comunitaria, quella di una cittadina tedesca che risiede e lavora in Svezia, coniugata con un cittadino cinese. La sentenza non mi pare contenere forzature, da questo punto di vista. Se mai, il cuore della questione, che la Corte non affronta espressamente, è che cosa debba intendersi per "soggiorno legale", ossia se la nozione sia comunitaria o nazionale, ovvero se sia sufficiente un visto turistico per accedere al territorio comunitario e valersi del diritto al ricongiungimento. L'Avvocato Generale sostiene che per soggiorno legale debba intendersi un soggiorno prolungato di almeno un anno, applicando in via analogica le disposizioni della direttiva 2003/86 sul ricongiungimento dei cittadini di Paesi terzi (§76-78). Il *tertium* adottato non mi sembra condivisibile, in primo luogo perché la direttiva riguarda i rapporti familiari tra cittadini non comunitari, ricadendo nella disciplina del Titolo IV TCE come azione di cui all'art. 3, n. 1, lett. d) TCE, mentre il caso di specie attiene al settore radicalmente diverso della circolazione di cittadini comunitari, di cui all'art. 3, n. 1, lett. c) TCE; in secondo luogo, perché il termine di un anno è richiesto in quella direttiva per il cittadino di uno Stato terzo che già risiede nella Comunità, nel nostro caso assimilabile al cittadino comunitario, non invece al familiare che intende entrarvi.

Sulle differenti interpretazioni della nozione di soggiorno legale, M. ELSMORE, P. STARUP, in *Common Market Law Review*, 2007, 787-801.

La sentenza *Eind* dell'11 dicembre 2007 attiene ad una fattispecie analoga al caso *Singh*³³⁰, di un cittadino comunitario che dopo aver circolato faccia ritorno nel suo Stato di origine³³¹.

Nel caso *Singh*, la Corte aveva riconosciuto il diritto del cittadino comunitario che abbia esercitato la libertà di circolazione di fare ritorno nel proprio Paese di origine per svolgere un'attività lavorativa dipendente o autonoma, e il

³³⁰ C-370/90, 7 luglio 1992, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte: Secretary of State for the Home Department*, in Racc. 1992, I-4265.

³³¹ Il signor Eind, cittadino olandese, si reca nel Regno Unito per svolgere un'attività di lavoro dipendente. Durante la sua permanenza in quello Stato, viene raggiunto dalla figlia Rachel, cittadina del Suriname. Le autorità inglesi rilasciano un permesso di soggiorno al signor Eind in forza del regolamento n. 1612/68, in qualità di lavoratore che ha esercitato la libertà di circolazione, ed un analogo permesso alla figlia. Non è chiaro dai fatti di causa se il permesso della figlia abbia fondamento nell'art. 10 del medesimo regolamento, ovvero nella legislazione nazionale. Il Governo inglese sostiene che l'autorizzazione fosse stata rilasciata in forza della legislazione nazionale, mentre i ricorrenti ne individuano il fondamento nel diritto comunitario. Probabilmente, il Governo inglese intende in questo modo sostenere la tesi difensiva già dedotta nel precedente *Jia*, secondo cui il cittadino proveniente da un Paese terzo può accedere per la prima volta al territorio comunitario soltanto in forza della disciplina nazionale dello Stato membro coinvolto. La Corte, tuttavia, non si sofferma sul punto, lasciando l'accertamento della reale natura del permesso in oggetto al giudice nazionale.

Il signor Eind e la figlia fanno ritorno in Olanda, Paese di origine del padre. Quest'ultimo non esercita in Olanda alcuna attività lavorativa e si avvale di un sussidio sociale, ma dichiara alle autorità competenti di essere in cerca di occupazione. Le autorità olandesi, per contro, respingono la richiesta di permesso di soggiorno della figlia, a motivo che ella non riveste la qualità di familiare a carico di un cittadino comunitario di cui al regolamento n. 1612/68. Ciò perché il padre, pur avendo esercitato la libertà di circolazione, una volta ritornato nei Paesi Bassi non ha svolto alcuna occupazione reale ed effettiva e non risulta nemmeno essere una persona non economicamente attiva ai sensi della direttiva 90/364. Pertanto, non potendo più il signor Eind essere considerato un cittadino comunitario, la figlia non può a sua volta avvalersi dei diritti che le norme comunitarie riservano ai suoi familiari.

Il giudice del rinvio chiede di accertarsi se, una volta attribuito un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare in uno Stato membro, un altro Stato membro sia vincolato a conformarsi a quel permesso, se ancora in corso di validità. Calando il quesito sui fatti di causa, il giudice chiede, in altre parole, se i Paesi Bassi siano tenuti a riconoscere automaticamente alla signorina Eind un titolo di soggiorno per il solo fatto che ella godeva di un titolo non ancora scaduto nel Regno Unito, fondato sul regolamento n. 1612/68. In secondo luogo, il giudice chiede se la figlia possa godere di un titolo comunitario di soggiorno nei Paesi Bassi, pur non avendo ella acquisito tale permesso in quel Paese prima dell'ingresso nel Regno Unito. In terzo luogo, il giudice chiede se il familiare abbia diritto di soggiornare nel Paese di origine del cittadino comunitario una volta che questi vi faccia ritorno senza svolgere un lavoro o essere in cerca di un'occupazione.

Al primo quesito la Corte, aderendo alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi, risponde che non sussiste l'obbligo di riconoscimento automatico da parte dello Stato di origine del permesso di soggiorno rilasciato al familiare dallo Stato ospitante, poiché il permesso di soggiorno concesso ai sensi dell'art. 10 regolamento n. 1612/68 produce effetti nel solo territorio del Paese in cui è emesso, nel caso di specie il Regno Unito (§20-26 della sentenza). Ciascuno Stato membro interessato, pertanto, come illustra più discorsivamente l'Avvocato Generale, è chiamato a valutare autonomamente se il familiare richiedente possieda i requisiti di cui al regolamento n. 1612/68 per poter aspirare ad un permesso di soggiorno di fonte comunitaria (§35-39 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale del 5 luglio 2007, non ancora pubblicate).

conseguente diritto dei familiari di stabilirsi con lui nello medesimo Paese³³². Nella recente *Eind* il precedente viene specificato nel senso che il cittadino comunitario è ammesso a far ritorno con i familiari nel suo Paese anche qualora non abbia intenzione di svolgere nel suo Stato alcuna attività lavorativa. Il lavoratore conserva, pertanto, lo *status* di cittadino comunitario acquisito in forza dell'esercizio della libertà di circolazione anche quando, una volta rientrato, cessa di svolgere un'attività economicamente rilevante. Tale *status* fa comunque scattare a favore dei familiari un diritto derivato di accesso nel territorio dello Stato di origine, sottraendoli in tal modo all'applicazione della disciplina migratoria nazionale³³³.

La soluzione è raggiunta attraverso l'usuale interpretazione delle disposizioni comunitarie improntata all'effetto utile, ossia al massimo godimento della libertà di circolazione. Con un fraseggiare identico a quello utilizzato nel precedente *Singh*, la Corte afferma che gli ostacoli al ricongiungimento familiare opposti dal Paese di provenienza potrebbero dissuadere il cittadino comunitario dall'esercizio della libertà di circolazione. La disposizione su cui in concreto si fonda il diritto di ingresso e soggiorno della figlia è l'art. 10 del regolamento n. 1612/68, applicato per analogia, su suggerimento dell'Avvocato Generale, al caso del soggetto che abbia smesso di lavorare³³⁴. Ne deriva che la figlia ha diritto di restare in Olanda

³³² Paragrafi 19 e 21 della sentenza *Singh*, il cui dispositivo testualmente recita: “Le disposizioni dell' art. 52 del Trattato CEE e quelle della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all' interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, devono essere interpretate nel senso che esse obbligano uno Stato membro ad autorizzare l' entrata e il soggiorno nel suo territorio del coniuge - indipendentemente dalla sua cittadinanza - del cittadino di tale Stato che si sia recato, con detto coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un' attività subordinata, ai sensi dell' art. 48 del Trattato CEE, e che ritorni a stabilirsi, ai sensi dell' art. 52 del Trattato CEE, nel territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza. Il coniuge deve godere quantomeno degli stessi diritti che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) entrasse e soggiornasse nel territorio di un altro Stato membro”.

³³³ In questo caso, come nel precedente *Singh*, ne emerge una sovrapposizione tra il diritto nazionale e il diritto comunitario a seconda del profilo di diritto che si ritenga rilevante per il cittadino che rientra nel suo Stato d'origine. Dichiarava espressamente la Corte in *Singh*, e lo conferma l'Avvocato Generale Mengozzi nelle sue Conclusioni, che il cittadino comunitario ha diritto di rientrare nel suo Stato di origine in forza del diritto nazionale e dell'art. 3, comma 2, Prot. n. 4 della Convenzione europea. Tuttavia, allorchè rientra, il cittadino può conservare alcuni diritti derivatigli dalla libera circolazione, richiedendo di essere trattato per tali profili come cittadino comunitario che ha circolato, appunto, e non meramente come cittadino nazionale.

³³⁴ Paragrafi 38 e 39 della sentenza.

con il padre alle condizioni ivi prescritte, ovvero fino al raggiungimento del ventunesimo anno di età o comunque fino a quando sia a carico del padre³³⁵.

Sotto altro profilo, chiarendo ulteriormente il precedente *Akrich*, la Corte smentisce che il familiare necessiti, per poter accompagnare il cittadino comunitario di ritorno nello Stato di origine, di un previo permesso di soggiorno rilasciato da quel medesimo Stato prima del ricongiungimento nello Stato ospitante³³⁶. In altre parole, il familiare che si sia unito al cittadino comunitario direttamente all'estero può fondare sull'art. 10 del regolamento n. 1612/68 un diritto ad ottenere un permesso di soggiorno nel Paese di origine, senza bisogno di aver ottenuto alcun previo titolo in quel Paese. Ed ecco che ricompare nella motivazione della Corte il principio del rispetto della vita familiare: il requisito del previo titolo di soggiorno rilasciato dal Paese di origine non è richiesto espressamente o implicitamente da alcuna disposizione di diritto comunitario; inoltre, *“tale esigenza sarebbe in contrasto con l'obiettivo del legislatore comunitario che ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”*. A sostegno, la Corte cita espressamente i precedenti *MRAX* e *Carpenter*.

Anche in quest'ultima decisione, dunque, il principio di rispetto della vita familiare è attivato, insieme all'effetto utile, per giustificare un'interpretazione estensiva delle disposizioni derivate favorevole all'unità familiare. Sono, pertanto, smentite le considerazioni dell'Avvocato Generale Geelhoed nella causa *Jia*, che vorrebbero tale principio incapace di spiegare effetti sul diritto comunitario derivato. Continua, invece, la lenta, ma progressiva *démarche* della Corte verso l'effettiva garanzia dell'unità familiare.

³³⁵ Paragrafo 40 della sentenza.

³³⁶ Paragrafo 43 della sentenza. Conformemente l'Avvocato Mengozzi aveva osservato che una siffatta condizione avrebbe rappresentato una ingiustificata compressione della libertà di circolazione del cittadino comunitario (§42-49). Risulta così bruscamente smentita l'opinione espressa dall'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni del 27 aprile 2006 alla causa *Jia*, in Racc. 2007, I-1, paragrafo 71, in cui si sosteneva che il cittadino comunitario che non possa fare ritorno nel Paese d'origine con i familiari con cui si è ricongiunto non viene in alcun modo dissuaso dall'intento di circolare, perché allorchè ha intrapreso la libera circolazione, il legame familiare nello Stato di origine non esisteva. Sostiene, invece, Mengozzi, riprendendo il ragionamento di Singh, che la sola prospettiva di non poter rientrare con un coniuge che si sia incontrato durante la permanenza all'estero possa rappresentare una dissuasione che incide negativamente sulla libera circolazione.

5.8. Il ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi Terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio del 27 giugno 2006

Trattiamo ora di un profilo del ricongiungimento familiare distinto dai precedenti *ratione personae*, ossia rivolto non al cittadino comunitario, bensì al cittadino di uno Stato terzo residente nel territorio dell'Unione. Il contenuto di tale diritto è stato affrontato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, del 27 giugno 2006³³⁷. La decisione ha origine dalla proposizione ai sensi dell'art. 230 TCE di un ricorso per annullamento da parte del Parlamento europeo, al fine di far dichiarare invalide alcune disposizioni della direttiva del Consiglio 2003/86/CE, relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi che risiedano stabilmente nel territorio della Comunità.

La sentenza riveste particolare interesse sotto una pluralità di profili. Per la materia oggetto del ricorso, poiché si tratta di una delle prime pronunce della Corte in materia di immigrazione di cittadini di Paesi terzi; per il parametro invocato, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; per l'argomentazione seguita dalla Corte di Giustizia, che rinvia puntualmente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo elaborata sul medesimo articolo in punto di ricongiungimento familiare, di cui si è dato conto nel capitolo I. Essa, tuttavia, è ricordata dalla dottrina soprattutto perché si tratta della prima decisione in cui la Corte rinvia espressamente alla Carta dei diritti dell'Unione Europea proclamata a Nizza del 2000.

³³⁷ F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2006, 793-817; H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 101-126; E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *European Law Review*, 2007, 396-407; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n. 4, 675-685; A. PISAPIA, *Una sentenza additiva in punto di attuazione della direttiva sul ricongiungimento familiare*, in *Giustizia Civile*, 2007, 543-546, ove si parla di "addizione" con significato atecnico, nel senso di sentenza interpretativa;

La direttiva 2003/86/CE³³⁸ impugnata trova la sua base giuridica nell'art. 63 TCE, comma 1, par. 3, ai sensi del quale il Consiglio è competente ad adottare misure in materia di “*condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare*”. L'art. 63 è stato inserito nel Trattato istitutivo della Comunità dal Trattato di Amsterdam, che ha esteso le competenze della Comunità ad alcuni aspetti della politica dell'immigrazione, ora disciplinate nel Titolo IV del Trattato: “*Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone*”³³⁹. Le disposizioni del Titolo IV non sono direttamente attributive di

³³⁸ Direttiva del Consiglio 22 settembre 2003, 2203/86/CE, relativa al ricongiungimento familiare, in G.U.C.E. L 251, 12. Una seconda direttiva è stata adottata di recente in relazione ai cittadini di Paesi terzi nell'Unione, la direttiva del Consiglio 25 novembre 2003, 2003/109/CE, relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in G.U.C.E. L 16, 44. Essa, tuttavia, non sarà oggetto della presente analisi.

³³⁹ Si vedano, quali primi commenti a questo aspetto della revisione operata dal Trattato di Amsterdam, H. HAILBRONNER, *The Treaty of Amsterdam and Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, n.1/1999, 9 ss; J. D. M. STEENGERGEN, *All the King's Horses...Probabilities and possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty*, ivi, 29 ss; E. GUILD, *Discretion, Competence and Migration Policy and European Citizenship*, ivi, 61 ss; C. WIHTOL DE WENDEN, *Post-Amsterdam Migration Policy and European Citizenship*, ivi, 89, nonché B. NASCIMBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 683-694 e ID, *Il “diritto degli stranieri”. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in ID (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, XXX-LIII, spec. XLIV ss.

Prima del Trattato di Amsterdam, la materia dell'immigrazione era riservata pressoché totalmente alla competenza esclusiva degli Stati, salve le specifiche disposizioni contenute in atti di diritto derivato o in accordi di associazione conclusi tra la Comunità e Paesi Terzi relative al trattamento dei familiari di un cittadino comunitario provenienti da un Paese Terzo di cui si è dato conto. Si vedano, in particolare, le disposizioni del regolamento n. 1612/1968, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, 2, e della direttiva 68/360/CEE, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, 13; la direttiva 73/148/CEE, in GUCE L 162 del 28 giugno 1973, 14, relativa al soggiorno e al trasferimento dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e prestazione di servizi, nonché la direttiva 90/364/CEE relativa al diritto di soggiorno, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, 26, e la direttiva 90/365/CEE relativa al diritto al soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, 28.

F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2006, 797-798 ricorda che la Corte di Giustizia aveva in taluni casi individuato negli articoli 136-137 TCE in materia di politica sociale una possibile base giuridica per individuare una competenza comunitaria in materia di immigrazione, per esempio nelle sentenze 9 luglio 1987, C-281/85 e altre, *Repubblica Federale di Germania e altri c. Commissione*, in Racc, 1987, 3203 e 27 aprile 1989, C- 321/87, *Commissione c. Belgio*, in Racc, 1987, 997. Del pari, l'autore menziona alcuni atti non vincolanti delle istituzioni comunitarie volti a favorire una armonizzazione delle politiche nazionali in materia di immigrazione, in particolare il “*Programma di azione per i lavoratori migranti e le loro famiglie*” adottato dalla Commissione il 18 dicembre 1974 e pubblicato il Bollettino, Supplemento 3/76, 5; la risoluzione del Consiglio del 7 giugno 1984, in GUCE C159,

diritti, ma forniscono le basi giuridiche di un programma legislativo diretto all'armonizzazione delle normative nazionali che disciplinano i flussi migratori e i controlli alle frontiere. Ai sensi dell'art. 67 TCE, le misure di cui all'art. 63 devono essere adottate all'unanimità, su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo.

Il voto all'unanimità in seno al Consiglio è il sintomo che, pur avendo optato per la "comunitarizzazione" di alcuni aspetti delle politiche migratorie, gli Stati hanno voluto conservare un incisivo potere di decisione e controllo sulla regolazione dei flussi migratori. Il controllo delle frontiere, infatti, costituisce uno degli attributi tradizionali della sovranità statale. L'iter di approvazione della direttiva 2003/86/CE conferma la diffidenza degli Stati nei confronti dell'esercizio comune delle competenze in materia di immigrazione: la direttiva è il frutto di un faticoso compromesso politico, raggiunto al termine di lunghe e complesse negoziazioni³⁴⁰.

La direttiva si applica a cittadini di Paesi Terzi che soggiornino nella Comunità, siano titolari di un permesso di soggiorno valido per almeno un anno e abbiano "fondante prospettive di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile" (art. 3 direttiva). I familiari di costoro hanno diritto a certe condizioni di essere ammessi nel territorio dello Stato membro in cui il richiedente risiede.

Il Parlamento impugna alcune disposizioni della direttiva a motivo che consentono agli Stati di introdurre limitazioni all'ingresso dei minori³⁴¹. In particolare, l'art. 4. 1 della direttiva permette agli Stati di subordinare l'autorizzazione all'ingresso di un minore ultradodicesimo giunto nello Stato

19 giugno 1984, 1; la comunicazione della Commissione al Consiglio intitolata "Orientamenti per una politica comunitaria delle migrazioni", COM(85) 48def. del 7 marzo 1985, nonché la Decisione della Commissione 85/381/CEE con cui veniva istituita una "procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti di Stati terzi", in GUCE L 217 dl 14 agosto 1985, 25 e impugnata da alcuni Stati membri, sulla quale di pronunciata la Corte nella citata sentenza C- 281/85 e altri del 9 luglio 1987.

³⁴⁰ F. MACRÌ, cit., 794.; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n. 4, 678, che indica in breve le notevoli differenze che intercorrono tra il testo della direttiva proposto dalla Commissione, COM (1999)638 finale del 1 dicembre 1999, e il resto finale approvato dal Consiglio. La Commissione aveva nella pendenza dell'iter legislativo modificato la propria proposta; si veda COM(2002)225 finale del 2 maggio 2002, ove si parla espressamente di "un nuovo approccio per permettere alle negoziazioni di andare a buon fine".

³⁴¹ H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 102, insiste sul ruolo del Parlamento europeo come difensore dei diritti fondamentali nello spazio comunitario.

indipendentemente dalla sua famiglia alla verifica che il minore rispetti “*le condizioni richieste per la sua integrazione*” dalla legislazione nazionale. L’art. 4. 6 consente agli Stati di introdurre nella propria legislazione il vincolo per cui le domande riguardanti il ricongiungimento familiare di un minore debbono essere presentate prima del compimento del suo quindicesimo anno di età, con l’avvertenza che qualora detto limite sia superato, gli Stati possono autorizzare l’ingresso dell’interessato anche per motivi diversi dal ricongiungimento familiare. L’art. 8, infine, consente agli Stati di esigere un periodo di soggiorno più lungo sul loro territorio prima che il richiedente sia ammesso a chiedere il ricongiungimento, fino ad un massimo di due anni, nonché di prevedere che tra la presentazione della domanda e il rilascio del permesso di soggiorno ai familiari decorra un intervallo comunque non superiore a tre anni.

Il parametro posto dal Parlamento a sostegno di tutti e tre i motivi di ricorso è individuato nel diritto al rispetto della vita familiare e nel principio di non discriminazione in base all’età.

Il diritto al rispetto della vita familiare è prospettato come principio generale del diritto comunitario risultante da diverse fonti, tra cui principalmente l’art. 8 della Convenzione europea³⁴². La sussistenza all’interno del diritto al rispetto della vita familiare di un diritto al ricongiungimento è dedotta dal Parlamento sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia – casi *Carpenter* del 2002 e *Akrich* del 2003 – e dall’art. 6 TUE. In secondo luogo, il Parlamento afferma che lo stesso principio: “*è stato ripreso dall’art. 7 della Carta di Nizza, con riguardo*

³⁴² L’art. 8 della Convenzione europea è invocato quale parametro puro, indipendentemente da ogni considerazione di carattere economico. Ciò è reso possibile dal peculiare modello di accesso alla Corte costituito dal ricorso per annullamento, in cui ciascuna istituzione comunitaria, al pari di ciascuno Stato, è legittimata ad impugnare in via principale un atto comunitario per contrasto con le norme del Trattato o con i principi generali del diritto comunitario. Tale modello consente alla Corte di verificare in un giudizio astratto che sia rispettato il riparto di competenze delineato dal Trattato, sia in senso verticale, nel rapporto tra Comunità e Stati, sia in senso orizzontale, nel rapporto tra le istituzioni comunitarie. Il riparto delle competenze e i limiti al loro esercizio costituiscono dunque l’oggetto stesso del giudizio. Nel giudizio in via pregiudiziale, invece, strutturato in forma incidentale, il sindacato sulla validità o sull’interpretazione degli atti comunitari richiede la previa verifica da parte della Corte dell’esistenza di un collegamento tra la fattispecie concreta oggetto del giudizio principale e l’ambito di applicazione del diritto comunitario. Ne deriva, come si è visto, che la verifica della conformità di un atto comunitario ad un diritto fondamentale non emerge per così dire in via pura, ma è necessariamente subordinata al previo accertamento dell’esercizio di una delle libertà economiche garantite dal Trattato. Sui modi di accesso alla Corte si veda R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 98 ss.

alla quale il Parlamento sottolinea che, contenendo un elenco dei diritti fondamentali esistenti ancorché priva di effetti giuridici vincolanti, essa costituisce tuttavia un indice utile ai fini dell'interpretazione delle disposizioni della CEDU". Si richiama di seguito anche l'art. 24 della Carta, relativo ai diritti dei minori. Infine, il Parlamento cita diverse disposizioni di convenzioni internazionali sottoscritte sotto l'egida delle Nazioni Unite e alcune raccomandazioni adottate in seno al Consiglio d'Europa³⁴³.

Questa varietà di elementi non deve stupire. Il richiamo all'art. 6 TUE e il rinvio ai precedenti della Corte di Giustizia, anziché a quelli della Corte di Strasburgo, sono un chiaro indice del fatto che il diritto al rispetto della vita familiare è percepito e prospettato dal Parlamento europeo come un principio generale del diritto comunitario. Il diritto fondamentale, pertanto, non è direttamente quello inscritto nel testo della Convenzione europea, che resta in sé una fonte propriamente esterna al diritto comunitario, bensì un diritto "nuovo", risultante dalla confluenza di una pluralità di radici e che vive nell'ordinamento comunitario in quanto già riconosciuto dalla Corte di Giustizia.

Al di là del rinvio formale a questa ampia gamma di fonti comunitarie e internazionali per "costruire" il parametro interno, resta che le argomentazioni dedotte nel merito dalle parti del giudizio si fondano in maniera netta e prevalente sull'articolo 8 della Convenzione europea e sull'interpretazione che della disposizione dà la Corte di Strasburgo. Il Parlamento, il Consiglio, la Commissione e anche la Repubblica Federale di Germania, interveniente volontaria a sostegno del Consiglio, riprendono, infatti, chiaramente i criteri di

³⁴³ Si richiamano, in particolare, l'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, la Convenzione sui diritti del fanciullo adottata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990, la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti ed i membri della loro famiglia, adottata il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1 luglio 2003, nonché la Dichiarazione dei diritti del Fanciullo, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, risoluzione 1386(XIV). Il Parlamento rammenta, inoltre, la raccomandazione n. R (94) 14 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri del 22 novembre 1994, riguardante le politiche familiari coerenti e integrate, nonché la raccomandazione n R (99) 23 del Comitato dei Ministri agli Stati del 15 dicembre 1999, sul ricongiungimento familiare per i rifugiati e le altre persone aventi necessità di protezione internazionale. Il Parlamento si richiama, infine, a varie Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea (§33 della sentenza). Le disposizioni delle Costituzioni nazionali ritenute rilevanti non sono specificamente indicate nella motivazione.

applicazione dell'art. 8 della Convenzione europea delineati dalla Corte di Strasburgo.

Quanto alle censure dedotte, per ciò che attiene al “test d'integrazione” per gli ultradodicesenni il Parlamento lamenta che, poiché il concetto di “integrazione” non è definito direttamente dalla direttiva, gli Stati sarebbero legittimati a restringere le condizioni di ingresso sino a rendere il ricongiungimento irrealizzabile, con conseguente negazione del diritto garantito; si afferma, inoltre, che sarebbe incongruo misurare l'integrazione prima che la riunione della famiglia abbia avuto luogo. In secondo luogo, sia in relazione al test, che all'obbligo di presentare la domanda di ricongiungimento prima che il minore abbia compiuto quindici anni, il Parlamento ritiene che siffatti requisiti costituirebbero ingerenze non giustificate da alcuno dei fini legittimi di cui all'art. 8 comma 2 CEDU ed in ogni caso sproporzionate, in quanto non realizzerebbero un equo contemperamento tra l'interesse del minore e dei suoi familiari a riunirsi e l'interesse pubblico dello Stato a controllare l'ingresso sul proprio territorio. Infine, le disposizioni impugnate introdurrebbero una discriminazione arbitraria in base all'età, in quanto non terrebbero conto dei vincoli di ordine economico e sociale che impediscono ad una famiglia di accogliere un figlio prima di un certo tempo e perseguirebbero un fine che potrebbe essere egualmente raggiunto con misure che favoriscano l'integrazione successivamente all'ammissione.

Il Consiglio si difende richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolare la sentenza *Gül* del 19 febbraio 1996, secondo la quale il rispetto della vita familiare non impone allo Stato di ammettere un figlio minore adolescente, se la realizzazione della riunione della famiglia può aver luogo nello stato di origine. I limiti di età e il test di integrazione, inoltre, costituirebbero misure volte ad incentivare le famiglie migranti a ricongiungersi con i minori in un'età in cui è più facile che essi riescano ad integrarsi nello Stato ospitante, perseguendo finalità legittime ai sensi dell'art. 8 comma 2 CEDU. Del pari, la scelta di sottoporre al test chi abbia superato i dodici anni non sarebbe arbitraria, bensì dettata dal fatto che, prima di tale età, i bambini si troverebbero in una fase della crescita cruciale per lo sviluppo delle loro facoltà di integrazione in una società nuova. L'obbligo

di presentare la domanda entro i quindici anni, invece, consentirebbe di ricomprendere il maggior numero di casi, garantendo che il minore possa godere di un periodo di scolarizzazione nello Stato ospitante. Inoltre, come rileva la Commissione, il limite dei quindici anni sarebbe conforme al periodo massimo di attesa consentito dalla direttiva per l'accoglimento della domanda, tre anni, coprendo tutti i potenziali destinatari entro la soglia dei diciotto anni, data della maggiore età negli ordinamenti europei, al raggiungimento della quale il ricongiungimento non è più ammesso.

La Corte di Giustizia respinge il ricorso, in parte dichiarando infondate le censure del Parlamento, in parte adottando una pronuncia interpretativa volta a dare delle norme contestate un'interpretazione conforme al diritto al rispetto della vita familiare.

Per ciò che attiene al parametro, la Corte accetta di identificarlo sulla base della pluralità di fonti indicate dal Parlamento europeo, riaffermando, con espressione divenuta formula standard “*il particolare significato*” rivestito dalla Convenzione nell'identificazione dei diritti fondamentali che costituiscono principi fondamentali del diritto comunitario. Parimenti, la Corte ricorda che il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione relativa ai diritti del Fanciullo, in quanto vincolanti nei confronti di tutti gli Stati membri, costituiscono “*strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo di cui la Corte tiene conto per l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario*”³⁴⁴.

Si noti che, mentre la Convenzione di Roma è, nella formula tradizionale, fonte d'ispirazione idonea ad identificare i diritti garantiti nell'ordinamento comunitario, le altre Convenzioni internazionali sono dichiarate utili ai fini “*dell'applicazione*” di tali diritti, quasi che ad esse fosse riservata una funzione meramente interpretativa di diritti già enucleati sulla base della CEDU, oltre che

³⁴⁴ Insiste particolarmente sull'attivazione in funzione di parametro non soltanto della Carta di Nizza, ma anche della Convenzione del Fanciullo E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *European Law Review*, 2007, 402-403, secondo cui, attraverso il sindacato della Corte di Giustizia la Convenzione del Fanciullo godrebbe del controllo giurisdizionale sulla sua implementazione di cui fino ad ora era sprovvista.

delle tradizioni costituzionali comuni. Ma questa differente funzione, sebbene enunciata, non produce alcun effetto nella motivazione della sentenza. Sicché, più che valorizzare le diverse espressioni utilizzate dalla Corte, occorre sottolineare l'inciso per cui tutte le fonti internazionali menzionate contribuiscono a creare il parametro, in quanto comuni a tutti gli Stati membri, dunque contestualmente vincolanti per ciascuno di essi.

Per ciò che attiene alla Carta di Nizza, essa è pure citata dalla Corte, ma *ad adiuvandum*, in funzione ricognitiva e rafforzativa delle conclusioni già raggiunte sulla base degli altri strumenti internazionali invocati. Riferendosi alla Carta nel suo complesso, la Corte afferma:

“Se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza affermando, al secondo “considerando” della direttiva, che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta. L'obiettivo principale della Carta, come emerge nel suo Preambolo, è peraltro quello di riaffermare “i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla CEDU, dalle Carte sociali adottate all'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

La Corte sembrerebbe perciò non soltanto confermare che la Carta non è strumento giuridico vincolante, in quanto non formalmente approvata dagli Stati con una procedura che le conferisca forza giuridica propria, ma anche che l'obiettivo ultimo della Carta resterebbe comunque meramente ricognitivo, ciò sulla base della formula contenuta nel suo Preambolo: la Carta ha la funzione di “*riaffermare*” diritti tratti altrove.

Dato questo quadro composito, la soluzione delle singole questioni proposte è condotta pressoché unicamente sulla base dell'art. 8 CEDU, il che conferma la sostanziale irrilevanza della Carta di Nizza nella costruzione della motivazione. L'art. 8 costituisce innanzitutto la fonte diretta privilegiata del diritto al rispetto

della vita familiare come principio generale del diritto comunitario³⁴⁵. Di più, il contenuto del diritto prospettato è esattamente quello risultante dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ciò comporta, in particolare, l'adesione della Corte di Giustizia alla teoria delle obbligazioni positive; la qualificazione del rigetto dell'istanza di ricongiungimento come "ingerenza" ai sensi dell'art. 8, comma 2; la definizione dei limiti cui le autorità statali dovranno conformarsi nell'attuazione della direttiva attraverso la fedele riproposizione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo nelle sue sentenze, in questa motivazione puntualmente citate : *Gul c. Svizzera* del 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi* e *Sen c. Paesi Bassi* del 2001.

Quanto al primo punto, la Corte afferma:

“Tale diritto alla convivenza con i familiari prossimi implica per gli Stati membri obblighi che possono essere di carattere negativo, qualora uno di essi sia tenuto a non espellere un soggetto, ovvero di carattere positivo, quando l'obbligo sia quello di consentire ad un soggetto di fare ingresso e di risiedere sul proprio territorio”.

La Corte aderisce così alla teoria delle obbligazioni positive elaborata da Strasburgo, secondo cui le disposizioni della Convenzione non impongono in capo agli Stati soltanto un obbligo di astensione, ma possono comportare un dovere di azione, al fine di porre in essere le condizioni che consentano in concreto l'esercizio effettivo del diritto garantito. Conclude la Corte:

(54)“In tal senso, come affermato dalla Corte, ancorché la CEDU non garantisca, quale diritto fondamentale a favore di uno straniero, alcun diritto di entrare o risiedere nel territorio di un paese determinato, l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8. n. 1 della Convenzione medesima (citare sentenze Carpenter, punto 42, e Akrich, punti 58 e 59). Peraltro, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 21 dicembre 2001, Sen/Paesi Bassi, paragrafo 31, “L'art. 8 può far sorgere obblighi positivi inerenti ad un “rispetto” effettivo della vita familiare. I principi applicabili a tali

³⁴⁵ Nel primo paragrafo dedicato all'analisi della questione nel merito si legge: “Si deve rammentare, in limine, che il diritto al rispetto della vita familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo costante giurisprudenza della Corte, sono protetti nell'ordinamento giuridico comunitario (citare sentenze Carpenter, punto 41, e Akrich, punti 58 e 59)” (§ 52).

obblighi sono analoghi a quello che disciplinano gli obblighi di carattere negativo. In entrambi i casi, occorre tener conto del giusto equilibrio da realizzare tra i concorrenti interessi dell'individuo e della società complessivamente intesa; parimenti, nelle due ipotesi, lo Stato gode di un certo margine di discrezionalità (sentenza Gul c. Svizzera, 19 febbraio 1996, Rec. 1996-I, 174-175, par. 38 e Ahmut c. Paesi Bassi, 28 novembre 1996, Rec. 1996-IV, 2030-2031, par. 63”.

In secondo luogo, il contenuto del diritto con specifico riguardo al ricongiungimento dei minori è individuato riportando espressamente i principi elaborati da Strasburgo nelle citate sentenze Sen del 2001, Gul e Ahmut del 1996, sul ricongiungimento dei minori: esiste un principio di diritto internazionale generale secondo cui gli Stati hanno diritto di controllare l'ingresso di cittadini non nazionali sul territorio; l'art. 8 non implica per lo Stato l'obbligo generale di rispettare la scelta da parte di coppie coniugate di fissare la comune residenza sul suo territorio e di consentire il ricongiungimento; la portata dell'obbligo dello Stato di consentire l'ingresso sul proprio territorio dei congiunti di persone immigrate dipende dalla situazione degli interessati e dall'interesse generale. I criteri alla luce dei quali devono essere valutate le singole domande di ricongiungimento coincidono con quelli elaborati ed applicati dalla Corte europea nei propri giudizi: l'età del minore, la sua situazione nel Paese di origine; il suo grado di dipendenza rispetto ai genitori.

A sostegno dei suddetti principi e criteri di giudizio, la Corte riporta gli articoli della Convenzione relativa ai diritti del fanciullo, nonché gli artt. 7 e 24.2 della Carta di Nizza, che la Corte legge in combinato disposto, asserendo:

“L'art. 7 della Carta riconosce parimenti il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Tale disposizione deve essere letta in correlazione con l'obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del minore, sancito dall'art. 24.2 della Carta medesima, tenendo conto parimenti della necessità per il minore di intrattenere regolarmente rapporti personali con i due genitori, necessità affermata dal medesimo art.24, n. 3”.

Conclude la Corte: *“Le disposizioni richiamate sottolineano l’importanza, per il minore, della vita familiare e raccomandano agli Stati di prendere in considerazione l’interesse del medesimo, senza peraltro far sorgere a favore dei familiari il diritto soggettivo ad essere ammessi nel territorio di uno Stato; tali disposizioni non possono essere interpretate nel senso di privare gli Stati di un certo potere discrezionale nell’esame delle domande di ricongiungimento familiare”*.

Il parametro è perciò ricostruito come segue: il contenuto del diritto garantito quale principio generale del diritto comunitario coincide esattamente con il contenuto enucleato dalla Corte di Strasburgo nell’ambito dell’art. 8 della Convenzione. Le previsioni di altri strumenti internazionali e le disposizioni della Carta di Nizza sono utilizzate *ad adiuvandum*, per confermare i principi già desunti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Con riguardo alle singole questioni sottoposte alla Corte, la Corte valorizza un’interpretazione sistematica delle disposizioni impugnate, alla luce dell’art. 17 della stessa direttiva n. 2003/86, che di per sé già recepisce in via generale i criteri elaborati da Strasburgo, rendendoli prescrizioni vincolanti di diritto comunitario. L’art. 17 impone agli Stati di prendere in considerazione, allorchè valutano la domanda di ricongiungimento, la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona, la durata della residenza nello Stato membro dell’interessato nonché l’esistenza di legami familiari, culturali o sociali del destinatario della misura con il rispettivo del Paese d’origine. Ad essi, la Corte aggiunge il già citato criterio dell’età del minore.

Ne deriva che l’art. 4.1, legittimando gli Stati a sottoporre ad un test di integrazione i minori ultradodicesenni, non viola il diritto al rispetto della vita familiare, in quanto nel contesto della direttiva gli Stati sono chiamati a valutare caso per caso l’assetto degli interessi in gioco, di modo che *“la detta disposizione mantiene a favore degli Stati stessi un potere discrezionale limitato, non diverso da quello riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita familiare, ponderando in ogni singola fattispecie concreta, gli interessi in gioco”*.

Il limite dei dodici anni, del pari, non introduce una discriminazione vietata. La Corte concorda con il Consiglio sul fatto che tale età corrisponde ad una fase della vita in cui il minore ha già trascorso un periodo relativamente lungo della propria esistenza in un paese terzo senza i propri familiari, ragion per cui l'integrazione in un ambiente nuovo può risultare maggiormente difficile.

Parimenti, sempre in base ad una lettura sistematica fondata sull'art. 17, la facoltà per gli Stati di introdurre nella propria legislazione nazionale l'obbligo di presentare la domanda di integrazione prima che il minore abbia compiuto quindici anni non è illegittima, in quanto la disposizione nel suo complesso deve essere interpretata nel senso che essa non autorizza gli Stati che introducano tale limite a non prendere in considerazione domande di un minore ultraquindicenne, atteso l'obbligo delle autorità nazionali di valutare ogni singolo caso.

Infine, è legittima la disposizione che consente agli Stati di esigere una permanenza sul proprio territorio fino a due anni per chi intenda chiedere il ricongiungimento, così come di introdurre un periodo di attesa non superiore a tre anni per l'accoglimento della domanda. Entrambe sono finalizzate a consentire agli Stati di porre in essere le condizioni per un inserimento stabile dell'interessato, fermo restando che la durata della residenza costituisce soltanto uno degli elementi da tenere in considerazione al momento dell'esame della domanda, insieme agli altri in precedenza indicati³⁴⁶.

³⁴⁶ In merito all'art. 8 della direttiva la Corte, in particolare, afferma che: *“Tale disposizione non produce, quindi, l'effetto di impedire qualsiasi ricongiungimento familiare, bensì di mantenere a favore degli Stati membri un margine di discrezionalità limitato, consentendo loro di assicurarsi che il ricongiungimento familiare abbia luogo in condizioni favorevoli, dopo un periodo di soggiorno sufficientemente lungo nello Stato membro ospitante da parte del soggiornante per poter presumere un insediamento stabile e un certo livello di integrazione. Pertanto, il fatto che uno Stato membro prenda in considerazione tali elementi e le facoltà di differire il ricongiungimento familiare di due anni o, a seconda dei casi, di tre anni non si pone in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare sancito, in particolare, dall'art. 8 della CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si deve ricordare che, come emerge dall'art. 17 della direttiva, la durata della residenza nello Stato membro costituisce solo uno degli elementi che devono essere presi in considerazione dallo Stato medesimo nell'ambito dell'esame di una domanda e che un periodo di attesa non può essere imposto senza tener conto, in casi specifici, del complesso degli elementi pertinenti. Le stesse considerazioni valgono per il criterio della capacità di accoglienza dello Stato membro, che può costituire uno degli elementi presi in considerazione nell'ambito dell'esame di una domanda, ma che non può essere interpretato nel senso che autorizzi un qualsivoglia sistema di quote ovvero l'istituzione di un termine di attesa di tre anni imposto a prescindere dalle particolari circostanze dei singoli specifici casi. Infatti, l'analisi complessiva prevista dall'art. 17 della direttiva non consente di prendere in considerazione unicamente tale elemento ed impone di procedere ad un esame reale della capacità di accoglienza al momento della domanda”*(§98-101).

In sostanza, il margine discrezionale lasciato allo Stato per modulare l'accesso sul proprio territorio non può prescindere dall'esame in concreto delle circostanze del singolo caso e dalla ponderazione degli interessi in gioco. La garanzia che la condotta degli Stati sia conforme a quanto previsto dalla direttiva deriva da due ulteriori considerazioni finali sviluppate dalla Corte. In primo luogo, la Corte richiama il principio del legittimo affidamento, principio generale che vincola anche gli Stati nel momento in cui devono dare attuazione alle norme comunitarie. In secondo luogo, le misure di attuazione della direttiva sono soggette al controllo dei giudici nazionali. L'art. 18 della direttiva, infatti, impone agli Stati di assicurare che il soggiornante e i suoi familiari possano impugnare i provvedimenti di rigetto della domanda di ricongiungimento, di mancato rinnovo o di revoca del permesso di soggiorno, di allontanamento dal territorio dello Stato. In caso di dubbi relativi all'interpretazione o alla validità delle disposizioni della direttiva, si apre per i giudici nazionali la strada del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 TCE.

Come detto, il parametro comunitario è ricostruito in maniera identica al parametro convenzionale risultante dall'elaborazione operata dalla Corte di Strasburgo. Ciò dimostra innanzitutto, come si era già osservato nel precedente capitolo, che la giurisprudenza di Strasburgo, lungi dall'essere una giurisprudenza del tutto dipendente dalle circostanze del caso di specie, ha dato vita ad una serie di criteri originati sì in occasione del singolo giudizio, ma dotati di un notevole grado di astrattezza. Essi scandiscono le decisioni di Strasburgo, costituendo lo schema di base, il filtro, l'occhiale attraverso cui esaminare le circostanze di fatto prospettate nel singolo ricorso.

Nella specifica materia del ricongiungimento familiare, si assiste poi ad un duplice fenomeno. Da un lato i criteri della giurisprudenza di Strasburgo sono stati puntualmente recepiti nella legislazione comunitaria (art. 17 direttiva 2003/86/CE), divenendo da strumenti di giudizio elaborati dal giudice, requisiti normativi generali ed astratti immediatamente vincolanti per le singole determinazioni che ogni Stato membro voglia assumere in materia. La giurisprudenza di Strasburgo, dunque, ha ispirato la legislazione comunitaria,

fornendo criteri direttivi per un equo contemperamento tra l'interesse del singolo a riunirsi con la propria famiglia e l'interesse pubblico dello Stato a regolare l'accesso sul proprio territorio³⁴⁷.

In secondo luogo, quegli stessi criteri vanno a comporre, a definire il contenuto del principio generale non scritto del diritto al rispetto della vita familiare, collocandosi, dunque, al livello primario tra le fonti comunitarie e costituendo un vincolo per gli stessi atti delle istituzioni. Questo secondo fenomeno deriva non da una scelta del legislatore, come il precedente, ma dalla espressa decisione della Corte di Giustizia, che a tutt'oggi mantiene il primato nella definizione dell'esistenza e del contenuto dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Due sono gli aspetti della sentenza che meritano di essere richiamati. Dal punto di vista argomentativo, non si ha, come la Corte di Giustizia spesso ha fatto, un rapido e superficiale rinvio all'art. 8 della Convenzione, né un'applicazione della suddetta disposizione alla luce di criteri di giudizio nuovi ed autonomi. Al contrario, la Corte riprende fedelmente e applica il medesimo schema interpretativo elaborato dalla Corte di Strasburgo, ottenendo così una piena sovrapposizione del parametro comunitario rispetto a quello convenzionale. Ciò anche a costo di introdurre dottrine interpretative del tutto estranee alla giurisprudenza comunitaria, quale quella delle obbligazioni positive o quella del margine di apprezzamento, che, come si è visto, trovano origine nel peculiare modello di tutela dei diritti creato in seno al Consiglio d'Europa e caratterizzato dalla sussidiarietà e dalla residualità rispetto ai sistemi nazionali³⁴⁸.

In secondo luogo, dal punto di vista del contenuto della decisione, la Corte di Giustizia giunge a riconoscere uno spazio discrezionale agli Stati membri nell'attuazione della disciplina comunitaria di settore, che viene a coincidere

³⁴⁷ H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 108, che pone bene in evidenza il legame tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le soluzioni normative inserite nella direttiva n. 2003/86.

³⁴⁸ H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 116, valuta positivamente l'applicazione da parte della Corte di Giustizia dello strumento argomentativo elaborato dalla Corte di Strasburgo, in quanto idoneo a produrre un reale controllo sulla discrezionalità degli Stati membri che pure agiscano nell'ambito del diritto comunitario.

esattamente con l'ampiezza del margine di apprezzamento da sempre riconosciuta da Strasburgo agli Stati nella regolazione dei flussi migratori³⁴⁹. La Corte di Strasburgo ha sempre riservato un ampio potere discrezionale alle autorità nazionali in materia di ricongiungimento ed espulsione dello straniero, riconoscendo che non esiste in principio un obbligo per lo Stato di accettare l'insediamento di una famiglia straniera sul proprio territorio e che, di conseguenza, il dovere di consentire il ricongiungimento sorge ai sensi dell'art. 8 CEDU soltanto in via residuale, ove il soggiornante riesca a dimostrare che non è possibile condurre una vita familiare normale nel Paese di origine. Quest'assetto degli interessi è stato recepito dalla direttiva 2003/86/CE che, pur ponendo significativi paletti minimi di tutela a favore dei richiedenti, in particolare attraverso il riconoscimento nella legislazione derivata di un diritto al ricongiungimento alle condizioni richieste da Strasburgo, ha nondimeno autorizzato l'adozione di misure più restrittive da parte degli Stati, anche se entro limiti prefissati.

Il riconoscimento di questo margine esce indenne dal sindacato della Corte di Giustizia. La discrezionalità spettante agli Stati ai sensi della direttiva è conforme al diritto comunitario del rispetto della vita familiare, proprio in quanto conforme al bilanciamento tra interesse al ricongiungimento e interesse al controllo delle frontiere fotografato da Strasburgo³⁵⁰.

La tutela del ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi oggi garantita dal diritto comunitario, pertanto, non è più avanzata rispetto a quella garantita nel sistema di protezione di Strasburgo, ma si allinea perfettamente ad esso. Qualcuno

³⁴⁹ E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *European Law Review*, 2007, 405, critica l'adesione della Corte di Giustizia alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ritenendo che la Corte di Giustizia avrebbe potuto effettuare un sindacato più incisivo sulla direttiva e maggiormente valorizzare il preminente interesse del minore. L'appiattimento sulla giurisprudenza di Strasburgo si giustifica, secondo l'Autrice, perché tale giurisprudenza costituisce un bagaglio corposo e stratificato nel tempo; ciò non toglie che la Corte di Giustizia restava libera di adottare un controllo più pregnante sulle disposizioni della direttiva, traendo maggiore ispirazione – *greater inspiration* – dalle disposizioni della Carta del Fanciullo delle Nazioni Unite.

Condivide, invece, la ripresa da parte della Corte di Giustizia della misura del margine di apprezzamento delineata da Strasburgo B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n. 4, 681, in quanto fonte di un vincolo preciso e delineato alle deroghe che la direttiva consente agli Stati membri.

³⁵⁰ F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2006, 815, secondo cui ancora una volta i diritti fondamentali impongono un'interpretazione del diritto comunitario idonea a limitare competenze da esso riconosciute agli Stati membri.

avrebbe forse preferito, come ha tentato di fare il Parlamento europeo con il suo ricorso, che non ci fosse spazio per ulteriori restrizioni da parte degli Stati, ma la Corte probabilmente non se l'è sentita di attribuire al diritto al rispetto della vita familiare un significato più intenso di quello vivente per Strasburgo, sovvertendo così il compromesso politico raggiunto dagli Stati in seno al Consiglio.

Per ciò che attiene in particolare alla Carta di Nizza, si è visto come essa nella decisione della Corte di Giustizia assuma un ruolo meramente confermativo dei principi elaborati da Strasburgo³⁵¹. Essa, in definitiva, non è la fonte normativa diretta del diritto al rispetto della vita familiare. Tale fonte resta, invece, la CEDU, seppur attraverso il filtro della categoria dei principi generali. La Corte, infatti, non interpreta e applica le disposizioni della Carta alla luce della CEDU. Invece, ricostruisce il principio generale del diritto sulla base della CEDU, come interpretata da Strasburgo, per poi trasporlo tale e quale nell'ordinamento comunitario e soltanto dopo questa operazione innesta le disposizioni della Carta in funzione ricognitiva. Per di più, nel complesso della decisione, la Carta condivide questa funzione ricognitiva e rafforzativa con altre convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, quali la Convenzione per la tutela del Fanciullo e il Patto internazionale del 1966, cui la Corte si rifà contestualmente per confermare le conclusioni raggiunte alla luce della CEDU sul contenuto del diritto al ricongiungimento.

In tal modo la Carta, pur essendo un atto propriamente comunitario, in quanto redatta con una procedura tutta interna all'ordinamento comunitario e proclamata dalle stesse istituzioni comunitarie, viene accostata a fonti per definizione esterne alla Comunità, quali i citati trattati, e finisce per comporre con esse un variegato complesso di materiali manipolato dalla Corte per trarne indicazioni sui diritti garantiti. In nessun modo, dunque, la Corte di Giustizia riconosce alla Carta un ruolo particolare od esclusivo nella definizione dei diritti fondamentali dell'Unione. Il suo contenuto e la sua potenziale portata normativa risultano così

³⁵¹ H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 110 definisce la funzione della Carta di Nizza nella presente decisione come «strumento di lettura supplementare».

fortemente sviliti, perdendosi nell'insieme delle numerose fonti di ispirazione della giurisprudenza comunitaria.

Un'ultima considerazione meritano due eccezioni di irricevibilità del ricorso sollevate dal Consiglio e condivise dalla Repubblica Federale di Germania. Sosteneva il Consiglio che, avendo il ricorso ad oggetto, in sostanza, le disposizioni della direttiva che consentono agli Stati di adottare deroghe alla disciplina ivi contenuta sul ricongiungimento, la censura di violazione del diritto al rispetto della vita familiare non sarebbe stata rivolta contro la direttiva, bensì contro le misure nazionali attuative di tali deroghe, con conseguente irricevibilità del ricorso per non essere l'atto impugnato un atto comunitario. La Corte replica che una disposizione comunitaria potrebbe di per sé risultare in contrasto con i diritti fondamentali qualora imponesse agli Stati o li autorizzasse espressamente o implicitamente ad adottare o mantenere in vigore leggi nazionali in contrasto con i diritti fondamentali³⁵².

La Repubblica Federale di Germania, per contro, eccepiva l'irricevibilità del ricorso perché avente ad oggetto l'annullamento parziale di disposizioni inseparabili. Sosteneva il Governo tedesco che la possibilità di introdurre un test d'integrazione per i minori ultradodicesenni costituisse uno dei punti centrali del compromesso politico grazie al quale si sarebbe giunti all'adozione della direttiva all'unanimità dei voti.

Stando alla giurisprudenza comunitaria, l'annullamento parziale di un atto è consentito soltanto nel caso in cui l'atto sia costituito da più elementi, separabili l'uno dall'altro, e in cui uno soltanto di essi risulti viziato; viceversa, l'annullamento parziale non è ammissibile quando “*produrrebbe l'effetto di modificare la sostanza dell'atto medesimo*”³⁵³. Il Parlamento replica che

³⁵² La Corte si richiama espressamente alla sua precedente sentenza C-101/01, *Lindqvist*, 6 novembre 2003, in Racc. 2003, I, 12971.

³⁵³ Sentenze C-244/03, 24 maggio 2005, *Repubblica francese c. Parlamento e Consiglio*, in Racc. 2005, I, 4021, punti 12 e 13 della motivazione; C-29/99, 10 dicembre 2002, *Commissione c. Consiglio*, in Racc. 2002, I, 11221, punti 45 e 46; C-378/00, 21 gennaio 2003, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, in Racc. 2003, I, 937, punto 30; C-239/01, 30 settembre 2003, *Germania c. Commissione*, in Racc. 2003, I, 10333, punto 33, C-36/04, 30 maggio 2006, *Regno di Spagna c. Consiglio*, in Racc. 2006, punto 9.

B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n. 4, 678, sottolineata con chiarezza la

l'annullamento richiesto non avrebbe messo in discussione né l'economia generale né l'effettività della direttiva complessivamente intesa.

La Corte non si pronuncia sull'eccezione, preferendo esaminare direttamente il merito del ricorso. L'avvocato Generale Juliane Kokott, al contrario, nelle sue Conclusioni depositate l'8 settembre 2005, aderì all'eccezione, proponendo di conseguenza alla Corte di dichiarare irricevibile il ricorso.

Al di là del caso, l'eccezione è il sintomo della delicatezza dell'accordo raggiunto dagli Stati in materia di ricongiungimento e della difficoltà con cui si è giunti alla sua stipulazione. A ben guardare, infatti, l'eccezione secondo cui l'annullamento inciderebbe sulla "sostanza" dell'atto impugnato non attiene al contenuto oggettivo dell'atto. In altre parole, non si contesta l'idoneità delle disposizioni restanti a produrre un significato normativo chiaro ed applicabile. Dal punto di vista oggettivo, infatti, l'annullamento delle disposizioni contenenti deroghe concesse agli Stati avrebbe semplicemente comportato l'estendersi della disciplina generale posta dalla direttiva. Ma, appunto, nell'eccezione statutale l'incidenza sulla sostanza dell'atto non attiene alla forma e alla capacità di produrre effetti dell'atto, bensì al contenuto del compromesso politico che è stato posto alla sua base. Secondo la Germania, sarebbe venuto meno uno dei presupposti dell'accordo raggiunto in Consiglio, travolgendo così l'intero assetto degli interessi delineato dagli Stati.

L'eccezione dimostra, a mio parere, quanto sia forte la resistenza degli Stati a porre una disciplina comune della materia dell'immigrazione, resistenza che si traduce, sul piano delle procedure, nell'adozione del metodo intergovernativo, dunque del voto all'unanimità. Pur agendo nell'ambito di un'istituzione comunitaria, il Consiglio, ed in forza di una competenza espressamente attribuita alla Comunità attraverso la revisione del Trattato, l'eccezione riflette l'idea degli Stati di agire non nell'ambito del diritto comunitario, ma ancora secondo i

differenza intercorrente tra una concezione oggettiva del criterio della «incidenza sulla sostanza dell'atto» adottato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per valutare l'inseparabilità delle disposizioni invocate, e una concezione soggettiva del medesimo criterio. Nel primo caso, si ha incidenza sulla sostanza dell'atto quando l'annullamento di alcune disposizioni rende impossibile l'applicazione delle restanti parti dell'atto, ovvero quando ne risulta inficiata la portata oggettiva e sostanziale della disciplina introdotta. Nel secondo caso, il criterio si riferisce alla volontà politica che ha condotto all'adozione dell'atto. A me sembra che, così come inteso dalla Repubblica di Germania, il criterio finisca per essere una riedizione con altre parole del criterio interpretativo dell'intento originario.

meccanismi del diritto internazionale. L'argomento per cui il venir meno di una clausola essenziale per il raggiungimento del consenso comporta la caducazione dell'intero accordo è, infatti, tipico dei rapporti internazionali, oltre che del diritto privato. Si è molto lontani, dunque, dall'idea comunemente accettata negli ordinamenti nazionali secondo cui l'atto normativo, una volta approvato, si separa dalla volontà di coloro che lo hanno approvato e acquisisce vita propria nel sistema normativo, cosicché la sua legittimità viene valutata confrontando il significato oggettivo che si trae dalle norme che lo compongono con i principi della Costituzione. Qui, invece, il parametro invocato implicitamente dalla Germania non è una disposizione del Trattato di Roma, né un diritto fondamentale garantito nel diritto comunitario, ma un parametro extranormativo, costituito dalle valutazioni politiche che hanno guidato le negoziazioni condotte per l'adozione dell'atto.

La motivazione della Corte è tutta incentrata sul contenuto oggettivo delle norme, tanto che la Corte evita di sindacare nel merito l'eccezione sollevata dalla Repubblica di Germania. E', tuttavia, probabile che la decisione della Corte di rigettare il ricorso sia dipesa anche dalla volontà di non sovvertire un faticoso accordo politico, evitando di imporre per via giurisprudenziale soluzioni più avanzate in punto di ricongiungimento familiare verso cui gli Stati in seno alle istituzioni comunitarie hanno chiaramente mostrato di non essere pronti a spingersi.

5.9 Prime conclusioni sulla tutela del ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La giurisprudenza della Corte in materia di ricongiungimento di un cittadino comunitario con il familiare proveniente da uno Stato terzo appare fortemente casistica. Si è voluto ripercorrere le singole decisioni della Corte proprio perché le soluzioni in esse adottate appaiono commisurate alle fattispecie concrete oggetto del giudizio principale. La giurisprudenza pare così caratterizzata da un andamento incrementale, per cui in ogni nuovo caso esaminato la Corte riprende, modella e conforma alla nuova fattispecie i principi enunciati in precedenti pronunce, specificando e precisando l'ambito di operatività e il contenuto del

diritto comunitario rilevante per la soluzione del caso. Ogni sentenza, in sostanza, aggiunge un tassello ad un puzzle composito e difficilmente riconducibile ad un quadro d'insieme unitario.

Questo andamento casistico e incrementale può spiegarsi se si considera che l'incidenza del diritto comunitario sulla disciplina dell'immigrazione di cittadini di Stati terzi è comunque limitata, sia prima dell'inserimento ad opera del Trattato di Amsterdam del nuovo Titolo IV nel Trattato della Comunità, relativo ai visti, all'asilo e all'immigrazione, sia dopo tale inserimento, per la scarsità di atti comunitari attuativi di questa nuova competenza materiale. Si ricordi, infatti, che le norme di settore incidenti sull'immigrazione devono, comunque, essere approvate in Consiglio all'unanimità. L'iter travagliato di adozione della direttiva n. 2003/86 sul ricongiungimento dei familiari di cittadini terzi residenti nella Comunità dimostra con tutta chiarezza quanto sia faticoso il raggiungimento di un accordo tra tutti gli Stati membri riuniti in seno al Consiglio nella materia.

Alla limitata incidenza delle norme comunitarie di settore si contrappone, d'altra parte, una costante spinta alla loro applicazione al di là dell'ambito di disciplina da esse espressamente regolato. Tale spinta proviene dai singoli cittadini degli Stati membri, che vorrebbero trarre da tali norme diritti di cui essi non godono in forza della legislazione nazionale. Emerge con chiarezza, infatti, nelle fattispecie sottoposte alla Corte, il tentativo dei singoli di far giocare a proprio favore le norme comunitarie che garantiscono il ricongiungimento con familiari provenienti da Paesi terzi, sottraendosi alla più restrittiva legislazione nazionale.

In generale, alla luce dell'analisi che precede, può dirsi che la Corte di Giustizia mostra una chiara propensione ad interpretare estensivamente le norme comunitarie sia primarie che secondarie, sì da assicurare tutela a casi di specie la cui sussunzione nella disciplina comunitaria piuttosto che nella disciplina nazionale è dubbia³⁵⁴. Tali casi ricadono in una sorta di zona grigia nella quale è difficile comprendere quale sia l'esatto confine che corre tra l'ambito materiale riservato alle norme comunitarie sul ricongiungimento e quale quello spettante alle norme nazionali sull'immigrazione. Si pensi al caso del cittadino comunitario che ritorna nel proprio Stato di origine con il familiare straniero dopo aver

³⁵⁴ N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 615.

lavorato in un altro Stato membro; del prestatore di servizi che opera nello Stato di cui è cittadino e pretende di avere accanto la moglie straniera cui è scaduto il permesso di soggiorno; si pensi ai familiari che intendono restare nel Paese ospitante anche dopo il divorzio con il coniuge cittadino comunitario o dopo che questi abbia cessato di lavorare in quello Stato. In tutte queste ipotesi, la Corte estende il parametro scritto costituito dalla libertà di circolazione o dalla libera prestazione di servizi in modo tale da riconoscere anche ad esse rilevanza comunitaria.

Questa estensione, come si è detto, non avviene a costo zero, ma comporta nei rapporti tra fonti comunitarie e fonti nazionali una progressiva erosione dello spazio in principio riconosciuto al diritto nazionale nella regolazione dei flussi di ingresso³⁵⁵. Si tratta, tuttavia, di un'erosione strettamente legata alle circostanze dei singoli casi e che non modifica in maniera incisiva, per intere porzioni di materia, il riparto di competenze delineato dal Trattato e attuato dal legislatore comunitario.

Esistono, infatti, a tutt'oggi dei limiti alla capacità espansiva del parametro comunitario, limiti riconosciuti dalla stessa Corte di Giustizia. Da un lato, ancora oggi la Corte rifiuta di riconoscere rilevanza comunitaria a situazioni cosiddette puramente interne, in cui il cittadino interessato rivendica un vantaggio in forza

³⁵⁵ Questo profilo è chiaramente evidenziato nell'Editorial Comments, *Freedom unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State*, in *Common Market Law Review*, 2003, 537-543, in cui è criticata l'eccessiva estensione del controllo su misure nazionali restrittive della libera prestazione di servizi proprio osservando che ogni nuovo "collegamento" dichiarato dalla Corte di Giustizia, dunque affermazione di competenza della Corte a sindacare una fattispecie concreta, sposta l'ago della bilancia del riparto di competenze fra Stati e Unione. Per l'Autore dell'editoriale, collegamento dovrebbe aversi ogniqualvolta la misura nazionale di uno Stato ospitante incide in maniera discriminatoria sulla situazione di un cittadino ivi residente proveniente da un altro Stato membro, trattato in maniera sfavorevole rispetto ai cittadini dello stesso Stato ospitante. Ma nei rapporti tra il cittadino e il proprio Stato d'origine non può aversi per principio alcuna discriminazione in base alla nazionalità. Seguendo il ragionamento di *Carpenter*, invece, ogni misura di uno Stato membro applicata ai propri cittadini potrebbe potenzialmente essere attratta nella competenza comunitaria ed essere sindacata dalla Corte di Giustizia. L'Editoriale afferma poi che, in realtà, l'equilibrio sostanziale sotteso al riparto di competenze attualmente vigente vuole che all'Unione spetti il compito di garantire l'integrazione dei mercati, cui le libertà fondamentali sono funzionali, mentre agli Stati sia riservata la disciplina del welfare, ossia dell'orario di lavoro, del salario, delle politiche sociali. Ciascuno Stato, dunque, organizza il proprio *welfare*, ossia la propria politica economica, fermo restando che è compito del diritto comunitario assicurare che ogni misura adottata sia parimenti applicata ai propri cittadini, come ai cittadini degli altri Stati membri. Il ragionamento posto alla base della sentenza *Carpenter* finirebbe, secondo l'Autore, per spezzare questo equilibrio tra libertà economiche e politiche sociali.

del diritto comunitario senza aver esercitato una delle libertà fondamentali a contenuto economico del Trattato. Dall'altro, la Corte riconosce che il diritto comunitario non può costituire strumento per l'aggiramento fraudolento della legislazione nazionale sull'immigrazione e vieta, pertanto, a colui che sia entrato irregolarmente nel territorio comunitario di sanare la sua permanenza illegale facendo leva sulla disciplina comunitaria sul ricongiungimento.

Se la *démarche* della Corte è legata alla soluzione dei singoli casi, il pericolo che può derivarne è che il quadro normativo di riferimento nella disciplina dell'immigrazione possa apparire incerto, addirittura a volte contraddittorio. L'intento, cioè, di assicurare una tutela ad una situazione determinata può comportare il rischio di creare nuove disparità di trattamento nella gamma dei soggetti potenzialmente interessati. E' certo, infatti, che se il signor Carpenter, in quanto prestatore di servizi, può godere del diritto di avere con sé la sua compagna, nonostante ella sia priva del permesso di soggiorno in base alla legislazione nazionale, ciò non è consentito alla generalità degli altri cittadini inglesi coniugati con cittadini stranieri, la cui vicenda familiare resta soggetta alla sola disciplina interna.

Ciò è probabilmente inevitabile, da una parte perché deriva direttamente dal principio di attribuzione, che ancora oggi costituisce la regola cardine del riparto di competenze tra la Comunità e gli ordinamenti nazionali. In altre parole, la tutela comunitaria è fisiologicamente destinata a regolare alcune situazioni che ricadono nel suo ambito materiale di competenza, lasciandone fuori altre³⁵⁶. Sotto altro profilo, forse proprio la frequenza degli interventi della Corte in materia di ricongiungimento familiare accresce l'impressione di avere a che fare con una tutela episodica e frammentaria.

D'altra parte, fuoriesce dalle competenze della Corte di Giustizia l'adozione di una disciplina organica e completa, in sostituzione di una precedente che appaia inadeguata a regolare le sempre nuove fattispecie che emergono nel contesto

³⁵⁶ S. ACERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.4/2002, 670, ricordava come l'artificiosità del ragionamento della Corte di Giustizia per giungere alla tutela di un diritto fondamentale quale il rispetto della vita privata era determinata innanzitutto "dal carattere non generale dell'ordinamento comunitario, che confina entro orizzonti normativi predefiniti le scelte interpretative della Corte. In altre parole, l'ordinamento comunitario predispone una grammatica limitata di cui la Corte si serve per elaborare il proprio ragionamento ed offrire una soluzione".

sociale. Spetta, invece, al legislatore, o meglio ai legislatori, comunitario e nazionali, riscrivere le norme per porre rimedio, per esempio, alle disparità di trattamento tutt'ora esistenti in cui incorrono i familiari di cittadini comunitari che restano nello Stato di origine, rispetto ai familiari di cittadini comunitari che abbiano esercitato la libertà di circolazione. Dal punto di vista sostanziale, entrambi hanno sicuramente diritto ad una tutela di pari intensità della vita familiare, ma non è nel potere della Corte rimediare alle incongruenze che possano avere origine dalla combinazione della disciplina nazionale e di quella comunitaria, spettando invece al legislatore nazionale e comunitario ridisegnare i confini e precisare i contenuti dei rispettivi ambiti materiali di competenza.

Tralasciando il profilo “esterno” del rapporto tra legislazione nazionale e legislazione comunitaria, è necessario proporre alcune osservazioni sul diritto comunitario visto dallo “interno”, in particolare sulla struttura del parametro attivato nelle sentenze esaminate.

Si è visto che alcune delle fattispecie sono state risolte sulla base del solo parametro comunitario scritto, sia esso una disposizione del Trattato o le disposizioni contenute nella legislazione derivata di settore. In particolare, nei casi *Singh* del 1992, sul cittadino che torna nello Stato di origine, *Baumbast* del 2002, sul divorzio e sulla cessazione dell'attività lavorativa del cittadino comunitario, *Chen* del 2004, sulla libertà di circolazione della bambina cittadina comunitaria e della madre cinese, *Jia* del 2007, sulla prova della dipendenza del familiare a carico dal cittadino comunitario, e *Eind* del 2008, la Corte ha risolto le questioni proposte sulla sola base dell'articolo 49 TCE, sulla libertà di circolazione e delle norme regolamentari di attuazione, ovvero sulla base dell'art. 18 TCE, sul diritto di soggiorno connesso allo *status* di cittadino comunitario. All'art. 18, in particolare, la Corte giunge a riconoscere effetto diretto, rendendo la disposizione immediatamente applicabile ai casi in cui il diritto di soggiorno non sia connesso all'esercizio di un'attività economica, proprio perché riferiti a cittadini che hanno smesso di lavorare nello Stato ospitante o non hanno mai lavorato, come il sig. Baumbast e la bambina Catherine Zhu. L'art. 18 ha, dunque, una funzione residuale ed assicura il godimento dei diritti garantiti nel testo originario del

Trattato ai soli lavoratori anche a coloro che sono cittadini comunitari, circolano senza lavorare e comunque non possiedono, per esempio, alcune delle condizioni richieste dalla direttiva 90/364, che regola la libera circolazione dei soggetti non attivi³⁵⁷.

Tutte queste disposizioni, l'art. 49, l'art. 52 sulla libera prestazione di servizi e l'art. 18, sono interpretate estensivamente, in quanto espressioni dei principi fondanti l'ordinamento comunitario. Alla luce di esse, la Corte dà una lettura teleologicamente orientata del diritto secondario, anche attraverso il criterio dell'effetto utile. Il ragionamento in questi casi è del tipo: se il cittadino

³⁵⁷ N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 627, secondo cui esiste una chiara tendenza della Corte ad affievolire la condizione di lavoratore a favore di quello di "cittadino puro". Sostiene l'Autore, a pag. 629 e 633 del suo saggio, che il concetto di cittadinanza potrebbe far venir meno la limitatezza della tutela concessa dalla Corte nei casi come *Carpenter*, ove la vita familiare è destinata a durare sino a che il marito continui a vendere servizi all'estero. Egli ritiene, infatti, che attraverso l'istituto della cittadinanza la Corte potrebbe rivedere la condizione del "cross border" per aversi rilevanza comunitaria.

E' mio parere che una soluzione quale quella prospettata, lungi dall'applicarsi soltanto a singoli casi di specie, implicherebbe il venir meno del riparto di competenze tra Comunità e Stati, consentendo la piena estensione del diritto comunitario senza i limiti imposti dal principio di attribuzione. Sul punto si richiama K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, 593: "La giurisprudenza della Corte di Giustizia, allo stadio attuale, è basata sulla premessa per cui i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento comunitario devono avere una connessione materiale con i diritti conferiti dalla cittadinanza dell'Unione che possano essere rivendicati in uno Stato membro dal cittadino di un altro Stato membro. Se questa connessione materiale andasse persa, si da consentire ad ogni cittadino dell'Unione di richiedere protezione dei diritti fondamentali come garantiti dall'ordinamento comunitario in tutti gli Stati membri indipendentemente dal settore materiale interessato, il contenuto indipendente della cittadinanza dell'Unione si andrebbe definitivamente espandendo. Deve riconoscersi che, in quel caso, lo Stato membro dovrebbe rispettare i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento comunitario in ogni settore – probabilmente inclusi diritti ulteriori rispetto a quelli protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – nei confronti di tutti i cittadini dell'Unione (compresi i propri cittadini), il che significherebbe che la Corte di Giustizia avrebbe una review function in settori che fuoriescono manifestamente dall'ambito di applicazione del diritto comunitario. In quel caso, l'unico collegamento con il diritto comunitario consisterebbe nella cittadinanza dell'Unione delle persone che pretendono una protezione dei loro diritti fondamentali contro lo Stato membro".

La soluzione non è al momento seguita dalla Corte di Giustizia e mi pare difficilmente perseguibile, oltre che non auspicabile, perché travolgerebbe la conformazione stessa dell'ordinamento comunitario, rendendolo un sistema a fini generali in tutto e per tutto sovrapponibile agli Stati. Tale soluzione sarebbe ancor più inaccettabile se imposta dal giudice comunitario, anziché essere il frutto di un processo di maturazione portato avanti dall'Europa politica. In realtà, allo stadio attuale, il vero quesito sull'ampiezza del sindacato della Corte di Giustizia consiste nel definire fino a che punto possano essere ritenute contrarie al diritto comunitario misure nazionali che pure incidono le libertà fondamentali, ma non hanno una portata discriminatoria in base alla nazionalità, ossia non dipendono da un trattamento differenziato del cittadino comunitario rispetto al cittadino nazionale. Sul punto, si rinvia al bel saggio di E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: toward a (non) – economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, 737 ss.

comunitario avesse saputo prima di trasferirsi in un altro Stato membro che i suoi figli non avrebbero potuto proseguire gli studi una volta che egli avesse smesso di lavorare, sarebbe stato dissuaso dall'emigrare in quello Stato; se il cittadino avesse saputo che, una volta sposatosi all'estero, non avrebbe potuto fare ritorno nello Stato di origine con il proprio coniuge, non sarebbe neppure partito.

In altre sentenze, invece, il solo parametro comunitario scritto non è sufficiente per risolvere le questioni pregiudiziali e la Corte ricorre al principio generale del rispetto della vita familiare, traendolo dall'art. 8 della Convenzione europea. Sin dalle sentenze più risalenti, addirittura dalla prima sentenza in materia, *Commissione c. Germania* del 1989, l'art. 8 è attivato in funzione interpretativa del diritto comunitario secondario. Tale utilizzo è stato ribadito anche in casi più recenti, per esempio in un inciso della sentenza *Baumbast* del 2002 o nella sentenza *Eind* del 2007, sempre in riferimento all'ambito di applicazione del regolamento n. 1612/68. In queste ipotesi, l'art. 8 della Convenzione consente alla Corte, affiancandosi al criterio dell'effetto utile, di giustificare un'interpretazione estensiva delle disposizioni secondarie.

In casi più recenti, quali le sentenze *Carpenter* del 2002 e *Akrich* del 2003, l'art. 8 assume una funzione in qualche modo ulteriore, di integrazione delle stesse norme del Trattato.

Nonostante ciò non emerga con chiarezza dalle singole decisioni, è mia opinione che la Corte ricorra a tale integrazione in ipotesi ben precise, quando la fattispecie ricade nell'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, ma non nell'ambito di applicazione della legislazione secondaria di settore. In altre parole, ove non possono applicarsi le disposizioni espresse che regolano il ricongiungimento contenute in regolamenti e direttive, la Corte che voglia assicurare comunque il diritto al ricongiungimento deve fare ricorso al principio generale non scritto di cui all'art. 8 della Convenzione. In tal modo, l'art. 8 induce ad una interpretazione conforme al rispetto della vita familiare non solo il diritto derivato, ma lo stesso diritto primario. L'art. 8 è, dunque, fonte di un principio comunitario che incide direttamente sulle disposizioni primarie del Trattato, ampliandone il contenuto e l'ambito di applicazione.

Se si pensa alla struttura dei giudizi in cui la Corte di Giustizia effettua un controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di misure statali ricordati all'inizio del capitolo, ossia controllo su misure nazionali di attuazione del diritto comunitario, ovvero controllo su misure nazionali che limitano le libertà fondamentali del Trattato, ne risulta che i diritti fondamentali parrebbero costruiti dalla giurisprudenza comunitaria essenzialmente come limiti, alla legislazione comunitaria come alla legislazione nazionale. Tuttavia, nelle fattispecie esaminate, il principio del rispetto della vita familiare assume un significato in qualche modo diverso da quello di mero limite negativo. In altre parole, non indica soltanto ciò che lo Stato non può fare, ma, più spesso, cosa lo Stato deve fare, al fine di realizzare un diritto ulteriore dell'individuo garantito dal diritto comunitario, il diritto all'unità familiare. Vi è, dunque, un profilo positivo di tutela che si pone a vantaggio del singolo individuo interessato.

Sotto il profilo materiale, numerosi aspetti accomunano la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo. Innanzitutto, la famiglia non è tutelata come nucleo da proteggere nel suo insieme, ma attraverso la garanzia dei diritti dei suoi singoli componenti. Ciò è particolarmente evidente nelle decisioni della Corte di Giustizia, in cui per ciascuno dei familiari, singolarmente considerato, è ricostruito il diritto di risiedere nello Stato ospitante, a partire dai bambini, per toccare le madri ed arrivare ai padri – penso alla sentenza *Baumbast*. Ciò si spiega perché la famiglia, in entrambi i sistemi di riferimento, non è destinataria di diritti in quanto tale, ma lo sono i suoi membri, cui è attribuito il diritto individuale alla protezione dei rapporti familiari.

In secondo luogo, il principio comunitario del rispetto della vita familiare si conforma esattamente al contenuto del diritto al rispetto della vita familiare elaborato dalla Corte di Strasburgo in seno all'art. 8 della Convenzione, in relazione a fattispecie di ricongiungimento ed espulsione dello straniero. Sia in *Carpenter* che in *Akrich*, infatti, la Corte di Giustizia non soltanto rinvia alla sentenza di Strasburgo *Boultif* del 2001, in cui i criteri di giudizio connessi al rispetto della vita familiare sono espressamente sistematizzati, ma fa diretta applicazione di quei medesimi criteri, in un caso ritenendo sproporzionata la

misura espulsiva, in un altro rinviando al giudice *a quo* la valutazione delle circostanze del caso³⁵⁸. La corrispondenza dei criteri in astratto, prima ancora che nella loro applicazione ad un caso, è ancor più evidente nella sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 2006. Vi è, pertanto, una perfetta coincidenza tra il contenuto assegnato dalla Corte di Giustizia al principio del rispetto della vita familiare e il contenuto che quel principio ha nella giurisprudenza di Strasburgo.

Per altri aspetti, invece, le due giurisprudenze si distanziano. Vero è che la tutela assicurata dalla Corte di Giustizia appare “faticosa” dal punto di vista dell’argomentazione. Ciò deriva dalla mancanza di una disposizione primaria espressa in tema di protezione familiare. L’iter motivazionale si fa a volte contorto, oscillando tra argomenti letterali, sistematici e teleologici volti a giustificare l’applicazione estensiva delle disposizioni secondarie che attribuiscono tutela diretta al ricongiungimento e l’esigenza, di cui si è detto, di applicare direttamente le disposizioni del Trattato, arricchite dall’apporto dell’art. 8 della Convenzione.

Dal punto di vista della sostanza, inoltre, la protezione della famiglia nell’ordinamento comunitario è sempre indiretta e passa necessariamente attraverso il diritto di soggiorno. Il diritto di stare insieme, in altre parole, può essere nell’ordinamento comunitario tutelato solo indirettamente, attraverso il diritto di vivere nello stesso luogo. Questa è una conseguenza, ovviamente, della nascita della protezione della famiglia come accessorio della libera circolazione dei lavoratori. E’ del pari evidente, tuttavia, che le sentenze esaminate rivelano un’evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sin dalla sentenza *Commissione c. Germania* del 1989, in tema di frequenza dei controlli sull’adeguatezza dell’alloggio, l’esigenza di tutela della vita familiare e

³⁵⁸ La giurisprudenza della Corte, pertanto, smentisce quanto affermato dall’Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni alla causa C-1/05, *Jia*, depositate il 27 aprile 2006, secondo cui nelle fattispecie di espulsione di cui alle sentenze *Carpenter* e *Akrich* i giudizi nazionali sarebbero tenuti al rispetto dell’art. 8 non in forza del diritto comunitario, bensì in forza dell’adesione dei rispettivi Stati di appartenenza alla CEDU (§73), dunque nell’ambito del sistema convenzionale. Invero, le citate decisioni lasciano intendere che il principio del rispetto della vita familiare di cui il giudice è chiamato a fare applicazione, laddove la fattispecie concreta è stata giudicata rilevante per il diritto comunitario, sia di matrice comunitaria, con l’ulteriore conseguenza che i criteri indicati dalla Corte di Giustizia per tale applicazione sono direttamente ed immediatamente vincolanti.

L'esigenza di garantire al massimo livello la libera circolazione sono venute a coincidere, favorendo il medesimo risultato concreto: la permanenza del lavoratore migrante nello Stato ospitante. Inizialmente, tuttavia, la protezione della vita familiare era decisamente accessoria e subordinata alla realizzazione di un libero mercato di lavoratori, dunque ad un obiettivo di carattere economico. Nelle sentenze pronunciate nell'ultimo decennio, tale priorità sembra essersi affievolita, a favore di una tutela della vita familiare più intensa anche indipendentemente dalla sussistenza di effettivi e pressanti fattori connessi all'esercizio di una libertà fondamentale del mercato. Nelle sentenze *Carpenter*, *Baumbast*, *Chen*, fino alle recenti *Jia* e *Eind*, è evidente che la Corte di Giustizia si sforza di attivare tutti gli strumenti normativi e interpretativi a sua disposizione per garantire la massima tutela all'unità familiare del cittadino migrante. La ricerca dell'interpretazione della disposizione primaria o secondaria che consenta al ricorrente di continuare il suo soggiorno in un dato luogo nonostante il marito non vi lavori più, nonostante il divorzio, nonostante non vi sia alcun esercizio di attività economica rilevante, costituisce la chiara dimostrazione che ciò cui la Corte mira non è tanto la massima espansione di un mercato unico economico, ma la tutela di diritti personali, ossia di diritti appartenenti alla persona come tale e non in quanto soggetto economicamente attivo. A tal fine, come già detto, un ruolo fondamentale è affidato alla cittadinanza dell'Unione.

I risultati concreti sono positivi. Dal punto di vista della capacità di soddisfare la richiesta dei ricorrenti di proteggere l'unità familiare quando disposizioni nazionali vorrebbero romperla, la tutela che la Corte di Giustizia assicura finisce per essere equivalente a quella garantita dalla Corte di Strasburgo.

Non bisogna sottovalutare, tuttavia, alcuni limiti probabilmente invalicabili per il giudice europeo. Essi emergono proprio esaminando l'istituto della cittadinanza. Anche questo ulteriore parametro ha un ambito di applicazione limitato, in quanto richiede sempre un elemento transfrontaliero. Fattispecie analoghe al caso *Carpenter*, per esempio, non troverebbero probabilmente una soluzione più lineare nell'attivazione della cittadinanza dell'Unione. Ciò perché, in fattispecie siffatte, il cittadino rivendica il diritto al ricongiungimento nei confronti del proprio Stato di origine, mentre la condizione minima per aversi applicazione

della cittadinanza è data, come si è visto nelle sentenze *Garcia Avello* e *Chen*, dal soggiorno in un altro Stato membro diverso da quello di cui si ha la nazionalità.

Ma questo è probabilmente, allo stato attuale, un limite intrinseco alla struttura dell'ordinamento comunitario.

6. Conclusioni in merito alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto al nome, parità di trattamento degli omosessuali e dei transessuali e ricongiungimento familiare

Nei precedenti paragrafi sono state analizzate le sentenze della Corte di Giustizia relative al diritto al nome, alla parità di trattamento dei transessuali e degli omosessuali e al ricongiungimento dei familiari di un cittadino comunitario con il familiare proveniente da un Paese terzo. Esse sono state oggetto di confronto con le sentenze della Corte di Strasburgo relative anch'esse a fattispecie analoghe.

Dall'analisi è emerso che per la Corte di Strasburgo la tutela del nome, dell'identità sessuale e dell'orientamento sessuale costituiscono tutte componenti del diritto al rispetto della vita privata, mentre la tutela del ricongiungimento familiare rappresenta un aspetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, invece, queste medesime posizioni soggettive ricevono tutela nell'ambito delle libertà fondamentali a contenuto economico garantite dal Trattato o del principio di parità di trattamento.

Vero è, e questo va sottolineato, che la stessa conformazione delle fattispecie spiega in parte l'attivazione di parametri in apparenza così diversi nella giurisprudenza delle due Corti.

Se, infatti, Strasburgo ha riconosciuto tutela all'orientamento sessuale degli omosessuali in relazione a legislazioni penali repressive degli atti di sodomia, alla Corte di Lussemburgo sono state poste ben diverse questioni attinenti all'equiparazione tra soggetti omosessuali ed eterosessuali nel godimento dei benefici connessi alla retribuzione, dunque in materia di lavoro.

Ciò detto, si è visto come in definitiva il risultato concreto conseguito dai soggetti interessati in forza della giurisprudenza delle due Corti possa essere il medesimo, indipendentemente dai parametri attivati. In materia di diritto al nome, per

esempio, il diritto di conservare il cognome è stato riconosciuto sia dalla Corte di Strasburgo, in forza del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione, sia dalla Corte di Lussemburgo, alla luce della libertà di circolazione.

Soffermandoci sulla giurisprudenza comunitaria, dall'analisi effettuata è emerso che i principi di libertà di circolazione, libertà di stabilimento o libera prestazione di servizi svolgono una duplice funzione. Da un lato, il loro concreto esercizio costituisce presupposto per la rilevanza comunitaria della situazione concreta sottoposta al giudice del Lussemburgo. Tale esercizio realizza un presupposto preliminare necessario all'esame della questione pregiudiziale, in assenza del quale il diritto comunitario non entra in gioco. Se la fattispecie concreta non ricade nella sfera delle attribuzioni materiali comunitarie, la Corte di Giustizia è priva della competenza per rispondere alla questione pregiudiziale. In questo senso, si ricordino le cosiddette "situazioni puramente interne", analizzate in materia ricongiungimento familiare.

Sotto altro profilo, le libertà fondamentali o il principio di parità di trattamento nella retribuzione costituiscono il parametro per la valutazione nel merito delle questioni, siano esse relative al diritto al nome, alla tutela degli omosessuali, dei transessuali o al ricongiungimento familiare. A volte questo parametro opera da solo, nel senso che la sua interpretazione è sufficiente per risolvere la questione pregiudiziale. L'interpretazione estensiva che ne dà la Corte di Giustizia lo rende, infatti, in grado di fornire tutela anche a posizioni soggettive quali il diritto al nome o l'identità sessuale, usualmente qualificate negli ordinamenti nazionali come diritti della personalità³⁵⁹.

Infatti, nonostante una giurisprudenza consolidata affermi che la tutela dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario "*si ispira*" alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in realtà spesso la Corte di Giustizia assicura la tutela di

³⁵⁹ N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 636, dà conto delle critiche sviluppatesi nella dottrina tedesca, in particolare da Mager, a proposito della tendenza della Corte ad "incorporare" nelle libertà fondamentali diritti della personalità, distorcendone la portata originaria.

alcuni diritti della persona attraverso la sola interpretazione delle libertà economiche classiche disciplinate nei Trattati istitutivi, dunque del parametro comunitario per così dire “interno”. Se la lettera e lo scopo delle norme parametro lo consentono, la Corte preferisce ancorare a tale parametro posizioni soggettive che non hanno una dimensione propriamente economica, piuttosto che ricostruire il diritto garantito sulla base delle fonti “esterne” costituite dalle tradizioni costituzionali e dalla CEDU.

Altre volte, invece, il parametro primario scritto è affiancato da un principio generale non scritto tratto proprio dalla Convenzione europea, sia esso il diritto dei transessuali di contrarre matrimonio, ai sensi dell’art. 12 della Convenzione europea, o il rispetto della vita familiare, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione. Il principio secondo il quale i transessuali hanno diritto di sposarsi ai sensi dell’art. 12 della Convenzione è, infatti, determinante per la soluzione della questione relativa al diritto alla pensione di reversibilità del convivente transessuale affrontata nella sentenza *K.B.* del 2004. Analogamente, il principio del rispetto della vita familiare è necessario alla Corte per assicurare l’unità familiare dei coniugi Carpenter, giudicando sproporzionata la misura nazionale di espulsione della moglie. Parallelamente, ma in senso contrario, nelle sentenze relative all’omosessualità la Corte ritiene di non poter estendere l’art. 141 TCE sulla parità di trattamento tra uomo e donna nella retribuzione alle discriminazioni fondante sull’orientamento sessuale e che, parimenti, non esista allo stato un principio fondamentale non scritto tratto dalle legislazioni e prassi degli Stati membri che garantisca l’equiparazione tra le coppie omosessuali e eterosessuali nel godimento di benefici sociali.

E’ necessario, quindi, soffermarsi sullo schema decisorio entro il quale opera il parametro ulteriore costituito da un principio tratto dalla Convenzione europea, partendo dai modelli di decisione di cui si è dato conto all’inizio del capitolo.

La tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia si svolge tradizionalmente secondo una duplice modalità. Da un lato, la Corte verifica il rispetto dei diritti fondamentali da parte di atti comunitari, sul modello della sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 2006. Dall’altro, la Corte verifica che siano

conformi ai diritti fondamentali provvedimenti nazionali adottati in attuazione del diritto comunitario, sul modello della sentenza *Wachauf* del 1989, ovvero derogatori rispetto alle libertà fondamentali garantite dai Trattati, sul modello della sentenza *ERT* del 1991.

Nella sentenza *ERT*, la Corte di Giustizia adotta uno schema di decisione che potrebbe dirsi paradigmatico e che si caratterizza per la seguente struttura: verifica della rilevanza comunitaria della questione; accertamento dell'incidenza della misura nazionale sull'esercizio di una libertà fondamentale del Trattato; verifica della ammissibilità della misura alla luce delle clausole derogatorie, secondo il criterio di proporzionalità. In tale ultimo passaggio, la Corte sottopone la misura nazionale all'ulteriore parametro costituito dal rispetto dei diritti fondamentali, quali principi generali dell'ordinamento comunitario.

E' mio parere che anche le sentenze esaminate in cui viene in gioco un principio generale tratto dalla Convenzione europea rispondano a questo schema, ma con una variante.

In *K.B.* del 2004, il principio per il quale i transessuali godono della capacità matrimoniale è parametro ulteriore rispetto al principio della parità di trattamento, cui deve conformarsi la legislazione nazionale in materia di attribuzione della pensione di reversibilità. Così, in *Carpenter* e in *Akrich* il principio del rispetto della vita familiare vincola misure nazionali di espulsione del familiare di un cittadino comunitario che non goda del diritto di soggiorno. La variante consiste nel fatto che il principio generale non è attivato in questi casi soltanto come limite delle misure nazionali, ma comporta la diretta attribuzione al singolo di un diritto distinto ed ulteriore rispetto al solo godimento della libertà fondamentale garantita dal Trattato, per esempio il diritto dei transessuali di sposarsi, ovvero il diritto al ricongiungimento familiare anche al di fuori delle espresse condizioni prescritte dalle norme comunitarie derivate. In qualche modo, dunque, il principio generale tratto dalla Convenzione europea funge da limite alla legislazione nazionale, ma ha del pari una portata innovativa per il singolo, poiché arricchisce il nucleo di diritti fondamentali di origine comunitaria di cui questi può valersi, e una portata impositiva per le autorità nazionali, perché impone agli Stati di attivarsi per il concreto godimento del nuovo diritto enunciato.

Ma vi è un passaggio ulteriore cui si è già accennato. L'attivazione del parametro ulteriore non scritto in funzione di controllo delle misure nazionali incidenti su una libertà fondamentale opera nel momento in cui non esiste una legislazione secondaria di settore puntualmente applicabile alla fattispecie. Ove, dunque, entro lo spazio di esercizio di una libertà fondamentale, non si rinvergono norme secondarie espresse applicabili estensivamente, lungi dal disporre di una ampia discrezionalità, le autorità nazionali restano ugualmente soggette ai principi non scritti tratti dalla Convenzione europea o comunque comuni agli Stati membri.

In sostanza, l'esistenza di un principio non scritto comune agli ordinamenti nazionali è sufficiente a costituire un limite implicito al margine discrezionale delle singole autorità nazionali. Che l'elemento della comunanza tra gli ordinamenti costituisca un fattore necessario e sufficiente per l'individuazione di un principio non scritto direttamente applicabile alla generalità degli Stati è espresso con chiarezza nella sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 2006, ove si dice che i trattati internazionali in materia di diritti umani, in particolare la Convenzione europea e, in quel caso, la Convenzione del Fanciullo delle Nazioni Unite, contribuiscono a creare il principio – parametro proprio in quanto comuni a tutti gli Stati membri.

Riprendendo ora il ragionamento sul margine di apprezzamento condotto nel primo capitolo a proposito della giurisprudenza di Strasburgo e applicandolo allo schema decisorio descritto, si ottiene un risultato per certi versi sorprendente. Ne emerge che, nella sfera delle attribuzioni comunitarie disegnate dal Trattato, ove non sia intervenuta una disciplina secondaria espressa, ma la Corte di Giustizia ritenga egualmente esistente un principio generale del diritto tratto dalla Convenzione europea, le autorità nazionali che agiscano quali soggetti del diritto comunitario sono titolari di una porzione di discrezionalità identica a quella loro riconosciuta dalla Corte di Strasburgo nel sistema convenzionale. In definitiva, dunque, l'esigenza di rispettare lo standard minimo richiesto da Strasburgo diventa del pari esigenza propria dell'ordinamento comunitario. Il margine discrezionale viene, infatti, a coincidere nell'uno e nell'altro sistema di riferimento, nel sistema convenzionale di protezione dei diritti come nell'ordinamento comunitario. Ovviamente, si badi, ciò che la Corte di Giustizia

richiede è il rispetto in negativo dello stesso standard minimo, mentre gli Stati restano singolarmente liberi di garantire una protezione maggiore alla situazione soggettiva interessata.

Se si volesse spiegare il fenomeno per cui la Corte di Giustizia si allinea alla giurisprudenza di Strasburgo nei casi in cui alla fattispecie non sia applicabile il diritto comunitario derivato, potrebbero darsi più interpretazioni. Innanzitutto, rispetto al rapporto tra Unione e Stati, potrebbe dirsi che, pur in assenza di una normazione secondaria espressa, il diritto comunitario debba garantire un livello di tutela di situazioni soggettive ricadenti nell'esercizio delle libertà economiche almeno pari a quello assicurato da Strasburgo. In altre parole, se una certa condotta è già tutelata ai sensi della Convenzione europea, con conseguente limitazione della discrezionalità statale, non c'è motivo di non tutelare quella condotta anche nell'ordinamento comunitario. Alle autorità nazionali, insomma, non si impone alcuna nuova obbligazione cui esse non fossero già sottoposte.

Guardando il fenomeno dal punto di vista delle dinamiche interne all'ordinamento comunitario, l'adesione alla giurisprudenza di Strasburgo potrebbe però anche intendersi come una forma di *self restraint* nei confronti del legislatore comunitario, ossia degli stessi Stati membri che agiscono in veste di legislatore. Sicuramente in materia di parità di trattamento tra coppie omosessuali ed eterosessuali e in materia di ricongiungimento familiare del cittadino terzo, ai sensi della direttiva n. 2003/86, la Corte ha dimostrato di non voler anticipare scelte che il legislatore comunitario non aveva ancora compiuto, né di voler sostituire la propria "misura" di tutela in concreto di un diritto fondamentale a quella che risulta dall'insieme delle disposizioni faticosamente adottate dagli Stati membri all'unanimità. Se, come emerge chiaramente nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*, la tutela garantita nella direttiva impugnata rispetta lo standard minimo richiesto in quel frangente dalla Convenzione europea, la Corte, pur potendo in astratto esigere una tutela più intensa del principio che quelle norme attuano, rispetta le decisioni del legislatore comunitario, evitando di rompere i delicati equilibri di cui la disciplina sindacata è il frutto.

E' chiaro che, nel momento in cui gli Stati stessi decidessero di accrescere le competenze comunitarie, ovvero le istituzioni comunitarie si determinassero ad attuare una competenza esistente con una nuova disciplina espressa, il grado di tutela assicurato dalle norme comunitarie ben potrebbe essere più intenso per il singolo individuo dello standard minimo di protezione richiesto dalla Convenzione europea nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. Ma fintanto che il legislatore comunitario non si sia ancora attivato, in settori materiali sensibili per i Governi, nel caso delle politiche migratorie, ovvero per l'opinione pubblica degli Stati membri, per i temi afferenti all'identità sessuale, all'orientamento sessuale e ai nuovi modelli familiari, è probabilmente giustificata la prudenza della Corte di Giustizia, prudenza che si manifesta proprio nell'adesione alla giurisprudenza di Strasburgo che sia già intervenuta in tali settori materiali.

CAPITOLO III

IL RAPPORTO TRA LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO, LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI LUSSEMBURGO E LA CARTA DI NIZZA

SOMMARIO: 1. L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO E DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA REDAZIONE DELLA CARTA DI NIZZA; 1.2 IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA NEI LAVORI PREPARATORI ALLA REDAZIONE DELLA CARTA DI NIZZA; 1.3 IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA FAMILIARE NEI LAVORI PREPARATORI ALLA REDAZIONE DELLA CARTA DI NIZZA; 2. L'INFLUENZA DELLA CARTA DI NIZZA SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEL LUSSEMBURGO.

L'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia relativa ad alcuni aspetti della tutela della vita privata e familiare ha coinvolto decisioni sia precedenti che successive alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avvenuta a Nizza il 7 – 9 dicembre 2000³⁶⁰. Si è deciso, infatti, di analizzare nel dettaglio alcuni filoni giurisprudenziali relativi a fattispecie analoghe nella giurisprudenza delle due Corti, considerandoli in una dimensione temporale diacronica, che comprendesse sia le sentenze antecedenti che quelle successive alla proclamazione della Carta. Ciò al fine di consentire al lettore di avere un quadro completo delle conclusioni ad oggi raggiunte da ciascuna Corte per ogni singolo filone considerato e di effettuare un confronto tra gli stessi.

In quest'ultima parte del nostro lavoro, invece, si tenterà di valorizzare il rapporto tra le citate giurisprudenze e la Carta di Nizza, distinguendo all'interno dei filoni esaminati nei precedenti capitoli le sentenze precedenti alla proclamazione della Carta, sì da fotografare quale fosse lo stato della giurisprudenza sino ad allora raggiunto e valutare, di conseguenza, il contributo che essa possa aver dato nella scelta della formulazione dell'articolato di Nizza. In un secondo momento, si riprenderanno brevemente le pronunce successive all'elaborazione della Carta, onde verificare se e in che misura la Carta stessa abbia influenzato queste decisioni. Rinviano ai capitoli precedenti per la loro puntuale analisi, si vuole in questa sede fornire un breve quadro d'insieme dell'uso che ad oggi sia stato fatto

³⁶⁰ Per una rapida descrizione delle tappe che hanno condotto alla redazione della Carta di Nizza, A. PIZZORUSSO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, G. ROLLA (a cura di), Torino, 2001, 103-112.

dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo della Carta di Nizza in relazione ai diritti che si sono esaminati.

1. L'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla redazione della Carta di Nizza

Come detto, scopo del nostro lavoro è anche quello di accertare in che misura le elaborazioni delle due Corti relative ad alcuni aspetti della vita privata e familiare abbiano influito sulla redazione della Carta di Nizza. Si vuole, in altre parole, verificare se i suoi redattori abbiano coscientemente deciso di riprendere o discostarsi da quelle giurisprudenze nella formulazione del testo definitivo della Carta.

Tale esame necessita di una premessa metodologica. Le riflessioni che seguono costituiscono il frutto dell'analisi dei diversi progetti di Carta che si sono susseguiti nel corso dei lavori della Convenzione e degli emendamenti proposti dai delegati. Non sono, invece, disponibili resoconti puntuali né sommari dei dibattiti tenutisi in Convenzione, di cui resta la prova storica soltanto in alcune registrazioni audio. Tali registrazioni, conservate negli archivi delle istituzioni comunitarie, non sono state acquisite, poiché si è ritenuto ai nostri fini sufficiente l'esame del dato testuale e delle spiegazioni scritte redatte dai singoli delegati a commento degli emendamenti proposti.

Un secondo elemento deve essere tenuto in considerazione, relativo questa volta al metodo di lavoro adottato dalla Convenzione. Il primo progetto di Carta, come anche i successivi, non fu elaborato liberamente dalla Convenzione, bensì venne predisposto dal Presidium, organo con funzione di stimolo e coordinamento dei lavori dell'aula. Il fatto che fosse compito del Presidium elaborare un primo progetto di Carta, base di partenza dei lavori in seno alla Convenzione, costituiva una espressa prescrizione del "mandato" affidato dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999. La dichiarazione conclusiva di tale Consiglio definiva la composizione della cosiddetta Assemblea - che si sarebbe poi autonomamente proclamata "Convenzione" nella prima sessione del 1-2 febbraio 2000 -, le affidava il compito di eleggere il Presidente e ne definiva i metodi di lavoro. Nel rispetto del principio di trasparenza, si ammetteva la possibilità di

creare gruppi di lavoro e si affidava, appunto, espressamente ad un “ufficio di presidenza”, definito “comitato di redazione” o “Presidium”, il compito di elaborare un testo preliminare della Carta.

Una volta predisposto il primo progetto della Carta, del 15 febbraio 2000, il Presidium chiarì all’assemblea che due erano le valutazioni da compiere³⁶¹: innanzitutto, decidere se i diritti inseriti “*debbano figurare nella carta*”; in caso affermativo, esaminarne la redazione. Il testo proposto non era dunque “congelato” dal punto di vista dei diritti oggetto di protezione, bensì rientrava nella disponibilità dei delegati decidere sia dell’esistenza che del contenuto dei diritti ivi contenuti.

Fatte queste premesse, è possibile introdurre l’esame dei lavori preparatori.

I diritti di cui ci siamo occupati nei capitoli precedenti, oggetto del confronto tra giurisprudenze, costituiscono tutti profili del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 della Convenzione europea. In particolare, il diritto all’integrità fisica e psichica, il diritto al nome, il diritto all’identità sessuale e alla tutela dell’orientamento sessuale sono per la Corte di Strasburgo elementi del rispetto della vita privata. Il ricongiungimento familiare, invece, è un aspetto della vita familiare.

Partendo dalla fine del percorso che andremo ad esaminare, l’art. 7 della Carta dei diritti dell’Unione europea, inserito nel Capo II «*Libertà*» e rubricato «*Rispetto della vita privata e familiare*», recita:

«Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

Il testo è identico alla formulazione dell’art. 8 della Convenzione europea, con un’unica differenza: al termine «*corrispondenza*» è stato sostituito il termine «*comunicazioni*».

³⁶¹ CHARTE 4123/1/00 REV 1 del 15 febbraio 2000 (OR.f). Il documento è intitolato “*Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, - Proposta di articoli*” ed è accompagnato da un’introduzione esplicativa in cui si precisano i due passaggi che devono affrontare i componenti della Convenzione di cui si dà conto nel testo.

Parimenti, l'art. 9 della Carta, contenuto nel medesimo Capo e rubricato «*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*», stabilisce:

«Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»

Il testo si discosta in parte dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, intitolato «*Diritto al matrimonio*», che prevede:

«A partire dall'età matrimoniale, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

La differenza consiste nel fatto che l'art. 9 della Carta di Nizza non contiene più il riferimento ad una età minima per contrarre matrimonio, né la specificazione relativa alla condizione dell'appartenenza dei coniugi al sesso opposto - "uomo" e "donna"- quale requisito per l'accesso all'istituto matrimoniale. Permane invariata, invece, la distinzione tra diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia, come pure l'ancoraggio di entrambi questi diritti alle relative legislazioni nazionali.

Al di là dell'identità o differenza tra i testi, si tratta, tuttavia, di comprendere se e in che misura vi siano state spinte all'interno della Convenzione per una modificazione del dettato della Convenzione di Roma. L'analisi che segue darà conto dei lavori preparatori, distinguendo il profilo del rispetto della vita privata, di cui all'art. 7 della Carta di Nizza, dal profilo del diritto al rispetto della vita familiare e del diritto di sposarsi e formare una famiglia, di cui agli articoli 7 e 9 della Carta.

1.2 Il diritto al rispetto della vita privata nei lavori preparatori alla redazione della Carta di Nizza

Durante l'elaborazione del progetto di Carta si era ipotizzato di specificare il contenuto del diritto rubricato "*Rispetto della vita privata e familiare*" con un espresso riferimento prima all'identità personale, in seguito al diritto all'onore e alla reputazione.

In particolare, nel primo Progetto di Carta redatto dal Presidium, che costituì la base di partenza per le successive elaborazioni della Convenzione, l'allora art. 8 recitava:

Art. 8, Rispetto della vita privata e familiare

1. *“ Chiunque ha diritto al rispetto e alla protezione della propria identità.*
2. *E' garantito il rispetto della vita privata e familiare, della reputazione, del domicilio e delle comunicazioni, indipendentemente dal supporto di queste”*

Le motivazioni che accompagnavano la disposizione, redatte per ogni articolo al fine di indicare ai delegati le fonti del diritto che il Presidium aveva ritenuto di inserire nel Progetto, riferivano che l'articolo in questione “*riprende l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*”. Il richiamo al “*supporto*” delle comunicazioni mirava a chiarire, nell'intento dei proponenti, che la protezione offerta dalla disposizione andava applicata anche alle comunicazioni via internet. Si faceva, inoltre, un rapido cenno all'art. 6 della dichiarazione del Parlamento europeo del 1989.

In effetti, il diritto all'identità era contemplato nell'art. 6 della Dichiarazione relativa ai diritti e alle libertà fondamentali adottata dal Parlamento europeo il 12 aprile 1989:

- “1. Chiunque ha diritto al rispetto e alla protezione della propria identità*
- 2. E' garantito il rispetto della vita privata e della vita familiare, della reputazione, del domicilio e delle comunicazioni private”.*

Il diritto all'identità, come anche il diritto alla reputazione, era stato, dunque, estrapolato dal Presidium da un atto comunitario di indirizzo quale la Dichiarazione del Parlamento europeo, che ipotizzava già nel 1989 l'adozione di un catalogo di diritti proprio ed autonomo nell'ordine giuridico comunitario.

Nel “commento” allegato al primo Progetto di Carta, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è citato e ripreso tale e quale senza alcun riferimento

alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque senza un richiamo alle sentenze in cui il giudice convenzionale era giunto a proteggere alcuni aspetti dell'identità personale. Nulla si dice neppure sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, pur essendo all'epoca già intervenuta la sentenza *Kostantinidis* del 1993, che riconosceva una tutela al diritto alla conservazione del proprio cognome funzionale all'esercizio della libertà di stabilimento e prestazione di servizi, nonché la sentenza *P. c. S.* del 1996, sul divieto di licenziamento di un soggetto transessuale quale aspetto del divieto di discriminazione in base al sesso nella retribuzione.

Un rapido sguardo d'insieme, tuttavia, rivela che i "commenti" alle disposizioni di questo primo Progetto, come anche quelle allegate ai successivi Progetti, nel complesso fanno scarsamente rinvio alla giurisprudenza delle due Corti.

Limitandoci per ora all'esame del primo progetto Preliminare, si ricorda un'unica sentenza della Corte di Strasburgo, *Airey* del 9 ottobre 1979, in relazione all'art. 5, *Diritto ad un processo equo*. Il Presidium precisa che la formulazione proposta riprende l'art. 6 CEDU e l'art. 19 della Dichiarazione del Parlamento europeo del 1989 e che "*in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati non hanno l'obbligo assoluto di istituire un sistema di assistenza legale per tutte le cause civili. Essi devono prevedere un'assistenza legale solo allorché la mancanza di tale assistenza non garantirebbe un ricorso effettivo*" e conclude: "*Neanche in questo settore esistono principi comuni agli Stati membri*".

Per la Corte di Giustizia, si cita la sola sentenza *Johnston* del 15 maggio 1986, C-222/84. Ciò accade in relazione all'art. 4, *Diritto ad un ricorso effettivo*, ove nelle spiegazioni si afferma che con tale decisione la Corte ha riconosciuto l'esistenza di tale diritto nel diritto comunitario.

Normalmente l'indicazione delle fonti si limita, pertanto, al rinvio al testo della Convenzione europea e/o al testo della Dichiarazione del Parlamento europeo, o ancora al testo di un altro Trattato internazionale.

Per quest'ultimo aspetto, nel primo Progetto, in nota all'art. 2 sull'integrità fisica, psichica e genetica si cita la convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina. In nota all'art. 9, *Vita familiare*, che si analizzerà tra breve, si ipotizza un rinvio alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del

fanciullo del 20 novembre 1989, con una precisazione importante: *“Occorre tuttavia chiedersi se sia opportuno il riferimento a uno strumento esterno all’Unione, che potrebbe avere un’evoluzione autonoma. La questione si pone in altri termini per la convenzione europea dei diritti dell’uomo, espressamente menzionata nel trattato”*.

La pressoché totale assenza di riferimenti espressi alla giurisprudenza è particolarmente indicativa. Se si pensa che il primo Progetto aveva il compito di gettare le basi ed indirizzare la successiva discussione, evidenziandone gli elementi rilevanti, si deve concludere che il Presidium non ritenne utile dare conto delle molteplici sfaccettature raggiunte dalle due giurisprudenze nella materia in oggetto, preferendo limitarsi ad un richiamo a fonti scritte preesistenti, quali la Convenzione europea o la Dichiarazione del Parlamento del 1989.

Nelle bozze di Carta successive redatte dal Presidium, il Presidium propone di scindere il profilo del rispetto della vita privata da quello della vita familiare, per accorpate quest’ultimo al diritto di sposarsi e di fondare una famiglia. Per ciò che attiene alla vita privata, spariscono dal testo in origine proposto il “diritto all’identità” ed il diritto “alla reputazione”.

In particolare, nel successivo Progetto dell’8 marzo 2000, l’articolo divenuto relativo al solo rispetto della vita privata e provvisoriamente numerato come art. 12, recita:

“Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata, del proprio onore, del proprio domicilio e del segreto delle sue comunicazioni”.

Il commento allegato non contiene alcuna spiegazione sulla eliminazione dell’identità personale. Si chiarisce, invece, che l’aggiunta del diritto all’onore si giustifica alla luce di numerose costituzioni nazionali³⁶². Non vi è però alcun rinvio espresso alle disposizioni costituzionali ritenute rilevanti.

³⁶² CHARTE 4149/00, CONVENT 13, del 8 marzo 2000, *“Nuova proposta di redazione degli articoli da 1 a 12 (ora da 1 a 16)”*. Nel commento che accompagna l’articolo ora figurante come 12 si legge: *“Rispetto al testo della convenzione è stato aggiunto il riferimento all’onore, ripreso da numerose costituzioni nazionali”*.

Nella successiva bozza del 5 maggio 2000, accanto all'onore ricompare il “rispetto della propria reputazione”³⁶³, senza alcuna spiegazione.

La bozza del 5 maggio 2000 costituisce il testo sul quale i delegati furono invitati a presentare emendamenti³⁶⁴. Gli emendamenti proposti andavano in due direzioni.

Da un lato, vi è stato chi invitava il Presidium a riprendere esattamente il testo dell'art. 8 della Convenzione europea. Questa, in particolare, era la posizione espressa dai delegati del Parlamento svedese³⁶⁵, olandese³⁶⁶ e inglese³⁶⁷, nonché da un rappresentante del Parlamento europeo³⁶⁸. Dalle relazioni accompagnatorie agli emendamenti emerge che l'istanza di una più puntuale adesione al testo della Convenzione europea si fondava su due ordini di ragioni. Traspare innanzitutto il timore di un conflitto tra Corti. Si pensa che una portata “innovativa” delle disposizioni della Carta, derivante dall'inserimento di diritti non previsti nella CEDU, possa dare vita ad un filone interpretativo nuovo potenzialmente concorrenziale rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In secondo luogo è presente, soprattutto nei delegati di nazionalità inglese, la preoccupazione che i diritti fondamentali possano costituire un veicolo per l'allargamento delle

³⁶³ CHARTE 4284/00, CONVENT 28, del 5 maggio 2000, “Nuova proposta per gli articoli da 1 a 30 (Diritti civili e politici e diritti del cittadino)”.

³⁶⁴ Gli emendamenti presentati dai delegati sono raccolti analiticamente in CHARTE 4332/00, CONVENT 35, del 25 maggio 2000, classificati per articolo e per paragrafo. Gli emendamenti relativi all'art. 12 si trovano alle pagine da 274 a 291. CHARTE 4360/00, CONVENT 37, del 14 giugno 2000, inoltre, raccoglie una sintesi degli emendamenti presentati per ciascun articolo redatta a cura del Presidium. Gli emendamenti che incidono sul diritto al rispetto della vita privata sono sintetizzati nelle pagine 13 e 14.

³⁶⁵ Emendamento n. 207, di DANIEL TARCHYS, che motiva come segue: “Si sostiene che l'art. 12 si basi sull'art. 8 della CEDU, che tuttavia fa riferimento al rispetto della vita privata e familiare. E' difficile separare i due concetti e sarebbe opportuno riunire entrambi gli aspetti in un unico articolo. Sono stati aggiunti i termini “onore” e “reputazione”, ma non è del tutto chiaro come essi debbano essere interpretati. E' stata manifestata la preoccupazione che tale aggiunta possa comportare limitazioni alla libertà di espressione” (nostra sottolineatura).

³⁶⁶ Emendamento n. 211, di HIRSCH BALLIN, PATIJN E VAN OVEN. Vi si legge: “Il diritto al rispetto del proprio onore e della propria reputazione non richiede alcuna tutela in quanto diritto fondamentale. La tutela è già sufficientemente garantita da tutti gli strumenti giuridici a disposizione, sia civili che penali”.

³⁶⁷ Emendamento n. 221, di LORD GOLDSMITH.

³⁶⁸ Emendamento n. 210, di GRIFFITH, anch'egli inglese. Nella motivazione si legge: “Questo testo corrisponderebbe maggiormente a quello dell'art. 8 della CEDU. La questione dell'onore e della reputazione figurerebbe meglio nel Preambolo, qualora se ne ritenne fondamentale l'inclusione. Le sentenze della Corte di Strasburgo hanno già stabilito, credo, che la corrispondenza includa tutte le forme di comunicazione moderna, compresa la posta elettronica”.

competenze dell'Unione. Attraverso una riproposizione dell'esistente si mira, pertanto, a scongiurare il pericolo che un ampliamento della gamma dei diritti tutelati possa tradursi in un implicito accrescimento delle attribuzioni delle istituzioni comunitarie. Indicativa in tal senso è la spiegazione annessa all'emendamento n. 221 da Lord Goldsmith, secondo il quale:

“Il progetto presentato dal Presidium include riferimenti a “onore”, “reputazione” e “comunicazioni” che non figurano nel corrispondente diritto sancito dalla CEDU, e separa la vita familiare (cfr. art. 13). Non credo che questi riferimenti aggiuntivi rientrino nelle tradizioni costituzionali né che trovino fondamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee degli Stati membri e temo che possano comportare nuovi diritti che creerebbero problemi di interpretazione e di applicazione alle istituzioni dell'UE e agli Stati membri quando agissero in loro nome. La mia versione ripristina i contenuti del corrispondente diritto sancito dalla CEDU. Per quanto concerne le “comunicazioni” ritengo, fatte salve le opinioni del rappresentante del Consiglio d'Europa, che la Corte europea di diritti dell'uomo abbia sviluppato e continui a sviluppare il significato di “corrispondenza” alla luce della giurisprudenza generale –come ha fatto ad esempio nella causa Malone” (corsivo nostro).

E' vero, in effetti, che il diritto all'onore e il diritto alla reputazione non trovavano alcun precedente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ma proprio la proposta del loro inserimento era indice della volontà iniziale del Presidium di innovare il catalogo dei diritti fondamentali quale risultante dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, arricchendolo di un contenuto nuovo. Proprio l'esistenza di tali “novità”, come detto, ha dato origine ad un vivo dibattito tra i membri della Convenzione, divisi tra chi intendeva la redazione della Carta come occasione per ampliare la gamma delle situazioni soggettive tutelate dal diritto comunitario e che, invece, attribuiva a tale operazione di redazione una funzione meramente ricognitiva dell'esistente.

Oltre ai delegati inglesi, anche altri membri della Convenzione proposero la soppressione del diritto all'onore e alla reputazione, non, però, a motivo della loro “novità” rispetto al testo convenzionale e alla giurisprudenza esistente, ma per

paura che il loro inserimento potesse limitare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero. Anche costoro giungevano a proporre un testo più aderente all'art. 8 della Convenzione europea, ma sulla base di un ragionamento tutto interno alla Carta e attento al potenziale bilanciamento tra i diritti in essa enunciati³⁶⁹.

Il Presidium mantenne nella sua proposta finale il riferimento al diritto all'onore e alla reputazione³⁷⁰. In seno all'assemblea prevalse, tuttavia, un indirizzo di compromesso che portò ad adeguare il testo relativo al rispetto della vita privata e familiare alla formulazione originaria dell'art. 8 della CEDU. Il diritto all'onore e alla reputazione sono, pertanto, scomparsi nella formulazione definitiva della Carta approvata dalla Convenzione.

1.3 Il diritto al rispetto della vita familiare nei lavori preparatori alla redazione della Carta di Nizza

Come detto, il progetto iniziale di Carta presentato dal Presidium conteneva un art. 8, rubricato *Rispetto della vita privata e familiare*, il cui contenuto era analogo all'art. 8 della Convenzione europea. Il Presidium propose, dunque, inizialmente di mantenere la protezione entro la medesima disposizione sia della vita privata che della vita familiare, in conformità al modello costituito dalla CEDU³⁷¹. L'art. 8 del primo progetto era seguito da un articolo 9, rubricato *Vita familiare*, il cui testo stabiliva:

³⁶⁹ Si vedano gli emendamenti n. 212 di Buitenweg e Voggenhuber, Parlamentari europei; n. 217, di Kauffmann, Parlamentare europea; n. 220, di Korthals Altes, rappresentante del Governo olandese, secondo il quale: “*si ritiene inoltre che non sia necessario menzionare l'onore in quanto fa già parte della vita privata. Una tutela a sé stante dell'onore potrebbe peraltro essere in contrasto con la libertà di espressione*”. L'emendamento n. 214 di Neisser, rappresentante del Parlamento austriaco, proponeva di mantenere il riferimento al diritto all'onore e alla reputazione, ma specificando in motivazione: “*Nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, su cui si basa l'articolo in questione, non figurano i concetti di “onore” e “reputazione”. [...] L'equilibrio tra il rispetto della vita privata e il rispetto della libertà di espressione deve rimanere invariato*”.

³⁷⁰ CHARTE 4333/00, CONVENT 36 del 4 giugno 2000, “*Proposte di emendamenti di compromesso presentati dal Presidium*”. Il testo proposto dell'art. 12, “*Rispetto della vita privata e familiare*” è il seguente: “*Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio onore e della propria reputazione, del proprio domicilio e del segreto della corrispondenza e delle sue comunicazioni*”.

³⁷¹ CHARTE 4123/1/00 REV 1 del 15 febbraio 2000 (OR.f). Il documento è intitolato “*Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, - Proposta di articoli*”.

- “ 1. *Chiunque ha diritto di fondare una famiglia.*
2. *L’Unione assicura la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale.*
3. *L’Unione assicura la protezione dei fanciulli*”.

Il testo si discosta dall’art. 12 della Convenzione europea perché non contiene alcun riferimento espresso all’istituto del matrimonio. Ne risulta coerentemente modificato il titolo, che nella CEDU si riferisce appunto al “*Diritto al matrimonio*”, mentre qui alla “*Vita familiare*”. Quanto al contenuto, è ripreso il solo diritto di fondare una famiglia e non anche il diritto di sposarsi. Del pari, si perde ogni rinvio alle legislazioni nazionali in materia. Invece, la disposizione si arricchisce di un secondo e di un terzo paragrafo, che pongono due obiettivi espressi per le politiche comunitarie: la protezione della famiglia e la tutela dei fanciulli.

Alla luce della sola analisi letterale, potrebbe dirsi che il mancato riferimento all’istituto del matrimonio sarebbe idoneo a far venir meno la definizione di “famiglia” accolta dalla CEDU ai sensi dell’art. 12 della Convenzione come nucleo fondato sul matrimonio tra i coniugi, definizione costantemente ribadita dalla Corte di Strasburgo. Come visto nel primo capitolo, infatti, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo da un lato assegna protezione a legami familiari costituitisi al di fuori dal matrimonio, quali le convivenze di fatto, i nuclei composti da genitori non sposati o da un unico genitore ed i figli, ciò in forza della diritto al rispetto della vita familiare di cui all’art. 8 della Convenzione; dall’altro, ha sempre inteso la “famiglia” di cui all’art. 12 come il solo nucleo fondato sul matrimonio. L’art. 9 del primo progetto di Carta, invece, lascerebbe intendere che possano darsi altre “famiglie” meritevoli di protezione al di là di quelle nascenti dal matrimonio.

La spiegazione all’art. 9 redatta dal Presidium non contiene alcun chiarimento in ordine alla nozione di famiglia cui deve essere riferita la disposizione, ma si riferisce all’istituto del matrimonio, che pure il testo della disposizione non cita. Il Presidium afferma nella nota esplicativa che l’articolo 9 “è ispirato” all’articolo 12 della Convenzione europea e all’art. 7 della dichiarazione del Parlamento europeo del 1989. Manifesta, inoltre, la necessità di inserire una clausola

limitativa al diritto di fondare una famiglia, poiché, si legge, “*un individuo non può, in tutti i casi, fondare una famiglia (cfr. le restrizioni dovute al requisito di un’età minima o il divieto di contrarre matrimonio tra alcuni consanguinei)*”. L’inserimento di una clausola contenente determinati requisiti per fondare una famiglia, dunque per sposarsi, difficilmente potrebbe essere ottenuto, secondo il Presidium, senza un rinvio alle legislazioni nazionali, come accade nell’art. 12 della Convenzione europea³⁷².

La riluttanza ad inserire un riferimento espresso alle legislazioni nazionali analogo a quello contenuto nella Convenzione europea costituisce un chiaro sintomo del fatto che il Presidium intendeva predisporre un catalogo di diritti per quanto possibile autonomo e autosufficiente rispetto ai corrispondenti diritti garantiti dagli ordinamenti nazionali. Ma vi era la consapevolezza, come testimoniano le note esplicative citate, della difficoltà di svincolare alcuni diritti, per esempio quelli afferenti al diritto di famiglia, dalle legislazioni nazionali, laddove l’Unione manca di una competenza espressa a disciplinare la materia e, pertanto, sono gli Stati a definire il contenuto e l’ampiezza dei requisiti richiesti per il godimento dei diritti garantiti.

Se il testo originario dell’art. 9 non conteneva espressi riferimenti all’istituto matrimoniale quale condizione per dare vita ad una famiglia, il diritto di sposarsi,

³⁷² Per maggiore chiarezza, si riporta per esteso il testo della nota esplicativa che accompagna l’art. 9 nel primo Progetto di Carta: “*L’articolo è ispirato all’articolo 12 della convenzione europea dei diritti dell’uomo e all’articolo 7 della dichiarazione del Parlamento del 1989. Al paragrafo 1 occorrerà probabilmente aggiungere una clausola limitativa, in quanto un individuo non può, in tutti i casi, fondare una famiglia (cfr. le restrizioni dovute al requisito di un’età minima o il divieto di contrarre matrimonio tra alcuni consanguinei); tuttavia in tale caso è difficile immaginare una soluzione diversa dal rinvio, come per l’articolo 12, al diritto nazionale. La migliore soluzione non è forse quella di lasciare operare la clausola orizzontale generale di limitazione (cfr l’articolo Y in appresso)? Quanto ai fanciulli, si potrebbe aggiungere, al paragrafo 3, “conformemente alla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. Occorre tuttavia chiedersi se sia opportuno il riferimento ad uno strumento esterno all’Unione, che potrebbe avere un’incidenza autonoma. La questione si pone in altri termini per la convenzione europea dei diritti dell’uomo, espressamente menzionata nel trattato”. L’articolo Y, successivo, costituisce la prima proposta, poi rimasta pressoché immutata di inserire una clausola di limitazione generale orizzontale dei diritti garantiti. Essa prevede: “Limiti. Fatte salve le disposizioni della presente Carta che consentono un maggiore livello di protezione, non è consentita alcuna limitazione al rispetto dei diritti e delle libertà sanciti dalla Carta stessa, salvo in virtù di una regola di diritto, che non può essere una regola di esecuzione, che rispetti il contenuto fondamentale di tali diritti e di tali libertà e permanga, nel rispetto del principio di proporzionalità, nei limiti necessari alla protezione degli interessi legittimi di una società democratica”.*

dunque il riferimento al matrimonio, compare nella seconda bozza di Carta³⁷³. La nuova formulazione è assunta, stando alla premessa introduttiva di questo secondo progetto, sulla base delle osservazioni formulate durante lavori della Convenzione riunita in gruppi di lavoro. Come già anticipato, in essa il Presidium procede ad una scomposizione della tutela della vita privata e della vita familiare, prima contenute nel medesimo articolo, riservando alla sola vita privata l'art. 12 e inserendo la vita familiare nel successivo articolo, divenuto 13, accanto al diritto di fondare una famiglia. Il testo dell'art. 13, rubricato ancora *Vita familiare*, viene a comporsi come segue:

1. *Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita familiare*
2. *Ogni individuo ha diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi degli Stati membri che regolano l'esercizio di tale diritto*
3. *E' assicurata la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale*

Il diritto di sposarsi è ancorato, come anticipato nelle note esplicative alla prima bozza, al rinvio alle legislazioni degli Stati membri.

Le spiegazioni che accompagnano il nuovo testo danno conto dell'accorpamento tra diritto al rispetto della vita familiare, tratto dall'8 della Convenzione, e diritto di sposarsi, tratto dall'art. 12 della Convenzione. Il rinvio alla legislazione applicabile in materia di matrimonio è definito "*conforme alla sussidiarietà*", poiché "*rispetta la diversità delle situazioni nazionali*". Il paragrafo 3, contenente l'obiettivo di protezione della famiglia, si giustifica in quanto "*impone all'Unione, allorchè adotta misure nell'ambito delle sue competenze, di tener conto delle esigenze di tutela della famiglia*". La tutela dei diritti del fanciullo è espunta in quanto ad essa sarò riservato un articolo specifico.

Dalla nota esplicativa emerge con maggiore chiarezza rispetto alla prima bozza il problema della assenza di una competenza dell'Unione in materia di capacità matrimoniale. Di qui, il necessario riferimento alle legislazioni nazionali. Di qui

³⁷³ CHARTE 4149/00, CONVENT 13, del 8 marzo 2000, "*Nuova proposta di redazione degli articoli da 1 a 12 (ora da 1 a 16)*".

anche l'inciso per cui la protezione della famiglia costituisce un vincolo per così dire "negativo", cui devono conformarsi le istituzioni comunitarie nell'esercizio delle competenze che sono loro attribuite, competenze, dunque, da cui esula al momento la disciplina degli *status* familiari. Sembra, dunque, emergere la consapevolezza dei redattori del progetto che l'enunciazione di diritti autonomi nel catalogo dell'Unione non possa fondare l'esercizio attivo di competenze nuove, ossia non possa equivalere ad un'attribuzione di materie nuove rispetto alle politiche comunitarie espressamente indicate nei Trattati. Tale catalogo può, pertanto, costituire al massimo un vincolo per le istituzioni comunitarie, ove vengano incidentalmente a toccare i diritti fondamentali nell'esercizio delle competenze attribuite.

L'art. 13 resta invariato nella terza bozza di Carta³⁷⁴, sulla quale i delegati vennero chiamati a proporre emendamenti³⁷⁵. Gli emendamenti depositati testimoniano una forte contrapposizione tra i membri della Convenzione, che può essere riassunta in due opposte tendenze. Da una parte, vi furono coloro che intendevano riproporre nel catalogo comunitario una tutela del solo modello classico di famiglia, fondata sul matrimonio tra uomo e donna. Tale intento si è manifestato sia attraverso la proposta di reintrodurre il riferimento espresso a "uomo" e "donna" contenuto nell'articolo 12 della Convenzione³⁷⁶, in luogo di "ogni individuo", sia attraverso il semplice rinvio alla legislazione di ciascuno Stato membro, rivendicando in tal modo la titolarità per ogni ordinamento nazionale del potere di adottare una propria regolamentazione dell'istituto della "famiglia" e propri requisiti limitativi della capacità matrimoniale

³⁷⁴ CHARTE 4284/00, CONVENT 28, del 5 maggio 2000, "Nuova proposta per gli articoli da 1 a 30 (Diritti civili e politici e diritti del cittadino)".

³⁷⁵ Gli emendamenti presentati dai delegati sono raccolti analiticamente in CHARTE 4332/00, CONVENT 35, del 25 maggio 2000, classificati per articolo e per paragrafo. Gli emendamenti relativi all'art. 13 si trovano alle pagine da 292 a 323 e sono 27, dal 224 al 251. CHARTE 4360/00, CONVENT 37, del 14 giugno 2000, inoltre, raccoglie una sintesi degli emendamenti presentati per ciascun articolo redatta a cura del Presidium. Gli emendamenti che incidono sul diritto al rispetto della vita privata sono sintetizzati nelle pagine 13 e 14.

³⁷⁶ Emendamento 230 di Friedrich. Gli emendamenti n. 235 di Lord Goldsmith, n. 237 di D. Tarchys; n. 242 di A. Bereijo, rappresentante del Governo spagnolo; n. 243 di H. Haenel; n. 244 e 246 di G. Cisneros Laborda propongono di ritornare ad una formulazione identica a quella dell'art. 12 della Convenzione europea

indipendentemente da qualsivoglia disegno comune europeo³⁷⁷. Alcuni di costoro, in verità, non escludevano di poter ammettere una tutela anche per altre forme di unione non fondate sul matrimonio, ma rivendicavano una tutela privilegiata e differenziata per la famiglia fondata sul matrimonio³⁷⁸.

Sul fronte opposto, numerosi altri delegati proponevano di estendere espressamente la protezione della vita familiare ad altre forme di legame, quali le convivenze di fatto o, in alcuni casi, le coppie omosessuali, suggerendo di introdurre incisi *ad hoc* nel testo dell'art. 13³⁷⁹. Quest'ultima tendenza è generalmente giustificata dall'esigenza di adeguare i diritti da garantirsi nel diritto comunitario alle nuove forme di relazione familiare sempre più diffuse nelle società europee e spesso destinatarie di specifiche misure di protezione da parte delle legislazioni di alcuni Stati membri³⁸⁰.

³⁷⁷ Emendamento 225 di J. Barros Moura e M. E. Azevedo, secondo cui l'art. 13 avrebbe dovuto essere riformulato come segue: "2. Ogni diritto ha diritto di sposarsi [...] secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto; 3 Ogni individuo ha diritto di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto"; in misura analoga, emendamento n. 234 di Einem e Holoubek;

³⁷⁸ Emendamento n. 226 di G. Berthu, che propone di reintrodurre la distinzione tra "uomo" e "donna" quali soggetti che possono contrarre matrimonio, affermando che tale formulazione non esclude la possibilità di altre forme di unione, che però, non comportando la nascita di figli, non possono rivendicare a questo titolo la medesima protezione della famiglia fondata sul matrimonio.

³⁷⁹ Emendamento n. 228 di J. Meyer, J. Leinen, H-P. Martin, che propone di inserire un paragrafo espresso secondo cui: "*Le convivenze stabili hanno diritto di essere tutelate contro le discriminazioni*", ma cui segue un paragrafo in cui si riafferma: "*Il matrimonio e la famiglia godono di una tutela particolare...*". Emendamento n. 231 di J. Gnauck, Ministro della Turingia, incaricato degli affari federali ed europei, che suggerisce di sostituire la congiunzione "e" della frase "*ogni individuo ha diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali...*" con la congiunzione "o", sì da consentire la fondazione di una famiglia indipendentemente dal contrarre matrimonio.

Emendamento n. 238 di J-M. Dehousse, deputato europeo, che propone la seguente integrazione: "*Due persone dello stesso sesso o di sesso diverso possono contrarre un'unione di lunga durata la cui modalità sono definite per legge, legge che definisce parimenti la protezione assicurata a detta unione*". Si noti il riferimento alla legge senza aggettivi e non alla "legge nazionale", cosicché la disposizione potrebbe operare indipendentemente dalle legislazioni interne, quanto il diritto comunitario avesse una legislazione espressa in materia. Analogamente, la tutela delle convivenze e il riferimento generico alla "legge" senza aggettivo nazionale nell'emendamento n. 239 di J. Voggenhuber e K. Buitenweg. L'emendamento n. 241 di J. Solé Tura suggerisce di affiancare espressamente al rinvio alla legge nazionale quello alla "normativa comunitaria", onde "lasciare aperto il futuro quadro giuridico dell'Unione europea"; Emendamento n. 232 di S-Y. Kaufmann.

³⁸⁰ Emendamento n. 227 di A. Duff, membro del Parlamento europeo, secondo cui il riferimento alle unioni di fatto concerne la prassi odierna di formare nuclei familiari non conformi alla definizione di matrimonio tradizionale. Il proponente rinvia all'art. 13 TCE, che attribuisce al Consiglio di adottare misure volte ad eliminare discriminazione fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale; n. 228 di J. Meyer, J. Leinen, H-P. Martin, che rileva "*un cambiamento sociologico della società che deve figurare in una moderna carta dei diritti fondamentali*", già recepito nella legislazione di numerosi Stati membri e in alcuni testi costituzionali di recente approvazione, quale la Costituzione del Brandeburgo, art. 26, par. 2; in tal senso, anche

Sullo sfondo di questa contrapposizione, attinente al profilo contenutistico della nozione di “famiglia”, alcuni emendamenti rivelano l’esistenza di una differente concezione dell’estensione delle competenze comunitarie. Vi è chi, suggerendo di ampliare la tutela della vita familiare anche alle coppie di fatto o alle coppie omosessuali, auspica più o meno implicitamente che le competenze comunitarie possano estendersi fino ad adottare una legislazione di protezione di queste situazioni soggettive, vincolando in tal modo anche i legislatori degli Stati membri che non abbiano autonomamente raggiunto tale risultato³⁸¹.

All’opposto, altri delegati sottolineano l’assenza di attribuzioni comunitarie nel settore materiale del diritto di famiglia, chiedendo per esempio di eliminare il paragrafo 3 dell’art. 13, che introduce l’obiettivo di protezione della famiglia, in quanto le istituzioni comunitarie sarebbero allo stato sprovviste della competenza ad adottare atti che consentano di perseguirlo³⁸².

Gli emendamenti sono frequentemente giustificati, nelle motivazioni allegate, con il riferimento a documenti internazionali, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo o il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Più di rado, le motivazioni rinviano a disposizioni delle Costituzioni nazionali o allo stato della legislazione degli Stati membri. Assai scarsi, invece, sono i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo o della Corte di Giustizia³⁸³.

emendamento n. 232 di S-Y. Kaufmann e n. 238 di J-M. Dehousse, secondo cui la materia familiare “*si è evoluta nel corso dell’ultimo mezzo secolo in modo tale da giustificare la formulazione del testo della Carta si discosti da quello della convenzione europea al fine di tenere conto di questa evoluzione*”.

³⁸¹ Emendamento n. 227 di A. Duff, pur chiedendo di inserire la tutela delle unioni di fatto, afferma che l’art. 13 impone all’Unione di tener conto delle esigenze di tutela della famiglia “*allorchè adotta misure nell’ambito delle sue competenze*”;

³⁸² Emendamento n. 231 di J. Gnauck, Ministro della Turingia, incaricato degli affari federali ed europei, secondo cui “*I Laender federali si dichiarano comunque favorevoli a sopprimere il paragrafo 3 in quanto, nell’attuale formulazione, esso accorderebbe un esteso diritto di prestazione*”; n. 251 di E.M.H. Hirsch Ballin, M. Patjin e G.J.W. Van Oven, poiché la formulazione non contiene una norma precettiva; n. 249 di E. Olsen, n. 250 di W. Griffiths, membro del Parlamento europeo, secondo cui il paragrafo 3 definisce un obiettivo e non un diritto. Emendamento n. 240 e 247 di R. Van Dam, membro del Parlamento europeo, che propone di sopprimere il paragrafo 2 dell’art. 13 in quanto privo di ogni rapporto con le competenze dell’Unione. In tal senso anche emendamenti n. 245 di G. Jansson, T. Brax e P. Nikula; n. 248 di D. Tarchys

³⁸³ L’emendamento n. 228 di J. Meyer, J. Leinen, H-P. Martin, per esempio, fonda la protezione della famiglia fondata sul matrimonio sull’art. 16 della D.U.D.U e sull’art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché sull’art. 6 della Costituzione tedesca e sulle costituzioni di numerosi Stati membri, senza indicarne però gli articoli espressi. Si suggerisce, inoltre, di tutelare espressamente le famiglie numerose, come previsto dalla Costituzione greca, art. 21 par. 2, dalla Costituzione italiana, art. 31; da quella Polacca, art. 71 par. 1. I proponenti

In sede di riesame del testo all'esito degli emendamenti, il Presidium rinunciò alla separazione della vita privata dalla vita familiare, accogliendo gli emendamenti volti a ricondurre in una disposizione unitaria la protezione della vita privata e familiare analogamente a quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione, come nel primo progetto. L'articolo 13 finisce, inoltre, per proteggere il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"³⁸⁴. Nel prospetto che segue, sono evidenziati tra parentesi in neretto gli enunciati eliminati e in neretto fuori parentesi quelli aggiunti:

ART. 13

1. ***[Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita familiare]***
2. *Il diritto di sposarsi e il diritto di fondare una famiglia sono garantiti secondo le leggi [degli Stati membri] nazionali che [regolano] ne disciplinano l'esercizio [di tale diritto]*
3. ***[E' assicurata la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale]***

La disposizione appare il frutto di un compromesso. Da un lato, essa non riconnette più la capacità matrimoniale all'appartenenza all'uno e all'altro sesso, come faceva l'art. 12 della Convenzione, ammettendo dunque in astratto che possa estendersi il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia anche a coppie omosessuali. Dall'altro, però, il Presidium rinuncia ad una formulazione

osservano, inoltre, che "La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha stabilito che il diritto a contrarre matrimonio e la protezione della famiglia fanno parte dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario" e che "anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente ribadito tale principio". Non si citano espressamente le sentenze cui si fa riferimento, ma si indicano in nota le opere di alcuni studiosi tedeschi.

Al contrario, Lord Goldsmith, nel citato emendamento n. 235, propone di sostituire il testo contenuto nel progetto di Carta a motivo che: "La formulazione relativa al pertinente articolo della CEDU (all'articolo 13, paragrafo 2) non è identica a quella accettata dalle parti contraenti della CEDU e non rispecchia la giurisprudenza. (...) La mia versione dell'articolo 13 assicura che il contenuto accettabile dell'articolo 13 sia inteso nel senso della pertinente disposizione della CEDU e della giurisprudenza". Il riferimento generico alla giurisprudenza non è accompagnato dall'indicazione di alcuna specifica sentenza della Corte di Strasburgo.

³⁸⁴ CHARTE 4360/00, CONVENT 37, del 14 giugno 2000, indica che il Presidium ha accolto gli emendamenti n. 243 di Haenel e n. 251 di Hirsch Ballin e Patijn.

comunitaria autonoma della nozione di “famiglia” per rinviare alle legislazioni nazionali, cosicché ogni Stato conserva il potere di determinare autonomamente la sua regolazione. Deve ricordarsi, a questo proposito, che la Convenzione non procedette ad una votazione dei singoli emendamenti, né del testo finale, ma adottò il cosiddetto metodo del consenso, ossia una sorta di accettazione concordata del testo da parte dei presenti.

Al di là del contenuto delle disposizioni esaminate, questa breve ricostruzione evidenzia che non vi fu in seno alla Convenzione una analisi approfondita nei singoli diritti ricompresi dalla Corte di Strasburgo nella nozione di “rispetto della vita privata e familiare”, né dei passi fatti dalla giurisprudenza comunitaria nella direzione di una tutela di quegli stessi diritti, pur in una dimensione funzionale alla protezione delle libertà fondamentali del mercato unico. I riferimenti alla giurisprudenza delle due Corti sono scarsi sia nelle spiegazioni redatte a cura del Presidium, sia nelle motivazioni che accompagnano gli emendamenti proposti dai singoli delegati.

Si ha l'impressione, in generale, che sia i funzionari del Presidium incaricati della redazione delle bozze che i componenti politici della Convenzione dessero in qualche modo per scontato che le elaborazioni di Strasburgo costituissero un *acquis* che non era possibile mettere in discussione.

Vi era, però, una consapevolezza ben precisa diffusa tra i delegati della Convenzione: che il maggiore o minore allontanamento della Carta dal testo della Convenzione europea poteva costituire un significativo indice della potenzialità innovativa delle disposizioni in discussione, dunque del grado di “emancipazione” del diritto comunitario rispetto ai vincoli imposti agli Stati dalla Convenzione europea.

Così, l'ampliamento del catalogo dei diritti della Carta rispetto a quello contenuto nella Convenzione europea veniva osteggiato dai detrattori di un allargamento delle competenze dell'Unione, in quanto percepito come preludio di una

pericolosa estensione dei poteri delle istituzioni comunitarie³⁸⁵. Coloro, invece, che intendevano valorizzare la autonomia della Carta quale catalogo dei diritti proprio del diritto comunitario, spingevano per inserire formulazioni più ricche del testo convenzionale del 1950, ricettive di problematiche attuali – quali la tutela delle coppie di fatto, ma anche la protezione dei dati personali o dei diritti sociali – e ciò in forza della autonoma capacità del diritto comunitario di tutelare nuove posizioni soggettive, indipendentemente da fonti esterne preesistenti quali la Convenzione europea³⁸⁶.

2. L'influenza della Carta di Nizza sulla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo

Resta da chiedersi che significato abbia assunto la Carta di Nizza nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia successiva alla sua proclamazione. Pur a fronte dell'espressa volontà manifestata dai Governi nazionali di non dotarla di efficacia giuridica, una parte della dottrina ipotizzava che la Carta potesse di per sé rappresentare *medio tempore* un punto di riferimento per la successiva giurisprudenza comunitaria³⁸⁷. Così non è stato.

³⁸⁵ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 42-43, conferma che gli indirizzi fortemente riduzionistici presenti nella Convenzione, volti a rendere la Carta un testo meramente ricognitivo, si manifestarono nel tentativo di ridurre la Carta ad una mera ripetizione della Convenzione di Roma; tale scelta, criticata dall'autore, era giustificata con l'esigenza di evitare una duplicazione delle Carte, nonché di prevenire incertezze interpretative.

Analogamente S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, cit., 78, dà conto delle medesime tendenze riduzionistiche, emerse soprattutto al momento della discussione sui diritti sociali.

³⁸⁶ A. MANZELLA, cit., ritorna più volte sul significato simbolico della Carta come nucleo identitario dell'Unione e sulla sua stretta correlazione all'autonomia costituzionale dell'ordinamento comunitario; di qui, la necessità di emancipazione della Carta dalle fonti esterne quali la CEDU.

In realtà, la definizione dei diritti come fonte autonoma dell'ordinamento comunitario costituisce un risultato già da tempo acquisito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha elaborato un parametro originale ed autonomo rispetto sia alle Costituzioni nazionali che alla Convenzione di Roma. Certo, la novità della Carta consiste nell'aver spostato dal piano giurisprudenziale al piano politico l'affermazione di questa autonomia. Si vedano sul punto le riflessioni di R. BIFULCO, M. CARTARIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, cit., 12-14.

³⁸⁷ A. MANZELLA, cit., 48, ipotizzava che, indipendentemente dall'inserimento formale della Carta in un Trattato, il suo contenuto potesse divenire già produttivo di effetti giuridici ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso il suo assorbimento nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea. La stessa ipotesi era ripresa da R. BIFULCO, M. CARTARIA, A. CELOTTO, cit., 24. Tale auspicio non si è verificato. Se si eccettuano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano dell'8 febbraio 2001 nella causa BECTU, C-173/99, e alcune rare pronunce del Tribunale di Primo Grado (per esempio sentenza 15 gennaio 2003, T-377/00 e altre, *Philips Morris*

Paradossalmente, pur essendo la Carta un documento nato all'interno dell'ordinamento comunitario, la prima Corte che vi fa espresso riferimento è la Corte di Strasburgo, nella sentenza *Goodwin* del 2002, a proposito del riconoscimento in seno all'12 della Convenzione del diritto di soggetti transessuali di contrarre matrimonio con persone appartenenti al loro sesso originario. Si è detto, analizzando nel capitolo primo questa sentenza, che la Carta è utilizzata, insieme alle legislazioni degli Stati membri, quale fattore che attesta l'evoluzione intervenuta nelle società europee sulla concezione dell'istituto matrimoniale. Nulla dice la Corte sull'efficacia di questo documento. Rileva, tuttavia, che il testo dell'art. 9, rubricato *Vita familiare*, si discosta da quello dell'art. 12 della Convenzione, poiché non contiene alcun riferimento all'uomo e alla donna quali soggetti del matrimonio. Questa differenza, secondo la Corte, non può che essere stata voluta dai redattori della Carta.

La Carta è perciò attivata valorizzandone il contenuto innovativo rispetto al testo convenzionale, ciò sulla base anche della volontà espressa dai redattori al momento della formulazione del testo. E' in effetti vero, come mostrato nei paragrafi precedenti, che le contrapposte spinte, l'una tesa al mantenimento tale e quale del testo della Convenzione, l'altra ad una sua significativa modificazione, fino a comprendervi la tutela delle unioni di fatto, sono venute a convergere in un testo pressoché simile all'art. 12, se non per il fatto di aver eliminato l'appartenenza al sesso opposto quale condizione per contrarre matrimonio.

La Carta, dunque, costituisce nella sentenza *Goodwin* una delle componenti di varia matrice, internazionale, comunitaria e nazionale, sulle quali la Corte fonda un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione.

Nello stesso significato l'art. 21 della Carta di Nizza è citato in un'opinione dissenziente alla sentenza *Fretté* del 2002, in materia di adozione da parte di un soggetto omosessuale celibe, anche qui a riprova della sopravvenuta evoluzione del sentire sociale sul riconoscimento del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.

Internatonal Inc.), può dirsi che nel complesso la giurisprudenza della Corte di Giustizia successiva all'adozione della Carta non ha "attivato" la Carta in funzione di parametro comunitario.

Le sentenze della Corte di Giustizia analizzate nel secondo capitolo, invece, tacciono sulla Carta di Nizza. Così è nella sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio* del 2001, sull'equiparazione tra coppie omosessuali e coppie coniugate ai sensi dello Statuto del personale della Comunità per l'attribuzione di benefici familiari, in cui la Corte, nell'affermare che non sussiste allo stato un principio generale del diritto comunitario tale da richiedere una parità di trattamento tra le situazioni prospettate, rifiuta di prendere in considerazione l'art. 21 della Carta di Nizza, che pure i ricorrenti avevano invocato in quanto espressamente vieta discriminazioni in base all'orientamento sessuale. Lo stesso accade nella sentenza *Garcia Avello* del 2003, in materia di diritto al nome, in cui il parametro attivato è costituito unicamente dagli articoli 17 e 18 TCE sulla cittadinanza europea e dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Del pari, nella sentenza *K. B.* del 2004, sull'attribuzione della pensione di reversibilità al convivente transessuale di una lavoratrice britannica, la Corte di Giustizia, pur fondandosi interamente sulla decisione di Strasburgo *Goodwin*, di due anni precedente, per affermare l'esistenza in capo agli Stati membri di un obbligo di riconoscere la capacità matrimoniale al soggetto che abbia subito un cambiamento di sesso, nulla dice sull'art. 9 della Carta di Nizza che proprio in quella sentenza era richiamato. Pur criticando il silenzio della Corte, la dottrina aveva ipotizzato una pluralità di ragioni che potessero giustificarlo: la volontà di non interferire con il processo all'epoca in corso di integrazione della Carta nei Trattati, anticipando conclusioni sull'efficacia della Carta che spettava al solo legislatore primario adottare; il desiderio di non attivare la Carta in relazione a questioni particolarmente sensibili politicamente e per l'opinione pubblica, quali la condizione dei soggetti omosessuali o transessuali; l'esistenza di un dissidio tra i giudici in merito alla forza giuridica da riconoscere alla Carta³⁸⁸.

Al di là di queste supposizioni, costituisce un dato di fatto che la Carta di Nizza sia stata invocata dalla Corte di Giustizia per la prima volta soltanto nella recente sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 27 giugno 2006, in materia di riconsiderazione del cittadino di uno Stato terzo che risieda nel territorio

³⁸⁸ E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 88; K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJGE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 693.

comunitario con i propri familiari. La dottrina ha ipotizzato che la Corte abbia accettato di invocare la Carta, in quanto espressamente richiamata nelle premesse della direttiva n. 2003/86/CE avanti a lei impugnata e per questo invocata dal Parlamento quale parametro, tra gli altri, della legittimità dell'atto.

Si è detto che, in realtà, la motivazione della decisione riserva un ruolo del tutto marginale alla Carta, per essere invece condotta interamente alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea.³⁸⁹ La Corte ha, infatti, ricostruito il parametro relativo al diritto del minore ad una vita familiare con i genitori sulla base dell'art. 8 della Convenzione, nonché di alcune disposizioni del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Convenzione relativa ai diritti del Fanciullo, in quanto vincolanti nei confronti di tutti gli Stati membri. Questi strumenti, secondo la Corte, costituiscono le fonti di ispirazione di cui tener conto nella definizione dei principi generali del diritto comunitario. La Carta di Nizza è citata *ad adiuvandum* di seguito ai menzionati strumenti internazionali, in funzione ricognitiva e rafforzativa delle conclusioni già raggiunte. Di essa, la Corte valorizza la funzione espressamente indicata nel suo Preambolo, di:

«...riaffermare “i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla CEDU, dalle Carte sociali adottate all’Unione e dal Consiglio d’Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo».

Dalle disposizioni della Carta la Corte non trae alcun contributo per la *ratio decidendi*, che invece, si incardina sul bilanciamento tra controllo dell'ingresso sul proprio territorio e diritto al ricongiungimento posto in essere dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza in materia di espulsione e ricongiungimento dello straniero.

Ne risulta che la Carta dei diritti dell'Unione Europea, pur essendo un atto propriamente comunitario, viene associata anche dalla Corte di Giustizia a fonti per definizione esterne alla Comunità, quali i citati trattati internazionali, e finisce

³⁸⁹ H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 110 definisce la funzione della Carta di Nizza nella presente decisione come «strumento di lettura supplementare».

per essere intesa anche qui come una componente del variegato complesso di materiali da cui il giudice europeo trae indicazioni sul contenuto dei diritti che intende garantire. In nessun modo, dunque, la Corte di Giustizia riconosce alla Carta un ruolo particolare od esclusivo nella definizione dei diritti fondamentali dell'Unione. Il suo contenuto e la sua potenziale portata normativa risultano così fortemente sviliti, perdendosi nell'insieme delle numerose fonti di ispirazione della giurisprudenza comunitaria.

Potrebbe sostenersi che la scarsa propensione a valorizzare il contenuto innovativo della Carta derivi dal fatto che la sua efficacia formale è rimasta sospesa in un limbo, sì che la Corte si trattiene dall'anticipare in via pretoria soluzioni che spetta al legislatore dei Trattati assumere. In effetti, la Carta di Nizza ha costituito una tappa dell'Europa "politica" che non ha nel complesso né bloccato né accelerato la spinta propulsiva della Corte di Giustizia. E' certo, infatti, che il suo mancato inserimento nei Trattati non ha interrotto il cammino della Corte nell'elaborazione dei diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario. Se fosse necessario, una prova è data dalla sentenza *Garcia Avello* in precedenza ricordata. Nel 2003, la Corte "scopre" un autonomo profilo di tutela dei diritti fondamentali inerente allo *status* di cittadino comunitario, il diritto ad avere un cognome corrispondente alle regole vigenti nel proprio Stato di origine e a conservarlo al momento della circolazione in un diverso Stato membro. L'esistenza e l'incerta valenza della Carta di Nizza nulla aggiungono e nulla tolgono alla capacità della Corte di arricchire il parametro con questo nuovo diritto.

Dopo la mancata entrata in vigore del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, l'integrazione della Carta dei diritti dell'Unione Europea nei Trattati comunitari sembra nuovamente all'ordine del giorno. In esito al mandato concordato all'unanimità dai ventisette Capi di Stato e di Governo nel Consiglio Europeo di Lisbona del 21-22 giugno 2007, la Conferenza Intergovernativa conclusasi a Lisbona il 18-19 ottobre 2007 ha raggiunto un accordo per la conclusione di un nuovo Trattato sul futuro

dell'Europa, che è stato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 e dovrebbe entrare in vigore il 1 gennaio 2009³⁹⁰. La Carta non sarà inserita interamente nel testo dei Trattati, ma verrà richiamata dall'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, il cui testo dovrebbe recitare:

«L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adottata il ...[13 dicembre 2007]..., che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati»³⁹¹.

L'art. 6 del Trattato sull'Unione rinvia alle spiegazioni allegate alla Carta quali fonti dei diritti ivi garantiti. Le spiegazioni conservano così il ruolo di parte integrante della Carta che era già stato loro riconosciuto in sede di elaborazione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa.

Il riferimento alla Carta deve essere inteso come rivolto al testo risultante proprio dal Trattato costituzionale del 2004³⁹². Quest'ultimo non aveva inciso sul contenuto degli articoli proclamati a Nizza, se non per piccole modificazioni di stile, ma aveva riformulato le clausole orizzontali contenute nelle Disposizioni Finali, introducendo la distinzione tra diritti direttamente azionabili avanti ad un giudice e principi applicabili soltanto previo intervento del legislatore.

Al Trattato che sarà firmato a Lisbona il 13 dicembre è allegato un Protocollo, il n. 7, che regola l'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito,

³⁹⁰ Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in GUCE C 306 del 17 dicembre 2007. Sulle fasi di negoziazione e il procedimento che ha condotto all'adozione del nuovo testo di Trattato, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007. In relazione alla Carta di Nizza, si vedano in particolare p. 37-38 e 49-54.

³⁹¹ Il testo per intero dell'art. 6 TUE, come sostituito dal Trattato di Lisbona, stabilisce: «1.L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.».

³⁹² J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 38.

stabilendo che i diritti sociali contenuti nel Titolo IV della Carta non costituiscono diritti azionabili avanti ad organi giurisdizionali, salvo che non siano già previsti nel diritto interno³⁹³. Tale Protocollo non è che l'ulteriore strascico dell'atteggiamento di opposizione all'inserimento di diritti sociali in un documento avente la forza giuridica dei Trattati, manifestato dai delegati del Regno Unito sin dalla Convenzione del 2000. A parte la formale "sospensione" dell'efficacia di alcune disposizioni della Carta nei confronti degli Stati summenzionati, il contenuto della stessa resta identico e la sua forza vincolante viene parificata a quella del diritto primario.

Che conseguenze potrà avere l'entrata in vigore della Carta di Nizza sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è difficile dirlo. E' probabile che, in attesa della effettiva entrata in vigore del nuovo Trattato, la Corte prosegua nel suo generale trend di non attivazione della Carta, se non, forse, quando espressamente invocata nelle premesse dell'atto comunitario impugnato, come accaduto per la direttiva 2003/86/CE. Sul cosa accadrà dopo, ossia sul quanto il vincolo costituito da un testo scritto sarà in grado di influenzare l'attività creativa della Corte di Giustizia nell'individuazione dei diritti fondamentali che compongono il parametro comunitario, prudenza vuole che si attenda, piuttosto che azzardare previsioni che non trovano significativi indicatori nella giurisprudenza presente.

³⁹³ J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 175-179, il quale ritiene il Protocollo giuridicamente inutile, in quanto non può impedire agli avvocati di invocare i diritti ripresi nella Carta che siano già contenuti in fonti comunitarie vincolanti per il Regno Unito e la Polonia. L'Autore rileva, inoltre, che mentre il Regno Unito aveva sin da Nizza costantemente temuto l'applicazione nel suo ordinamento interno di nuovi diritti sociali di fonte comunitaria, la Polonia, pur essendosi vincolata al medesimo Protocollo, aveva palesato il ben diverso timore di interferenze dell'Unione nelle sue politiche di ordine morale.

Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sul diritto al rispetto dell'integrità fisica e psichica, dell'identità sessuale, dell'orientamento sessuale, del diritto al nome, nonché della vita familiare in caso di espulsione dello straniero e di ricongiungimento familiare ha dimostrato che ciascuno di questi diritti costituisce l'oggetto di uno specifico filone giurisprudenziale, ossia di una specifica "giurisprudenza" interna all'art. 8 della Convenzione europea. E' possibile parlare di filone giurisprudenziale perché, per ciascuno di questi diritti, la Corte adotta un particolare schema di giudizio, consistente in un peculiare atteggiarsi dei criteri interpretativi tipici della giurisprudenza convenzionale, la dottrina delle obbligazioni positive, la dottrina del margine di apprezzamento, l'interpretazione evolutiva ed il criterio dell'effettività. Si è dimostrato, in particolare, che la dottrina del margine resta estranea alla definizione dell'esistenza di un nuovo diritto nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione, esistenza che è enunciata dalla Corte di Strasburgo indipendentemente dal riferimento a fattori quali le legislazioni e prassi degli Stati, dunque dal grado di consenso presente negli ordinamenti nazionali in ordine alla tutela di una determinata posizione giuridica soggettiva. Invece, il margine è attivato per identificare le obbligazioni che ricadono sugli Stati nell'attuazione del diritto stesso. Il grado di consenso presente nelle legislazioni e prassi degli Stati membri, accanto alla natura del diritto leso, alle circostanze del caso di specie e al contesto sociale, costituisce uno degli elementi che determinano l'ampiezza di tale margine. Lo schema argomentativo attivato per ciascun diritto finisce, in tal modo, per definire la sostanza del diritto stesso, ossia quale e quanto del suo contenuto è nella Convenzione, per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, e quanto invece è lasciato alla discrezionalità delle autorità nazionali.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si è mostrato che la Corte giunge ad una protezione della situazione soggettiva in gioco tendenzialmente equivalente a quella garantita dalla Corte di Strasburgo, seppure sulla base di un parametro che non sempre è costituito dal diritto al rispetto della vita privata e familiare quale principio generale tratto dall'art. 8 della Convenzione. Fino a quando l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica lo consentono, la Corte predilige motivazioni fondate sul solo ricorso al diritto comunitario derivato, usualmente interpretato estensivamente in forza del criterio dell'effetto utile, ossia dell'obiettivo della massima espansione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. In questo caso, l'eventuale richiamo all'art. 8 della Convenzione funge da supporto all'interpretazione estensiva del diritto derivato. In altri casi, invece, quando la formulazione testuale delle disposizioni secondarie costituisce un limite invalicabile tale da non consentire la loro applicazione alla fattispecie concreta, la Corte ricorre alla diretta applicazione delle disposizioni primarie del Trattato, applicazione che si rivela a volte sufficiente per assicurare tutela all'individuo, ma che altre volte necessita di essere integrata dall'attivazione del principio generale del rispetto della vita privata e familiare, quale parametro ulteriore. Tale principio ha, perciò, la funzione di integrare le stesse disposizioni primarie del Trattato, consentendo un ampliamento del loro ambito di applicazione. Ciò consente alla Corte di sindacare misure nazionali incidenti in settori materiali che sono in principio estranei alle competenze

comunitarie, quali il diritto di famiglia o le politiche migratorie relative al primo ingresso nello spazio europeo da parte di cittadini extracomunitari. In queste zone grigie, in cui il confine tra competenze comunitarie e competenze nazionali è sfumato, il principio generale rappresenta lo strumento necessario per ampliare l'ambito di applicazione materiale delle disposizioni del Trattato.

Allorché ciò si verifica, il contenuto del principio in concreto applicato viene sostanzialmente a coincidere con il contenuto delineato dalla Corte di Strasburgo per il corrispondente diritto. Per riprendere la metafora accennata nell'introduzione, pur suonando ciascuno strumenti diversi, le due orchestre suonano insieme.

Si è rilevata, infatti, una sostanziale adesione della giurisprudenza comunitaria alla giurisprudenza di Strasburgo, adesione che induce addirittura la Corte di Giustizia a riprendere alcune delle tipiche strutture argomentative utilizzate da Strasburgo, quali le obbligazioni positive. Ciò rafforza ulteriormente la conclusione secondo cui quelle strutture, nei casi analizzati, sono per così dire parte della sostanza del diritto garantito. Quale ulteriore conseguenza, portando a compimento il discorso sul margine di apprezzamento, l'applicazione di un principio coincidente con il «diritto vivente» della Convenzione comporta che gli Stati godano in seno all'ordinamento comunitario di uno spazio discrezionale pari a quello loro riconosciuto dalla Corte di Strasburgo nel sistema convenzionale. Ciò non significa, ovviamente, che la protezione comunitaria di un diritto non possa essere superiore allo standard minimo di tutela richiesto dalla Convenzione europea. Significa soltanto che, nello stadio attuale di sviluppo dell'ordinamento comunitario ed in relazione ai casi che abbiamo esaminato, laddove la Corte di Giustizia incide settori quali la famiglia o le politiche migratorie, la cui disciplina è formalmente ancora oggi per gran parte riservata alle autorità nazionali, essa agisce con cautela, conformandosi alle obbligazioni cui gli Stati sono già vincolati in forza della loro adesione alla Convenzione europea.

Due ultime riflessioni possono essere proposte. Quanto all'intensità della tutela assicurata dalla Corte di Giustizia a situazioni soggettive individuali, si è visto che la giurisprudenza dell'ultimo decennio relativa ai diritti esaminati manifesta la tendenza alla garanzia dei diritti personali in quanto tali, pur in presenza di una debole finalizzazione all'esercizio di un'attività economica. Questa tendenza comporta inevitabilmente delle forzature quanto ai limiti delle attribuzioni comunitarie, ma ha prodotto per i soggetti singoli un accrescimento delle garanzie nei confronti dell'autorità. Non si deve sottovalutare, tuttavia, il fatto che il principio di attribuzione costituisce tutt'oggi un limite intrinseco all'ordinamento comunitario, per cui non tutte le situazioni soggettive sono rilevanti per la Corte di Giustizia, ma soltanto quelle che abbiano un collegamento con il diritto comunitario. Tale limite non è ad oggi superato neppure dalla cittadinanza europea. Sebbene si sia visto, in materia di diritto al nome e di ricongiungimento familiare, che essa costituisce un parametro idoneo ad ampliare la sfera di applicazione del diritto comunitario a nuove posizioni soggettive che prima ne rimanevano escluse, essa non di meno è ancorata ad un presupposto di cross border, ossia al fatto che il cittadino di uno Stato membro sia in qualche modo correlato ad un altro Stato membro. Restano a tutt'oggi

esclusi, in principio, da questo parametro i rapporti tra il cittadino ed il suo Stato di origine.

Sotto altro aspetto, il limite del parametro comunitario è emerso chiaramente nella giurisprudenza sulla parità di trattamento delle coppie omosessuali rispetto alle coppie eterosessuali, nei benefici connessi alla retribuzione. La Corte ha ritenuto che non fossero applicabili alla fattispecie le disposizioni comunitarie né secondarie né primarie e che non sussistesse un principio generale del diritto fondato sulla Convenzione europea e sulle legislazioni e prassi nazionali. Ciò evidenzia, quale fattore questa volta di distinzione tra le giurisprudenze, che se il consenso tra gli ordinamenti degli Stati membri non è richiesto dalla Corte di Strasburgo per aversi tutela di un nuovo diritto nell'alveo della Convenzione, l'esistenza di una tradizione costituzionale comune ovvero di un diritto convenzionale è richiesta dalla Corte di Giustizia per aversi nuovo principio generale del diritto, per lo meno in settori materiali posti al confine delle competenze comunitarie quali quelli relativi al diritto di famiglia.

Alla domanda se i redattori della Carta di Nizza abbiano ascoltato la musica prodotta dalle due Corti, la risposta è negativa. Dall'analisi dei lavori preparatori, emerge che i componenti della Convenzione sembrano aver ragionato come se dovessero partire da una tabula rasa. Per meglio dire, la base di partenza era costituita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma essi non si sono interrogati sull'evoluzione delle giurisprudenze, nel momento in cui hanno preso parte alle discussioni sull'opportunità di tutelare un determinato diritto per il tramite del suo inserimento nella Carta dei diritti dell'Unione.

Ciò è particolarmente evidente per il diritto di sposarsi di cui all'art. 9 della Carta. Un fervente dibattito ha riguardato l'equiparazione delle convivenze al matrimonio e l'estensione delle garanzie correlate alle coppie omosessuali. A dire il vero, in questa materia le giurisprudenze europee non avevano dato prova all'epoca di un particolare attivismo, rinviando per lo più le scelte ai singoli legislatori nazionali. La sentenza Goodwin del 2002 della Corte di Strasburgo e la sentenza K.B. del 2004 della Corte di Giustizia, in cui è riconosciuto il diritto dei transessuali di sposarsi, sono infatti successive alla redazione della Carta, come anche le sentenze di Strasburgo Fretté del 2002 e E. B. c. Francia del 2008 sul diritto all'adozione da parte di persone omosessuali. Tuttavia, non vi è alcun cenno, nel dibattito svoltosi in Convenzione, alle decisioni della Commissione di Strasburgo di alcuni anni precedenti contrarie all'equiparazione tra coppie omosessuali ed eterosessuali, né alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che già aveva riconosciuto tutela alla parità di trattamento dei transessuali nel rapporto di lavoro. Ne risulta che i rinvii alla giurisprudenza di Strasburgo contenuti nel Preambolo della Carta e nelle Spiegazioni appaiono più come un vincolo, per vero illusorio, per la futura interpretazione della Carta, dunque per la sua capacità innovativa, che come l'indice di un cosciente richiamo al bagaglio giurisprudenziale esistente.

Non pare, in conclusione, possa dirsi che le giurisprudenze europee, per i settori esaminati, abbiano influenzato i lavori della Convenzione. Si è assistito, invece, ad uno scontro tra due tendenze di fondo, la volontà di innovazione e la volontà di conservazione rispetto al grado di tutela di alcuni diritti nello spazio europeo. I richiami al catalogo CEDU contenuti in numerosi emendamenti sono operati in chiave strumentale, a sostegno della volontà di conservare lo status quo. I

sostenitori di entrambe le posizioni erano evidentemente consapevoli, a ben guardare, che in quel momento non si stava ponendo in essere una mera ricognizione dell'esistente. Ciò si addice perfettamente ad un clima «costituzionale».

Contrariamente a quanto sostenuto da molti autori, non si è avuta alcuna attivazione in via pretoria della Carta da parte della Corte di Giustizia. La Corte ha accettato di riferirsi alla Carta per la prima volta solo nella sentenza Parlamento c. Consiglio del 2006, in dipendenza del fatto che l'atto impugnato, la direttiva 2003/86, si vincolava espressamente alla Carta nelle sue premesse. Alla Carta, inoltre, è stata riservata una funzione ricognitiva del tutto marginale nella motivazione, tutta incentrata sull'art. 8 della Convenzione. Al contrario, si è detto che la Carta è stata attivata sin dal 2002 dalla Corte di Strasburgo accanto ad altri strumenti internazionali, a riprova dell'evoluzione sociale sulla concezione dell'istituto matrimoniale.

Due possono essere le spiegazioni dell'atteggiamento della Corte di Giustizia: il timore che la Carta rappresenti un vincolo alla capacità creativa di definizione del parametro comunitario relativo ai diritti fondamentali; il rispetto per la volontà degli Stati membri, che non avevano conferito alla Carta efficacia giuridica. Questa ambiguità di fondo rende difficile prevedere che utilizzo sarà fatto della Carta dal momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, PHILIP ALSTON (a cura di), raccolta di contributi dell'Accademia dei diritti dell'uomo presso l'Istituto universitario europeo, Bruxelles, 2001;
- AA.VV., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, M. DONY – E BRIBOSA (éd.). Bruxelles, 2002;
- AA.VV. *La Cour de justice des Communauté européenne 1952-2002: Bilan et perspectives*, Bruxelles, 2004;
- S. ACERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.4/2002, 653-670;
- R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, 622 ss;
- A. ALBANO, *Le norme programmatiche della Cedu e l'ordinamento italiano*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 1991, 718-727;
- F. ALCARO – G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: «verso un diritto privato comunitario»*, in *Riv. it. dir. pubbl. Comunitario*, 2002, 445-484;
- A. ANSELMO, *I transessuali hanno diritto di sposarsi...e di ottenere la pensione di reversibilità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2004, 719-737;
- A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 3, 787 ss;
- M. ATRIPALDI, *Il "metodo" della Convenzione e i "valori" della Carta dei diritti: una cronaca dei lavori preparatori*, in V. ATRIPALDI – R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale dell'Unione Europea*, Padova, 2003, 213-246;
- L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998;
- A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2-3/2001, 241-259;
- C. BARNARD, *The principle of equality in the Community context: "P.", "Grant", "Kalanke" e "Marschall"*, in *Cambridge Law Journal*, LVII, 1998, 361 ss;
- S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001;

S. BARTOLE, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2007, 233-244;

ID, *A proposito della revisione del trattato che istituisce la costituzione dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 3, 771 ss;

ID, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 39 ss;

E. BATTAGLIA, «Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K. B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2004, 600-616;

E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2006, 347-368;

V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10 éd, Paris, 2006;

A. BERRAMDANE, *La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 2/2006, 246-472;

K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahier de Droit Européen*, 2002, 679-694;

L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, 629 ss;

B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998;

R. BIFULCO, M. CARTARIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001;

R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005;

R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992;

F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 63-98;

- G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001;
- M. N. BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, n. 5, 443-446;
- I. CABRAL BARRETU, *L'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza nazionale*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 2001, 99-119;
- R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004;
- A. CAMPBELL AND HEATHER LARDY, *Discrimination against transsexuals in Employment*, in *European Law Review*, 1996, 412-417;
- I. CANOR, commento alla sentenza in *Common Market Law Review*, 2004, 1113-1125;
- ID, *Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe*, in *European Law Review*, 2000, 3-21;
- E. CARACCILO DI TORELLA, E. REID, *The changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in *European Law Review*, 2002, 80-90;
- E. CARACCILO DI TORELLA, A. MASSELOT, *Under construction: EU family law*, in *European Law Review*, 2004, 32-50;
- P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss;
- ID, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 163-171;
- ID, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002;
- L. CARLASSARE (a cura di), in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1998;
- J-Y. CARLIER, commento alla sentenza, in *Common Market Law Review*, 2005, 1121-1131;
- M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995;
- ID, voce *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995;
- M. CARTABIA – A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 4477-4507;

- M. CARTABIA - J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2002;
- E. CASTORINA, *Il caso "Garcia Avello" innanzi alla Corte di Giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 2009-2015;
- O. CASTRO OLIVEIRA, *Workers and other persons: step by step from movement to citizenship – Case law 1995-2001*, in *Common Market Law Review*, 2002, 77-127;
- G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 1998, 20-43;
- A. CELOTTO – G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giurisprudenza italiana*, n.2/2005, 427-440;
- G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 851 ss;
- B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 2000, 423-433;
- T. CONNOR, *Community Discrimination Law: no right to equal treatment in employment in respect of same sex partner*, in *European Law Review*, 1998, 378-383;
- S. COPPEL - A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking Rights Seriously?*, in *CMLR*, 1992, 669 ss;
- C. COMINATO, *Il diritto della persona a vedere riconosciuto dall'ordinamento il proprio mutamento di sesso*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2004, 453-456;
- B. CONFORTI, F. FRANCONI, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Boston, London, 1997;
- J.-P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 2000, 434-440;
- L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Convegno di Catanzaro, 31 maggio – 1 giugno 2002;
- F. CISTERNINO, *Permesso di soggiorno al cittadino di uno Stato terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario - Condizioni per il ricongiungimento familiare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 293-295;

- M. CUNIBERTI, *La cittadinanza, Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997;
- C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2004;
- G-R. DE GROOT, *Towards european conflict rules in matters of personal status*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 115-119;
- C. DENYS, *Homosexuality: a non issue in Community Law?*, in *European Law Review*, 1999, 419-425;
- M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001;
- ID, *La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 2001, 717-729;
- O. DE SCHUTTER, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination*, in *Jean Monnet Working Paper 07/04*, 2004;
- C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2002, 671 ss;
- F. DONATI E P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A.SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'europa*, Atti del seminario svoltosi a Capannello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002, Torino, 2003, 70;
- M. DOUGAN – E. SPAVENTA, *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, 699-712;
- E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, in *European Law Review*, 2007, 396-407;
- P. DRZEMCZEWSKI, *The Council of Europe's Position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, n. 1-4, 14-32;
- O. DUE – C. GULMANN, *Community fundamental rights as part of national law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, 405-422;
- C. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU and the individual: fundamental rights in the Draft Constitutional Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2004, 345-354;

- T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1199-1246;
- E. ELLIS, *Recent developments in European Community Sex Equality Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, 379 ss;
- ID, nota alla sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, C-122 e 125/99, in *Common Market Law Review*, 2002, 151-157;
- M. ELSMORE, P. STARUP, in *Common Market Law Review*, 2007, 787-801;
- G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza delle Corti europea dei diritti dell'uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, 131-154;
- ID, *Diritto all'identità personale e cognome del figlio naturale*, nota alla sentenza C. cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Giur. cost.*, 1996, 2475.
- G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001;
- A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 503 ss;
- M. V. FERRONI – E. MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, n. 3, 672 ss;
- C. FIORAVANTI, *Attribuzione uniforme di nomi e cognomi secondo la Convenzione di Monaco*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, 562-567;
- M. FIORAVANTI, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991;
- L. FLYNN, nota alla sentenza C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, in *Common Market Law Review*, 1997, 367-387;
- G. G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa, Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003;
- G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internazionale*, n.3/1988, 574-590, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, 621-634;

ID, *Identifying the status of general principles in European Community Law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, 445-457;

ID, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 533-547;

ID, *Introduzione al diritto comunitario*, Napoli, 2006;

R.A. GARCÌA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 1-29;

S. GRECO, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1369-1379;

A. GOUTTENOIRE-CORNUT e F. SUDRE, *La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel*, in *JCP - La Semaine juridique Edition Général*, n. 19-20, 8 maggio 2002, 885-890;

K. HAILBRONNER, *Union citizenship and the access to social benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005, 1245-1267;

L. HALLESKOV, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, n. 7, 181-201;

L. R. HELFER, nota alla sentenza *Grant*, in *American Journal of International Law*, 1998, 200-205;

B. HOFSTOTTER, *A cascade of rights, or who shall care for the little Catherine? Some reflections on the Chen case*, in *European Law Review*, 2005, 548-558;

H. LABAYLE, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.1/2007, 101-126;

K. LENAERTS, *"In the Union we trust": trust-enhancing principles of Community law*, in *Common Market Law Review*, 2004, 317-343;

ID, *Fundamental rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, 590 ss;

O. LYNKEY, nota alla sentenza *Sarah Margareth Richards*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 2/2006, 462-466;

E. LONGO, *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 581-584;

M. LUCIANI, *L'incerta natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in V. ATRIPALDI – R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale dell'Unione Europea*, Padova, 2003, 341-353;

ID, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale AIC, Perugia, 7-9 ottobre 1999, Annuario 1999, Milano, 2000, 507-554;

F. G. JACOB-R.C.A. WHITE, *The European Convention on human rights*, 4 ed., Oxford, 2006;

O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PETTITTI-DECAUX-IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995, 37-63;

T. KOOPMANS, *The roots of judicial activism*, in F. MATSCHER – H. PETZOLD (éd), *Protecting human rights: the european dimension*, *Studies in honor of G.J.Wiarda*, 1988;

A. KOPPELMAN, *Why Discrimination against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *N.Y.U. Law Review*, 1994, 197-208;

H. C. KRUGER – J. POLAKIEWICZ, *Proposals for a coherent human rights protection system in Europe*, *The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Journal*, n. 1-4, 2001, 1-13;

B. KUNOY, *A Union of national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case*, in *Common Market Law Review*, 2006, 179-190;

F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2006, 793-817;

A. J. MENÉDEZ, *Constituting rights on their own rights. The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 397-423;

L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002;

P. MORI, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, 571 ss;

G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Oxford, 2000;

- A. MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2000, 531-534;
- A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001;
- B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2006, n. 4, 675-685;
- J. MCINNES, nota alla sentenza *Grant*, C-249/96 in *Common Market Law Review*, 1999, 1043-1058;
- G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale*, in *Una Costituzione per l'Europa*, G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), Torino, 2006, 9-61;
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2004, 989-1000;
- B. NASCIMBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2007, 717-733,
- ID, *Il "diritto degli stranieri". Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in ID (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, XXX-LIII;
- ID, voce *Straniero nel diritto internazionale*, in *Digesto*, IV ed. vol. XV pubblicistico, Torino, 2000, 179 ss;
- ID, *Finding a Solution through Citizenship*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, n. 1, 329-346;
- ID, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 683-694;
- M. NOVELLA BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Famiglia e Diritto*, n. 5/2004, 442-450;
- R. NUNIN, *Sul diritto del convivente transessuale al godimento della pensione di reversibilità*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 142-147;
- ID, *La libera circolazione dei lavoratori comunitari e diritti del coniuge extracomunitario*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6/2002, 577-585;
- A. PACE, *Nome, soggettività giuridica, identità personale*, nota alla sentenza C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1994, 95;

ID, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2001, 1 ss;

ID, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003;

P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, 609-618;

ID, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 104-133;

L. PANAIOTTI, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2006, 765-772;

S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;

E. PAPARELLA, *Il dibattito interparlamentare sulla Carta dei diritti: i principali orientamenti*, in V. ATRIPALDI – R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale dell'Unione Europea*, Padova, 2003, 291-340;

H.-J. PAPIER, *Execution and Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights from the Perspective of German National Courts*, in *Human Rights Law Journal*, 2006, Vol. 27, n. 1-4, 1-10;

A. PECHEUL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue Française de Droit Administratif*, maj-juin 2001, 688 ss;

G. PERIN, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 89-97;

L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1995;

C. PINELLI, *Diritti Fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 3, 817 ss;

ID, *Judicial protection of human rights in Europe and the limits of a judge-made system*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 987 ss;

G. PINO, *Il diritto all'identità personale, Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003;

A. PISAPIA, *Una sentenza additiva in punto di attuazione della direttiva sul ricongiungimento familiare*, in *Giustizia Civile*, 2007, 543-546;

- A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002;
- ID, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, G. ROLLA (a cura di), Torino, 2001, 103-112.
- J. POLAKIEWICZ, V. JACOB-FOLTZER, *The European Human Rights Convention in Domestic Law: the Impact of Strasbourg Case-Law in States where Direct Effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, 1991, Vol. 12, n. 3, 65 ss;
- M.-C. PONTHEUREAU, *Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux à la théorie général des droits fondamentaux*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.5/2003, 928 ss;
- P. PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 1995, 23-37;
- P. QUAINI, *Il diritto alla riservatezza della condizione della sieropositività nel quadro dell'art. 8 della Convenzione dei diritti dell'uomo: il caso Z. c. Finlandia*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 1997, Vol. 2, 266-288;
- A. QUINONES ESCAMEZ, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, 507-529;
- G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 1998, 422-434;
- N. REICH, *Citizenship and family on trial: a fairly optimist overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law Review*, 2003, 615-636;
- G. REPETTO, *L'argomento comparativo nella giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo*, tesi di dottorato, Dottorato di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale, XVIII ciclo, Università La Sapienza di Roma;
- P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *Quad. cost.*, 2000, 15-38;
- G. RISOVECCHI, *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. ATRIPALDI – R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale dell'Unione Europea*, Padova, 2003, 247-290;

G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, vol. II, *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, 831 ss;

E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2001, 695-696;

D. ROUSSEAU - F. SUDRE (éd), *Conseil constitutionnel e Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1990, 71;

M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 291 ss;

R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, fasc. 3, 606 ss;

ID, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, fasc. 2, 277-297;

E. SPAVENTA, *Fron Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, 737 ss;

ID, nota alla sentenza *Akrich*, in *Common Market Law Review*, 2005, 225-239;

N. N. SHUIBHNE, *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?*, in *Common Market Law Review*, 2002, 731-771;

F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 79-98;

ID, *Brevi riflessioni sui valori e sui fini dell'Unione nel progetto di costituzione europea*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 3, 809 ss;

F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2007, in corso di pubblicazione;

F. SUDRE (éd), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005;

ID, (éd), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002;

ID, (éd), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998;

- ID, *A' propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *JCP, La Semaine Juridique*, n. 28, 11 luglio 2001, 1365-1368;
- F. SUDRE – S. QUELLIEN – N- RAMBION – C- SALVIEJO, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999;
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980;
- P. TAVERNIER (dir), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»*, Bruxelles, 1996;
- G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 427 ss;
- L. TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2004, 977;
- S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007;
- A. TRYFONIDOU, *Jia or "Carpenter II": the edge of reason*, in *European Law Review*, 2007, 908-918;
- P. VAN DIJK - G.J.H.VAN HOOF (éd), *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998;
- P. VAN DIJK, *Protection of "integrated" aliens against expulsion under European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, 298 ss;
- S. VAN WALSUM, *Comment on the Sen case. How wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, n. 4, pag. 518;
- J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990;
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007;
- U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1-2004, 73-116;
- A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, 849-899;

- A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 31-45;
- W. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003;
- ID, *To be a European citizen*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, 1067-1099;
- ID, *L'Unione e gli stati membri: competenze e sovranità*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale AIC, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Milano, 2000, 3-16;
- J.H.H. WEILER & N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I in *CMLR*, 1995, 51-94 e Part II, in *CMLR*, 1995, 579-627;
- R. C. A. WHITE, *A fresh look at reverse discrimination?*, in *European Law Review*, 1993, 527-532;
- ID, *Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Law*, in *European Law Review*, 2004, 385;
- L. WILDHABER, *La tutela dei diritti dell'uomo dap arte della corte europea e dei tribunali nazionali*, in *Rivista Internazionale Diritti Uomo*, 2000, 416-422;
- R. WINTEMUTE, *Recognizing New Kinds of direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code*, in *Mod. Law Review*, 1997, 334-344;
- C. ZANGHÌ, *Un'altra critica al parere n.2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, 1101-1120;
- A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare tra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, n. 6, 552-557;
- N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006;
- J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

