

Le fonti del diritto dell'immigrazione, breve premessa a tre casi emblematici

È evidente come la condizione giuridica dello straniero, nel suo complesso, sia ormai disciplinata dalla legge italiana non più in modo esclusivo, o almeno prevalente ed indipendente, ma in concorrenza con il diritto dell'Unione e nel rispetto dei vincoli internazionali; ed in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con i relativi protocolli.

Quanto alla normativa regolamentare, essa potrà concorrere a riempire la disciplina giuridica dell'immigrazione solo su delega espressa e di certo non in bianco del legislatore, oppure nei limiti dell'esecuzione della legge stessa e pertanto pur sempre in necessaria coerenza con principi e criteri comunque in essa stabiliti¹. Perfino superfluo parrebbe rammentare che anche la norma regolamentare rimane pur sempre onerata dell'osservanza delle norme e dei trattati internazionali vincolanti per l'Italia.

La riserva di legge di cui all'art.10, co.2 Cost trova nel legislatore statale l'unico soggetto competente a disciplinare la condizione giuridica dello straniero, tuttavia è difficile negare alla legislazione regionale la possibilità di incidere, seppure obliquamente, sulle condizioni di soggiorno degli stranieri, intervenendo nelle materie di sua competenza e dalle quali i cittadini stranieri, al pari di ogni altra persona residente o comunque presente sul territorio nazionale, sono coinvolti (lo ha di recente appreso il nostro Esecutivo, che ha visto rigettare dalla Corte Costituzionale le sue eccezioni di illegittimità costituzionale ad una serie di leggi regionali che hanno di recente disciplinato la materia dei servizi sanitarie sociali agli stranieri presenti sul loro territorio).

La definizione regolamentare di residenza legale dello straniero è illegittima?

Il giudice ordinario dovrebbe forse prestare maggiore attenzione alla riserva di legge seppur relativa (almeno secondo l'opinione ad oggi prevalente), ma rinforzata dai vincoli derivanti dal diritto internazionale, di cui all'art.10, co.2, Cost.

Il mio auspicio è che possa farlo, in particolare, in materia di cittadinanza e di residenza degli stranieri, in un periodo di stallo legislativo molto grave al riguardo.

¹ Al riguardo, Bonetti P., I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998, in Nascimbene B., Diritto degli stranieri, Padova, 2004, 53 s.

La legge 5 febbraio 1992, n.91, in materia di cittadinanza, in diverse sue disposizioni pone tra i requisiti per l'acquisto od il riacquisto della cittadinanza italiana da parte dello straniero o dell'apolide il carattere legale della residenza.

Tra molte, ricordo solo due disposizioni, perché riservate al controllo del giudice ordinario: quella di cui di cui all' art.4, co.2, riguardante lo straniero che sia nato in Italia e *“che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età”*, il quale diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro il compimento del diciannovesimo anno; e quella di cui all'art.5, riguardante il coniuge straniero o apolide di cittadino italiano, il quale può acquistare la cittadinanza italiana *“quando, dopo il matrimonio, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica”* (...)².

In queste, ma anche in molte altre disposizioni della legge 91/1992, si pone il problema dell'esatto significato del carattere legale della residenza.

Un problema che molti danno per risolto con la lettura dell'art.1 del D.P.R. 12 ottobre 1993, n. 572, regolamento di attuazione della legge sulla cittadinanza, ove la residenza legale è definita come la condizione dello straniero che risiede nel territorio dello Stato *“avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia e da quelle in materia d'iscrizione anagrafica”*.

Di conseguenza l'amministrazione competente a ricevere le istanze di cittadinanza pretende che esse siano accompagnate dalla certificazione anagrafica del periodo di residenza richiesto di volta in volta dalla norma.

In tal modo, da semplice elemento presuntivo del possesso del requisito della residenza, l'iscrizione anagrafica diviene il requisito stesso, pregiudicando in molti casi l'acquisto della cittadinanza.

Mi viene a mente il caso di una giovane cinese nata nel 1990 in Italia da genitori regolarmente soggiornanti, nonché anagraficamente residenti in un comune laziale. Nel 2002 la ragazza, ormai dodicenne, viene cancellata dall'anagrafe di quel comune per irreperibilità in quanto si era trasferita con i suoi familiari a Roma, dove per più di un anno avevano abitato in affitto senza trovare locatori onesti disposti a registrare il contratto di

² Articolo così sostituito dal comma 11 dell'art.1, Legge 15 luglio 2009, n.94.

locazione e consentire così alla famiglia di convincere l'ufficiale di anagrafe ad iscriverli nel comune di Roma.

Compiuti i diciotto anni la ragazza chiede di eleggere la cittadinanza italiana, ma l'ufficiale di stato civile rifiuta di ricevere la dichiarazione di elezione della cittadinanza perché la richiedente risulta non essere stata iscritta ad alcuna anagrafe comunale nel periodo a cavallo tra il 2002 ed il 2003; periodo in cui, vivendo a Roma, aveva regolarmente frequentato la scuola, ma era stata ormai cancellata dal comune laziale di provenienza senza ancora essere iscritta in quello di Roma.

Non si tratta di un caso isolato, bensì dell'ordinaria conseguenza dell'applicazione della norma regolamentare da parte dell'amministrazione competente.

Una indagine demografica recentemente condotta su un campione di 25 comuni italiani mostra che su 100 ragazzi nati in Italia da genitori stranieri regolarmente soggiornanti e qui residenti al compimento dei diciotto anni, ben 42 non eleggono la cittadinanza italiana proprio perché mancanti del requisito di continuità anagrafica.

È un dato preoccupante, perché significa che ad ogni anno che passa diverse migliaia di diciottenni stranieri nati e vissuti in Italia – ormai titolari di un diritto di incolato analogo ai cittadini e dunque destinati a risiedere tra noi dalla culla alla tomba - rimarranno, almeno per ancora molti anni, stranieri.

Francamente mi pare abbastanza iniquo sanzionare una dodicenne con la perdita del diritto dell'opzione di cittadinanza a causa di un breve vuoto anagrafico causato, caso mai, dall'incuria dei genitori, dalla disonestà dei locatori di case o, magari, dalla scarsa, forse reciproca, capacità di comunicazione tra utenti e sportelli comunali.

Non credo, inoltre, che il regolamento di esecuzione potesse sino a tal punto specificare/integrare il concetto di residenza legale espresso dal legislatore, riducendolo al requisito di iscrizione anagrafica.

Il dubbio che il regolamento abbia così violato il limite del rispetto della norma di legge da attuare proviene da una serie di indici normativi dei quali il più rilevante è sicuramente l'art.43 del codice civile, il quale dà la definizione di diritto comune della residenza (il luogo in cui la persona ha la dimora abituale) la cui sussistenza in capo al soggetto, in quanto *res facti*, può essere provata dall'interessato con ogni mezzo, tra cui, ovviamente, con valore di presunzione semplice, la stessa iscrizione anagrafica.

Quanto all'avverbio "legalmente" aggiunto nella legge 91/1992 al sostantivo "residente" dovrebbe ragionevolmente significare – e non solo a mio parere - che la residenza non deve essere illegale, cioè non autorizzata, bensì provvista di autorizzazione al soggiorno (cosa ben diversa dall'iscrizione anagrafica).³

Di qui, dunque, il sospetto di illegittimità dell'art.1, D.P.R. 572/1993, che il privato dovrebbe far valere trovando nel giudice ordinario (per il caso di cui all'art.4, co.2) od in quello amministrativo in altri casi, specie quelli di cui all'art.9, un ascolto attento e sensibile al principio di coerenze delle definizioni giuridiche⁴.

In effetti, la debole consistenza giuridica della riduzione della nozione di residenza legale a quella anagrafica è svelata in modo evidente da una delle posizioni giuridiche coinvolte: quella dell'apolide, il quale, ai sensi dell'16 della legge n.91/1992, quando "*risiede legalmente nel territorio della Repubblica è soggetto alla legge italiana per quanto si riferisce all'esercizio dei diritti civili ed agli obblighi del servizio militare*". L'utilità ermeneutica di questa disposizione, ai fini che ci interessano, sta nel fatto che essa utilizza il medesimo requisito di residenza legale palesemente non riconducibile a quello di residenza anagrafica; a meno che non si voglia far discendere dalla mancanza di iscrizione anagrafica dell'apolide *de iure* legalmente soggiornante in Italia l'incapacità all'esercizio dei diritti civili e – fino a qualche anno fa – di prestare servizio militare.

Come è noto, quello dell'apolide è uno status della persona regolato dal diritto internazionale, rispetto al quale, dunque, il legislatore nazionale non ha più mano libera avendo tra l'altro provveduto a ratificare ed eseguire la Convenzione relativa allo status degli apolidi, adottata a New York il 28 settembre 1954, con legge 1 febbraio 1962, n.306.

La stessa legge 91/1992 sulla cittadinanza costituisce un tassello della esecuzione nel diritto interno di questa importante convenzione, stipulata da una serie di paesi accomunati da una condivisa nozione giuridica di residenza, ma non invece da un sistema di residenza

³Si avvede del problema **Barel**, *Osservazioni sui disegni di legge per la riforma della disciplina della cittadinanza (1)*, in *Lo stato civile italiano*, 2005, 826 ss.

⁴Il regolamento di esecuzione della legge sulla cittadinanza ha destato notevoli perplessità anche in seno al Supremo Collegio della Giustizia Amministrativa, il quale ha considerato con allarme la tendenza del regolamento di esecuzione "*ad alterare, in senso restrittivo per gli interessati, i presupposti, puntualmente descritti normativamente, per l'esercizio di diritti o facoltà attribuiti dalla legge stessa*"; con disposizioni che potrebbero legittimamente trovare ingresso solo per via legislativa. Cfr. Cons. Stato (Ad. Gen.), 16.3.1995, n. 31, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 1733

anagrafica (del tutto sconosciuta, ad esempio, in Francia ed in altri Paesi essi pure aderenti alla Convenzione).

Non v'è dubbio, dunque, che se il già citato art.16 della legge n.91/1992 (dove si prevede il requisito della residenza legale dell'apolide) venisse interpretato nel senso di richiedere la residenza anagrafica ciò costituirebbe violazione di una serie di norme della Convenzione, tra cui, in particolare, l'art. 7 (*“après un délai de résidence de trois ans, tous les apatrides bénéficieront, sur le territoire des Etats contractants, de la dispense de réciprocité législative”*) e l'art.15 (*les Etats contractants accorderont aux apatrides qui résident régulièrement sur leur territoire (...) un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en général*).

Pare dunque evidente che la definizione di residenza legale – dovendo questa essere unica per tutte le ipotesi nelle quali essa è richiesta all'interno della medesima legge non potrà essere quella di residenza anagrafica, illegittimamente imposta dal D.P.R. 572/1993 ed inapplicabile agli apolidi.

Al riguardo segnalo, infine, che l'Italia ha firmato, sebbene non l'abbia ancora ratificata, la Convenzione europea sulla nazionalità del 6. novembre 1997, promossa dal Consiglio d'Europa, dove la nozione di *«résidence légale et habituelle»*, in particolare ai paragrafi n.2 e n.3, non corrisponde ovviamente alla residenza anagrafica (sconosciuta, come si è già detto, ad una parte almeno dei 29 paesi firmatari o ratificanti)⁵.

Sebbene si parli, in questo secondo caso, di un atto del diritto internazionale non ancora perfettamente vincolante per il nostro Paese, pare davvero inopportuno avallare una definizione di residenza legale diversa ed incompatibile con le definizioni invalse nel diritto internazionale.

Stranieri “concittadini” europei e stranieri non europei

Ho detto come ad uno sguardo non angusto si apra al giurista dell'immigrazione un orizzonte davvero vasto, popolato da diverse fonti di produzione, non certo avarie di norme.

A questo variegato sfondo normativo corrisponde altresì un plesso articolato di status che riconducono il soggetto straniero ora ad un contenitore normativo, ora ad un altro. Distinguiamo quindi gli stranieri cittadini europei; gli stranieri non europei ma familiari di

⁵Per approfondimenti sul requisito di residenza nel diritto internazionale, cfr. **Panella**, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008, spec. 117 ss.

cittadini europei; gli stranieri non europei familiari di cittadini italiani; gli stranieri europei familiari di cittadini italiani; i cittadini stranieri non europei; gli stranieri non europei ma cittadini di paesi che hanno stipulato particolari accordi con l'Italia e con l'Unione Europea; gli apolidi; ed infine i minori stranieri (per molti versi più minori che stranieri).

In particolare, ai sensi del diritto italiano dell'immigrazione, la nozione di straniero è espressamente riferita, dall'art.1, co.1 del D.lgs 286/1998 (testo unico delle norme sull'immigrazione) ai "*cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi*". Solo ad essi dovrebbe dunque trovare applicazione la disciplina contenuta nel testo unico.

L'esistenza di un corpus riepilogativo della normativa nazionale in tema di immigrazione non deve però trarre in inganno l'interprete, che dovrà comunque essere consapevole della crescente importanza del diritto europeo, sia come vincolo al legislatore nazionale sia come fonte diretta di regole che l'interprete ha l'obbligo di conoscere (e la recente vicenda culminata nella necessaria ed inevitabile disapplicazione dell'art.14 t.u. ne è la più recente dimostrazione, ma non credo che resterà l'ultima⁶).

Quanto ai cittadini europei e ai loro familiari (non importa se comunitari o extracomunitari) si applica loro la normativa europea e di recepimento in materia di libertà di circolazione (cioè la Direttiva 2004/38/CE ed il D.lgs 30/2007).

Di per sé il diritto europeo – ed in particolare la direttiva n.38/2004 – trova necessaria applicazione solo ai cittadini europei esercitanti la libertà di circolazione e non, invece, ai cittadini che rimangono sul territorio dello stato membro di loro cittadinanza. Le regole sulla coesione familiare, per questi ultimi, saranno dunque quelle dettate dal diritto nazionale in materia di immigrazione e dunque di ricongiungimento familiare.

Senonché, va sottolineata la diversa scelta operata dal legislatore italiano, il quale ha optato per il cumulo, a favore del cittadino italiano e dei suoi familiari, di entrambi gli ambiti normativi costituiti, rispettivamente, dal diritto di derivazione comunitaria in materia di libertà di circolazione (d.lgs 30/2007) e dal diritto dell'immigrazione, specie in tema di ricongiungimento e unità familiare (d.lgs 286/1998).

I riferimenti normativi di questo obiettivo privilegio riservato dall'Italia ai cittadini italiani

⁶ È annullata, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, la sentenza che ha condannato i due ricorrenti extracomunitari alla pena della reclusione di mesi sei per il reato di cui all'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. 286/98, per non aver ottemperato agli ordini di lasciare il territorio nazionale. La recente sentenza della Corte di Giustizia UE implica la disapplicazione della citata norma incriminatrice (Cass. pen. 11.5.2011, n.18586)

ed ai loro familiari sono rintracciabili nel combinato disposto prodotto da alcune disposizioni-cerniera.

Penso, in primo luogo alla legge comunitaria per il 2008⁷, che all'art.6 prevede che nel recepimento delle direttive europee i cittadini italiani non possano essere sfavoriti rispetto ai cittadini europei, con conseguente disapplicazione nei riguardi dei cittadini italiani di norme nazionali che li trattino sfavorevolmente rispetto ai cittadini europei residenti o presenti sul territorio nazionale.

Ma soprattutto risulta significativo il disposto di cui all'art. 23 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 che a sua volta prevede l'applicazione delle disposizioni contenute nel decreto legislativo di recepimento del diritto comunitario sulla libertà di circolazione anche ai familiari dei cittadini italiani, ma solo "*se più favorevoli*", rinviando implicitamente, ove tale condizione di favore in concreto non si realizzi, alla disciplina dell'immigrazione in materia di unità familiare.

Le norme sin qui richiamate fanno dunque giustizia di un'affrettata interpretazione che ha decisamente sopravvalutato la novella apportata dal D.L. 112/2008 all'art.1, comma 2 del testo unico sull'immigrazione, il quale sino al 2008 disponeva che le norme del testo unico non si applicassero "*ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, se non in quanto (...) più favorevoli (...)*".

Ma a seguito della novella apportata con il D.L. 112/2008, l'art.1, co.2 del testo unico sull'immigrazione dispone oggi, in linea generale (almeno apparentemente), che le norme in materia di immigrazione non trovano applicazione nei confronti dei cittadini di Stati membri dell'Unione Europea, salvo, però, «quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario», tra cui, relevantissimo, il già richiamato art.23 d.lgs 30/2007 che pure sottopone l'applicabilità del diritto europeo al cittadino italiano ed ai suoi familiari solo se più favorevole rispetto alle norme del diritto nazionale (dell'immigrazione) altrimenti applicabili.

Per gli studiosi della *malpractice* legislativa, mi sia consentito osservare come l'art.37 del D.L. 112/2008, col quale è stato novellato nel senso appena detto l'art.1, comma 2 del testo unico sull'immigrazione, fosse una disposizione espressamente limitata alla realizzazione di risparmi di spesa sulle prestazioni sanitarie (tant'è che la rubrica dell'articolo reca il titolo

⁷ Legge 7 luglio 2009, n.88.

“*Certificazioni e prestazioni sanitarie*”), senza alcuna apparente consapevolezza di operare, in tal modo, una modifica legislativa di tenore più generale, sicché è anche legittimo il dubbio se, nell’interpretare la norma novellata, debba prevalere l’esito normativo apparentemente ad efficacia generale (facendo così astrazione dalla sua fonte) oppure la più angusta indicazione della rubrica apposta dal legislatore alla norma novellatrice⁸.

Troppo spesso si dimentica, invece, che comunque questa ambiguissima novella ha lasciato intatto il disposto, decisamente di segno contrario, costituito dall’art.28 del testo unico sull’immigrazione, specificamente diretto a disciplinare la materia della coesione familiare, ai sensi del quale il quale «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell’Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n.1656, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione.»

Il mancato raccordo dell’art. 28 del testo unico sull’immigrazione al succedersi delle normative di recepimento del diritto europeo dopo il d.P.R. 30 dicembre 1965, n.1656, ormai più volte sostituito, costituisce di certo una bruttura, ma non pone seri dubbi sul senso, ugualmente chiaro, della disposizione⁹.

Per un verso, dunque, l’art.28 ci dice che ai familiari stranieri di cittadini italiani o dell’Unione si applica il diritto dell’Unione sulla libertà di circolazione e di stabilimento e non già il diritto dell’immigrazione in materia di unità familiare; per altro verso, però, si dichiara loro applicabile, in alternativa, anche il diritto dell’immigrazione quando quest’ultimo sia ad essi più favorevole del diritto comunitario.

E poiché l’art.28 è norma speciale, essa prevale in quell’ambito sulla disposizione di cui all’art.1 del testo unico novellato, sia che la si consideri norma generale sia che la si consideri norma dissimulatamente speciale perché preordinata all’esclusione dal servizio sanitario nazionale dei cittadini europei dimoranti in Italia ma non residenti.

È questa la ragione – od almeno una delle ragioni – per cui spero che La Suprema Corte possa a breve rimeditare, modificandolo, un suo recente orientamento.

Mi riferisco, in particolare, a Cassazione, n. 4868 del 1 marzo 2010, la quale ha ritenuto che il ricongiungimento familiare col minore straniero, non figlio ma affidato, possa essere

⁸ L’obiettivo del legislatore del 2008 altro non era se non quello di escludere i cittadini europei non residenti dall’accesso gratuito alle prestazioni sanitarie c.d. essenziali

⁹ Eppure, forse nell’affanno delle molte udienze, il giudice italiano è più volte inciampato nella pur ben segnalata insidia. Ne è un primo esempio Cass. 22.5.2003, n. 8034, su cui L. Olivetti, *Lo status dei coniugi non comunitari di cittadini italiani fra diritto al soggiorno e obbligo di convivenza*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 3, 154 ss.

realizzato solo dai cittadini stranieri, ai sensi, appunto, dell'art.29 del testo unico sull'immigrazione e non, invece, da cittadini italiani; e ciò sulla base del falso postulato secondo cui al cittadino italiano ed ai suoi familiari non si applicherebbe la disciplina di cui all'art.29 del testo unico sull'immigrazione (neppure se più favorevole), ma solo quella di derivazione comunitaria.

Ma penso anche a Cass. n.17346 del 23 luglio 2010, con cui è stata negata l'applicazione delle norme sulla coesione familiare al coniuge extracomunitario di un cittadino italiano, già irregolarmente soggiornante in Italia.

In questo secondo caso la Cassazione fa un'affermazione apparentemente contraria, ma ugualmente inesatta, a Cass. 4868/2010, sostenendo che per vantare la più vantaggiosa posizione di familiare di cittadino comunitario (in quel caso italiano) occorre che *“l'extracomunitario familiare (...) abbia ottenuto i titoli che lo abilitano al soggiorno ed alla circolazione in Italia come in tutti i Paesi membri dell'Unione”*, vale a dire *“la Carta di soggiorno e la Carta di soggiorno permanente, titoli aventi valore costitutivo per l'esercizio dei diritti in tutta l'Unione (...), fermo restando che la sua condizione di regolare soggiornante resta interamente disciplinata, in attesa della Carta o anche in assenza della richiesta al Questore, dalla legislazione nazionale”*, che il Supremo Collegio ha individuato nel testo unico sull'immigrazione.

In poche righe la Cassazione ha così condensato un pensiero nitidamente in contrasto con l'interpretazione ormai da anni consolidata presso la Corte di giustizia riguardo alla libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari.

Al riguardo, infatti, la Corte di giustizia, con una decisione del 2002, mai più contraddetta, proprio occupandosi della posizione di un cittadino di un paese terzo, entrato illegalmente nel territorio di uno Stato membro, aveva affermato l'esatto contrario, ritenendo che *“il rilascio di un permesso di soggiorno ad un cittadino di uno Stato membro dev'essere considerato (...) non come un atto costitutivo di diritti, ma come un atto destinato a comprovare, da parte di uno Stato membro, la posizione individuale del cittadino di un altro Stato membro nei confronti delle norme comunitarie. Lo stesso ragionamento deve valere per quanto riguarda il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino di uno Stato membro, il cui diritto di soggiorno deriva direttamente dagli artt. 4 della direttiva*

68/360 e 4 della direttiva 73/148, indipendentemente dal rilascio di un permesso di soggiorno da parte dell'autorità competente di uno Stato membro.”¹⁰

Ma è soprattutto nel vigore della attuale normativa comunitaria (la direttiva n.38/2004), con la decisione della Corte di giustizia nel caso Metock, del 25 luglio 2008 (subito confermata dalla successiva giurisprudenza comunitaria¹¹), che si delinea conclusivamente l'interpretazione del giudice europeo su questo aspetto della libertà di circolazione, superando definitivamente alcuni precedenti dubbi sulla riferibilità dei diritti di coesione familiare ai cittadini di paesi terzi già irregolarmente o clandestinamente soggiornanti prima di divenire familiari del cittadino comunitario¹².

Un riallineamento della Cassazione italiana alla Corte di Giustizia si impone dunque - almeno sulle questioni che ho ora richiamato - in ragione della potestà di interpretazione autentica che l'ordinamento dell'Unione europea ha riconosciuto al giudice del Lussemburgo.

Circolazione delle persone e circolazione dei modelli familiari

Vorrei brevemente soffermarmi su di un'ultima ma strategica questione: quella del rapporto tra il diritto di famiglia nazionale e il diritto europeo sulla libertà di circolazione.

La Direttiva 2004/38/CE, sulla libertà di circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari, come è noto, contiene all'art.2, n.2, una definizione normativa (strettamente funzionale al riconoscimento dei diritti di circolazione) di familiare. Definizione che comprende, con esclusione di ogni altra posizione: *a) il coniuge; b) il partner che abbia*

¹⁰ Corte di giustizia CE, 25.7.2002, Causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contro il Belgio*, al punto 74.

¹¹ Corte di giustizia CE, 19.12.2008, D.S. c. Austria, in *Gli stranieri*, 2009, 1, riguardante però il caso, meno emblematico, del coniuge divenuto tale durante il periodo di provvisoria autorizzazione al soggiorno in attesa della valutazione sullo status di rifugiato.

¹² Corte di giustizia CE, 25.7.2008, C-127/08, *Baheten Metock et al., c. Irlanda*, commentata, tra gli altri, da **M. Gnes**, *Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare*, in *Giornale dir amm.*, 2009, 137 ss.; **R. Palladino**, *L'interpretazione della Direttiva n.2004/38/CE sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unione europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza Metock*, in *Dir.com. e scambi int.*, 2009, 3, 471 ss.; **S. Hammampun**, **N. Neuwahl**, *Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire Metock, C-127/08)*, in *Rev. Trim. Droit Eur.*, 2009, 1, 91 ss.; **A. Ianniello Saliceti**, *Riflessioni sulla sentenza Baheten Metock ed altri*, in *Gli stranieri*, 2009, 1, 1 ss.; **P. Morozzo della Rocca**, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *Corr. giur.*, 2008, 1375

contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b); d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b).

Tuttavia una serie di altri familiari sono essi pure indicati nel successivo art.3, co.2, della direttiva, che pone agli Stati membri l'ulteriore obbligo, invero piuttosto ambiguo ed impreciso, di agevolare, conformemente alla legislazione nazionale, il loro ingresso e soggiorno.

Che tale clausola non debba essere considerata solo come un'aggiunta meramente declamatoria è forse chiarito già nel successivo ed ultimo comma dell'art.3, ove è imposto allo Stato membro di effettuare un esame approfondito della situazione personale di detto familiare, giustificando l'eventuale rifiuto dell'ingresso o del soggiorno.

Vero è che l'art.3 contiene un inciso piuttosto limitativo della sua portata, secondo cui le misure autorizzatorie imposte (o secondo una diversa opinione raccomandate) allo Stato membro sono solo quelle conformi alla sua legislazione.

È però a mio parere plausibile ritenere che il legislatore comunitario, alludendo alle condizioni di legge stabilite dall'ordinamento nazionale, intendesse riferirsi all'intero complesso normativo nazionale come fonte da cui trarre (a discrezione, ma non ad arbitrio, dello Stato membro) un titolo di soggiorno per motivi anche diversi da quelli familiari.

Il d. lgs 30/2007 ha recepito l'art.3 della direttiva apparentemente fotocopiandolo nell'art.3 del D.lgs 30/2007, ma in realtà la fotocopia contiene una inesattezza non da poco, che addirittura potrebbe rendere illegittimo il recepimento così operato.¹³

Dispone, infatti, l'art.3, d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30, che l'Italia agevola l'ingresso e il soggiorno del *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile non solo debitamente attestata (come richiede l'art.3 della direttiva recepita), ma la cui attestazione sia effettuata dallo Stato del cittadino dell'Unione.

¹³È L. Pascucci, *Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?*, in *Fam.dir.*, 2007, 11, 1050 a segnalare, opportunamente, la non piena corrispondenza tra le due norme e quindi – come da altri sottolineato – il mancato rispetto della direttiva. Cfr., in tal senso, anche E. Calò, *La Cassazione e le convivenze omosessuali fra diritto e (discriminazione a) rovescio*, in *Foro it.*, 2009, I, 2080

Della necessità che l'unione risulti (non attestata, ma) registrata in un paese membro è scritto, in effetti, nell'art.2, co.2 della direttiva, con riferimento però al diverso caso delle convivenze che già diano luogo al più ampio diritto di soggiorno al traino del familiare, mentre l'art.3 della direttiva si occupa degli "altri familiari", non inclusi nella definizione di cui all'articolo precedente.

La differenza del requisito di registrazione di cui all'art.2 della direttiva rispetto al requisito di mera attestazione di cui all'art.3 non è casuale mirando l'autore di entrambe le norme a includere nella seconda tutto un ventaglio di relazioni familiari diverse ed ulteriori rispetto a quelle indicate nella prima, connettendovi un diritto di circolazione decisamente minore.

Ignorando – o facendo finta di ignorare – la differenza tra i due requisiti di circolazione previsti per la coppia di fatto rispettivamente agli artt.2 e 3 della direttiva, il legislatore italiano crea ostacoli alla libera circolazione degli altri familiari di cui all'art.3, a danno di coloro che potrebbero debitamente attestare la stabilità dell'unione ma che non dispongono della facoltà di registrazione in uno dei paesi membri.

Smentendo quegli interpreti che avevano inizialmente ritenuto l'art.3 della Direttiva e la sua maldestra fotocopia di diritto interno privi di effettiva precettività, il Ministero dell'interno ha invece provveduto a dare una qualche attuazione alla pur ambigua e ristretta disposizione di legge mediante una circolare applicativa ove si prevede la possibilità di rilasciare agli altri familiari di cui all'art.3 un permesso di soggiorno per "residenza elettiva" rinnovabile per il tempo in cui il partner comunitario risieda nel nostro paese.¹⁴

Pur nella sua inadeguatezza, la circolare dimostra la consapevolezza delle nostre autorità di doversi sottrarre tanto a ricorsi dei privati quanto a procedimenti di infrazione che sarebbero senz'altro potuti sopraggiungere se non si fosse provveduto a trovare un canale di

¹⁴ Ministero dell'interno, Circolare 18.7.2007, n. 2007/04165/15100/14865(39), la quale detta due discipline distinte per il partner del cittadino comunitario e per quello extracomunitario. Nel primo caso il partner dovrà esibire, al fine dell'ottenimento della residenza, a) la documentazione dello Stato del cittadino dell'Unione, titolare del diritto di soggiorno, dalla quale risulti il rapporto parentale ovvero la relazione stabile, registrata nel medesimo Stato; b) l'autodichiarazione del cittadino dell'Unione della qualità di convivente; c) l'assicurazione sanitaria ovvero altro titolo comunque denominato idoneo a coprire tutti i rischi nel territorio nazionale; d) l'autodichiarazione del cittadino dell'Unione della disponibilità di risorse sufficienti per sé ed il convivente.

Nel secondo caso, invece, il partner extracomunitario potrà chiedere il rilascio del permesso di soggiorno per residenza elettiva (la circolare cita, al riguardo, l'art.5 del D.lgs 2861998, ove tuttavia non è data alcuna disciplina del rilascio di questo particolare tipo di permesso di soggiorno). Ove si tratti di chiedere l'ingresso in Italia questo sarà quindi subordinato al rilascio del visto di ingresso per residenza elettiva da parte delle autorità consolari.

facilitazione dell'ingresso e del soggiorno per questi "altri familiari", dimostrativo di quella buona volontà amministrativa genericamente disposta dall'art.3 della direttiva.

Un rischio non sempre percepito dalla dottrina, talvolta rassicurata da considerazioni di carattere generale che forse meriterebbero di essere verificate in concreto, come l'affermazione della riserva dell'ordinamento nazionale rispetto al diritto di famiglia, la cui disciplina vincolante sarebbe riservata agli ordinamenti nazionali.

Solo questi ultimi, ad esempio, potrebbero decidere della rilevanza o irrilevanza normativa della convivenza non fondata sul matrimonio rispetto all'ordinamento interno; e la valutazione fatta dal legislatore italiano nel senso dell'irrilevanza normativa della fattispecie riguarderebbe anche il tema del ricongiungimento familiare con il partner straniero, pertanto non consentito.

Al riguardo riterrei che dalla pur giusta premessa della riserva del legislatore nazionale in materia di diritto di famiglia non sia però corretto fare discendere la possibilità di ostacolare la libera circolazione del cittadino europeo, impedendogli di farsi accompagnare da un altro familiare (fosse anche il partner), nei limiti ed alle condizioni in cui tale diritto sia invece affermato dal legislatore comunitario.

Altro è, poi, ragionare sugli effetti latamente eversivi che l'affermazione della libertà di circolazione può talvolta esplicitare nei riguardi del generale principio di riserva di competenza in materia di diritto di famiglia.

Un tema importante e delicatissimo che va emergendo riguardo ad una molteplicità di fattispecie. Basterebbe citarne due:

La prima riguarda la richiesta di trascrivere nei registri di stato civile italiano un provvedimento inglese di attribuzione della maternità di un bambino anglo/italiano alla madre legale o surrogata, anziché alla gestante (o madre biologica).

Il giudice barese ha ritenuto illegittimo il rifiuto di procedervi opposto dall'ufficiale di stato civile. Secondo il giudice la violazione dei principi di ordine pubblico esterno italiano non è qui ravvisabile, perché l'ostacolo costituito dalla inammissibilità delle pratiche di maternità surrogata nel nostro ordinamento deve comunque intendersi superato a fronte sia della libertà di circolazione nello spazio europeo (che sarebbe ostacolata dalla impossibilità di

vedere riconosciute le relazioni familiari nel paese di soggiorno), sia del preminente interesse del minore all'unicità dello status familiae, almeno nell'ambito europeo.¹⁵

La seconda fattispecie che merita di essere richiamata, in luogo di altre, che pure avrebbero inerenza al tema in esame, è invece costituita dalla controversa libertà d'uso del cognome prescelto sulla base della legislazione vigente in uno dei paesi di cittadinanza e di residenza del soggetto, di cui si chiedi il riconoscimento nel secondo paese di cittadinanza. Libertà ormai pacificamente assicurata dalla Corte di giustizia e ovviamente anche dalle nostre corti. In questi casi, a differenza di quello che ora ci occupa, l'interferenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia del paese membro è stata evidentissima, comportando, nel primo caso, la disapplicazione di norme e principi (considerati altrimenti di ordine pubblico) riguardanti la filiazione biologica.

Eppure, tanto il giudice nazionale che il giudice comunitario hanno avallato tali interferenze, conformandosi peraltro al canone di valutazione del limite di ordine pubblico secondo cui il criterio di compatibilità con l'ordinamento comunitario prevale sul criterio di compatibilità con la legge nazionale.¹⁶

Osservo al riguardo – ed in aggiunta – che là dove, oltre alla contrarietà alla legge nazionale, si palesi una contrarietà allo stesso limite di ordine pubblico internazionale per effetto dell'applicazione di norme di diritto europeo, sarà probabilmente lo stesso principio di competenza del diritto europeo a spingere un po' più indietro il limite di ordine pubblico vigilato dalle autorità dello Stato membro.

Ritengo, inoltre – e ciò mi pare chiarissimo riguardo all'art.3 della direttiva sulla libertà di circolazione - che l'efficacia indiretta esercitata dal diritto europeo sulle materie e gli istituti riservati al diritto nazionale non possa che richiamare alla mente del giurista la sfortunata ed invece a mio parere meritevole dottrina internazionalistica dell'effetto attenuato tollerabile, secondo la quale, anche quando non sia possibile riconoscere efficacia agli effetti principali o causali dell'istituto straniero per via della sua contrarietà all'ordine pubblico, è però possibile che alcuni suoi effetti secondari od indiretti siano invece da ammettere, nel rispetto del principio di buona fede.

¹⁵ App. Bari, 13.2.2009, riportato con scheda di sintesi in *I Servizi Demografici*, 2009, 7-8, 22, su cui vedi le osservazioni di C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2009, 589 ss.

¹⁶ Al riguardo, cfr. S.M. Carbone e I. Queirolo, *Diritto di famiglia e unione europea*, Torino, 2008, 27 s.; B. Barel e S. Armellini, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2009, 44

Ricordo, in luogo di molte possibili esemplificazioni certamente più recenti, un caso di poligamia postosi in Svizzera in anni lontani riguardo ad un rifugiato politico di religione Sik, fuggito dal suo Paese assieme ai congiunti, tra i quali due mogli.

Pur non avendo la Svizzera alcuna intenzione di riconoscere il matrimonio poligamico nel proprio ordinamento, si ritenne tuttavia che ciò non dovesse impedire il ricongiungimento familiare sul territorio elvetico dell'intero nucleo familiare poligamico. Una decisione di apertura oggi smentita – secondo me a torto - dal diritto europeo (che non esclude dal generale e drastico divieto di ricongiungimento poligamico i familiari del rifugiato politico) ma anche un metodo certamente valido, ben al di là di tale fattispecie, offerto all'interprete che intenda attenuare gli effetti negativi delle differenze giuridiche e culturali senza per ciò solo rinunciare ad averne consapevolezza e cura.