CITTADINI E DIRITTI FONDAMENTALI NELLA UE – RESPONSABILITÀ E OPPORTUNITÀ NUOVE PER IL NOTAIO

CASI PRATICI E RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

QUADERNO

N° 21

Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Sindacale dei Notai della Lombardia
Milano, 16 aprile 2012

INDICE

I SESSIONE — DOMENICO CHIOFALO. INTRODUZIONE 3

BRUNO NASCIMBENE: CITTADINANZA EUROPEA, LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E LIBERA CIRCOLAZIONE DEGLI ATTI 5

MARIO RICCA: DIFFERENZE CULTURALI E CREATIVITÀ NOTARILE LA TRADUZIONE INTERCULTURALE COME MEZZO DI DISSOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA ORDINAMENTI 14

CARMELO DI MARCO: I DIRITTI DEL RIFUGIATO 34

ANSELMO BARONE: LA "COMUNITARIZZAZIONE" DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: ASPETTI DI INTERESSE NOTARILE 60

GIUSEPPE DE ANGELIS: LIBERTÀ DI MATRIMONIO E DIVIETO DI MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO. EVOLUZIONE SOCIALE E GIURIDICA 68

II SESSIONE — GIOVANNI LIOTTA. INTRODUZIONE 78

EMANUELE CALÒ: DIRITTI FONDAMENTALI E ATTIVITÀ NOTARILE 80

ANTONIO DOMINGUEZ MENA: I MATRIMONI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: L'ESPERIENZA SPAGNOLA 88

CARLO ALBERTO MARCOZ: UN CASO PRATICO: IL PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ (PACS) FRANCESE 99

DIRITTO DI SOGGIORNO E MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: UNA RECENTE PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA 104

I SESSIONE
DOMENICO CHIOFALO
INTRODUZIONE

La conoscenza del Diritto Comunitario è diventata fondamentale per l'esercizio della nostra professione e anche le recenti cronache fanno emergere l'importanza di temi che, pur in mancanza di una regolamentazione interna, hanno riflessi diretti sulla nostra attività. Per queste ragioni l'Associazione sindacale dei notai della Lombardia ha organizzato il Convegno "Cittadini e diritti Fondamentali nella UE – Responsabilità e opportunità nuove per il notaio – Casi Pratici e Recenti sviluppi giurisprudenziali".

Di fronte alla sfida culturale e giuridica che la disomogeneità del diritto europeo pone, per esempio, nel riconoscimento delle unioni civili e dei matrimoni omosessuali, i notai devono ribadire il loro impegno a tutela dei diritti fondamentali. In assenza (e in attesa) di norme specifiche, si devono fare garanti di "tradurre" in Italia gli interessi legittimi sulla base di casi giuridici europei, il diritto comparato e la legislazione vigente. Dopo la proposta presentata dal Consiglio Nazionale del Notariato per l'introduzione in Italia dei Patti di convivenza sul modello di numerosi Stati membri dell'Unione Europea, l'associazione lombarda ha voluto portare ancora di più alla luce problematiche che interessano i cittadini e lo svolgimento stesso della professione. Alcune recenti sentenze dei Tribunali italiani e i provvedimenti presi da istituzioni locali hanno evidenziato la necessità di un urgente intervento regolativo nazionale in materia di convivenze civili e matrimoni omosessuali contratti all'estero. In assenza di una normativa ad hoc, tuttavia, i notai sono chiamati ugualmente a farsi garanti dei diritti fondamentali e degli interessi giuridici nella definizione dei rapporti patrimoniali. Come fare? In primo luogo è possibile prendere spunto dalla prassi e giurisprudenza più recente. Insieme alla pronuncia n. 4184 della Cassazione, la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 e l'ordinanza del Tribunale di Brescia dell'11 aprile 2012 hanno aperto la strada a nuove interpretazioni del diritto privato in materia di convivenza tra omosessuali e permessi di soggiorno, alla luce della c.d. Comunitarizzazione della Carta dei "Diritti fondamentali". In secondo luogo è consuetudine giuridica avvicinare i problemi di scala europea attraverso soluzioni giuridiche cosiddette "interculturali". Nel caso di Reggio Emilia, per esempio, il Tribunale ha considerato illegittimo il diniego della Questura a rilasciare il permesso di soggiorno a un giovane uruguayano che si era sposato in Spagna con un cittadino italiano, senza la trascrizione del matrimonio, appellandosi al diritto di libera circolazione sancito dal Trattato di Nizza e citando anche

il Trattato di Lisbona sulla lotta alle discriminazioni. È tuttavia importante per i notai oggi prendere visione e conoscere la normativa degli altri Stati membri, peraltro così diversificata. Ogni Paese ha sue regole: i casi sono numerosi e la problematica non è più materia di pura speculazione giuridica, ma interessa moltissimi cittadini. Nel 2010 i PACS francesi, introdotti da oltre dieci anni, erano oltre 1 milione, in prevalenza stipulati tra coppie eterosessuali. Sempre nel 2010 in Germania le convivenze registrate (Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft) relative a coppie omosessuali erano, invece, ben 23.400, pari al 37% delle coppie che hanno comunque dichiarato di convivere. In Spagna i matrimoni omosessuali dal 2005 al 2011 sono stati 1,2 milioni, pari all'1,86% del totale dei matrimoni. Che cosa accade se uno dei due contraenti è italiano? In attesa del legislatore, la soluzione di questi casi non può che avvenire nel contesto di un diritto allargato, ovvero interculturale, che prenda in considerazione in primo luogo i diritti fondamentali, quello comunitario, le relazioni di bilateralità e in assenza di queste le prassi più diffuse, cercando di mantenere vivi i diritti dei cittadini italiani o stranieri esercitati all'estero, ma riportandoli nei limiti interpretativi della nostra normativa, che pur non consentendo la trascrizione di determinati atti come il matrimonio omosessuale, inizia a considerare valido il diritto di convivenza, per esempio, ai fini dei permessi di soggiorno e di lavoro.

È evidente, quindi, che anche in queste delicatissime materie occorre un nuovo approccio e un adeguato approfondimento affinchè il notariato sia in grado di rispondere, ancor prima del legislatore nazionale, alle nuove esigenze che emergono dalla società.

Domenico Chiofalo
Notaio in Malnate
Presidente Associazione dei notai della Lombardia

BRUNO NASCIMBENE

CITTADINANZA EUROPEA, LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E LIBERA CIRCOLAZIONE DEGLI ATTI

Sommario: *1. Cittadinanza e libera circolazione delle persone. L'iniziativa della Commissione europea. – 2. La "circolazione agevolata" degli atti. Le norme in vigore. I limiti. – 2.1. La circolazione degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro. – 2.2. La circolazione delle transazioni giudiziarie. – 2.3. La circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione. – 3. La circolazione di atti e documenti pubblici. Le norme da adottare; le proposte di semplificazione della Commissione, con particolare riguardo agli atti di stato civile. – 3.1. Le iniziative in corso e gli atti in vigore. – 3.2. Verso un certificato europeo di stato civile. – 3.3. Armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto.*

1. *Cittadinanza e libera circolazione delle persone. L'iniziativa della Commissione europea*

Il tema della cittadinanza europea presenta una varietà di interessi per il giurista e per il notaio in particolare. La libertà di circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali dei cittadini della UE ed è elemento caratterizzante dello status di cittadino UE quale disciplinato dalle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE, artt. 18-25).

La Commissione europea, sensibile alle difficoltà che i cittadini incontrano nei loro spostamenti, che debbono avvenire senza ostacoli o impedimenti, ha avviato iniziative affinché gli oltre dodici milioni di cittadini UE (valutata anche la possibilità che, negli anni a venire, tale numero aumenti) che vivono in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, incontrino il minor numero possibile di ostacoli burocratici.

È stato, così, adottato dalla Commissione un Libro verde dal titolo "Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile", con il proposito non solo di "rendere la vita dei cittadini più facile", ma di venire incontro ad esigenze in termini di costi e tempi, allo scopo di rendere effettivo il mercato unico, in particolare quello dei servizi: "formalità obsolete", secondo il Vicepresidente della Commissione europea Reding (commissario per la giustizia,i diritti fondamentali e la cittadinanza), che "costano tempo e soldi" e "frustrano i cittadini", imponendosi la creazione di "uno spazio europeo unico di giustizia in cui i documenti pubblici vengano pienamente riconosciuti".[1]

[1] Sul Libro verde cfr. il doc. COM (2010) 747 del 14.12.2010; sulle dichiarazioni del Vicepresidente Reding cfr. il documento della

2. *La "circolazione agevolata" degli atti. Le norme in vigore. I limiti.* – 2.1. *La circolazione degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro.* – 2.2. *La circolazione delle transazioni giudiziarie.* – 2.3. *La circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione*

L'iniziativa della Commissione è prodromica all'adozione di proposte legislative, presumibilmente di direttive considerata la funzione armonizzatrice di tali atti. Si tratta di norme che vanno a completare la libera circolazione sia delle decisioni giudiziarie, sia degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro, sia delle transazioni giudiziarie, concluse avanti al giudice nel corso di un processo ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine.

In materia civile e commerciale (competenza giurisdizionale, riconoscimento, esecuzione delle sentenze) dispongono l'art. 57 (quanto agli atti pubblici, tali essendo considerate anche le convenzioni in materia di obbligazioni alimentari concluse davanti alle autorità amministrative o da esse autenticate) e l'art. 58 (quanto alle transazioni) del regolamento 44/2001. Il regime di circolazione di atti e transazioni, la cui esecutività è accertata da un attestato rilasciato dal giudice (art. 57) o dall'autorità competente (art. 58), si ispira al principio generale del mutuo riconoscimento, ma è ancor più agevolato e facilitato rispetto alle decisioni giudiziarie perché l'unico motivo ostativo all'esecuzione è la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto (art. 57, par. 1; l'art. 58, quanto alle condizioni, richiama l'art. 57).[2]

Disposizioni analoghe sono contenute nel regolamento 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (art. 46), nel regolamento 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per crediti non contestati (artt. 24, 25), nel regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari (art. 48), nel più recente regolamento 650/2012 in materia di successioni (artt. 59-61).[3]

Commissione IP/10/1704 del 14.12.2010. Sulla nozione e contenuto della cittadinanza dell'Unione cfr. i riferimenti alla nota 27.

[2] Si vedano, sulle norme ricordate del regolamento 44/2001 (in GUCE L 12 del 16.1.2001), e anche per riferimenti alle norme del reg. 805/2004 di cui poco oltre nel testo, i rilievi (fra gli altri), di S.M. Carbone, Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/44, 5ª ed., Torino, 2006, pp. 284, 290 ss.; G. P. Romano, Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento «Bruxelles I», in A. Bonomi (a cura di), Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Torino, 2009, p. 188 ss.; P. De Cesari, Diritto internazionale privato dell'Unione Europea, Torino, 2011, pp. 145 s., 162 ss. In generale, sul tema degli atti pubblici formati all'estero si vedano, oltre agli autori citt. alla nota 22, in epoca più recente, i contributi in AA. VV. Gli atti provenienti dall'estero, Milano, 2007, in particolare P. Pasqualis, Gli atti pubblici provenienti dall'estero; D. Ockl, Le scritture private autenticate provenienti dall'estero; C.A. Marcoz, Il deposito degli atti esteri/la legalizzazione e l'apostille; E. Morandi, La pubblicità immobiliare e gli atti provenienti dall'estero; P. Scalamogna, Forma e pubblicità per gli atti formati all'estero relativi a società italiane; G. Aricò, Le procure provenienti dall'estero; F. Salerno Cardillo, Le convenzioni matrimoniali provenienti dall'estero; D. Damascelli, Testamenti redatti all'estero. Successioni di cittadini stranieri e beni siti in Italia; M. L. Mattia, Le donazioni effettuate all'estero; E. Calò, Sentenze straniere-esecuzione in Italia/provvedimenti di volontaria giurisdizione esteri (dello stesso autore cfr. pure Il diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, nella prassi notarile, consolare e forense, Milano, 2010, p. 525 ss.); C. Brunelli, Le dichiarazioni sostitutive di atto notorio di cittadini stranieri o provenienti dall'estero. Cfr. inoltre C. Nourissat, P. Callé, P. Pasqualis, P. Wautelet, Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, in Petites affiches, 2012, n. 68, p. 6 ss., nonché, con riferimento al reg. 650/2012, S. Fitchen, « Recognition » Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, in Journal of Private International Law, 2012, p. 323 ss.

[3] Cfr. per i regolamenti ricordati, GUUE L 367 del 14.12.2004 (versione consolidata del regolamento 2201/2003); GUUE L 143 del 30.4.2004 (regolamento 805/2004); GUUE L 7 del 10.1.2009 (regolamento 4/2009); GUUE L 201 del 27.7.2012 (regolamento 650/2012, in vigore dal 16.8.2012, ma si applicherà, ex art. 83, par. 1, e salve le precisazioni indicate nei parr. 2-4. alle successioni delle persone decedute alla data o dopo il 17.8.2015).

Prima di esaminare le proposte della Commissione, sembra opportuno svolgere alcuni rilievi sul regime oggi in vigore, rispetto al quale, come si è detto, le proposte si prospettano come completamento ed evoluzione.

2.1. *La circolazione degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro*

In primo luogo, per quanto riguarda gli atti pubblici, si osserva che diversamente dal regolamento 805/2004 (come pure dal regolamento 650/2012), il regolamento 44/2001 non contiene una definizione di atto pubblico. Essa, tuttavia, può trarsi sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza *Unibank*), sia dall'art. 4, par. 3 reg. 805/2004, che riprende (peraltro) l'orientamento della Corte, sia dall'art. 3, par. 1 reg. 650/2012, che contiene una definizione analoga.[4]

Gli stessi rilievi valgono per il regolamento 2201/2003, che (art. 46) equipara gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro e gli accordi aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine alle decisioni giudiziarie (atti e accordi sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni giudiziarie)[5]; parimenti, in materia di obbligazioni alimentari, transazioni giudiziarie e atti pubblici esecutivi hanno la stessa esecutività delle decisioni (art. 48).

Atto pubblico è, dunque, il documento formalmente redatto o registrato come pubblico in uno Stato membro e la cui autenticità riguardi sia la sottoscrizione, sia il contenuto, l'attestazione provenendo da un'autorità pubblica o da altra autorità autorizzata dallo Stato membro di origine (art. 4, reg. 805/2004; art. 3, par. 1 reg. 650/2012).

Gli effetti di tali atti autentici sono, nel rispetto di determinate condizioni, equiparati a quelli delle decisioni giudiziarie.[6]

L'efficacia esecutiva degli atti pubblici e transazioni giudiziarie è provata tramite un "attestato" rilasciato dall'autorità competente secondo un modello definito dal regolamento 805/2004 (allegati V e VI);un attestato è pure rilasciato per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie in materia successoria (artt. 60, 61 reg. 650/2012).[7]

[4] Si veda la sentenza 17.6.1999, causa C-260/97, Unibank, in Raccolta, p. I-3715, punto 15 ss. La pubblica autorità, il notaio in particolare, non solo autentica la firma, ma le dichiarazioni rese dalle parti e le circostanze avvenute in sua presenza. La Corte (interpretando la Convenzione di Bruxelles) ha precisato che un titolo di credito esecutivo nello Stato di origine è autentico se la sua autenticità è attestata da un'autorità pubblica o da qualsiasi altra autorità pubblica a ciò autorizzata da tale Stato (cfr. la definizione, di cui poco oltre nel testo, contenuta nel regolamento 805/2004). Per un commento alla sentenza cfr. A. Barone, L'atto autentico ai sensi dell'art. 50 della convenzione di Bruxelles, in Notariato, 2000, p. 217 ss. Come osserva S.M. Carbone, Lo spazio cit., p. 285, si tratta di definizione essenzialmente coincidente con quella accolta nel nostro ordinamento, ai sensi degli artt. 2699, 2700 cod. civ. Per ampi rilievi in proposito cfr. R. Cafari Panico, L'efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successione e testamento, in M. C. Baruffi, R. Cafari Panico (a cura di), Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni, Padova, 2009, spec. p. 211 ss. Cfr. inoltre, sulla definizione fatta propria dal reg. 650/2012, i rilievi di J. Fitchen, "Recognition" cit.; C. Nourissat, P. Callé, P. Pasqualis, P. Wautelet, Pour la reconnaissance, cit.

[5] Sull'art. 46 cfr. i rilievi di E. Bergamini, Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare, in M. Sesta (a cura di), Codice della famiglia, t. III, 2ª ed., Milano, 2009, p. 4699 ss. (riferimenti ivi).

[6] Su questi profili, con vari esempi tratti dalle norme nazionali dei Paesi membri, G.P. Romano, Riconoscimento cit., p. 189 s. Nel nostro ordinamento un atto pubblico straniero autenticato, esecutivo, deve essere iscritto nei registri dell'archivio notarile senza il controllo di legalità previsto dall'art. 106 della legge notarile n. 89/1913. Per alcuni rilievi in proposito cfr., più recentemente, G. Grumetto, Il deposito di atti provenienti dall'estero, in F. Preite (dir.), Trattato notarile, Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale, vol. 2, Diritto internazionale privato, Torino, 2011, p. 430 ss. (ivi riferimenti).

[7] Sul rilascio di certificati, utilizzando determinati moduli, cfr. anche art. 39 reg. 2201/2002; art. 48 reg. 4/2009 (estratti delle transazioni o atti, utilizzando determinati moduli).

La "circolazione agevolata" di atti e transazioni, cui si è fatto prima riferimento, è limitata dall'ambito materiale di applicabilità dei regolamenti ricordati e dai requisiti di autenticità ed esecutività, con ciò escludendo gli atti e accordi fra privati, anche se fossero, in un ordinamento nazionale, "esecutivi" (ma privi di autenticità e, quindi, "non pubblici").

Atti pubblici e transazioni giudiziarie possono essere oggetto di ricorso nella c.d. fase a cognizione piena prevista avanti al giudice nazionale: mediante ricorso può, invero, essere contestata la natura di atto pubblico, il rispetto dei requisiti formali, dell'atto o della transazione, la regolarità della documentazione, l'applicabilità materiale del regolamento all'atto o alla transazione.[8]

2.2. *La circolazione delle transazioni giudiziarie*

Per quanto riguarda la transazione giudiziaria, la giurisprudenza della Corte di giustizia (*Solo Kleinmotoren*) fornisce indicazioni utili a differenziarla dalla decisione giudiziaria.

Alla transazione giudiziaria avvenuta nel processo è equiparata quella avvenuta fuori, ma resa esecutiva dal giudice o dall'autorità pubblica. Nel caso di contrasto con una sentenza straniera, la transazione, in quanto fondata essenzialmente sulla volontà delle parti, "cede" di fronte a una decisione di un organo giurisdizionale che statuisce, con poteri propri, su questioni controverse fra le parti.[9]

2.3. *La circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione*

L'accordo raggiunto in sede di mediazione è espressamente contemplato dalla direttiva 2008/52 del 21.5.2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Le parti di un accordo, o una di esse con il consenso delle altre, possono chiedere che il contenuto dell'accordo risultante da una mediazione sia reso esecutivo; il rifiuto di esecutività è consentito solo se il contenuto è in contrasto con il diritto (comprese le norme di diritto internazionale privato) dello Stato in cui è presentata la richiesta o se la legge di detto Stato non prevede l'esecutività (art. 6, par. 1 e considerando n. 19).[10]

[8] Cfr. art. 43 ss. regolamento 44/2001 sul ricorso contro la decisione relativa all'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività. Sui casi, limitati, di rigetto o revoca della dichiarazione di esecutività (anche nel caso di possibile contrasto con l'ordine pubblico), G.P. Romano, Riconoscimento cit., p. 190 s. Sull'ipotesi di opposizione contro la decisione, in materia matrimoniale (reg. 2201/2003), resa sull'istanza tesa a ottenere una dichiarazione di esecutività, cfr. art. 33 di detto regolamento; sull'ipotesi di contestazione circa l'autenticità di un atto o di ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta ad ottenere una dichiarazione di esecutività in materia di successioni, cfr. artt. 59, 60 reg. 650/2012. Il reg. 805/2004 prevede ipotesi di rettifica e revoca del titolo esecutivo (per errore, ex art. 10) e di rifiuto dell'esecuzione su richiesta del debitore se la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo è incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o terzo (alle condizioni previste dall'art. 21).

[9] Cfr. la sentenza 2.6.1994, causa C-414/92, Solo Kleinmotoren, in Raccolta, p. 2237; per alcuni rilievi in proposito G. Coscia, Contrasto fra decisioni e atti equiparati, in Foro it., 1996, IV, 463 ss. Nello stesso senso, con riferimento ad una transazione avvenuta fuori dal processo, cfr. Cour Cass. (francese), 11.2.1997, in Revue critique, 1998, p. 326 con nota di P. Mayer. Alle transazioni giudiziarie fanno riferimento, come si è detto, l'art. 58 reg. 44/2001; l'art. 24 reg. 805/2004; l'art. 48 reg. 4/2009; l'art. 61 reg. 650/2012. L'art. 46 reg. 2201/2003 fa riferimento agli "accordi fra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine".

[10] Per alcuni rilievi sulla direttiva cfr. D. Volpino, La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in M. Taruffo, V. Varano, Manuale di diritto processuale civile europeo, Torino, 2011, p. 383 ss.; con particolare riferimento alla circolazione del verbale di conciliazione, E.

Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo sia in una sentenza, sia in una decisione, sia in un atto autentico da parte di un organo giurisdizionale o da altra autorità competente in conformità al diritto dello Stato richiesto (art. 6, par. 2). La direttiva (considerando n. 20 e n. 21) si riferisce espressamente, per il riconoscimento ed esecutività dell'accordo, al regolamento 44/2001 e al regolamento 2201/2003. Il riferimento conferma la possibilità di assimilare la transazione raggiunta nel processo a quella raggiunta fuori dal processo, ma resa esecutiva con le modalità prima ricordate.[11]

La direttiva sulla mediazione impone tuttavia, come si è detto, la richiesta delle parti, non essendo sufficiente una richiesta unilaterale. Il risultato di una procedura di mediazione non è dunque posto sullo stesso piano di una procedura che si conclude con una procedura giurisdizionale, che si svolge su iniziativa di una parte.

È rilevante sottolineare questo profilo, sull'accesso alla mediazione, perché la disciplina nazionale in proposito (D. Lgs. 4.3.2010, n. 28, di attuazione dell'art. 60 della L. 18.6.2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, conferente delega al Governo in materia) si differenzia dalla direttiva, di cui rappresenta attuazione, anche se si applica non solo alle liti transfrontaliere, ma a quelle nazionali (come consentito dall'art. 1, par. 2 e considerando n. 8 della direttiva), perché l'accesso è previsto anche a favore di una sola parte (art. 4 D. Lgs.).[12]

Il verbale di accordo amichevole di conciliazione viene omologato, su istanza di parte (e previo accertamento della regolarità formale) dal presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione o, se si tratta di controversia transfrontaliera, dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione (art. 12). Il contenuto dell'accordo non deve essere, comunque, contrario all'ordine pubblico o a norme imperative: obbligo e limite che deve osservare anche il mediatore qualora formuli una proposta di conciliazione nell'ipotesi in cui l'accordo fra le parti non sia raggiunto (art. 14, 2° comma lett. *c* in relazione all'art. 11). Il verbale omologato costituisce dunque titolo esecutivo (precisa l'art. 12, 2° comma "per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale").[13]

L'accordo a seguito di mediazione riceve dunque una sua specifica tutela, compresi i limiti (ordine pubblico e norme imperative), sia nel caso di mediazione nazionale, sia nel caso di mediazione transfrontaliera, fondata cioé sulla direttiva e l'accordo provenendo da altro Paese membro.

D'Alessandro, Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 1157 ss.

[11] Per questi rilievi cfr. G. Rossolillo, I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale, in Dir. Un. Eur., 2008, p. 363 s.

[12] Per alcuni rilievi sulla direttiva e sul D. Lgs. n. 28/2010, A. Pera, G. M. Riccio, Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, Padova, 2011.

[13] In caso di diniego di omologa dovrebbe essere proponibile reclamo ex art. 825, 3° comma cod. proc. civ.; se l'omologa fosse contraria all'ordine pubblico o a norme imperative dovrebbe essere esperibile l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ.

3. *La circolazione di atti e documenti pubblici. Le norme da adottare; le proposte di semplificazione della Commissione, con particolare riguardo agli atti di stato civile.* – 3.1. *Le iniziative in corso e gli atti in vigore.* – 3.2. *Verso un certificato europeo di stato civile.* – 3.3. *Armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto*

Il tema del riconoscimento degli atti diversi dalle decisioni giudiziarie, e quindi degli atti pubblici, transazioni giudiziarie, accordi conclusi in sede di mediazione ha suscitato una attenzione piuttosto limitata, il riconoscimento di decisioni e sentenze avendo assunto un ben maggior rilievo. Un interesse particolare, e più recente, si riscontra per gli atti e i documenti pubblici, diversi da quelli prima ricordati, e per gli atti di stato civile: tutti inquadrabili, comunque, nella realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che i Trattati si propongono di realizzare (art. 3, par. 2 TUE e art. 67, par. 1 TFUE).[14]

Il *Libro verde* della Commissione sull'abolizione o semplificazione degli adempimenti burocratici ricorda varie iniziative, quali gli studi del 2007 e del 2008, promossi dalla stessa Commissione, relativi sia ai problemi determinati dall'obbligo di legalizzare documenti, sia alle difficoltà riscontrate nel riconoscimento reciproco degli atti di stato civile, nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 2008, sull'istituzione di un atto autentico europeo.[15] L'obiettivo è di favorire non solo la libera circolazione dei documenti, mediante la soppressione della legalizzazione degli stessi,[16] ma anche il riconoscimento degli effetti dei documenti di stato civile, relativi al nome, alla filiazione, all'adozione in modo che lo *status* giuridico attribuito in un Paese sia riconosciuto in altro Paese membro con gli stessi effetti e conseguenze.

Il piano di azione del Programma di Stoccolma, che fissa gli obiettivi da realizzare nel periodo 2010-2014 nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e che rappresenta la prosecuzione e messa in atto degli studi prima ricordati, prevede due diverse iniziative legislative in materia, che riguardano la generalità dei documenti pubblici,[17] sottolineando lo stretto collegamento con la necessità di garantire il pieno esercizio del diritto di libera circolazione (il titolo del Programma è, d'altra parte, "Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini").[18]

3.1. *Le iniziative in corso e gli atti in vigore*

Le azioni legislative sono motivate dalla necessità, come si è accennato, di rendere effettiva la libera circolazione delle persone, che trovano ostacoli nella loro mobilità (oltre dodici

[14] Sullo "spazio", con particolare riferimento alla cooperazione giudiziaria, e per rilievi anche sul principio del mutuo riconoscimento, cfr. più recentemente il nostro Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in L. Daniele (a cura di), Studi in ricordo di Francesco Caruso, Napoli, 2012, in corso di pubblicazione.

[15] Cfr. la risoluzione del P.E. del 18.12.2008, con allegata una raccomandazione alla Commissione per la predisposizione di un regolamento relativo alla circolazione degli atti autentici, come definiti nella sentenza Unibank cit., senza necessità di procedura di exequatur. Il riferimento, e quindi, l'applicabilità materiale, non è alla generalità degli atti pubblici (di cui poco oltre nel testo), ma agli atti autentici (quelli notarili in particolare).

[16] Si veda, per esempio, sulla soppressione di legalizzazione o formalità analoghe, in materia successoria, l'art. 74 reg. 650/2012; norma analoga è contenuta nell'art. 5 reg. 2201/2003 e nell'art. 65 reg. 4/2009.

[17] Cfr. il Libro verde cit. alla nota 1.

[18] Il Programma di Stoccolma è in GUUE, C 115 del 4.5.2010; il piano è contenuto nella comunicazione della Commissione "Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei", COM (2010) 171 del 20.4.2010.

milioni di cittadini dell'Unione vivono, lavorano, soggiornano in un Paese diverso dal proprio). Formalità amministrative quali la legalizzazione e l'apostilla di un documento possono avere effetti dissuasivi o deterrenti sulla libera circolazione, considerati anche i costi, specie se fra queste formalità rientra la traduzione del documento. La "deterrenza"[19] finirebbe per incidere anche sui diritti fondamentali, quale il diritto a formare una famiglia e a contrarre matrimonio, se in un Paese membro viene richiesto un certificato di capacità matrimoniale o un attestato di non impedimento (quale il nulla osta previsto dall'art. 116 cod. civ.) che in altri Paesi non esiste, e si deve ricorrere a strumenti diversi ovvero si devono trovare soluzioni che adempiano alle stesse funzioni e consentano il risultato voluto.[20]

Se è vero che il quadro normativo è frammentario, che le convenzioni internazionali applicabili sono molte e ratificate in numero diverso da parte degli Stati membri (Convenzione dell'Aja del 1961 che elimina la legalizzazione sostituendola con l'apostilla, si applica agli atti pubblici ma non a quelli compilati da autorità diplomatiche e consolari; Convenzione del Consiglio d'Europa del 1968 che sopprime la legalizzazione di questi ultimi atti; convenzioni promosse dalla Commissione internazionale dello stato civile),[21] è vero anche che esistono norme dell'Unione o stipulate nel suo contesto che favoriscono il riconoscimento degli atti, sopprimendo la legalizzazione. Mi riferisco alla Convenzione del 25.5.1987 relativa alla soppressione della legalizzazione di atti negli Stati membri delle Comunità europee (in vigore solo fra sei Stati, fra i quali l'Italia), che si propone di adottare norme uniformi e si colloca nel contesto dell'Unione, pur non essendo diritto derivato,[22] ma soprattutto alle norme del regolamento 44/2001 (art. 56) e del regolamento 2201/2003 (art. 52) che prevedono l'esenzione dalla legalizzazione o da formalità analoga per le decisioni da riconoscere, per le dichiarazioni di esecutività, per le traduzioni di tali atti (da produrre comunque in copia autentica), per la procura alle liti (in termini analoghi è l'art. 74 del regolamento 650/2012).

La soppressione della legalizzazione o di altra formalità è tuttavia operativa nell'ambito di applicazione di detti regolamenti, mentre le proposte legislative, seguendo i principi affermati dalla Corte di giustizia in cause ove veniva in discussione l'efficacia di documenti pubblici di

[19] Su questo possibile effetto deterrente, quanto alla libera circolazione, cfr. la giurisprudenza della Corte di giustizia, sentenze 31.3.1993, causa C-19/92, Kraus, Raccolta, p. I-1663, punto 32; 9.9.2003, causa C-285/01, Burbaud, Raccolta, p. I-8219, punto 95; 5.10.2004, causa C-442/02, CaixaBank France, p. I-8961, punto 11; 1.4.2008, causa C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Raccolta, p. I-1683, punti 44-45; più recentemente le conclusioni dell'avvocato generale Mazák, del 26.6.2012, causa C-137/11, Partena ASBL, non ancora pubblicate in Raccolta, punto 37.

[20] Sull'esistenza di ostacoli, come quelli previsti dall'art. 116 cod. civ., si veda il nostro La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità, in Riv. dir. int. priv. proc., 2011, p. 308 ss.

[21] La Convenzione dell'Aja, in vigore per tutti i Paesi membri, riguarda i documenti amministrativi, gli atti notarili, le dichiarazioni ufficiali, i documenti provenienti da un'autorità giudiziaria (non si applica ai documenti amministrativi relativi a operazioni commerciali doganali). La Convenzione del Consiglio d'Europa è stata ratificata soltanto da quindici Paesi membri; alla Commissione internazionale (CIEC) partecipano solo dodici Paesi membri. Le convenzioni di maggior rilievo sono quelle del 1957 (n. 2) sul rilascio gratuito e la dispensa dalla legalizzazione degli atti di stato civile; del 1976 (n. 16) sul rilascio di estratti plurilingue di atti di stato civile; del 1977 (n. 17) sulla dispensa dalla legalizzazione per alcuni atti e documenti.

[22] Su queste convenzioni fra Stati membri cfr. L.S. Rossi, Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea, Milano, 2000, pp. 20, 35 ss.; sulla legalizzazione cfr., fra gli altri, E. Calò, A. Caruso, La legalizzazione nell'attività notarile, consolare e forense, Milano, 2001; C.F. Emanuele, Legalizzazione di atti pubblici stranieri, in Dizionario di diritto internazionale privato, Milano, 2010, p. 201 ss.; D. Ockl, La legalizzazione e L'apostille, in F. Preite (dir.), Trattato notarile. Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale, vol. 2, Diritto cit., pp. 455, 485 ss.

lavoro e di documenti di stato civile emessi in Paesi membri diversi da quelli in cui erano prodotti e fatti valere,[23] riguardano tutti i documenti pubblici.

3.2. *Verso un certificato europeo di stato civile*

Ci si chiede dunque, nella prospettiva di garantire una libera circolazione effettiva, e sempre sul presupposto del mutuo riconoscimento, se sia possibile garantire la libera circolazione degli atti pubblici, sopprimendo sia la legalizzazione, sia l'apostilla.

La cooperazione fra autorità amministrative nazionali è imprescindibile, e dunque dovrebbe realizzarsi un significativo scambio di informazioni in base a modelli standard plurilingue, che evitano la traduzione (per esempio, modelli relativi a matrimoni, a nascite, a decessi), ma soprattutto si impone l'uso e lo sviluppo di strumenti elettronici che colleghino in rete le autorità (gli ufficiali di stato civile, in particolare).[24]

La creazione di un certificato europeo di stato civile sarebbe un importante risultato, uniformando modello e diciture, come già è avvenuto per documenti pubblici quali la patente e il passaporto, o per certi profili, con l'istituzione del certificato successorio europeo, utile a dimostrare, negli Stati membri, la qualità di erede, legatario, esecutore testamentario, amministratore dell'eredità, legittimando l'esercizio di diritti e poteri relativi.[25]

3.3. *Armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto*

Il progetto della Commissione è, tuttavia, ancor più ambizioso, non limitandosi a voler sopprimere legalizzazione, apostilla, traduzione. Malgrado i limiti di competenza dell'Unione in materia di diritto di famiglia (è richiesta l'unanimità del Consiglio quando, *ex* art. 81, par. 3 TFUE, vengono adottate, in tale materia, misure aventi implicazioni transnazionali)[26] si vorrebbe adottare un atto avente ad oggetto il riconoscimento reciproco delle situazioni di stato civile ovvero degli effetti, insomma, di atti di stato civile. Si vorrebbe garantire che una situazione giuridica certificata da un atto di stato civile in un Paese membro (nascita, filiazione, adozione, matrimonio, riconoscimento di paternità, morte, attribuzione o cambiamento di nome a seguito di matrimonio, divorzio, unione registrata, cambiamento di sesso) sia riconosciuta automaticamente in un altro Stato membro.

Gli inconvenienti derivanti dalle divergenze delle legislazioni nazionali in materia di attribuzione del cognome (l'attribuzione rimanendo di competenza esclusiva degli Stati) sono rese evidenti da una consistente giurisprudenza della Corte di giustizia, che sottolinea le divergenze esistenti ma anche i limiti che gli Stati incontrano. Gli Stati non possono infatti pregiudicare

[23] Sentenza 2.12.1997, causa C-336/94, Dafeki, in Raccolta, p. I-6761, punto 19; 2.0.2010, causa C-148/02, Garcia Avello (che cita la precedente), in Raccolta, p. I- 11613, punto 25.

[24] Il Libro verde ricorda (note 18 e 19) le convenzioni n. 3, n. 8, n. 26 della CIEC, come esempio di collaborazione fra ufficiali di stato civile; il sistema IMI (sistema di informazione del mercato interno) nonché la Plateforme CIEC come esempi di strumenti elettronici.

[25] Sull'istituzione del certificato, il suo contenuto e ratio, cfr. l'art. 62 ss. e i considerando n. 67-70 del regolamento n. 650/2012.

[26] Su profili relativi ai limiti di competenza, oltre al Libro verde cit., si permette rinviare al nostro Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, Milano, 2011, p. 34 ss.

la libera circolazione dei cittadini dei Paesi membri, che è diritto fondamentale degli stessi: diritto che appartiene allo statuto del cittadino dell'Unione.[27]

In presenza di una frammentazione di norme, nazionali e internazionali (in particolare le convenzioni del CIEC) applicabili, e in mancanza di norme di conflitto uniformi in materia di stato civile, si dovrebbero adottare soluzioni che garantiscano un riconoscimento di pieno diritto degli *status*.

Se la cooperazione fra Stati non è sufficiente, occorre o un riconoscimento di pieno diritto, fondato su una fiducia reciproca che consenta l'automatismo nel riconoscimento degli effetti di una situazione che si è creata in un Paese membro, oppure un'armonizzazione delle norme di conflitto. Queste norme indicherebbero, dunque, il diritto applicabile a situazioni transfrontaliere che interessano un evento di stato civile, prevedendo uno o più criteri di collegamento e valorizzando (in un contesto che vuole privilegiata l'attinenza o collegamento del cittadino con il Paese ove risiede) il collegamento delle persone con lo Stato con cui hanno legami concreti, piuttosto che con quello di appartenenza: sempre che non si voglia privilegiare comunque (e far prevalere) la volontà del singolo e conferire esclusivo rilievo alla sua volontà, e quindi alla scelta della legge applicabile da parte del singolo.

In tema di riconoscimento automatico o di pieno diritto si ricorda che un significativo risultato è stato conseguito con il regolamento 2201/2003, a riprova dell'esistenza della fiducia reciproca che ne è il presupposto. Non è infatti necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di un Paese membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione, annullamento del matrimonio pronunciata in altro Paese membro, che è automaticamente riconosciuta (con gli effetti che ne derivano quanto agli *status* personali) negli altri Paesi, diversi da quello in cui è stata pronunciata (art. 21, par. 2).[28]

Tale risultato, ad esempio, di effetto di pieno diritto è certamente positivo e dovrebbe essere quello che più di ogni altro assicura la certezza giuridica, pur non potendosi escludere che lo Stato eserciti un potere di controllo idoneo ad impedire abusi ovvero applichi i (tradizionali) limiti di ordine pubblico. Ma si tratterebbe di un'ipotesi eccezionale, riconducibile a un potere generale di controllo da parte dello Stato in cui l'atto è destinato a produrre effetti.

Prof. Bruno Nascimbene
Professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea
Università Statale degli studi di Milano

[27] Si veda, su questo status e statuto del cittadino, in epoca più recente, C. Morviducci, I diritti dei cittadini europei, Torino, 2011, pp. 3, 79 ss.; i vari contributi in E. Triggiani (a cura di), Le nuove frontiere della cittadinanza europea, Bari, 2011; B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione delle persone, Padova, 2012, p. 1 ss.
28 Cfr. in argomento i rilievi di E. Bergamini, *Competenza* cit., p. 4699 ss., nonché il nostro *Divorzio* cit., p. 106 s.

MARIO RICCA

DIFFERENZE CULTURALI E CREATIVITÀ NOTARILE
LA TRADUZIONE INTERCULTURALE COME MEZZO DI DISSOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA ORDINAMENTI

Sommario: 1. *I diritti umani, i migranti e l'ignoranza delle leggi.* – 2. *Il notaio come interfaccia di traduzione tra quotidianità e diritto ovvero il dilemma del cliente straniero.* – 3. *L'uso interculturale del diritto: dal "si può fare" al "come si fa".* – 4. *Lo studio notarile come agenzia interculturale e avamposto cosmopolita.*

1. *I diritti umani, i migranti e l'ignoranza delle leggi*

I diritti umani sono concepiti nel segno dell'universalità. Ma di essa sono indice, indizio, non realtà effettiva, già consumata. Lungo il cammino della loro attuazione, le enunciazioni dei diritti umani incontrano la differenza. A far da ponte e diaframma tra universalità dei diritti e differenze socio-antropologiche vi è all'opera la cultura.

La relazione, inaggirabile, tra l'universale e il particolare, tra un umanesimo giuridicosmopolita e le specificità culturali pone alcuni dilemmi lapidariamente sintetizzabili. Come è possibile realizzare l'universalità senza comprimere o mortificare le diversità? Come evitare che "diritti umani" sia soltanto una formula riassuntiva, e talora mistificatoria, per affermare e camuffare la retorica del più forte, per gettare un cono d'ombra sulle minoranze e sulle loro matrici culturali? Infine, come operare perché con il tempo non si affermi un legalismo planetario solo di parte, che di genuinamente cosmopolita abbia solo la facciata?

Non si tratta ovviamente di quesiti puramente accademici. I conflitti che agitano il pianeta assumono ogni giorno di più una coloritura e uno sfondo di legittimazione di stampo culturale. E i diritti umani ne vengono investiti in modo molteplice e contraddittorio. Alle volte respinti come orma imperialista dell'Occidente, al contempo vengono utilizzati quale piattaforma di rivendicazione dell'autonomia culturale, della libertà di autodeterminazione e della sovranità dei popoli. Elaborare una sintesi tra i diversi "usi dei diritti umani" conduce presto a concludere per l'ambigua valenza del loro utilizzo e delle loro rivendicazioni. Sapientemente impugnati, essi possono diventare un'arma a disposizione di entrambe le parti contendenti di qualsiasi conflitto. Ma, anziché dimostrarne l'inconsistenza, il loro essere solo vuoti enunciati – come pure alcuni vorrebbero – questa onnilateralità delle proclamazioni dei diritti mostra la loro potenzialità semantica, l'indiscutibile ed effettivamente universale rilievo da essi assunto nei confronti politici su scala planetaria.

Esiste un terreno peculiare dove la *doppiezza* dei diritti umani si fa avvertire con particolare sintomaticità. È il circuito delle migrazioni. All'interno di esso si assiste quotidianamente a reiterate invocazioni della grammatica dei diritti non solo per opporsi al potere statale, ma anche per articolare le relazioni interpersonali, per proiettare su di esse la *voce* dell'appartenenza e della soggettività culturale.

L'esperienza migratoria catapulta gli individui all'interno di contesti di vita prima sconosciuti, quelli dei paesi di accoglienza. Al tempo stesso, fa irrompere nei territori nazionali persone che agiscono e comunicano secondo schemi mentali del tutto inediti. Questa circostanza spezza il legame profondo, e spesso silenzioso, che intreccia il diritto formale e le prassi sociali. Lo stesso legame che permette al diritto scritto di funzionare anche se i suoi destinatari non lo conoscono; e a questi di rispettare la legge (e di *non infrangerla*) pur senza conoscere dettagliatamente gli enunciati normativi. Si tratta di una sorta di miracolo comunicativo, figlio della storia delle singole comunità, del loro capitale culturale accumulato nel corso dei secoli. Per alcuni versi, potrebbe vedersi all'opera in esso una sorta di educazione giuridica di sfondo, la stessa che consente di dar senso alla formula, in sé quasi paradossale, *ignorantia legis non excusat*. Ma il comparire dell'Alterità, dei soggetti migranti, sul palcoscenico sociale altera questa condizione di sfondo, sciogliendo le cuciture, intessute di ovvietà culturali, tra diritto e prassi, tra leggi e interessi, tra logica normativa e senso comune.

È in queste situazioni che il nesso tra diritti umani e prassi giuridiche acquista salienza e mostra, per molti versi, la radice delle ambiguità nell'uso e nella rivendicazione dei diritti. L'Altro, il migrante, che non condivide la cultura autoctona, si trova ad agire in un mondo ordinato secondo schemi di senso a lui ignoti. Armato sovente solo di una generica capacità di adattamento, egli è costretto quotidianamente a scontrarsi con modalità di azione e di pensiero che non comprende o avverte confusamente come distanti, incompatibili con le proprie. La sua condizione di subalternità, tuttavia, lo costringe spesso a subire, ma – ed è questo il punto – senza capire bene perché. Ciò nonostante, accade talora che l'intesa comunicativa si raggiunge spesso sul piano delle pratiche. Ma si tratta comunque di transazioni *ad hoc*, non idonee a trasmettere a vasto raggio "istruzioni per l'uso dei rapporti sociali", anima di una cittadinanza sociale effettiva. A fare da alfiere a queste esperienze di asimmetria culturale e spesso di vera e propria esclusione è il diritto nazionale. Gendarme onnipresente delle relazioni intersoggettive che scandiscono il quotidiano, esso viene avvertito dallo straniero come un nemico inconoscibile, pronto a dichiarare la partita vinta a favore degli autoctoni in modo inaspettato e spesso insospettabile. D'altronde, è esperienza comune tra chi opera per ragioni commerciali in paesi diversi dal proprio avvertire nel diritto locale una sorta di "terzo contraente nascosto", pronto a sbucare dall'ombra d'improvviso per sconfessare quanto si era presunto nel confezionare e nel sottoscrivere una piattaforma negoziale. Il diritto, in questi casi, si fa matrice di conseguenze inaspettate e perciò avvertite come ingiuste. Promette insomma amare sorprese, piuttosto che garantire *certezza*.

Per i migranti, confrontarsi con il diritto dei paesi d'accoglienza rischia quindi di partorire una percezione di doppia estraneità. Così, non solo ci si scopre stranieri perché si proviene da altri paesi, ma ancor di più perché bisogna subire le leggi della nazione d'accoglienza senza riuscire a conoscerle mai abbastanza. D'altronde, per evitare questo esito, a nulla servirebbe la consultazione dei testi legislativi a uno straniero che non fosse attrezzato con conoscenze giuridiche specialistiche; esattamente come non servirebbe nel proprio Paese a un italiano, a un francese o a un tedesco, che non fossero laureati in legge. Dalla lettura dei testi normativi eseguita con l'approccio del *fai da te* nascerebbero con molta probabilità ancora più problemi che dalla semplice ignoranza. Il punto, però, è che mentre per l'autoctono si tratta di una "dotta ignoranza", in quanto nutrita dagli abiti sociali; per lo straniero entra invece in gioco una "doppia ignoranza". All'interno del suo non sapere si annidano abiti di comportamento estranei al dialetto culturale proprio delle società d'accoglienza, a sua volta solo indirettamente condensato negli enunciati dei corrispondenti ordinamenti giuridici.

Di fronte alla muraglia culturale saldata alla barriera tecnico-giuridica, al migrante non resta spesso altra strada per legittimare la propria differenza culturale se non quella di invocare i diritti umani. La *chance* residua, in una generale condizione di soccombenza, diviene quella di riuscire a iscrivere nella cornice semantica, nello spettro di significati degli enunciati dei diritti, i propri bisogni, interessi, finalità, le proprie parole e le proprie azioni, secondo il senso attribuito a esse all'interno del contesto culturale d'appartenenza. D'altra parte, la cultura è al fondo un'enciclopedia di saperi e prassi, che l'individuo apprende e poi reca con sé attraverso lo spazio e il tempo. Essa è composta di relazioni tra segni, è intessuta da reti di senso, dove il significato di ogni parola o gesto dipende da quello di tutti gli altri. Ma *quali altri segni* includere in ogni contesto di senso dipende a sua volta dai fini, dai valori, dagli usi elaborati in ogni universo d'esistenza. A valicare le differenze poco giova la traduzione letterale, c.d. matrice per matrice. La stessa parola o lo stesso gesto possono avere nei diversi ambiti culturali significati del tutto differenti, talora persino opposti. Fenomeno, d'altra parte, che si verifica anche all'interno dei circuiti comunicativi nazionali, assolutamente non immuni dalla variazione fraseologica dei significati e dai conseguenti pericoli di fraintendimento. Su questo tappeto di differenze, invocare i diritti umani, allora, diviene una sorta di appello alla variazione del linguaggio, degli *standard* comunicativi, così da rendere le prassi legali sensibili, ricettive rispetto alle istanze della diversità culturale.

Un simile modo di intendere e utilizzare la risorsa dei "diritti umani" radica però una sorta di conflitto di fondo tra diritto e diversità culturale. Ma non solo, perché tende a trasformare la generalità (e talora la voluta vaghezza) delle enunciazioni dei diritti in un *passepartout*, buono a veicolare qualsiasi petizione di senso e perciò ogni possibile rivendicazione – talvolta persino le più opinabili e gratuite. La strada per la strumentalizzazione opportunistica dei diritti è insomma aperta. Il gioco complessivo, però, finisce per risolversi in un'ennesima sconfitta per il migrante. Ciò accade perché ogni contesto nazionale/culturale, ispirato alla tutela

costituzionale dei diritti umani e/o fondamentali[1], tende a situare la loro attuazione e interpretazione all'interno dell'universo sociale e giuridico di riferimento. L'effetto finale è che ogni stato o circuito sovranazionale di attuazione dei diritti umani è sospinto a saldare e condensare il proprio diritto comune con le enunciazioni dei diritti, restituendone una lettura integrata e coordinata. D'altra parte, è questo il segno più tangibile dell'universalità dei diritti, consistente proprio nella loro capacità di *situarsi*, attraverso il tempo e lo spazio, e nel funzionare da specchio unico per i differenti contesti. Ed è così per la semplice ragione che *universalità* non è sinonimo di *identità*. L'*universale* è ciò che funziona come inesauribile serbatoio di senso, al quale possono attingere individui dei più diversi tempi e luoghi. Cosa ben diversa da un'inane dittatura dell'*identico*. Considerazione che vale tanto per gli oggetti quanto per le creazioni umane, per le opere d'arte come per il diritto.

L'interpretazione *situata* dei diritti umani, tuttavia, pone di fronte alle invocazioni operate dagli stranieri migranti un ulteriore ostacolo. Questi rischiano di vedere le proprie istanze di tutela e riconoscimento rispedite al mittente, rigettate come inammissibili, non tanto perché astrattamente contraddittorie rispetto ai diritti umani, quanto piuttosto perché non commensurabili con le categorie del diritto comune di ogni stato, a loro volta già iscritte attraverso le prassi interpretative nelle enunciazioni dei diritti. Più semplicemente, lo straniero può imbattersi nell'amara esperienza di vedere utilizzato contro di sé il diritto (comune) autoctono prospettato come incarnazione prototipica dei diritti umani. Ed è a quel punto che si innesca il conflitto tra l'appartenenza culturale e gli stessi diritti umani, declinati in chiave etnocentrica. Di lì in avanti, la petizione di universalità intrinseca alle enunciazioni dei diritti fa il resto, schiudendo i battenti al rigetto dell'Alterità e suggellando, in molti casi, l'inferiorità delle opzioni culturali avanzate dall'Altro.

I diritti umani verranno allora percepiti, in molti casi, come il vessillo del potere, l'arma mistificatoria del più sfacciato etnocentrismo, il gioco di prestigio linguistico per confondere identità e universalità, nel segno di una sorda logica di dominio e di subalternità culturale. Ma è storia dei nostri tempi.

Questa conclusione è tuttavia conseguenza di una sofisticata combinazione di errori di prospettiva. Pietra angolare di essi è da considerarsi la mancanza di un'opera di traduzione interculturale attivata a livello di prassi giuridiche quotidiane. Ed è qui appunto che entra in gioco la funzione socio-istituzionale del notariato latino.

2. *Il notaio come interfaccia di traduzione tra quotidianità e diritto ovvero il dilemma del cliente straniero*

Nei paesi di *civil law* e, in generale, in quelli che adottano il modello professionale del c.d. *notariato latino*, cioè al contempo pubblico ufficiale e professionista al servizio degli interessi

[1] Sul rapporto tra diritto interculturale e diritti umani e/o fondamentali, cfr. M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari 2008 ed *ivi* per ampi riferimenti bibliografici relativi al tema dell'interculturalità.

della clientela, l'attività notarile è impegnata costantemente in uno sforzo di traduzione e transazione tra gli interessi dei clienti e gli schemi di significato del sistema normativo. Il ponte tra generalità delle prescrizioni normative e obiettivi concreti degli individui è appunto assicurato dalla funzione di garanzia e assistenza incarnata dal notaio.

La vita sociale prospetta situazioni infinitamente variate, connotate da un'imprevedibilità posta ben oltre la portata di qualsiasi prognosi di effettività operata dal legislatore nel confezionare le norme. A rendere funzionante il sistema, tessendo e ritessendo incessantemente le cuciture tra vita e diritto, sono i professionisti legali, e tra questi con accenti del tutto peculiari i notai. Chiunque, fra di essi, è chiamato a tradurre nel linguaggio e negli effetti normativi consentiti e predisposti dall'ordinamento le aspettative di tutela manifestate, *raccontate* dal cliente, dal soggetto di diritto. E si tratta di una traduzione in senso proprio, dal momento che nessun cliente – tranne poche eccezioni – espone al notaio le proprie richieste utilizzando il linguaggio giuridico, tantomeno indicando le norme da utilizzare per tutelare i propri interessi. Piuttosto egli narrerà una storia di vita, spesso colma di allusioni, di sottintesi, di aspirazioni non esplicitate, talora di tensioni competitive o risentimenti inespressi (basti pensare alle questioni attinenti la materia successoria). Per rispondere adeguatamente alle sue aspettative, proiettandole nel tempo attraverso lo spettro delle reazioni possibili dell'ordinamento, il notaio si trova sovente a dover fare una vera e propria opera di decifrazione, traduzione e riadattamento delle vicende quotidiane e personali rispetto agli schemi normativi. Di volta in volta, egli verrà chiamato a operare in modo creativo, combinando e ricombinando gli indici semantici dell'ordinamento in modo da poter iscrivere il fatto nel diritto e il diritto nel fatto, nel segno della miglior tutela del cliente. Opera che diviene ancor più complessa, ovviamente, allorché i clienti siano plurimi o quando vi siano in gioco gli interessi convergenti/contrapposti delle parti di una transazione negoziale.

Fare il giurista pratico, insomma, non è assimilabile all'opera di un archivista, chiamato a collocare le richieste, gli input, in un casellario predeterminato di risposte. Il canale che conduce dal diritto alla vita sociale, e viceversa, è costellato di sentieri *inventati*, di soluzioni inedite, di ricomposizioni creative del tessuto normativo e attraverso esso dei rapporti sociali. Negli studi dei notai latini, chiamati tra l'altro a svolgere un'attività di garanzia in quanto pubblici ufficiali, il diritto vivente trova uno dei momenti salienti del suo ininterrotto riprodursi – così come testimoniato d'altronde da una tradizione che risale sino al medioevo.

Per interpretare il cliente, però, i notai usano la cultura comune a entrambi, la propria conoscenza di massima dell'immaginario sociale e individuale. Per di più lo fanno il più delle volte in modo irriflesso, inconsapevole. Questo perché la cultura, in senso autentico, è l'insieme di conoscenze e abilità che si sanno, ma non si sa di sapere. Sono talmente ovvie che non se ne ha coscienza. Sembrano naturali, e invece costituiscono gli occhiali attraverso i quali leggiamo e costruiamo la "natura", *le cose come sono*. È grazie alla condivisione culturale di sfondo che il notaio riesce a far parlare le parti mute delle narrazioni prodotte dai clienti e, al tempo stesso,

ad articolare le parti mute delle leggi, ovvero quel che le norme non spiegano e non dicono, ma danno per scontato. È all'incrocio tra questi due *domini del silenzio*, nel punto di contatto tra i corrispondenti discorsi taciti – i sottintesi del cliente e quelli della legge – che il notaio svolge la sua funzione più importante e cruciale. Lungo quella linea di frontiera egli esercita la sua responsabilità professionale, condensabile in un atteggiamento preciso e piuttosto idiomatico. Il notaio esperto raramente risponderà alle richieste del cliente con un secco "no" o con un "sì" senza mezzi termini. Piuttosto, egli potrà essere sorpreso a prodursi in un caratteristico "vediamo". Ma quel "vediamo" non è altro se non la porta d'ingresso all'invenzione giuridica, alla responsabilità professionale e a una funzione sociale insostituibile, vale a dire quella di laccio di sutura tra legge e mondo, tra la stabilità delle norme e l'imprevedibile fluttuare della storia attraverso l'innumerabile brulichio delle vicende personali.

A far da liquido di galleggiamento per questa navigazione sociale del diritto, dove il notaio è spesso chiamato a fare da timoniere, è però la cultura. Quella stessa cultura che supporta, sotto forma di educazione giuridica di sfondo, la retorica tutta illuminista del principio *ignorantia legis non excusat*.

Ma cosa accade, appunto, allorché questo *plafond*, cioè la continuità culturale tra notaio e cliente, si altera o viene a mancare? Il diritto continuerà a proiettare le sue parti mute sull'agire delle persone, ma queste a loro volta articoleranno un linguaggio ricco di sottintesi *esotici*, lontani dalle abitudini discorsive degli autoctoni. A peggiorare le cose concorre peraltro l'universale circostanza che vede la cultura all'opera come *sapere inconsapevole*, non oggettivato. Le conseguenze della di-simmetria culturale negli scambi comunicativi possono essere catastrofiche per la vita del diritto e rendersi foriere di cocenti ingiustizie. Non possedere la chiave per contestualizzare parole e gesti degli stranieri può condurre alle presunzioni più infondate. Il problema è che sulla base di quelle presunzioni verrà poi articolata la qualificazione giuridica e, di seguito, si attiveranno le reazioni dell'ordinamento sia a breve, sia a lungo termine. Si pensi, solo per fare un paio di esempi, al lessico e alla sintassi della buona fede contrattuale, che nel suo articolarsi richiede una conoscenza pressoché enciclopedica delle prassi comunicative diffuse nei diversi luoghi e tra differenti comunità; oppure alle questioni che coinvolgono interessi familiari, declinati secondo percorsi incredibilmente differenziati a seconda degli immaginari culturali.

Senza l'assistenza di qualcuno che possa intendere in chiave interculturale lo sfondo di senso delle richieste dello straniero, che sia in grado di tradurre nel proprio linguaggio e nella propria esperienza personale, ancor prima che professionale, i suoi bisogni e le sue aspettative, il diritto si troverà a produrre inevitabilmente reazioni *fuori tiro*. Per essere più precisi, potranno determinarsi vere e proprie eterogenesi di senso, dovute alla sovrapposizione del piano normativo e dei suoi effetti su situazioni di fatto male interpretate o erroneamente presunte a causa della proiezione sull'Altro e sul suo agire del modello culturale dell'italiano (o, in generale, dell'autoctono) medio. Lo straniero si troverà allora oscurato all'interno di un cono d'ombra

culturale e cognitivo, a sua volta destinato a essere cementato dalla qualificazione e dalla irreggimentazione giuridica. Per questa via l'applicazione delle norme risulterà affetta, in molti casi, da un'insanabile inopportunità e nelle ipotesi peggiori da una fatale contraddizione tra i propri presupposti di legittimazione (anche di rango costituzionale) e le sue conseguenze sul piano della concreta effettività.

Senonché le implicazioni a vasto raggio di simili fallimenti e svarioni applicativi, con il tempo, sono inclini a commutarsi in un atteggiamento purtroppo assai diffuso tra gli stranieri. Mi riferisco alla loro sfiducia nei confronti delle istituzioni giuridiche dei paesi d'accoglienza, quindi al mancato uso degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento e infine, implicazione di gran lunga più grave, alla consumazione delle proprie relazioni personali ed economiche all'interno dei circuiti etnici d'appartenenza, della galassia del c.d. *nero* o, ancora, tra le soffocanti spirali della devianza criminale.

Insomma, lasciare che le corsie comunicative tra diritto e stranieri si ostruiscano getta i semi di problemi sociali dalle incalcolabili proporzioni, soprattutto sul medio-lungo periodo. D'altronde, l'esclusione degli stranieri dalla sfera pubblica, la stessa disciplinata dal diritto, non impedisce certo la loro capacità di azione, né di movimentazione di capitali. Queste attività avverranno comunque, ma celate da una coltre di oscurità, che renderà sostanzialmente impossibile il controllo sociale. Gettare lo sguardo oltre l'oggi, oltre il vantaggio competitivo che l'immediatezza sembra riservare agli autoctoni, a quelli *di casa*, significa intravedere gli effetti, le costrizioni e la futura forza socio-economica di quanto nel presente si cela nell'ombra della subalternità etnica. Per molti versi, però, si tratta di un futuro già in atto, che richiede dunque soluzioni da adottare con urgenza.

Formare i notai latini in modo da poter offrire agli stranieri un'assistenza analoga a quella assicurata agli italiani, quindi un'assistenza informata a un approccio e a una conoscenza interculturali, costituirebbe un tassello assai importante verso l'integrazione sociale dei migranti e delle loro comunità. In questa direzione, il primo passo da compiere è quello di affiancare all'attività notarile una forma di consulenza antropologica, di tipo para-legale. Questa avrebbe il compito di dar voce alle parti mute, agli immaginari taciti di chi deve passare attraverso le forche caudine del diritto e ricorrere all'assistenza degli operatori del diritto. Se il notaio riuscisse a tradurre sul piano antropologico-culturale le istanze dei (potenziali) clienti, si schiuderebbero per la sua attività le potenzialità di *invenzione* e *creazione* giuridica che egli pone in campo, al più alto livello professionale, già con gli autoctoni. Questo perché evidenziare gli indici di senso delle richieste provenienti dagli stranieri significherebbe poter ricorrere a qualificazioni giuridiche alternative, alla creazione di combinazioni normative inedite. Ampliare il sapere socio-culturale del notaio, in sostanza, implicherebbe immediatamente un simmetrico potenziamento del suo sapere giuridico normativo e, quindi, della sua capacità di assistenza legale.

L'utilità sociale su scala planetaria di una formazione interculturale della classe notarile (latina) è incalcolabile. E ciò può predicarsi su una molteplicità di fronti. Innanzi tutto, favorirebbe

il senso di coinvolgimento degli stranieri all'interno della cultura istituzionale degli stati d'accoglienza. In secondo luogo, contribuirebbe all'emersione dal *nero*, poiché offrirebbe strumenti di tutela ai molti migranti sovente condannati a essere succubi dei gruppi sociali dominanti. Terzo, in questa stessa direzione, favorirebbe le transazioni interculturali, quindi il dialogo tra autoctoni e stranieri, avvicinando l'orizzonte di una soggettività comune e condivisa. Quarto, alimenterebbe lo spostamento del flusso di relazioni interindividuali agite dagli stranieri verso la sfera pubblica, consentendone il controllo sociale e disincentivando il ricorso ai circuiti della devianza. Quinto, garantirebbe alla stessa professione notarile una domanda di servizi da parte di potenziali utenti attualmente irraggiungibili o alieni dal rapporto con il professionista legale. Sesto, renderebbe i notai *membrana osmotica tra le culture* e le corrispondenti comunità sociali, valorizzando al contempo il loro ruolo di garanti e trasformandoli in *agenti interculturali* diffusi sul territorio, perciò in grado di agire in modo capillare, *dal basso*.

La ricollocazione dell'attività notarile nel fuoco dei confronti interculturali non costituisce tuttavia un inedito storico. Al contrario, come si è accennato, rappresenterebbe il recupero alla coscienza civile e storica di un ruolo da essi ricoperto, anche in epoca medievale, al servizio dei diversi ceti sociali. Certo, non si trattava allora, né si tratterebbe adesso, di una missione gratuita; ma ciò nulla toglie alla sua importanza e alla peculiarità che a essa regala proprio la struttura del notariato latino.

La funzione di agente interculturale, inoltre, porrebbe i notai lungo l'asse di comunicazione tra diritti umani e diritto comune dei diversi paesi. Lavorare sul fronte della traduzione interculturale tra istanze di tutela provenienti dagli stranieri e istituti giuridici nazionali permetterebbe al notaio di elaborare equivalenze tra usi, costumi, modelli d'azione di differente matrice culturale. La modulazione di queste equivalenze potrebbe utilizzare come perno proprio i diritti umani, tramutandoli in una sorta di convertitore tra circuiti di esperienza giuridica e scongiurando il loro uso generico e strumentale.

A questo proposito va evidenziato come l'*uso interculturale del diritto* si distingua nettamente tanto dal diritto comparato, quanto dal diritto internazionale privato. Nel primo caso, lo studio dei sistemi giuridici è indirizzato a creare piattaforme teoriche o a potenziare le strategie normative dei legislatori statali, usufruendo delle esperienze maturate in altri paesi. Nel secondo, quello corrispondente al diritto internazionale privato, la conoscenza e l'analisi delle legislazioni estere giova a regolare le situazioni di conflitto, generate dall'intersecarsi degli effetti normativi prodotti dai differenti ordinamenti e veicolati dagli individui coinvolti in spostamenti transnazionali. Lo statuto e la funzione del *diritto interculturale* e dell'*uso interculturale* del diritto nazionale è del tutto diversa. Le persone che si rivolgono ai notai non sono *norme*. Esse in molti casi non conoscono nemmeno gli enunciati normativi del proprio Paese d'origine. Inoltre, nella maggior parte delle situazioni vissute nei contesti migratori, quelle norme non hanno alcuna rilevanza. Generalmente, allo straniero immigrato non importa che vengano applicate le leggi del proprio stato di provenienza. Al contrario, suo interesse precipuo è

poter dar voce alle istanze di fondo della sua educazione giuridica *folk*, le stesse che egli utilizza per declinare i suoi interessi, i suoi bisogni materiali ed etici, in una parola, la propria soggettività. Ora, queste istanze e le corrispondenti categorie semantiche sono assai più plastiche delle enunciazioni normative. E la loro plasticità le rende assimilabili a dispositivi aperti, pronti a incorporare i vantaggi pratici offerti dai paesi d'arrivo e anche dagli strumenti di tutela giuridica offerti dai loro ordinamenti. Inoltre, la propensione, la flessibilità interculturale di questi abiti di giudizio e di comportamento surclassa le caricaturali interpretazioni dell'appartenenza culturale restituite in chiave identitaria e spesso artatamente elaborate per generare scenari di conflitto del tutto alieni dagli effettivi e più diffusi interessi delle persone.

La cultura è uno strumento al servizio della personalità e non uno scafandro inossidabile ed eterno. Paradossalmente, il diritto, e in particolare quello di *civil law*, con le sue enunciazioni generali e astratte, è in grado di offrirsi come leva per la creatività culturale. Tutto sta nel saper sfruttare in senso inclusivo, rispetto alle differenze culturali, l'intrinseca generalità semantica e la connessa cifra universalistica connaturata agli ideali di normazione e politica del diritto propri della tradizione di *civil law*. In quest'epoca di transnazionalizzazione dei rapporti economici e sociali, a svolgere il compito di transculturazione dei rapporti giuridici sono chiamati (tra gli altri) anche i notai e il loro più raffinato e idiomatico *sapere di giuristi pratici*.

Artefici, attraverso la loro opera giornaliera, di un immenso affresco sociale, con un'azione *da formiche* del quotidiano, i *notai latini* del mondo potrebbero concorrere a elaborare le assi giuridiche indispensabili a una convivenza cosmopolita, una sorta di diritto comune in grado di incorporare i diritti umani dentro un codice delle prassi vitali scandite dal diritto dei contratti, dal diritto di famiglia, dal diritto successorio, ecc. Seguendo questo percorso di risalita dal basso, a partire dalla *frontiera delle relazioni interpersonali quotidiane*, i notai latini distribuiti nelle diverse realtà planetarie potrebbero scongiurare l'uso etnocentrico dei diritti umani e il velenoso carico di logiche suprematiste o xenofobe che a esso fa seguito. Al contrario, essi potrebbero lavorare per rendere i diritti umani vera e propria interfaccia pragmatica nella costruzione di una soggettività giuridica transnazionale: tale in quanto esito di processi interculturali gestiti e fatti maturare appunto *dal basso*, ascoltando le istanze concrete delle persone e dando voce alla loro creatività culturale di individui in grado di autodeterminarsi.

Creare questa alleanza tra base sociale transnazionale e categoria notarile attuerebbe una funzione storica di produzione/interpretazione del diritto, per alcuni versi avvicinabile a quella esercitata nell'antichità dal *praetor* romano nell'edificazione dello *ius gentium*. Ma non solo. Dal punto di vista professionale, il notariato potrebbe dimostrare per questa via di riuscire a realizzare in simultanea sia il miglior interesse dei clienti, sia il miglior interesse dell'istituzione che rappresenta, coniugando funzione pubblica e professione privata, esattamente come previsto dall'ideale prescrittivo del notariato latino.

3. *L'uso interculturale del diritto: dal "si può fare" al "come si fa"*

I discorsi teorici, soprattutto se innovativi, esigono però d'essere accompagnati da esemplificazioni pratiche, utili a mostrare il *know how*, il *come si fa.* A questo scopo potrebbe risultare utile fornire un esempio calibrato sui rapporti interculturali con il mondo cinese.

Nel diritto ereditario cinese non esiste un principio tassativo analogo alla *riserva o quota di legittima* prevista dal diritto italiano. Cercando di evitare il più possibile i tecnicismi a beneficio anche del lettore comune, va precisato che la quota di legittima consiste in quella porzione di eredità di cui il testatore non può disporre a piacimento. Secondo la legge, coniuge e figli hanno diritto a una porzione del patrimonio di chi muore. Le volontà testamentarie devono dunque tener conto di questo limite e del corrispondente diritto dei c.d. legittimari. Il diritto italiano, a dire il vero, conosce alcune ipotesi di indegnità. Qualora ricorrano, il legittimario è escluso dalla successione. Ma si tratta di casi tassativi ed estremamente ristretti[2]. Di contro, i legittimari hanno uno straordinario strumento di tutela. Essi possono addirittura evitare che il testatore si liberi durante la sua vita di porzioni del proprio patrimonio, con l'effetto di escluderle dall'eredità. Lo strumento utilizzabile dal testatore potrebbe essere, ad esempio, la donazione a terzi, cioè a persone diverse dai legittimari. Se l'eventualità si verificasse, gli eredi avrebbero la possibilità di accettare l'eredità con beneficio d'inventario e promuovere la c.d. azione di riduzione ereditaria. L'effetto sarà la ricostituzione dell'asse ereditario nella consistenza originaria, antecedente cioè al depauperamento determinato dalla sottrazione delle parti donate. Il beneficiario della donazione, per contro, sarà costretto a restituire o rifondere quanto ricevuto.

Nel diritto cinese le cose vanno in modo diverso. Il testatore ha molta più libertà di movimento. In particolare, egli può diseredare i figli e destinare l'asse ereditario a chi si sia preso cura di lui durante la vecchiaia. A questo scopo, anzi, può persino stipulare un contratto di assistenza con terzi, impegnandosi a cedere a essi parti d'eredità in cambio di servizi[3].

Supponiamo – si tratta di un *exemplum fictum*, che tuttavia è stato effettivamente ipotizzato dai notai italiani[4] – che un cinese residente in Italia, magari in possesso della cittadinanza italiana[5], si rechi dal notaio e chieda di redigere testamento. Si ipotizzi, ancora, che in quel frangente esprima l'intenzione di diseredare (parzialmente o totalmente) un proprio figlio e di voler destinare la sua porzione di eredità, in quanto legittimario, a una terza persona per ottenere da essa sostegno e assistenza durante i suoi ultimi anni di vita.

[2] Cfr. art. 463, codice civile italiano, rubricato 'Casi d'indegnità'.

[3] Cfr. art. 31, legge delle successioni cinese, emanata nel 1985; e ivi anche art. 5. È opportuno segnalare che la possibilità di stipulare patti successori incontra un ulteriore divieto nel nostro ordinamento.

[4] Il caso è stato affrontato nel corso di un convegno organizzato dal Centro interculturale del Comune di Torino, da titolo 'Il nostro diritto e le culture degli altri'. In quell'occasione i notari si sono limitati a un'analisi comparatistica, volta a sottolineare l'incompatibilità tra l'art. 31 della legge cinese sulle successioni e il sistema successorio dettato dall'ordinamento italiano.

[5] Escludo dall'esemplificazione il caso di un cinese, cioè attualmente in possesso della cittadinanza cinese, che invochi quale legge regolatrice della successione il diritto ereditario cinese. In quest'eventualità entrerebbero in gioco le regole del diritto internazionale privato e i limiti di ordine pubblico relativi all'ingresso delle norme straniere nel nostro ordinamento. Si tratta di un'eventualità in grado di dar luogo a questioni tecnico-giuridiche piuttosto complesse, peraltro non esemplificative dei profili teorici considerati nel testo.

Di fronte a questa richiesta, il notaio non potrà far altro che rispondere: *non si può fare, la legge italiana non lo consente*. E la partita potrebbe chiudersi lì. Il cinese, scontento della risposta, potrebbe a sua volta licenziarsi dal notaio e magari provvedere con un testamento olografo, cioè non redatto per atto pubblico, affidando l'esecuzione delle proprie ultime volontà alla propria comunità. Si badi, in questo caso nulla garantisce che il figlio diseredato non invochi un domani la riduzione ereditaria a proprio favore. Una simile eventualità realizzerebbe un conflitto endo-culturale, ma con effetti eso-culturali e interculturali. Il figlio, in sostanza, preferirebbe dismettere la propria identità e la lealtà rispetto alla cultura cinese e alle volontà paterne, preferendo valersi della tutela assicurata dalla cultura e dal diritto italiani. Porre l'accento su questa evenienza è assai importante, poiché mette in risalto la possibilità e il diritto dei singoli individui di autorappresentare i propri codici culturali, quindi la possibilità per i membri di società multiculturali di scegliere a quali circuiti di valori aderire e, possibilmente, come transigerne gli aspetti. In breve, il conflitto tra genitori e figli esemplifica la necessità di evitare la reificazione culturale, lo stereotipo culturalista, e, al contrario, quella di assicurare l'autodeterminazione dell'individuo circa le modalità del proprio posizionamento rispetto agli indici sia della cultura di origine, sia di quella d'approdo.

Di là da questa considerazione, c'è comunque da registrare per il cinese l'eventualità, e la possibilità, di ritrarsi dalla dimensione pubblica. Anziché intercettare le istituzioni e fruire delle relative garanzie, rivolgendosi al notaio e redigendo un testamento per atto pubblico, egli potrebbe muoversi nella sfera della libertà e tra i circuiti della propria comunità. Certo, si esporrebbe, come si è detto, alle possibili reazioni del figlio e dei figli. Tuttavia è anche vero che la comunità etnica potrebbe porre in essere tutta una serie di azioni deterrenti o dissuasive nei confronti dei legittimari. L'impossibilità di trovare *risonanza*, *rispecchiamento* per le proprie ragioni da parte dell'ordinamento e delle istituzioni, almeno nei paesi a costituzione democratico-liberale, in molti casi non impedisce di muoversi liberamente, seguendo strade alternative. Del resto, non sempre ciò che non riceve tutela è perciò stesso vietato. Le barriere e le strategie di coesione etnico-comunitaria possono allora fare molto perché il diritto rimanga sostanzialmente inattivo. In altre parole, riferendosi al caso formulato, se gli eredi non impugnassero le disposizioni del testatore, non chiedessero l'azione di riduzione, e così via, non accadrebbe assolutamente nulla, almeno in termini istituzionali. L'ordinamento appresta i mezzi di garanzia, ma sono gli individui a doverli attivare.

Sottolineare l'esistenza di uno spazio grigio, generato dai rapporti e dalla forbice tra autorità e libertà, è estremamente importante nella riflessione sui processi di integrazione interculturale. Nella zona grigia tra autorità e libertà possono inserirsi le dinamiche di potere, tutt'altro che innocue, interne alle comunità culturali. La loro intransigenza, talvolta, è un riflesso della dialettica tra culture, tra gruppi dominanti e gruppi minoritari, tra autoctoni e immigrati. Ma la libertà di movimento per le culture e le loro comunità può anche convertirsi sul piano sociale in una tenaglia – fatta di pressioni psicologiche e condizionamenti materiali – capace di

stritolare l'autodeterminazione *interculturale* dell'individuo. Che in alcuni casi questi reagisca, invocando il sostegno dell'ordinamento del Paese d'accoglienza, è un'eventualità che andrebbe ben considerata soprattutto dagli antropologi culturali e da quanti difendono in modo acritico e assolutistico l'intangibilità dell'integrità culturale, il nitore e l'intransigibilità delle differenze, e indirizzano indiscutibili e simmetriche accuse alla latente e pervasiva oppressione del diritto moderno e delle sue declinazioni generalizzanti.

Le opposizioni, le tenaglie culturali nascono però anche dall'incapacità di ascoltare e di farsi ascoltare dal diritto, obbligandolo, in qualche modo, a mettere in moto le sue potenzialità autotrasformative e aperte alla transazione interculturale. Per tornare al notaio che riceve il cinese, non è da escludere pregiudizialmente e *a priori* la possibilità di esemplificare un diverso esito della vicenda, persino in grado di mettere insieme tutela giuridica e riconoscimento della specificità culturale. Ciò a cui il notaio dice *«no»*, vestendosi della voce dell'ordinamento, è la richiesta così come prospettata dal cliente cinese[6]. Di essa, però, egli non conosce lo sfondo di senso o quantomeno, fermandosi all'apparenza morfologica, non scorge il contesto assiologico complessivo. D'altronde, anche la vigente legge sulle successioni del 1985 rappresenta per la Cina un cambio di passo rispetto all'esperienza precedente e recupera alcuni aspetti di rilievo della cultura e della tradizione confuciane.

Uno dei tratti salienti dell'universo etico disegnato da Confucio e dai suoi discepoli concerne la pietà filiale e il rispetto degli antenati e degli anziani. Nella cultura cinese classica, l'abbandono del genitore da parte dei figli rappresenta una grave colpa morale. Ogni figlio ha il dovere di occuparsi dei propri genitori, soprattutto se malati. Questo tratto, così caratteristico del mondo morale cinese, trova rispecchiamento nell'elencazione delle cause di indegnità a succedere previste dalla legge successoria del 1985. Tranne poche varianti, questo elenco riproduce le medesime cause d'indegnità predisposte dall'art. 463 del codice civile italiano. È sintomatico, però, che in esso compaia un'ipotesi non rinvenibile nella nostra normativa. Si tratta del caso di abbandono, cioè di mancanza di cure. In sostanza, il figlio che abbia abbandonato i genitori diviene indegno a succedere o, se si vuole, non merita l'eredità. L'ombra di Confucio e dei suoi insegnamenti si è proiettata insomma anche sulla legislazione della Repubblica popolare.

Se il notaio facesse parlare questa parte muta dell'etica confuciana, probabilmente si renderebbe conto delle ragioni che inducono il suo cliente cinese a voler favorire un terzo. Alla base, non vi è la volontà assoluta o fine a se stessa di privare il figlio dell'eredità, ma quella di assicurarsi l'assistenza che il figlio dovrebbe fornirgli e che psicologicamente e culturalmente il genitore si aspetta da lui. In fondo, al cinese medio non importa affatto di dar seguito in Italia all'art. 31 della legge successoria del proprio Paese. Con ogni probabilità, neanche sa della sua esistenza. Egli tiene piuttosto a rendere giustizia a chi si è occupato di lui, a mostrare la

[6] Un'esemplificazione di questo atteggiamento può rintracciarsi in un saggio breve, ma assai limpido ed esplicativo anche per chi non sia un tecnico del diritto, elaborato dall'avv. A. Marra, L'accordo di sostentamento e legato nell'ordinamento giuridico cinese, tedesco e italiano, consultabile all'indirizzo www.diritto.net/il.foro.civile/182/3669.html .

sua riconoscenza, a remunerarne i servigi. È questo sfondo di senso, questa cifra della propria esperienza etica e dei propri abiti culturali, l'oggetto della possibile richiesta di riconoscimento e la causa dell'eventuale, conseguente distanziamento, individuale e comunitario, dei cinesi dalla sfera pubblica e giuridico-istituzionale italiana. Se la ricezione dell'art. 31 della legge cinese nel diritto italiano è attualmente inattuabile, analoga sorte non è detto debba incombere però anche sulla cifra culturale, sulla chiave assiologica soggiacente. Questa è assai più flessibile e può trovare un ponte sia nei valori di fondo dell'ordinamento italiano, veicolata dalle *risonanze contestuali e interculturali* tra gli universi etici orbitanti attorno al fenomeno successorio in ciascuno dei due paesi. A far da veicolo al generarsi di simili risonanze è la creazione di un'equivalenza metaforica, il trasceglimento di un terreno comune tra domini diversi del linguaggio e dell'esperienza. Sulla base di questo *ground* prenderà forma un terzo dominio, all'interno del quale ciascuno dei quelli originari guadagnerà e perderà qualcosa, proprio come in una transazione. Proverò a esemplificare in che modo.

Se ci si pensa, che nel mondo cinese la dimensione comunitaria sia l'architrave anche della struttura familiare, oltre che della società nel suo complesso, non è certo un arcano segreto. Nel caso specifico, essa viene trasferita, con le sue implicazioni solidaristiche, nel rapporto con il terzo o con gli enti che si occupino del sostentamento e dell'assistenza agli anziani. Il *vecchio* destina il suo asse ereditario a chi si accolla il dovere di solidarietà sociale e comunitaria nei suoi confronti. Lo stesso dovere che dovrebbe essere assolto dai figli, per tradizione culturale e per aspettativa psico-sociale.

Chi può asserire che il medesimo problema non sussista anche nel contesto socio-culturale italiano? Fino a che punto può negarsi che l'impegno di molte associazioni ed enti, operanti in favore degli anziani meno abbienti, risponda a un'esigenza di solidarietà sociale assai sentita, e spesso tradita e disillusa? Certo, esiste anche il rischio che i vecchi bisognosi di assistenza e di affetto vengano strumentalizzati per convenienza. D'altronde, la storia del vecchietto che morendo lascia tutto all'ente religioso o alla domestica è un classico, un *topos* giuridico e, direi, quasi un'icona idiomatica delle controversie giudiziarie in materia ereditaria. Ma questo fatto, statisticamente accertabile, non sconfessa la riconoscibilità culturale e la traducibilità delle istanze del cinese, semmai conferisce a esse plausibilità, producendo appunto quella *risonanza interculturale*, quella autotrasformazione riflessiva della cultura e dell'ordine giuridico del Paese d'accoglienza sin qui indicate. Analogo discorso, peraltro, può farsi nella direzione inversa, in favore delle ragioni del figlio (del) cinese che impugnasse le eventuali determinazioni del padre.

Ma il notaio, cosa potrebbe fare di concretamente interculturale? Innanzi tutto, andrebbe assistito da chi sia in grado di fornirgli indicazioni circa lo sfondo culturale dell'universo cinese, da chi possa dare la parola alle sue parti mute. Secondariamente, entrato in possesso dei dati, non dovrebbe far nulla di più rispetto a quanto i giuristi, soprattutto i pratici e i professionisti, hanno sempre fatto nell'adattare i segni, gli schemi del diritto scritto alle situazioni sociali

e agli interessi dei loro assistiti. Egli dovrebbe cioè *usare* il diritto incrementando il suo potenziale di senso attraverso il contatto semiotico con le parti mute dell'agire sociale, considerato sia nei suoi profili materiali, sia in quelli simbolico-immaginari. Vengo però al dunque.

Colto l'aspetto solidaristico e assistenziale posto a corona delle richieste del cliente cinese, il notaio potrebbe pescare nel bacino delle norme successorie italiane, guidato da uno scandaglio assiologico-metaforico. Così equipaggiato, potrebbe quindi tentare di trovare una soluzione che possa quantomeno *venire incontro* alle intenzioni e alle finalità del cinese. Per quanto possa apparire improbabile, esiste nel codice civile italiano una combinazione di norme utilizzabili allo scopo. Si tratta dell'art. 770 e dell'art. 809. Il primo comma dell'art. 770 stabilisce che è da considerarsi una donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale rimunerazione. Questo tipo di elargizioni ricadrebbero quindi nell'azione di riduzione al pari di tutte le altre donazioni. Ma, al secondo comma, è stabilito che "*non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi*" (c.vi miei). Le due ipotesi parrebbero in parte sovrapporsi, ma non è così. Le elargizioni per riconoscenza o per meriti non corrispondono alle liberalità offerte per servizi resi. Per capirsi, se uno mi salva la vita e io gli faccio un dono, si ricade nel primo comma; analogamente, se qualcuno compie un'impresa e, per ammirazione, gli faccio un omaggio. Viceversa, se qualcuno rende servigi a me, testatore, oppure se rende servizi sociali concreti, perseguendo fini che io condivido e supporto, ci si ritrova nell'ambito del secondo comma. Il mio dare è effettuato in vista di un fine e di un valore che mi vede interessato in via personale. Argomento che varrebbe, con peculiare corrispondenza, per la solidarietà e l'assistenza nei confronti degli anziani. Con formula efficace, potrebbe dirsi che questo tipo di liberalità integra un *dare etico*, corrispondente al sentire sociale, a un codice assiologico riconosciuto, ancor più a un costume, a un *ethos comunitario*[7].

Perché è importante distinguere tra le due parti dell'art. 770? Perché questa disposizione, rubricata *"onazione remuneratoria"* e peraltro del tutto periferica nel complessivo impianto codicistico sull'eredità, improvvisamente sembra rivestirsi di una consistente, quanto inattesa valenza antropologica e interculturale? Effettuare un riferimento preciso all'art. 770 è cruciale alle ragioni dell'interculturalità perché l'art. 809, primo comma, del codice civile stabilisce che tutte le liberalità soggiacciono alle norme riguardanti le donazioni, comprese quelle relative alla riduzione ereditaria a integrazione della quota dovuta ai legittimari. Tutte le liberalità, tranne quelle indicate dall'art. 809, secondo comma. In questa parte dell'articolo è previsto che rimangano escluse dall'analogia con le donazioni, tra le altre, le liberalità previste dal secondo comma dell'art. 770: cioè le elargizioni fatte in occasioni di servizi resi o comunque in conformità agli usi.

Queste disposizioni possono venire incontro al cinese. Fermo restando che egli può

[7] Cfr., per le possibili proiezioni pragmatiche e i profili tecnico-giuridici di questa formula, A. Fuccillo, Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi, Giappichelli, Torino 2008.

destinare al terzo o all'ente di assistenza che si occupi di lui tutta la quota disponibile dell'eredità, esiste la possibilità di integrare ulteriormente questa porzione del suo asse ereditario. Usufruendo delle previsioni di cui agli artt. 770 e 809, il cliente cinese potrebbe qualificare come donazione remuneratoria per servigi resi un'ulteriore massa patrimoniale. Magari, il notaio consiglierà al suo assistito di non ridurre a zero la quota di legittima, di moderare ragionevolmente e in ragione dei servizi effettivamente forniti l'ammontare della liberalità diretta al terzo. Con una buona disponibilità a transigere e negoziare, cinese, notaio e ordinamento italiano potrebbero trovare un punto di incontro interculturale, uno dispositivo di convivenza e interpenetrazione tra indici culturali. Non solo il notaio, che verrebbe pagato per la sua prestazione professionale, ma anche l'ordinamento italiano e il cinese avrebbero da guadagnarci. In particolare, il cinese, come singolo straniero, ne trarrebbe un vantaggio in termini sia di tutela istituzionale dei suoi interessi, sia in ordine alla possibilità di iscrivere la *sua differenza* culturale nello specchio dell'uguaglianza giuridica e sociale assicurata dall'ordinamento italiano. L'ordinamento, come istituzione pubblica, acquisirebbe la possibilità di aggregare, integrare e, in fondo, anche controllare le attività economiche di chi, *allocolto*, vive sul territorio statale.

La soluzione proposta va considerata però soltanto come un'ipotesi. Nell'incontro e nel confronto interculturale è indispensabile ascoltare la voce dei protagonisti, degli attori sociali. In questo consiste tanto la creatività, quanto la politicità del diritto di *autorappresentazione culturale* o identitaria. Può anche darsi che il cinese non accetti compromessi, che preferisca rimanere chiuso nel suo circuito comunitario *collaterale* e *subalterno*. L'adattamento, peraltro, può non riguardare soltanto l'ordinamento italiano o l'importo da destinare alla donazione remuneratoria. Lo sfondo culturale cinese intercetta quello italiano. Nel *medium* della solidarietà trovano composizione istanze individualiste, di ispirazione occidentale, e istanze comunitarie, più affini alla mentalità orientale – ma preferirei non indulgere in simili classificazioni a dire il vero piuttosto generiche e per questo pericolosamente vicine allo stereotipo. È vero anche, però, che il genitore cinese, immigrato in Italia, deve confrontarsi con un nuovo contesto. Accanto ai doveri dei figli, alla loro pietà filiale, ci sono da calcolare anche quelli dei genitori. Il loro parametro sarà l'ambiente sociale destinato a ospitare la crescita e l'inserimento dei figli. E si tratta, certo, di un ambiente marcato da indici d'individualismo, di competizione sociale, dove le reti familiari contano meno e l'età pre-lavorativa è consistentemente più alta rispetto a quella mediamente diffusa anche nella Cina contemporanea. Il *ground* metaforico posto alla base della traduzione interculturale sorge da una metamorfosi incrociata. La risonanza interculturale e l'impegno alla coerenza nell'interpretare i propri abiti e valori sono di tipo trasformativo, consistono cioè in una metamorfosi convergente dei saperi culturali. Solo dall'incrociarsi delle prospettive e dal loro contaminarsi può prender forma la base semantica per la produzione di un'equivalenza inedita, perciò creativa, idonea a generare a sua volta un *mondo terzo*, interculturale. Ma per raggiungere simili traguardi è necessario impegnarsi. E l'impegno costa fatica, sacrificio e rinunce. Anche se in vista di un guadagno, le

rinunce si presentano comunque come tali, almeno nell'immediato. Ci si può rifiutare di farle. Ma questo fa parte del gioco.

Sempre nell'ambito successorio, potrei riferire ancora di un caso concreto relativo a una mia esperienza maturata sul campo delle ricerche condotte con i migranti. Il modello successorio di riferimento è dato dal diritto islamico. Nella tradizione giuridica islamica alle donne non è riconosciuta la medesima quota successoria degli uomini. Ma, se capita d'incontrare una ragazza immigrata o nata in Italia e appartenente a una famiglia islamica, con una vita sociale scandita da frequentazioni assidue con gli italiani, è assai propabile poter constatare la difficile accettazione di questo modello. Molte giovani donne, ancora conviventi con il nucleo familiare d'origine, si lamentano spesso della preferenza riservata ai fratelli maschi da parte dei genitori. Chiedere loro come sarebbe giusto che padre e madre ripartissero la loro eredità tramite testamento può ricevere una risposta perentoria: in parti uguali. Una ragazza, in particolare, mi rispose, con formula icastica: cinquanta e cinquanta.

Accade che a giustificazione della diversità di trattamento i sostenitori della cultura islamica adducano un argomento non privo di una qualche plausibilità – che sia vero, cioè avvertito come fondamento della differenziazione da parte della maggioranza degli islamici, è altra questione. L'argomento suona più o meno così. Nella nostra cultura – sostengono – quando l'uomo si sposa deve costituire il *mahr*, cioè la dote della donna, destinata a diventare di proprietà di lei soltanto. Senza il *mahr* non è possibile sposarsi perché il matrimonio non sarebbe valido. Di conseguenza, ogni famiglia deve poter provvedere a un patrimonio da riservare al figlio maschio affinché egli possa farsi una famiglia. Problema che invece non esiste per la donna. Inoltre, poiché il *mahr* deve essere assicurato a ogni donna sposata, di fatto ciò che viene tolto alle donne in sede successoria viene a esse restituito attraverso il matrimonio. Si tratterebbe, in altre parole, di una sorta di partita di giro.

Questa ricostruzione, nella sua nitidezza espositiva, come dicevo non è priva di plausibilità, benché si presenti connotata da un eccessivo egualitarismo tra donne e uomini, in questa veste non del tutto usuale nella mentalità islamica più tradizionale. Ciò nondimeno, a prendere sul serio questa argomentazione, certo c'è da porsi un problema di giustizia infra-familiare. Nel discutere con la ragazza così pronta a darmi la quota del *cinquanta e cinquanta* quale parametro di equa ripartizione, le feci notare che il fratello per sposarsi avrebbe avuto bisogno di poter costituire la dote alla futura moglie. Se i genitori non avessero avuto un patrimonio consistente, la ripartizione 50/50 avrebbe forse potuto compromettere la possibilità per il fratello di sposarsi. "Te la sentiresti" incalzai allora la ragazza "di negare a tuo fratello la possibilità di sposarsi in nome dell'eguaglianza ereditaria tra te e lui?" Lei si rabbuiò in viso e non mi fece mistero che una simile conseguenza l'avrebbe messa in serio imbarazzo oltreché in rotta di collisione con tutta la famiglia. Ciò nonostante, mi disse: "È difficile creare problemi a mio fratello, però non è giusto lo stesso che lui debba avere di più perché è maschio". E aggiunse: "E se poi non si sposa?".

La poverina sembrava scissa a metà. Era come se le due culture, quella italiana e quella islamica, stessero facendo un *match* dentro di lei e per giunta senza che lei stessa, la sua mente, potessero fare granché per disinnescarlo. Entrambe le culture sembravano aver colonizzato la sua volontà, che si trovava divisa contro se stessa.

A quel punto io le dissi che forse nel diritto italiano sarebbe stato possibile trovare una soluzione. Il solito stupore scatenato dal presentarsi di un'insospettata possibilità di soluzioni giuridico-interculturali animò lo sguardo della ragazza, che soggiunse: "Davvero? e come?" Io le spiegai allora che nel codice civile italiano è prevista una specifica figura, la *donazione in riguardo di matrimonio* (art. 785) Le spiegai la distinzione tra quota di legittima e quota disponibile dell'asse ereditario, quindi le proposi un possibile punto d'incontro tra le sue ragioni da *italiana* e i vincoli morali e affettivi della sua parte *islamica*. Quindi le dissi: "Se i tuoi genitori imputassero la donazione in favore di matrimonio alla disponibile, senza intaccare la tua legittima, in fondo darebbero a tuo fratello i soldi necessari proprio per sposarsi, senza fare altre distinzioni astrattamente fondate sul vostro diverso sesso". "Sì, ma se poi lui non si sposa?" mi ribatté prontissima. Di fronte all'interrogativo tirai fuori dalla tasca un altro asso da giurista interculturale. Le illustrai allora che la donazione in favore del matrimonio non è efficace fino al momento delle nozze e viene annullata dall'eventuale dichiarazione di nullità del matrimonio. Quindi se tuo fratello non si sposasse entro una determinata età, che potrebbero stabilire i tuoi genitori, dissi, tutto finirebbe cinquanta e cinquanta. E aggiunsi: "Ti andrebbe se i tuoi genitori facessero un testamento con atto pubblico, da un notaio, con questo contenuto?" Mi rispose di sì. Tra l'altro, continuai, in questo modo potresti andare da un giudice con tranquillità a far valere le tue ragioni, se tuo fratello o altri membri della comunità volessero privarti di quanto hanno deciso di trasmetterti per testamento i tuoi genitori. La ragazza fece una smorfia di ulteriore sollievo, quasi a volermi confessare tutto il suo scetticismo circa la possibilità che senza testamento pubblico il fratello o gli altri parenti avrebbero fatto da garanti alle sue ragioni di figlia *uguale nelle pretese successorie*.

Il dato più interessante è dato dall'ulteriore seguito della discussione. Dopo la scoperta delle potenzialità interculturali dell'ordinamento italiano, la ragazza mi disse di volersi ben informare circa le leggi del suo Paese d'origine in campo successorio. Anche perché, nonostante avesse studiato diritto in Italiano, non le era mai interessato conoscerle. Questa reazione mi confermò nell'idea che il confronto interculturale può costituire uno strumento di oggettivazione e recupero della propria tradizione d'origine, della propria memoria irriflessa, di là da stereotipi e dialettiche identitarie, ma anzi in vista di una consapevole transazione e autotrasformazione culturale.

Devo dire che mi è anche accaduto di ricevere critiche risentite allorché mi è capitato di raccontare questo dialogo. Gli attivisti dell'emancipazione femminile leggono nella soluzione suggerita l'intento di voler permettere tutto e, soprattutto, un modo d'essere complici nell'offrire gli strumenti per continuare a perpetrare, anche in Italia, le ingiustizie inflitte al sesso

femminile da altre culture nei paesi d'origine. Peccato che quel che potrebbero fare i genitori della ragazza islamica sia alla portata di qualsiasi genitore italiano e che sia la legge stessa, italiana, a consentire di gestire in questo modo il proprio patrimonio. Magari, in una famiglia autoctona, la donazione avrebbe più probabilità d'esser fatta in favore della figlia, anziché del figlio – cosa che accade, guarda caso, in ossequio alla tradizione della dote nuziale, nel Belpaese, usualmente a carico della famiglia della sposa. Una tradizione ormai obsoleta e non più prevista dal diritto, ma ancora viva in alcune fasce della cultura autoctona. Chissà se ad alcuni di quegli attivisti, in particolare quelli di sesso femminile, il papà avrà pagato la festa di matrimonio o regalato la casa nuziale. Comunque sia, nel diritto italiano vi è un dato su cui riflettere in chiave antropologica. La donazione in favore di matrimonio, c.d. obnuziale, non è soggetta a revoca (art. 805). Circostanza che farebbe pensare a un suo significato sociale, pubblicistico. Se si pensa che il *mahr*, la dote maschile, è il residuo di derivazione pre-islamica dell'originario prezzo della sposa, strumento di negoziazione e alleanza tra le famiglie, forse... Forse dietro le quinte, dietro le apparenze morfologiche, i due mondi, quello islamico e quello occidentale, hanno da riconoscersi reciprocamente assai più di quanto alcuni non si sentano autorizzati a credere.

4. *Lo studio notarile come avamposto cosmopolita*

L'interculturalità è una possibilità, non una strada obbligata o naturalisticamente necessitata. Comunque, non è nemmeno da escludere che la via della transazione venga seguita, accettata da entrambe le parti. La soluzione pratica escogitata *ad hoc* rappresenta in ogni caso solo un mezzo. Da esso possono comunque scaturire ulteriori implicazioni, prima di tutto sul piano categoriale. Sono infinite le derivazioni analogiche e semantiche che potrebbero derivarne. Esse possono investire il rapporto tra solidarietà e individualismo. In fondo, il modello cinese, traslocato semioticamente e spazialmente nel contesto italiano, sollecita un'autoriflessione del sistema giuridico e assiologico autoctono. Esso rende sensibile e mette in moto il *tasto* della solidarietà intergenerazionale. Così, alcune conseguenze critiche della relazione tra un'impostazione in chiave individualista del vivere sociale e le esigenze di una popolazione sempre più longeva potrebbero essere in qualche modo rese visibili, trasfigurate in un *tema* di immediata rilevanza giuridica e istituzionale. Dal contatto tra *le parti mute* dei rispettivi sistemi culturali, veicolati dagli individui attraverso lo loro istanze personali, potrebbe emergere una ricategorizzazione progressiva dell'equilibrio tra individualismo e solidarietà, tra individuo e comunità, sullo sfondo della dinamica di trasmissione intergenerazionale della ricchezza. La portata di una simile riflessione raggiunge profondità politiche e antropologiche formidabili. Non importa qui scandagliarle nella loro straordinaria complessità. Serve invece sottolineare come questo esito incarni il prender corpo di *una terza via*, di un *mondo terzo*, quale frutto del processo di traduzione/transazione interculturale. Nel consentire la trasposizione metaforica, la *base*, il *ground* della metafora, si trasforma a sua volta, inaugurando una sequenza potenzialmente infinita di autotrasformazioni.

Gli esempi riportati adesso sono solo due scampoli di un'intera, immensa enciclopedia di interfacce interculturali a sfondo giuridico potenzialmente proponibili. Ma, appunto, proponibili, non da imporre. Elaborare un lessico giuridico interculturale è operazione che pertiene al campo delle possibilità e della genuina creatività, non degli imperativi e tantomeno delle generalizzazioni essenzializzanti. La batteria di chiavi interculturali può investire tutti gli aspetti dell'esperienza giuridica, così come la grammatica del vivere e del convivere quotidiani. Ma si tratterà in ogni caso di schemi propulsivi, di specchi concavi su cui riflettere il caleidoscopico brulichio della vita sociale, delle intersezioni multiculturali e delle situazioni di comunicazione/contaminazione culturale che potranno derivarne. Situazioni e intersezioni che innanzi tutto avrebbero comunque i singoli individui, e i loro cervelli, come propri motori semiotici.

Incamminarsi verso la creazione di professionalità interculturali all'interno dei circuiti del notariato latino implica ovviamente uno sforzo di formazione. Ma esso non integra soltanto un aggravio – una fatica in più – nell'acquisizione di competenze professionali da parte dei singoli notai. Come si è anticipato, lungo il solco dell'interculturalità, il migliore interesse del notaio e quello del cliente straniero finirebbero per coincidere. Questa sovrapposizione, del resto, sarebbe un immediato riflesso della posizione di *terzietà* alla quale è tenuto il notaio funzionario pubblico. A differenza dell'avvocato, egli è infatti chiamato a farsi tutore dei valori dell'ordinamento. Valori che però sono da interpretare in sintonia con i diritti umani e con la loro cifra universalistica. Nel giro stretto del suo rapporto professionale, in sostanza, al notaio è richiesto di farsi agente terzo, sia tra l'ordinamento nazionale e il mondo, sia tra le parti di eventuali relazioni che vedano coinvolte persone di differente etnia. Armato *solo* della sua bravura, egli dovrà evitare, quindi, che le rigidità degli enunciati normativi e degli usi interpretativi autoctoni finiscano per far collassare il sistema giuridico nazionale su se stesso, manifestando una sua tragica inadattabilità alle questioni poste dai flussi migratori contemporanei. Trovare le soluzioni più accomodanti, idonee a catalizzare gli interessi e le richieste di tutela giuridica tanto degli autoctoni, quanto degli stranieri di differente estrazione culturale, rappresenta la via principe per includere nella professione notarile una funzione creativa nell'elaborazione di una ormai indispensabile civiltà del diritto cosmopolita. Terzietà e creatività, del resto, non possono che incedere appaiate, a rischio di veder altrimenti trasformare l'*inventiva* in mero opportunismo o peggio in furbizia tattica. In questo senso il notariato latino offre il modello maggiormente garantista e più affidabile, anche – e direi soprattutto oggi – di fronte alle sfide della società multiculturale.

In chiusura una notazione di sintesi, che vuole suonare anche come un auspicio. Sviluppare nel notariato latino una diffusa abilità a imbastire e promuovere transazioni interculturali a base giuridica ha come fine ultimo quello di favorire la fruibilità degli strumenti di tutela da parte degli stranieri e, insieme, degli autoctoni che con essi entrino in contatto. Dimostrare pragmaticamente e in modo effettivo, concreto, responsivo ai bisogni delle persone, che il diritto può dovunque farsi strumento di integrazione tra le culture e piattaforma flessibile per

la costruzione di solidi rapporti di convivenza vuol dire restituire al diritto stesso una funzione antropoietica, cioè di formazione umana. Che questa spinta possa venire dalle professioni giuridiche, e in primo luogo da quella notarile, costituisce un fattore di libertà, di civilizzazione reciproca e interculturale attraverso la libertà. Questo perché le negoziazioni interculturali promosse e promuovibili dai notai assumono in modo enormemente amplificato, anche dal punto di vista politico, la medesima valenza anti-processuale, di prevenzione dei conflitti, da sempre riconosciuta al notariato latino. Con l'aggiunta che nell'ambito delle relazioni tra culture, prevenire i conflitti significa innanzi tutto saperli riconoscere e, quindi, essere in grado di dissolverli, più che risolverli: vale a dire impedire che essi germoglino. Ma diserbare il terreno dalla gramigna dell'odio etnico, delle contrapposizioni identitarie, è la ricetta centrale, la regola prima di una grammatica della convivenza pacifica e libera tra e dentro gli stati. Che tutto possa iniziare, in silenziosa simultaneità, negli studi dei notai (latini) disseminati per il pianeta rappresenta una affascinante possibilità, ma al tempo stesso, in quanto *chance* a portata di mano, anche un imperativo etico globale.

Prof. Mario Ricca
Professore Ordinario di Diritto Interculturale
Università di Parma

CARMELO DI MARCO

I DIRITTI DEL RIFUGIATO

Le dimensioni del fenomeno

In Italia, negli anni 1990 – 2011: 326.322 richieste di asilo

Si registrano quattro momenti di "picco":

'90-'91 (richieste di soggetti provenienti dall'Albania)

'99 (soggetti provenienti dal Kosovo)

'08 (soggetti provenienti da Somalia ed Eritrea)

'10-'11 (soggetti provenienti da molti Paesi dell'Africa)

Negli anni 2005 – 2011 le richieste sono state 138.379; di queste, 64.759 si sono concluse positivamente

Evoluzione della protezione internazionale nel diritto internazionale

La questione della protezione (da parte di altri Stati) dei soggetti che nel loro Paese di origine siano o possano essere sottoposti a persecuzioni e violenze, o a restrizioni arbitrarie del godimento dei propri diritti assume grande rilevanza, a causa della sussistenza nel mondo di regimi totalitari, per i quali la negazione dei diritti degli oppositori è strumento di conservazione del potere; dell'esplosione e la continuazione di guerre tra Stati accompagnate da azioni di conquista territoriale, di uccisioni di massa e di deportazione o internamento di gruppi di prigionieri; della permanenza di guerre civili tra fazioni operanti nel territorio di un medesimo Stato, che determinano la cattura o lo sterminio di intere comunità appartenenti alla fazione contrapposta; della presenza di ordinamenti giuridici le cui norme penali sanzionano gravemente condotte relative all'espressione delle opinioni, alla pratica del culto, alla sfera sessuale dei singoli individui.

Il problema non presenta solo profili di natura pubblicistica, ma rileva anche sul piano dei rapporti giuridici di diritto privato e in particolare con riferimento *al riconoscimento, in capo al soggetto destinatario della protezione, della capacità di agire* all'interno di ordinamenti giuridici diversi da quello di cui egli è originario: le ragioni di natura umanitaria che presiedono alla disciplina della protezione internazionale giustificano importanti facilitazioni rispetto alle norme generali dettate in materia di riconoscimento della capacità di agire del cittadino straniero: gli Stati devono quindi stabilire se ammettere o meno queste facilitazioni, e con quale ampiezza.

La disciplina della protezione nel diritto internazionale ha conosciuto una evoluzione che prende avvio subito dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, quando si dovettero affrontare i problemi delle popolazioni sfollate, quelli dei detenuti nei campi di prigionia, le difficili questioni originate dalla divisione del mondo in due blocchi facenti capo alle maggiori Potenze.

Il 26 giugno 1945 vide la luce la Carta delle Nazioni Unite, approvata da cinquantuno Stati a San Francisco ed entrata in vigore il 24 ottobre 1945, la quale includeva tra i suoi fini, nel terzo comma dell'Art. 1, "(...) *promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione*". In base all'Art. 13 della Carta, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite intraprende studi ed esprime raccomandazioni in vista della realizzazione di questo stesso fine.

Gli estensori della Carta si resero conto del fatto che il mantenimento della pace dipendesse dall'affermazione di condizioni di stabilità politica all'interno dei singoli Stati e dalla diffusione del benessere: ciò emerge testualmente dal testo dell'Art. 55, nel quale si prevede che "*al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici e amichevoli tra le nazioni, basati sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodecisione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno (...) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzioni di razza, sesso, lingua o religione*.".

Per la stessa ragione, l'Art. 62 della Carta affida al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite l'espressione di raccomandazioni al fine di promuovere il rispetto e l'osservanza dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti.

Gli stessi principi e i medesimi obiettivi furono nuovamente espressi nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Dopo soli altri cinque anni, lo *status di rifugiato* sarebbe diventato oggetto di una specifica e articolata disciplina di diritto internazionale, con l'approvazione del testo destinato ad ispirare tutti i successivi Trattati, Convenzioni e Leggi nazionali sulla materia: la "Convenzione sullo statuto dei rifugiati" approvata a Ginevra il 28 luglio 1951 (ratificata dall'Italia con L. 17 agosto 1957 n. 848, due anni dopo l'adesione del nostro Paese alle Nazioni Unite), nel cui Preambolo si scriveva testualmente: che l'Organizzazione delle Nazioni Unite aveva più volte manifestato il suo profondo interessamento per i rifugiati e che essa si era preoccupata di garantire loro l'esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella maggiore misura possibile; che era desiderabile rivedere e codificare gli accordi internazionali anteriori sullo statuto dei rifugiati ed estendere l'applicazione di tali accordi e la protezione in essi prevista mediante un nuovo accordo; che, potendo dalla concessione del diritto d'asilo derivare oneri eccezionalmente gravi per determinati Paesi, la soluzione soddisfacente dei problemi di cui

l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha riconosciuto l'importanza e il carattere internazionale non poteva essere conseguita senza solidarietà internazionale. E si esprimeva il voto che tutti gli Stati, riconosciuto il carattere sociale e umanitario del problema dei rifugiati, facessero quanto possibile per evitare che tale problema divenisse una causa di tensione fra Stati. Infine, si ribadiva la funzione dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati di vigilare sull'applicazione delle convenzioni internazionali intese a garantire la protezione dei rifugiati e si riconosceva che il coordinamento effettivo delle misure prese per risolvere tale problema dipendesse dalla cooperazione degli Stati con l'Alto Commissario.

La Convenzione di Ginevra contiene innanzitutto la definizione del termine "rifugiato", riconoscendo questa qualifica a ogni soggetto che a seguito di avvenimenti anteriori al 1 gennaio 1951 e per il timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza ad un gruppo sociale, o le sue opinioni politiche, si trovi al di fuori dello Stato di cui è cittadino e non possa o (per il timore di cui sopra) non voglia domandare la protezione del medesimo Stato.

La stessa qualifica vale – sempre in base alla Convenzione di Ginevra – per gli apolidi che si trovino al di fuori dello Stato in cui hanno stabilito il loro domicilio e non possano o non vogliano per i citati motivi ritornarvi.

La Convenzione di Ginevra prevede che la qualifica si perda nel caso in cui il soggetto chieda volontariamente la protezione dello Stato di cui è cittadino; o qualora egli riacquisti la cittadinanza persa; o acquisti una nuova cittadinanza e si avvalga della protezione dello Stato di cui è diventato cittadino; nel caso in cui ritorni volontariamente o stabilisca il suo domicilio nello Stato da cui si era allontanato e nel quale non aveva potuto o voluto tornare; infine, qualora cessino le circostanze che avevano giustificato il riconoscimento dello status di rifugiato, non potendo più il soggetto rifiutare la protezione dello Stato di cui è cittadino.

L'apolide riconosciuto quale rifugiato perde tale qualifica nel caso in cui sia in grado di tornare nello Stato del suo domicilio precedente.

È bene precisare che la protezione disciplinata dalla Convenzione di Ginevra non si applica a coloro che si trovino protetti o assistiti da una organizzazione o da una istituzione delle Nazioni Unite diverse dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR o, nell'acronimo inglese, UNHCR); ove però la protezione o l'assistenza di tali soggetti cessi senza che la loro sorte sia regolata in conformità alle decisioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, anch'essi fruiranno delle norme della Convenzione.

Allo stesso modo, la Convenzione non è applicabile ai soggetti che – secondo il parere delle autorità competenti dello Stato in cui sono domiciliati – hanno diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini di quest'ultimo. Specularmente, il soggetto riconosciuto come rifugiato deve conformarsi alle norme vigenti nel Paese in cui risiede e deve rispettare le misure ivi adottate per il mantenimento dell'ordine pubblico.

La protezione basata sulla Convenzione di Ginevra è poi negata a coloro che abbiano

commesso crimini contro la pace o crimini di guerra o crimini contro l'umanità; a coloro che abbiano commesso gravi crimini di diritto comune fuori dal Paese ospitante prima di esservi ammessi come rifugiati; a coloro che si siano resi colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

Gli Stati che aderiscono alla Convenzione di Ginevra devono applicarla senza alcuna discriminazione basata sulla razza, sulla religione o sul Paese di origine del soggetto ospitato. Quanto alla libertà di pratica e di istruzione religiosa, lo Stato ospitante devono offrire a chi sia rifugiato sul suo territorio un trattamento almeno pari a quello concesso ai suoi cittadini.

La Convenzione di Ginevra si occupa anche degli aspetti relativi al diritto internazionale privato che più interessano la presente trattazione: l'Art. 7, fatte salve le disposizioni più favorevoli previste dalla medesima Convenzione, impone agli Stati Contraenti di concedere ai rifugiati il trattamento concesso agli stranieri in generale e prevede che dopo un soggiorno di tre anni in uno Stato contraente il rifugiato sia esentato dalla condizione di reciprocità, cioè dalla regola secondo cui un soggetto straniero può esercitare un determinato diritto nel territorio di un determinato Stato solo qualora i cittadini di quest'ultimo possano esercitare il medesimo diritto nel Paese di provenienza di quel soggetto straniero.

Il Capo II della Convenzione di Ginevra tratta del contenuto giuridico dello status di rifugiato.

In primo luogo, si prevede che i rapporti giuridici attinenti alla persona siano regolati dalla legge del Paese in cui il rifugiato ha il suo domicilio o, in mancanza, la residenza. I rifugiati mantengono tutti i diritti di natura personale (in particolare quelli relativi ai rapporti di matrimonio) di cui erano già titolari prima di assumere tale status.

Per quanto attiene ai diritti di proprietà immobiliare e mobiliare, e ai rapporti giuridici aventi ad oggetto tali diritti, gli Stati aderenti alla Convenzione hanno l'obbligo di concedere al rifugiato il trattamento più favorevole possibile, almeno pari a quello che viene concesso, in presenza di uguali circostanze, agli stranieri. Il Paese ospitante ha poi l'obbligo di accordare al rifugiato gli stessi diritti che attribuisce ai propri cittadini in materia di tutela della proprietà intellettuale e industriale.

Ancora, il trattamento più favorevole spettante agli stranieri in genere nel Paese ospitante viene accordato ai rifugiati con riferimento alla partecipazione ad associazioni a scopo non politico e non lucrativo e ad associazioni sindacali.

Per quanto invece riguarda la tutela giudiziale dei propri diritti, il rifugiato ha gli stessi diritti riconosciuti ai cittadini dello Stato ospitante.

Quanto alle attività lavorative dipendenti, la Convenzione prevede che gli Stati aderenti concedano ai rifugiati residenti nel loro territorio il trattamento più favorevole concesso ai propri cittadini nelle stesse circostanze; in merito alle attività lavorative indipendenti, e alla costituzione di società, sarà accordato ai rifugiati il trattamento più favorevole possibile e comunque un trattamento non peggiore di quello concesso in uguali circostanze agli stranieri

in genere. Infine, per quanto attiene all'esercizio di professioni liberali da parte del rifugiato, se questi è munito dei diplomi e dei titoli di studio riconosciuti competenti dalle Autorità dello Stato ospitante, quest'ultimo gli dovrà accordare il trattamento più favorevole possibile e in ogni caso un trattamento non peggiore di quello concesso in uguali circostanze agli stranieri in generale.

La stessa regola testè riferita deve essere osservata dallo Stato ospitante in materia di alloggi e di accesso all'istruzione pubblica nelle scuole non primarie. Il trattamento deve invece essere quello riservato ai cittadini dello Stato ospitante laddove si tratti di accesso all'istruzione nelle scuole primarie e di diritto del lavoro; analogamente, il rifugiato non può essere trattato peggio dei cittadini del Paese ospitante per quanto concerne l'imposizione fiscale.

Il soggetto riconosciuto come rifugiato non può essere espulso se non per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico del Paese ospitante; per eseguire la decisione di espulsione occorre una decisione presa in conformità alla procedura di legge. Per eseguire la decisione di espulsione, occorre assegnare al rifugiato un termine adeguato che gli permetta di farsi ammettere regolarmente in un altro Stato. In ogni caso, nessuno Stato aderente potrà espellere o respingere un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per ragioni di razza, religione, cittadinanza, appartenenza ad un determinato gruppo sociale.

Proseguendo in ordine cronologico nello studio dell'evoluzione del diritto internazionale in materia di protezione, si arriva alla data del 31 gennaio 1967, quando fu approvato a New York il "Protocollo relativo allo status di rifugiato", entrato in vigore il 4 ottobre 1967 (e reso esecutivo in Italia con L. 14 febbraio 1970 n. 95), nato dall'esigenza di estendere la protezione derivante dall'applicazione della Convenzione di Ginevra anche alle persone che si trovavano rifugiate a causa di eventi successivi al 1 gennaio 1951 e di applicare una disciplina uniforme a tutti i rifugiati, a prescindere dal fatto che la causa della loro situazione fosse anteriore o successiva alla data medesima.

Viene quindi tenuta ferma la definizione di "rifugiato" contenuta nella Convenzione di Ginevra, eliminando il riferimento alla data del 1 gennaio 1951, fino ad allora dirimente per stabilire se la Convenzione medesima fosse o meno applicabile.

Il Protocollo di New York prevede poi l'obbligo degli Stati aderenti di collaborare con l'ACNUR o con qualsiasi istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli nell'esercizio delle sue funzioni: in particolare, essi sono tenuti a fornire informazioni e dati statistici circa lo statuto dei rifugiati; l'esecuzione del Protocollo; le norme concernenti i rifugiati già vigenti o destinate ad esserlo.

Gli istituti di protezione nel diritto europeo

I valori posti alla base della Convenzione di Ginevra si ritrovano in più passi della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che fu concepita in occasione del Consiglio

Europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999 e che vide la luce il 7 dicembre 2000 ("Carta di Nizza") per essere poi modificata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. La Carta, che per effetto del Trattato di Lisbona ha il medesimo valore giuridico dei Trattati dell'Unione Europea, si apre con un Preambolo nel quale si legge che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà".

Il Titolo I della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (intitolato emblematicamente "Dignità") contiene l'enunciazione di una serie di principi molto rilevanti ai fini dell'affermazione del concetto stesso di protezione internazionale: l'inviolabilità della dignità umana, il diritto di ogni persona alla vita e il divieto di condannare a morte o giustiziare chicchessia; il diritto alla integrità fisica e psichica; il divieto della tortura e di quasiasi pena o trattamento inumano o degradante; il divieto della tratta di esseri umani e di ridurre chiunque in schiavitù e di costringere altri a lavori forzati.

L'elenco prosegue nel Titolo II ("Libertà"), ove vengono sanciti il diritto alla libertà e alla sicurezza individuali; al rispetto della vita privata e familiare; all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza; alla libertà di pensiero, coscienza, religione e culto; il diritto all'obiezione di coscienza; la libertà di espressione e di comunicazione o ricezione di informazioni e idee; la libertà e il necessario pluralismo dei *media*; la libertà di associazione (in particolare, politica e sindacale); la libertà dell'arte e della scienza; la protezione del diritto di proprietà, materiale e intellettuale.

Il diritto europeo fa espressamente riferimento ai principi e alla disciplina del diritto internazionale: in base all'Art. 18 della Carta, "il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea".

Fa da corollario la disposizione successiva, la quale vieta le espulsioni collettive e impedisce che alcuno sia allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Gli Articoli successivi sono dedicati all'affermazione del principio di uguaglianza nelle sue diverse estrinsecazioni: si vieta ogni discriminazione basata sul sesso, sulla razza, sul colore della pelle o sull'origine etnica o sociale, sulle caratteristiche genetiche, sulla lingua, la religione o le convinzioni personali (politiche e non), sulla appartenenza a minoranze linguistiche, sul patrimonio, sulla nascita, sulla sussistenza di disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale, sulla nazionalità.

Il Titolo VI riconosce il diritto di ciascuno di rivolgersi all'autorità giudiziaria e di essere giudicato in un processo equo e pubblico, da un giudice indipendente e imparziale scelto per legge, con l'assistenza di consulenti e difensori (eventualmente mediante il patrocinio a spese dello Stato). Vengono affermati ancora: la presunzione di innocenza; il principio di legalità

delle pene e della loro proporzionalità rispetto alla gravità dei reati; il divieto di essere condannati più di una volta per un medesimo reato.

Già prima della emanazione della Carta dei Diritti Fondamentali, i Paesi europei avevano avvertito il problema pratico di disciplinare la competenza territoriale a decidere in merito alla domanda di asilo presentata nel territorio di uno di essi: la necessità di stabilire criteri di preferenza tra la possibile competenza di più Stati derivava anche dal bisogno di prevenire fenomeni di c.d. "*asylum shopping*". La determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda è disciplinata dalla Convenzione sottoscritta a Dublino il 15 giugno 1990, cui ha fatto seguito un Regolamento modificativo (c.d. Regolamento "Dublino II"), a seguito della riunione del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

Il Regolamento Dublino II muove, nel suo "Considerando", dal richiamo ai principi già enunciati dalle fonti di diritto internazionale precedenti: vi si legge che "una politica comune nel diritto dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, costituisce un elemento fondamentale dell'obiettivo dell'Unione Europea di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità"; e che "Il Consiglio Europeo ha deciso di lavorare all'istituzione di un regime europeo in materia di asilo basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, integrata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, e di garantire in tal modo che nessuno sia rinviato in un Paese nel quale rischia di essere nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di non respingimento. Sotto tale profilo, e senza pregiudizio dei criteri di competenza definiti nel presente regolamento, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi.

Il Regolamento Dublino II enuncia poi l'obiettivo di stabilire un meccanismo mediante il quale determinare con chiarezza e praticità lo Stato membro competente; un meccanismo che – fondato su criteri oggettivi ed equi sia per gli Stati che per le persone interessate – consenta di determinare rapidamente lo Stato competente rendendo quindi effettive le procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato; e l'altro obiettivo di giungere all'introduzione di una procedura comune e di uno status uniforme valido in tutta l'Unione Europea.

Allo scopo di favorire l'unità del nucleo familiare, si auspica la trattazione congiunta, presso un unico Stato membro, di tutte le domande di asilo presentate dai suoi membri. In nome del rispetto di principi umanitari, viene consentito agli Stati di derogare ai normali criteri di competenza allo scopo di permettere la riunione di membri della stessa famiglia.

Il Regolamento esprime poi una considerazione che si potrebbe definire politica, laddove si attesta che poiché l'obiettivo della definizione dei criteri per stabilire la competenza territoriale "non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, può essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire conformemente al *principio di sussidiarietà* enunciato

dall'art. 5 del Trattato, *nei limiti di quanto necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.*".

Ai fini del Regolamento, la domanda di asilo deve essere presentata da un soggetto cittadino di uno Stato terzo (cioè non membro della UE). Per domanda "di asilo" si intende qualsiasi domanda di protezione internazionale.

Il Regolamento pone dei criteri di individuazione della competenza, ma al tempo stesso autorizza lo Stato che non sarebbe competente a decidere sulla domanda di asilo, diventando per ciò stesso competente e assumendo tutti i doveri che ne conseguono. Lo Stato che abbia in tal modo acquisito la competenza deve darne notizia allo Stato che la avrebbe avuta in base al Regolamento.

Alcune importanti disposizioni sono dedicate alla posizione dei soggetti minorenni: in primo luogo, si precisa che la situazione del minore che accompagna il familiare che richiede asilo è indissociabile dalla posizione di quest'ultimo e rientra nella competenza del medesimo Stato. Lo stesso trattamento è riservato ai figli nati dopo che i richiedenti sono giunti nel territorio di uno Stato membro.

Se a chiedere asilo è un minore non accompagnato, la competenza è dello Stato membro nel quale si trova legalmente un suo familiare, purché ciò corrisponda all'interesse del minore medesimo. Se non c'è un familiare o non viene reperito, sarà competente lo Stato nel cui territorio la domanda di asilo viene presentata.

La scelta di favorire l'unità della famiglia è espressa dalla norma secondo la quale se un soggetto presenta domanda di asilo ad uno Stato membro e un suo familiare è stato autorizzato a soggiornare in un diverso Stato membro, quest'ultimo è competente a decidere sulla domanda qualora gli interessati lo desiderino. Per la stessa *ratio* se un soggetto che chiede asilo in uno Stato membro ha un familiare che ha presentato analoga domanda ad altro Stato membro (su cui non è intervenuta ancora la decisione), la competenza per decidere su entrambe le domande è di questo secondo Stato membro, ove gli interessati lo desiderino.

Nella stessa ottica di protezione dell'unità della famiglia, ove più componenti di una stessa famiglia presentino domanda di asilo ad uno Stato membro diverso da quello al quale l'hanno rivolta altri familiari, sarà competente per tutte le domande di asilo in questione lo Stato che – in base ai criteri previsti nel Regolamento – risulti competente a decidere in relazione al maggior numero di richiedenti. Ove questo requisito non ricorra, sarà competente per tutte le domande lo Stato che sia riconosciuto competente a decidere sulla domanda presentata dal familiare più anziano.

Sui criteri di individuazione della competenza ispirati al principio di unità della famiglia finora esaminati, prevale la c.d. *clausola umanitaria* contenuta nell'Art. 15 del Regolamento, secondo la quale qualsiasi Stato membro può, benché non sia competente, procedere al ricongiungimento dei membri di una stessa famiglia e di altri parenti a carico, per ragioni umanitarie basate su particolari motivi familiari o culturali. Questo Stato membro esaminerà quindi la

domanda di asilo su richiesta di altro Stato membro, sempre che gli interessati vi acconsentano. Se la persona interessata dipende dall'assistenza di altra persona (per ragioni di gravidanza, maternità recente, malattia grave, handicap o età avanzata), gli Stati membri possono lasciare uniti o ricongiungere colui che chiede asilo e il parente che si trovi nel territorio di altro Stato membro, a condizione che i legami familiari sussistessero nel Paese di origine.

Se chi richiede asilo è un minore non accompagnato il quale abbia, in un altro Stato membro, uno o più parenti che possano occuparsi di lui, gli Stati membri si adopereranno per il ricongiungimento del minore richiedente con quel parente o quei parenti, a meno che ciò contrasti con gli interessi dello stesso minore.

Riassumendo, quindi, se in base ai criteri dettati dal Regolamento la competenza a decidere su una domanda di asilo risulta sussistere in capo ad uno Stato diverso da quello al quale la domanda viene presentata, lo Stato ritenuto competente viene invitato dallo Stato che ha ricevuto la domanda ad occuparsene. Se lo Stato in tal modo sollecitato si riconosce competente, lo Stato interpellante è tenuto a garantire il trasferimento del soggetto che ha richiesto asilo.

I vari criteri di individuazione della competenza sono collocati in ordine gerarchico: quelli che rispondono al principio dell'unità familiare devono essere applicati prima degli altri.

È poi prevista, nell'ordine: la competenza dello Stato che ha rilasciato al richiedente un permesso di soggiorno o un visto in corso di validità; lo Stato nel quale il richiedente si trova fisicamente per avervi fatto ingresso o avervi soggiornato illegalmente (dopo il decorso di un determinato termine dall'ingresso o dall'inizio del soggiorno); lo Stato nel quale il soggetto richiedente può entrare o soggiornare senza bisogno di alcun visto; lo Stato nel cui territorio si trova l'aeroporto nella cui zona internazionale di transito è stata presentata la domanda di asilo; infine, tra più Stati competenti, il primo al quale la domanda è stata presentata.

Nell'ottica della cooperazione amministrativa (e non dello scarico di responsabilità) gli Stati membri possono scambiarsi dati di carattere personale relativi ai soggetti richiedenti asilo, nel rispetto di norme di protezione dei dati stessi: in particolare, le ragioni per le quali la domanda di asilo viene presentata possono essere comunicate solo ove ciò sia strettamente necessario e ove l'interessato vi acconsenta. Le richieste di informazione devono essere motivate e lo Stato che trasmette i dati ne garantisce l'esattezza e l'aggiornamento.

Il soggetto che richiede asilo ha diritto di conoscere i dati trattati che lo riguardano e di ottenerne la rettifica o la cancellazione o il congelamento nei casi di violazione delle norme relative alla protezione dei dati personali e alla loro circolazione.

Gli Stati membri possono, senza alterare né fare venire meno i criteri previsti dal Regolamento, stipulare accordi bilaterali aventi ad oggetto la semplificazione delle procedure, al fine di agevolare e migliorare l'efficacia del Regolamento stesso.

Il 3 dicembre 2008 la Commissione ha adottato una proposta di modifica del Regolamento Dublino II, allo scopo di migliorare l'efficienza del sistema e perché le esigenze di coloro che richiedono protezione internazionale siano affrontate globalmente nell'ambito della procedura

di determinazione della competenza. La proposta mira inoltre ad affrontare le situazioni di particolare sollecitazione in cui versano i sistemi di asilo e di accoglienza di singoli Stati membri e le situazioni in cui il livello di protezione dei richiedenti appare più carente. Sotto quest'ultimo profilo, si specifica meglio il contenuto e la forma delle informazioni che devono essere fornite ai richiedenti asilo; si prevede il diritto di ricorrere contro una decisione di trasferimento (con obbligo delle autorità competenti di decidere se sospenderne l'esecuzione o se permettere comunque all'interessato di rimanere nel territorio in attesa della decisione); si afferma il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale come pure, ove necessario, all'assistenza linguistica. È poi introdotta la regola per la quale nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di avere richiesto protezione internazionale.

Nel 2004, successivamente alla definizione dei criteri di individuazione della competenza a decidere sulle domande di protezione internazionale, contenuti come si è detto nel Regolamento Dublino II, l'Unione Europea ha voluto disciplinare i requisiti per l'ottenimento della protezione medesima e le procedure da applicare ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, dedicando a questi temi due distinte Direttive: la Direttiva 2004/83/CE ("Direttiva Qualifiche") e la Direttiva 2005/85/CE ("Direttiva Procedure").

La Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, approvata il 29 aprile 2004 ed entrata in vigore il 20 ottobre dello stesso anno, fa seguito all'impegno – assunto dagli Stati membri in occasione del Consiglio di Tampere dell'ottobre 1999 da cui era scaturito il Regolamento Dublino II – di definire un regime comune europeo in materia di asilo, basato sulla integrale applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 e dal connesso Protocollo di New York del 1967, mantenendo in vigore il principio di "*non – refoulement*", in base al quale nessuno deve essere nuovamente esposto alla persecuzione già subita.

Nel "Considerando" della Direttiva si ritrovano principi già enunciati nelle fonti di diritto internazionale precedenti: lo scopo di assicurare il pieno rispetto della dignità umana, il divieto di discriminazioni, l'interesse superiore del minore.

Ma in esso trovano spazio anche taluni concetti innovativi: il riferimento alla persecuzione determinata dalla "appartenenza ad un determinato gruppo sociale"; la possibilità che la protezione sia accordata, anziché da parte di Stati, da parte di partiti e organizzazioni (nazionali e internazionali) che soddisfino le condizioni previste dalla Direttiva e che abbiano il controllo di alcune regioni o zone geografiche all'interno di uno Stato; l'inclusione degli "atti, metodi e pratiche di terrorismo" tra gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite; l'affermazione della necessità di concedere ai soggetti protetti "assistenza sociale e mezzi di sostentamento adeguati", nonché "assistenza sanitaria per quanto riguarda la salute sia fisica che mentale".

Tra i concetti che ricevono disciplina testuale nella Direttiva spicca la distinzione – e al tempo stesso il parallelismo – tra due diverse forme di protezione internazionale, rappresentate (i) dal riconoscimento dello *status di rifugiato* e (ii) dalla *protezione sussidiaria*. Lo *status*

di rifugiato viene definito come il riconoscimento di un cittadino di Stato terzo o di un apolide quale rifugiato da parte di uno Stato membro.

Se lo stesso soggetto non possiede i requisiti per essere riconosciuto quale rifugiato ma sussistono ugualmente motivi fondati per ritenere che, qualora egli ritornasse nel Paese di origine o nel Paese in cui aveva dimora, potrebbe subire un "grave danno", egli è "ammissibile alla protezione sussidiaria".

Il cittadino di uno Stato terzo che si trovi al di fuori del suo Paese di origine e non voglia ritornarvi per il timore di "essere perseguitato" per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale può chiedere il riconoscimento dello status di rifugiato (lo stesso vale per l'apolide in relazione allo Stato in cui ha avuto l'ultima dimora).

Coloro che non soddisfano le condizioni per essere riconosciuti come rifugiati possono accedere alla protezione sussidiaria qualora temano di subire, in caso di ritorno nel Paese di origine o (per gli apolidi) di dimora danni gravi e ingiustificati, tra cui figurano: la tortura e le altre forme di trattamento inumano o degradante; la condanna a morte o all'esecuzione; la minaccia grave contro la propria vita derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato (interno o internazionale).

Per valutare la fondatezza dei timori del richiedente, lo Stato interpellato dovrà considerare tutti i fatti che riguardano il Paese di origine, comprese le disposizioni legislative e regolamentari in esso vigenti (e le relative modalità di applicazione) al momento dell'adozione della decisione; l'esistenza di una ragionevole possibilità che il richiedente subisca persecuzioni; il fatto che il richiedente abbia già subito in passato persecuzioni o danni gravi; la situazione individuale del richiedente (in particolare: l'estrazione, il sesso, l'età); le attività esercitate dal richiedente a partire dal momento in cui ha abbandonato il Paese di origine.

Si precisa poi che il timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave possono anche basarsi su avvenimenti che si sono verificati dopo la partenza del richiedente dal suo Paese di origine (o di ultima dimora, nel caso dell'apolide), o su attività che egli abbia svolto dopo tale momento (in particolare se tali attività costituiscono la espressione o la continuazione di convinzioni e orientamenti già manifestati prima). Si parla in questi casi di "bisogno di protezione internazionale sorto fuori dal Paese d'origine ("*sur place*").

La minaccia della persecuzione o del danno grave dovrà provenire: dallo Stato di origine; da partiti o organizzazioni che controllano lo Stato d'origine; da soggetti anche non facenti parte dello Stato, nei casi in cui quest'ultimo non possa o non voglia accordare al soggetto una effettiva protezione.

Accertata la fondatezza del timore del richiedente di essere perseguitato o di subire grave danno, lo Stato destinatario della richiesta di protezione può verificare se tale timore sia eventualmente circoscritto in modo chiaro ad una zona definita del territorio del Paese di origine e se, quindi, il richiedente possa essere trasferito in una diversa zona del medesimo Paese nella quale non avrebbe ragione di nutrire gli stessi timori.

Come si è detto, il riconoscimento di un soggetto quale rifugiato richiede che egli rischi di essere sottoposto ad *atti di persecuzione*. Per essere tali, gli atti che il soggetto rischia di subire devono essere sufficientemente gravi, per la loro natura e frequenza, da costituire una violazione grave dei diritti umani fondamentali: vi rientrano gli atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; i provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e giudiziari che siano discriminatori o attuati in modo discriminatorio; le azioni giudiziarie e le sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; il rifiuto dell'accesso ai mezzi di ricorso giuridici; le azioni giudiziarie e le sanzioni penali che conseguono al rifiuto di prestare il servizio militare in un conflitto (se quest'ultimo determinasse la commissione di crimini contro la pace, di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità); gli atti specificamente diretti contro un sesso o contro l'infanzia.

Gli atti di persecuzione andranno valutati anche in considerazione dei motivi che li determinano. Lo Stato al quale viene richiesto il riconoscimento dello status di rifugiato dovrà valutare se la persecuzione venga inflitta per ragioni di razza, di religione (incluse le convinzioni non teiste e ateiste; la partecipazione a, o l'astensione da, riti di culto), di nazionalità, concetto che non coincide con la titolarità di una cittadinanza o la mancanza di cittadinanza, ma indica l'appartenenza ad un gruppo – "nazione" – caratterizzato da una identità culturale, etnica e linguistica, da comuni origini geografiche o politiche o affinità con la popolazione di un diverso Stato. La precisazione circa questo significato del concetto di "nazione" ha assunto particolare rilevanza con riferimento alla protezione accordata a numerosi soggetti provenienti da aree della ex-Jugoslavia, o da regioni di taluni Paesi africani o medio-orientali.

Un gruppo di persone viene definito quale "*particolare gruppo sociale*" qualora i suoi membri condividano "una caratteristica innata o una storia comune non mutabile oppure condividono una caratteristica o una fede tanto fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi"; o quando tale gruppo "possiede un'identità distinta nel Paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante".

Con evidente spirito innovativo, la Direttiva precisa che un particolare gruppo sociale può includere – in funzione delle circostanze presenti nel Paese di origine – un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale.

Lo Stato al quale si richiede la protezione considererà poi se la persecuzione derivi dalle opinioni politiche del soggetto. Si definisce "opinione politica" la professione di una opinione, un pensiero o una convinzione su questioni inerenti i potenziali persecutori, le loro azioni politiche e i loro metodi.

È bene infine sottolineare che nell'esame della domanda non rileva il fatto che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione: è sufficiente che tali caratteristiche gli siano attribuite da parte del soggetto persecutore.

La Direttiva 2004/83 prevede anche i casi in cui il soggetto precedentemente riconosciuto quale rifugiato perde tale qualifica.

La casistica coincide di fatto con quella già prevista nella Convenzione di Ginevra: ciò avviene quando il rifugiato si avvalga volontariamente della protezione dello Stato di origine; quando egli riacquisti la cittadinanza che aveva perso oppure acquisti una nuova cittadinanza e goda della protezione del nuovo Stato di cui è diventato cittadino; quando si stabilisca volontariamente nel Paese che aveva lasciato per il timore di subire persecuzioni; quando siano venute meno le condizioni che avevano determinato il riconoscimento dello status di rifugiato e quindi il soggetto non possa più rinunciare alla protezione del suo Stato di origine (nel caso dell'apolide, quando egli sia in grado di tornare nello Stato in cui aveva dimora, non essendo più sussistenti le ragioni che avevano determinato il suo riconoscimento quale rifugiato).

Per quanto riguarda le ultime tra le cause di perdita dello status di rifugiato, lo Stato che lo ha riconosciuto valuterà se il cambiamento delle condizioni presenti nel Paese di origine sia temporaneo o, invece, stabile (verificandosi solo in questa seconda ipotesi la cessazione della protezione internazionale).

Sempre in coincidenza con quanto già previsto nella Convenzione di Ginevra, ci sono poi casi in cui a norma della Direttiva il soggetto che chiede la protezione internazionale deve considerarsi escluso dallo status di rifugiato: si tratta dei soggetti che a norma della Convenzione di Ginevra siano sotto la protezione di un organo o di una agenzia delle Nazioni Unite diverso dall'ACNUR (a meno che questa diversa protezione cessi per qualsiasi motivo); oppure dei soggetti ai quali il Paese nel quale risiedono riconosca trattamento giuridico identico a quello riservato ai propri cittadini.

Sono poi esclusi coloro che si ritiene fondatamente abbiano commesso crimini contro la pace, crimini di guerra o crimini contro l'umanità; coloro che prima di essere ammessi come rifugiati abbiano commesso gravi reati di diritto comune; coloro che si siano resi colpevoli di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

Cause analoghe di esclusione e di cessazione sono previste anche per la protezione sussidiaria.

L'ultima parte della Direttiva è dedicata agli effetti della concessione della protezione internazionale: in primo luogo, si prescrive che lo Stato protettore rilasci al beneficiario un permesso di soggiorno valido per un periodo di almeno tre anni rinnovabili. La durata può essere inferiore (sempre fatta salva la rinnovabilità) per il permesso di soggiorno rilasciato ai familiari del beneficiario. Nel caso della protezione sussidiaria il permesso di soggiorno deve avere durata non inferiore ad un anno, sempre rinnovabile.

Allo stesso modo, il rifugiato deve essere munito di documenti di viaggio che gli permettano di viaggiare al di fuori del territorio dello Stato protettore, salvo che ostino esigenze di sicurezza nazionale o di ordine pubblico di quest'ultimo. Nel caso della protezione sussidiaria, se il soggetto non è in grado di ottenere un passaporto nazionale egli deve ricevere un documento

che gli permetta di viaggiare, almeno in presenza di ragioni umanitarie che impongano la sua presenza nel territorio di uno Stato diverso da quello che lo protegge.

La Direttiva prevede una serie di prerogative che gli Stati membri devono riconoscere ai soggetti da loro riconosciuti come rifugiati o come destinatari di protezione sussidiaria: l'accesso all'occupazione (intesa tanto quale lavoro dipendente quanto quale lavoro autonomo); l'accesso all'istruzione e all'aggiornamento professionale (con le stesse modalità previste per i cittadini); l'accesso all'assistenza sociale e sanitaria; accesso all'alloggio; libertà di circolazione nel territorio statale.

La Direttiva 2005/85 è invece dedicata alla disciplina delle procedure per il riconoscimento (o la revoca) della protezione internazionale.

Anche questa Direttiva contiene una disciplina ispirata ad alcuni principi fondamentali (già espressi nella Convenzione di Ginevra): il primo di essi è la "opportunità" che ciascun richiedente abbia un accesso effettivo alle procedure, l'opportunità di cooperare e comunicare correttamente con le autorità competenti per presentare gli elementi rilevanti della sua situazione e disponga di sufficienti garanzie procedurali.

Inoltre, la procedura di esame di una domanda di asilo deve contemplare: il diritto del richiedente di rimanere in attesa della decisione dell'autorità accertante; la possibilità di ricorrere a un interprete per esporre la propria situazione nei colloqui con le autorità; la possibilità di comunicare con un rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR) o con altre organizzazioni che operino per suo conto; il diritto a un'appropriata notifica della decisione, corredata di una motivazione in fatto e in diritto; la possibilità di consultare un avvocato o altro consulente legale e il diritto di essere informato circa la sua posizione giuridica nei momenti decisivi del procedimento, in una lingua che è ragionevole supporre possa capire.

La Direttiva prescrive poi che gli Stati membri adottino specifiche garanzie procedurali per i minori non accompagnati, in considerazione della loro vulnerabilità.

La Direttiva offre anche agli Stati membri una indicazione che attiene all'apprezzamento della fondatezza delle domande di asilo: criterio fondamentale per stabilire la fondatezza della domanda è la sicurezza del richiedente nel Paese di origine. Se un Paese terzo può essere considerato Paese di origine sicuro, gli Stati membri dovrebbero poterlo designare Paese sicuro e presumerne la sicurezza per il richiedente, a meno che quest'ultimo adduca controindicazioni fondate. Se il Consiglio Europeo ha accertato che uno specifico Paese di origine soddisfa i suddetti criteri e, pertanto, lo ha inserito nell'elenco comune minimo di paesi di origine sicuri (da adottare sempre a norma della Direttiva in commento), gli Stati membri dovranno esaminare le domande dei cittadini di detto Paese in base alla presunzione (confutabile) della sicurezza dello stesso. È bene considerare, però, che la designazione di un Paese terzo quale Paese di origine sicuro non costituisce una garanzia assoluta di sicurezza per i cittadini di tale Paese. Infatti, la valutazione alla base della designazione può tener conto soltanto della situazione

civile, giuridica e politica generale in tale Paese e se in esso i responsabili di persecuzioni, torture o altre forme di punizione o trattamento disumano o degradante siano effettivamente soggetti a sanzioni se riconosciuti colpevoli. Per questo motivo, quando un richiedente dimostra che vi sono fondati motivi per non ritenere sicuro tale Paese, la designazione del Paese come sicuro non può più applicarsi al caso di specie.

Gli istituti di protezione nella normativa italiana

In considerazione dell'espansione che il fenomeno dell'immigrazione ha conosciuto in Italia negli ultimi venticinque anni, il nostro Paese si è dotato di una legislazione anche interna in materia di diritto d'asilo e di protezione internazionale.

Ripercorrendo l'evoluzione della normativa italiana, si deve partire dalla c.d. "legge Martelli" (Legge n. 39 del 1990), con cui il nostro Paese ha abolito la limitazione geografica contenuta nella versione originaria della Convenzione di Ginevra (che accordava la protezione internazionale solo ai rifugiati provenienti dall'Europa).

La Legge n. 39 del 1990 fu poi sostituita dalla c.d. "legge Turco – Napolitano" (D. Lgs. N. 286 del 1998), dedicata maggiormente alla regolamentazione dell'immigrazione e non contenente sostanziali novità in materia di diritto di asilo.

La materia della protezione internazionale fu invece disciplinata in modo dettagliato con la L. 30 luglio 2002 n. 189 ("legge Bossi – Fini"), cui fu data piena attuazione solo nell'aprile del 2005 a seguito del regolamento attuativo approvato con il D.P.R. 16 settembre 2004 n. 303.

La Legge 30 Luglio 2002 n. 189 ha notevolmente inciso sulla disciplina del diritto di asilo: (i) introducendo gli istituti del "trattenimento facoltativo" e del "trattenimento obbligatorio" dei soggetti richiedenti asilo; (ii) prevedendo una procedura di concessione dell'asilo semplificata accanto a quella ordinaria; (iii) istituendo sette Commissioni Territoriali incaricate di determinare lo status di rifugiato e di una Commissione Nazionale.

A questo ultimo riguardo, fu assegnato alle Commissioni Territoriali il compito che la Legge del 1990 attribuiva alla "Commissione Centrale". Quest'ultima, con la Legge del 2002, è diventata "Commissione Nazionale per il diritto d'asilo", con funzione di indirizzo e di coordinamento delle Commissioni Territoriali. Le Commissioni Territoriali originariamente istituite hanno sede a Milano, Gorizia, Roma, Foggia, Crotone, Siracusa e Trapani. Dal 2008 ne sono state attivate altre tre, aventi sede a Torino, Caserta e Bari.

Successivamente, con il D. Lgs. 30 maggio 2005 n. 140 l'Italia ha disciplinato l'accoglienza sul proprio territorio degli stranieri richiedenti asilo, in linea con gli standard europei e in particolare con quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra.

La materia della protezione internazionale riceve una disciplina dettagliata con l'emanazione del D. Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, di recepimento delle delle Direttive UE 2004/83 ("Direttiva qualifiche") e 2005/85 ("Direttiva procedure") di cui si è trattato nel paragrafo precedente. Tra le novità principali del D. Lgs. 19 novembre 2007 n. 251, devono essere

citate l'abolizione del trattenimento per i richiedenti asilo; l'introduzione dell'effetto sospensivo del ricorso presentato contro il diniego dello status di rifugiato; l'introduzione della possibilità di ricongiungimento familiare anche per coloro che hanno ottenuto una protezione umanitaria.

Anche il diritto italiano ammette e distingue due diverse tipologie di protezione internazionale: lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria. I requisiti per accedere alle due diverse forme di protezione sono gli stessi già previsti dalla Direttiva 2004/83 del Consiglio dell'Unione Europea: sarà protetto in quanto "rifugiato" colui che per ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o opinione politica si trova al di fuori del Paese di cui è cittadino (o dove dimorava abitualmente, nel caso dell'apolide) e non può o non vuole farvi ritorno per il fondato timore di essere sottoposto a "persecuzione"; sarà invece beneficiario di protezione sussidiaria colui che non possieda i requisiti testè elencati ma che corra il rischio effettivo di subire un "grave danno" qualora faccia ritorno nel Paese di cui è cittadino o in cui dimora abitualmente.

La normativa italiana dedica disposizioni dettagliate al concetto di "persecuzione" (artt. 7 e 8 D. Lgs. 19 novembre 2007 n. 251): perché sia riconosciuto lo status di rifugiato, gli atti di cui si tratta devono:

a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali (in particolare di quelli per cui l'Art. 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'Uomo esclude ogni deroga);

b) costituire la somma di diverse misure il cui impatto sia sufficientemente grave da causare, appunto, la violazione dei diritti umani fondamentali della persona.

Si può trattare, a seconda dei casi: (i) di atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; (ii) di provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; (iii) di azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; (iv) del rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici, con conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; (v) di azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini contro la pace, di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità; (vi) di atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia.

Rilevano inoltre – al fine del riconoscimento dello status di rifugiato – i motivi che sono alla base degli atti di persecuzione: si deve infatti trattare di atti compiuti (o che si teme fondatamente vengano compiuti) per ragioni: di razza; di religione, di nazionalità, di appartenenza ad un particolare gruppo sociale; di opinione politica. Non occorre che il soggetto perseguitato (o che tema di esserlo) possieda effettivamente le caratteristiche poste alla base della persecuzione: è sufficiente che gli vengano attribuite da parte del soggetto persecutore.

Come già stabilito nella "Direttiva Qualifiche", la norma italiana prevede che la persecuzione

sia rilevante non solo se proveniente dallo Stato di origine, ma anche se proveniente da singoli gruppi politici o enti che lo controllino o che ne controllino parte del territorio. Allo stesso modo, essa ammette che la protezione sia accordata non solo dallo Stato richiedente, ma anche da altri organismi che operino al suo interno.

Anche secondo il diritto italiano, sono esclusi dalla protezione coloro che siano già assistiti da un organo o da una agenzia delle Nazioni Unite diversi dal'ACNUR, come pure coloro che si teme fondatamente abbiano commesso crimini contro la pace, crimini di guerra o crimini contro l'umanità; o coloro che abbiano commesso all'estero, prima del rilascio del permesso di soggiorno quali rifugiati, un reato grave o atti particolarmente crudeli (anche se compiuti con un dichiarato obiettivo politico) qualificabili come reati gravi; infine, coloro che si siano resi colpevoli di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

Il soggetto che possiede i requisiti per essere considerato rifugiato, non potrà comunque presentare la conseguente domanda di protezione in Italia qualora:

- sia stato riconosciuto rifugiato da parte di altro Stato;
- provenga da uno Stato (diverso da quello di origine) che abbia aderito alla Convenzione di Ginevra e nel quale abbia soggiornato per un significativo periodo di tempo (non tenendo però conto del semplice transito), indipendentemente dal fatto che abbia o meno richiesto a quello Stato il riconoscimento dello status di rifugiato;
- abbia già subito in Italia condanne per delitti contro la personalità o la sicurezza dello Stato; o per delitti contro l'incolumità pubblica; o per i delitti di riduzione in schiavitù, furto, rapina, devastazione e saccheggio; oppure per delitti connessi alla fabbricazione, detenzione, introduzione, messa in vendita e traffico illegale di armi, esplosivi e sostanze stupefacenti; sia stato condannato per il delitto di associazione mafiosa o di appartenenza ad organizzazioni terroristiche o abbia commesso altri delitti per finalità di terrorismo.

La domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato deve essere presentata appena il soggetto giunge in Italia, presso il posto di Polizia di Frontiera del luogo in cui si sbarca o si fa ingresso nel territorio italiano. In mancanza del posto di Polizia di Frontiera, egli deve rivolgere la domanda all'Ufficio Immigrazione della Questura competente per territorio.

Sui moduli predisposti per la presentazione della domanda, dovranno essere indicati i motivi per cui si chiede lo status di rifugiato (producendo tutta la eventuale documentazione che il richiedente ritenga utile a suffragare la domanda). Dovrà essere allegata la copia di un valido documento di identificazione personale o, qualora il soggetto non ne possieda alcuno, dovranno essere fornite tutte le generalità personali, indicando un domicilio al quale far pervenire tutte le comunicazioni inerenti alla domanda. Per i soggetti che non conoscano o conoscano male la lingua italiana è previsto il supporto di un interprete che funga da mediatore linguistico; la dichiarazione delle ragioni per le quali il soggetto non può o non vuole fare ritorno nel proprio Paese può essere redatta nella lingua conosciuta dal richiedente.

Al richiedente, sarà rilasciata copia della domanda e dei documenti esibiti a supporto della medesima.

Se il soggetto richiedente si trova in Italia avendo eluso (o tentato di eludere) i controlli di frontiera o se si trova nel territorio italiano in condizioni di soggiorno irregolare, o se sia già stato destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento, egli sarà trattenuto presso un Centro di Permanenza Temporanea e Assistenza.

Se invece il soggetto è sprovvisto di documenti personali e di qualsiasi altro atto idoneo a dimostrarne nazionalità e generalità, oppure se egli non è in grado di fornire subito alle autorità italiane gli elementi su cui si fonda la domanda e che necessitano di verifica, egli potrà essere ospitato, su decisione dell'autorità di polizia che ha ricevuto la domanda, in un Centro di Identificazione, per un periodo massimo di venti giorni. Se entro il periodo di permanenza nel Centro di Identificazione la decisione sulla domanda non sarà ancora stata adottata dalla Commissione Territoriale competente, il richiedente sarà rilasciato dal Centro ove è stato ospitato e gli verrà consegnato un permesso di soggiorno valido per tre mesi, rinnovabile fino a quando la procedura sarà definita.

Durante la permanenza nel Centro di Identificazione, il soggetto potrà – nell'ambito di un orario prestabilito – ricevere visite da parte dei familiari, del suo avvocato, di addetti dell'ACNUR o di altri enti che si occupano della tutela dei rifugiati e che siano autorizzati dal Ministero dell'Interno.

Non essendo il Centro di Identificazione una struttura di detenzione, il soggetto ivi ospitato potrà, dandone comunicazione preventiva al direttore del Centro, uscirne (nel periodo compreso tra le ore otto e le ore venti). Se per ragioni di salute o per motivi familiari o personali, oppure per ragioni connesse all'esame della domanda, il soggetto necessiti di un periodo di allontanamento più lungo, potrà chiedere la relativa autorizzazione al funzionario del Centro a ciò preposto.

Ogni uscita dal Centro dovrà essere autorizzata nel caso in cui il soggetto vi sia ospitato per verificare la sua identità o la sua nazionalità, o qualora egli sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o infine qualora egli sia stato trovato in condizioni di soggiorno irregolare. L'allontanamento non autorizzato dal Centro di Identificazione è sanzionato in modo molto severo, essendo considerato equivalente ad una rinuncia al riconoscimento dello status di rifugiato.

Durante la permanenza nel Centro di Identificazione, al soggetto richiedente devono essere assicurate le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o essenziali.

Se al contrario il soggetto richiedente sia giunto in Italia con documenti che l'autorità di polizia ritenga validi ai fini dell'identificazione e non occorrano quindi altri accertamenti al riguardo, la stessa autorità di polizia gli rilascerà un permesso di soggiorno valido per tre mesi e rinnovabile fino al momento in cui la procedura verrà definita. È importante che questo permesso venga rinnovato ad ogni scadenza, perché in mancanza del rinnovo la Commissione

Territoriale competente potrà decidere sulla domanda senza necessità di audizione dell'interessato.

Il soggetto che – non sussistendone i presupposti – non venga inviato in un Centro di Identificazione, ma che non abbia mezzi di sostentamento né la possibilità di essere ospitato da qualcuno nel nostro territorio, potrà chiedere alla Prefettura (sempre tramite l'Ufficio di Polizia) un aiuto in denaro ammontante ad euro 790,20. In alternativa, potrà essere ospitato presso strutture di accoglienza per tutto il periodo di esame della domanda di asilo.

La competenza per decidere sulla domanda spetta – come si è anticipato – alla Commissione Territoriale per il riconoscimento dello status di rifugiato, alla quale la domanda e i documenti allegati saranno trasmessi dalla Questura. Quest'ultima provvederà a comunicare al richiedente (presso il Centro ove è ospitato o il diverso domicilio che avrà comunicato) la data della convocazione presso la Commissione: durante l'audizione, il richiedente potrà essere assistito da un avvocato. La decisione dovrà essere adottata entro tre giorni dalla data dell'audizione.

I commi 3, 4 e 5 dell'art. 3 del D. Lgs. 19 novembre 2007 n. 251 contengono i criteri che la Commissione Territoriale deve seguire nell'adottare la decisione. Essi dispongono testualmente:

"3. L'esame della domanda di protezione internazionale è effettuato su base individuale e prevede la valutazione:

a) di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese, ove possibile, le disposizioni legislative e regolamentari del Paese d'origine e relative modalità di applicazione;

b) della dichiarazione e della documentazione pertinenti presentate dal richiedente, che deve anche rendere noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni o danni gravi;

c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare la condizione sociale, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave;

d) dell'eventualità che le attività svolte dal richiedente, dopo aver lasciato il Paese d'origine, abbiano mirato, esclusivamente o principalmente, a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività espongano il richiedente a persecuzione o danno grave in caso di rientro nel Paese;

e) dell'eventualità che, in considerazione della documentazione prodotta o raccolta o delle dichiarazioni rese o, comunque, sulla base di altre circostanze, si possa presumere che il richiedente potrebbe far ricorso alla protezione di un altro Paese, di cui potrebbe dichiararsi cittadino.

4. Il fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, salvo che si individuino

elementi o motivi per ritenere che le persecuzioni o i danni gravi non si ripeteranno e purché non sussistano gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine.

5. Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che:
a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda;
b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;
c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone;
d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla;
e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile
Nel caso in cui la domanda venga respinta e il soggetto richiedente non abbia un permesso di soggiorno che lo autorizzi a restare in Italia, egli sarà accompagnato alla frontiera e dovrà lasciare il territorio nazionale. Contro la decisione negativa il soggetto interessato potrà proporre – entro quindici giorni – ricorso al Tribunale ordinario competente per territorio.

Se il soggetto, nel momento in cui ha presentato la domanda, era ospitato in un Centro di Identificazione, egli potrà – in caso di decisione negativa – presentare una richiesta di riesame al Presidente della Commissione Territoriale. Ma la richiesta di riesame dovrà essere fondata su elementi sopravvenuti rispetto a quelli già valutati dalla Commissione. Quest'ultima sarà competente a decidere anche sulla richiesta di riesame, ma sarà integrata da un membro della Commissione Nazionale che potrà anche decidere una nuova audizione del richiedente. Qualora anche la decisione sulla richiesta di riesame fosse negativa, entro quindici giorni l'interessato potrà ricorrere al Tribunale.

In ogni caso il ricorrente potrà chiedere al Prefetto di essere autorizzato a rimanere sul territorio italiano fino alla data della decisione sul ricorso, a condizione che accetti di essere trattenuto presso un Centro di Permanenza Temporanea e Assistenza. La richiesta al Prefetto dovrà essere basata su fatti sopravvenuti tali da comportare gravi e comprovati rischi all'incolumità personale dell'interessato nel caso di un suo ritorno nel suo Paese, oppure su motivi personali o di salute che ne richiedano la permanenza in Italia.

Qualora invece la decisione della Commissione Territoriale sia positiva, essa rilascerà al richiedente un tesserino che attesta il suo riconoscimento quale rifugiato. Questo tesserino non ha il valore di un documento di identità, certifica solo l'avvenuto riconoscimento dello status: sarà il Comune di residenza a rilasciare i normali documenti di identità.

In conseguenza dell'accoglimento della domanda, lo Stato italiano – in perfetta osservanza di quanto previsto dalle fonti di diritto internazionale e in particolare dai provvedimenti normativi dell'Unione Europea – attribuisce al soggetto riconosciuto come rifugiato gli stessi

diritti e gli stessi obblighi degli stranieri che godono del trattamento migliore: in altre parole, egli avrà gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei cittadini italiani con esclusione solo di quelli che presuppongono specificamente la cittadinanza italiana.

Il riconoscimento quale rifugiato darà inoltre diritto a ricevere un permesso di soggiorno di durata quinquennale, rinnovabile. Con riferimento alla durata del Permesso, si osserva che Ll c.d. Direttiva Qualifiche del Consiglio dell'Unione Europea prescrive il rilascio al rifugiato di un permesso di soggiorno rinnovabile della durata massima di tre anni, salvo che gli Stati membri decidano di applicare norme *migliorative* del trattamento dei rifugiati.

Dopo sei anni dal riconoscimento dello status di rifugiato, e di stabile residenza in Italia, il soggetto potrà chiedere una carta di soggiorno a tempo indeterminato.

In ottemperanza alle previsioni della Convenzione di Ginevra, se il rifugiato deve esercitare in Italia un diritto per il quale occorrano documenti il cui ottenimento richieda il concorso di autorità straniere alle quali egli non possa rivolgersi (in particolare, quelle del Paese di origine), le autorità italiane si adopereranno perché la collaborazione di tali autorità straniere sia ottenuta, oppure faranno in modo che quei documenti siano sostituiti con propri atti, i quali sostituiranno a tutti gli effetti di documenti ufficiali del Paese di origine.

Il soggetto riconosciuto quale rifugiato sarà inoltre fornito di un documento di viaggio, con il quale egli potrà recarsi all'estero e tornare in Italia. Il documento di viaggio avrà la stessa durata del permesso di soggiorno, e quindi dovrà essere periodicamente rinnovato.

Il rifugiato non potrà per nessuna ragione tornare nel suo Paese di origine: se lo facesse, ciò sarebbe interpretato come manifestazione della volontà di avvalersi nuovamente della protezione di quello stato, determinando la cessazione del riconoscimento quale rifugiato. Avrebbe lo stesso effetto la richiesta di un passaporto alle autorità diplomatiche in Italia del Paese di origine.

Il documento di viaggio consente di recarsi e soggiornare all'estero per un periodo massimo di tre mesi, senza bisogno di visti. Qualora il rifugiato debba stabilirsi all'estero per un tempo più lungo, dovrà chiedere un visto apposito alla rappresentanza diplomatica in Italia del Paese in cui intende recarsi, verso il quale sarà attivata la procedura per il "trasferimento di responsabilità".

Chi ha ricevuto il riconoscimento dello status di rifugiato può perderlo, nei seguenti casi: (i) se si avvalga volontariamente della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza; (ii) se, avendo perso la cittadinanza, l'abbia volontariamente riacquistata; (iii) se abbia acquistato la cittadinanza italiana ovvero altra cittadinanza e goda della protezione del Paese di cui ha acquistato la cittadinanza; (iv) se si sia volontariamente ristabilito nel Paese che ha lasciato o in cui non ha fatto ritorno per timore di essere perseguitato; (v) qualora non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, essendo venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato; (vi) qualora, trattandosi di un apolide, sia in grado di tornare nel Paese nel quale aveva la dimora abituale, essendo

venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato. Con riferimento agli ultimi due casi riportati di perdita dello status di rifugiato, occorre che il cambiamento delle circostanze non sia temporaneo e sia tale da eliminare il fondato timore di persecuzioni; inoltre, non devono sussistere gravi motivi umanitari che impediscano il ritorno nel Paese di origine.

La cessazione è dichiarata sulla base di una valutazione individuale della situazione personale dello straniero.

Passando alla trattazione della seconda forma di protezione internazionale, la c.d. protezione sussidiaria, essa è riconosciuta – come si è anticipato – se sussiste il fondato timore che il soggetto richiedente (pur non avendo egli i requisiti per essere considerato rifugiato) subisca un danno grave qualora ritorni nel Paese di origine o di dimora abituale.
Il concetto di danno grave è riferito alle ipotesi di: (i) condanna a morte e di esecuzione di una precedente condanna a morte; (ii) tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante; (iii) minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Le cause di cessazione della (e di esclusione dalla) protezione sussidiaria sono disciplinate in analogia con quanto previsto per lo status di rifugiato.

Anche il soggetto destinatario di protezione sussidiaria riceve un permesso di soggiorno, avente durata triennale rinnovabile (anche in questo caso, la normativa italiana prevede un trattamento migliorativo rispetto alla durata annuale prevista dalla "Direttiva Qualifiche"), e un documento di viaggio.

Tanto il soggetto riconosciuto come rifugiato quanto quello destinatario di protezione sussidiaria sono protetti – rispetto agli altri soggetti immigrati nel territorio italiano – in relazione alle misure di espulsione: essi infatti possono essere espulsi soltanto ove sussistano motivi per ritenere che rappresentino un pericolo per la sicurezza dello Stato o se essi rappresentino un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici, avendo riportato condanne definitive per reati in relazione ai quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni.

Le norme italiane a protezione dell'integrità familiare e a tutela del minore non accompagnato

Gli articoli 22 e 28 del D. Lgs. 19 novembre 2007 n. 251 sono specificamente dedicati a garantire l'unità dei nuclei familiari e a tutelare i minori non accompagnati.

Partendo dalle definizioni, si considerano "familiari" del soggetto riconosciuto quale rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria i componenti del suo nucleo familiare già costituito prima del suo arrivo nel territorio italiano, e precisamente: il coniuge; i figli minori, a condizione che non siano coniugati e che siano a carico del soggetto protetto (con equiparazione ai figli legittimi dei figli naturali, adottati o affidati o sottoposti a tutela).

Il "minore non accompagnato" è l'individuo straniero di età inferiore agli anni diciotto il quale si trovi per qualsiasi causa, nel territorio italiano, privo di assistenza e di rappresentanza legale.

La prima disposizione prevede che i familiari che, individualmente, non abbiano diritto alla protezione internazionale abbiano comunque i medesimi diritti del familiare che sia titolare dello status di rifugiato o che sia stato ammesso alla protezione sussidiaria.

Ad essi viene rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari.

Tali disposizioni non si applicano ai familiari del soggetto protetto che, considerati individualmente, sarebbero esclusi dallo status di rifugiato o dalla protezione sussidiaria.

Quanto ai minori non accompagnati di cui si accerti la presenza nel territorio italiano, i quali chiedano protezione internazionale, essi sono considerati idonei ad essere sottoposti a tutela secondo le norme del Codice Civile italiano. In attesa che si provveda in tal senso, possono beneficiare dei servizi di accoglienza apprestati dall'ente locale in cui si trovano.

Il minore non accompagnato che richieda la protezione internazionale è preferibilmente affidato dall'autorità giudiziaria ad un familiare, adulto e regolarmente soggiornante in Italia, che sia rintracciato sul territorio nazionale; ove ciò non sia possibile, si provvederà secondo le norme dettate dalla Legge 4 maggio 1983 n. 184 in tema di adozione e di affidamento dei minori.

I provvedimenti di cui si tratta devono essere adottati nel prevalente interesse del minore, e avendo comunque cura di non separare quest'ultimo dai fratelli eventualmente presenti sul territorio italiano e di limitarne al minimo gli spostamenti sul territorio medesimo (onde evitare al minore medesimo il pregiudizio di ordine personale e morale che gli potrebbe derivare dall'essere sradicato dall'ambiente nel quale si trova inserito).

Gli effetti della protezione internazionale sulla capacità di agire nell'ordinamento italiano

La disciplina dettata dal diritto italiano in merito alla capacità di agire dello straniero è basata su una prima fondamentale distinzione, tra il trattamento riservato ai soggetti provenienti da Paesi membri dell'Unione Europea e quello riservato ai soggetti provenienti da Stati terzi (c.d. soggetti "extra-comunitari").

Per quanto riguarda i soggetti comunitari, essi possono compiere – nel territorio italiano – tutti gli atti che potrebbero essere compiuti da parte di cittadini italiani (fatti salvi i limiti alla capacità di agire determinati dal loro ordinamento di provenienza), senza bisogno di alcuna verifica ulteriore. Qualora si tratti del compimento di atti che richiedano l'intervento di un notaio italiano, varranno (ma per ragioni che non attengono alla capacità di agire) le norme previste dalla legge notarile con riferimento alla lingua in cui l'atto deve essere redatto.

Il compimento di atti giuridici nel nostro territorio da parte di soggetti extra-comunitari richiede invece, di norma, la verifica della sussistenza della c.d. "condizione di reciprocità": in altre parole, lo straniero proveniente da un Paese non facente parte dell'Unione Europea potrà compiere in Italia solo gli atti che il cittadino italiano potrebbe compiere nel territorio di

quel Paese. Si ricorda, tuttavia, l'orientamento largamente condiviso sia in dottrina che in giurisprudenza secondo cui sarebbe possibile – anche nei casi in cui la condizione di reciprocità non sia soddisfatta – compiere gli atti che presentino caratteri di necessità o di utilità evidente in relazione alla capacità di sostentamento del soggetto straniero non comunitario (si pensi alla costituzione di una società di persone dalla partecipazione alla quale il soggetto trarrà il reddito necessario al mantenimento proprio e della propria famiglia).

La verifica della sussistenza della condizione di reciprocità non è però necessaria laddove il soggetto non comunitario sia provvisto di un permesso di soggiorno in corso di validità (o del quale abbia chiesto nei termini e con le modalità di legge il rinnovo, benché questo non sia stato ancora rilasciato).

La combinazione della disciplina dettata in tema di capacità di agire dello straniero e della normativa in materia di protezione internazionale consente di giungere piuttosto facilmente all'individuazione del criterio che consente di accertare la capacità di agire dello straniero riconosciuto quale rifugiato o destinatario di protezione sussidiaria.

Nessuna norma consente di affermare che il soggetto beneficiario di una delle due forme di protezione internazionale (che – come previsto dalla "Direttiva Qualifiche" – non può essere un cittadino comunitario) sia – sotto questo profilo – preferito rispetto agli altri stranieri extra-comunitari: in altre parole, non è previsto alcun automatismo in forza del quale l'accoglimento della domanda di protezione internazionale determini di per sé la capacità di agire nel nostro territorio nazionale, senza bisogno di ulteriori accertamenti.

Tuttavia, si può giungere alla conclusione che tutti i soggetti beneficiari di una protezione internazionale da parte dell'Italia siano anche – fin tanto che tale condizione di protezione produce i suoi effetti – capaci di compiere atti giuridici nel nostro territorio. Infatti, ad essi spetta di diritto – in forza della protezione internazionale di cui godono – l'ottenimento di un permesso di soggiorno (della durata – comunque rinnovabile – di cinque o tre anni a seconda del tipo di protezione di cui godono) in forza del quale godranno del miglior trattamento accordato dal nostro Paese agli stranieri.

Pertanto, si può affermare che fino a quando il soggetto conserva la protezione internazionale, egli avrà anche la capacità di compiere tutti gli atti giuridici tranne quelli che presuppongono necessariamente la cittadinanza italiana.

Una volta che la protezione internazionale perde i suoi effetti (per una delle cause di cessazione di cui si è detto in precedenza), il trattamento del soggetto non comunitario che intenda compiere atti giuridici nel territorio italiano sarà stabilito in base alla disciplina generale della condizione giuridica dello straniero: se egli – benché non più beneficiario di protezione internazionale – sarà comunque munito di un permesso di soggiorno in corso di validità, potrà compiere tutti gli atti che non presuppongano necessariamente la cittadinanza italiana; qualora ne sia sprovvisto, potrà compiere gli atti in relazione ai quali risulti soddisfatta la condizione di reciprocità.

I riflessi sull'attività notarile

Come si è accennato commentando le fonti di diritto dell'Unione Europea, la concessione della protezione internazionale determina uno status giuridico che estende al soggetto protetto diritti ed obblighi propri dei cittadini dello Stato protettore.

Lo stesso effetto è previsto dalla normativa italiana, secondo la quale al soggetto riconosciuto come rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria devono essere garantite alcune prerogative, tra le quali spiccano il diritto all'istruzione e all'assistenza sanitaria, il diritto a non subire discriminazioni, la possibilità di circolare liberamente. Ne esistono altre, più propriamente relative alla sfera patrimoniale, quali il diritto all'alloggio e all'occupazione, intesa tanto come attività di lavoro subordinato quanto come attività di lavoro autonomo e/o di impresa.

In relazione a queste due ultime prerogative, può assumere rilevanza il fenomeno della partecipazione di soggetti destinatari di protezione internazionale al compimento di atti che richiedano l'intervento del notaio, come avviene:

- per gli atti che determinano la costituzione o il trasferimento di diritti reali (di godimento o di garanzia) su beni immobili, i quali possono essere funzionali tanto alla realizzazione dell'accesso all'alloggio (come avviene nel caso della compravendita di un fabbricato abitativo, eventualmente collegato alla contrazione di un mutuo con garanzia ipotecaria) quanto all'esercizio di una attività di lavoro autonomo o di impresa (come avviene nel caso dell'acquisto di un terreno agricolo o edificabile; nell'ipotesi dell'acquisto di un fabbricato strumentale all'esercizio di una attività);
- per gli atti di costituzione di società e di modifica dei relativi patti sociali o statuti, che possono con ogni evidenza costituire il veicolo giuridico che consente al soggetto di esercitare attività di impresa.

Il notaio a cui sia richiesto di ricevere un atto al quale partecipi un soggetto non comunitario beneficiario di protezione internazionale dovrà quindi verificare la sussistenza di tale protezione: in particolare, dovrà verificare la vigenza del permesso di soggiorno di cui il suo cliente sarà titolare in conseguenza della protezione ricevuta.

Qualora il permesso di soggiorno sia scaduto e non sia possibile attendere il suo rinnovo prima di ricevere l'atto (il che potrebbe avvenire anche se la protezione internazionale del soggetto non sia cessata, il che impedirebbe di ritenerlo irregolarmente soggiornante), il notaio dovrà verificare che sia soddisfatta la condizione di reciprocità, come avviene in tutti i casi nei quali all'atto notarile partecipi un soggetto non comunitario regolarmente soggiornante in Italia (per esempio, grazie ad un visto turistico) ma sprovvisto di idoneo permesso di soggiorno.

Le norme che regolano la forma degli atti notarili non impongono al notaio di menzionare espressamente l'esito dei controlli che egli è tenuto ad eseguire circa la capacità di agire del soggetto straniero.

In altre parole, se all'atto partecipa un soggetto straniero comunitario, il notaio non ha l'obbligo di menzionare tale circostanza a dimostrazione del fatto che non sia necessaria la titolarità di un idoneo permesso di soggiorno né la soddisfazione della condizione di reciprocità.

Allo stesso modo, nel caso di partecipazione di un soggetto straniero non comunitario, il notaio avrà l'obbligo di verificare che egli possieda un permesso di soggiorno valido o, in mancanza, che sia soddisfatta la condizione di reciprocità, ma non avrà l'obbligo di enunciare in atto il compimento e l'esito di tali controlli.

Tali menzioni, pur se non imposte, paiono tuttavia molto opportune, non a protezione del notaio stesso (il quale anzi non può inserire nel testo dell'atto clausole nel proprio interesse), ma allo scopo di fugare ogni dubbio circa la capacità di agire del comparente straniero e di dare sostegno all'affidamento da parte dei terzi circa tale capacità.

Trattandosi di un soggetto straniero, dovranno trovare applicazione le norme (e le conseguenti menzioni formali) dettate a protezione del comparente che non conosca la lingua italiana.

Le considerazioni fin qui svolte possono essere applicate anche nel caso del soggetto beneficiario di protezione internazionale.

Carmelo di Marco
Notaio in Pavia

ANSELMO BARONE

LA "COMUNITARIZZAZIONE" DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: ASPETTI DI INTERESSE NOTARILE

1. Il Trattato di Lisbona[1], entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha conferito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in prosieguo: la Carta) lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Il primo paragrafo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (in seguito TUE) così dispone: "*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, tuttavia, non hanno esteso in alcun modo "*le competenze dell'Unione definite*" nei medesimi trattati (art. 6, par. 2, TUE) e non hanno introdotto "*competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica[to] le competenze e i compiti definiti dai trattati*" (art. 52, par. 2, Carta).

L'art. 51 della Carta, inoltre, al primo paragrafo così provvede: "*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati*".

E la spiegazione dell'art. 51 della Carta chiarisce che, "*per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nel quadro del diritto comunitario*" e che "*le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'UE vincolano gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline "comunitarie"*".

2. Molti sono i risvolti della "incorporazione" della Carta nel TUE che meritano di essere approfonditi.

[1] L'art. 2, par. 2, del Trattato di Lisbona (che ha determinato la cessazione della Comunità europea quale entità giuridica autonoma per effetto del suo "assorbimento" nell'Unione Europea, nonché la ridenominazione del TCE in TFUE), ha disposto che i termini la "Comunità" e la "Comunità europea" sono sostituiti da "l'Unione", i termini "delle Comunità europee" o "delle CEE" sono sostituiti da "dell'Unione Europea" e l'aggettivo "comunitario", comunque declinato, è sostituito da "dell'Unione". È solo per ragioni di maggior comodità espositiva, quindi, che, nel presente scritto, verranno ancora utilizzate, indifferentemente, le "vecchie" espressioni in una con le nuove.

Per evidenti ragioni di spazio, nel presente intervento si farà qualche breve cenno soltanto alla questione della individuazione della esatta portata e delle condizioni di "giustiziabilità" dei diritti fondamentali, che rappresenta uno dei principali nodi problematici posti all'interprete.

Al riguardo, la tesi prevalente nega, sulla scorta delle disposizioni (e delle spiegazioni) dianzi richiamate, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'UE, che essa non ha ampliato.

In tal senso si sono espresse tanto la Corte di giustizia, sia anteriormente (Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*), sia successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Corte giust. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*), quanto la nostra Corte costituzionale che, nella recente sentenza 11 marzo 2011 n. 80, ha evidenziato come "*presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*".

Secondo tale impostazione, i diritti fondamentali garantiti nell'Unione producono effetti solo nell'ambito delle competenze fissate dal Trattato. L'applicabilità della Carta dipende, quindi, dalla circostanza che la fattispecie considerata sia disciplinata dal diritto dell'UE.

Non può, peraltro, essere trascurata l'esistenza di una consistente giurisprudenza della Corte di Cassazione che tende ad applicare la Carta a prescindere dalla rilevanza comunitaria della fattispecie, spesso neppure indagata (per una analitica ricostruzione di questa giurisprudenza, fondata sul richiamo *ultra vires* alla Carta, A. Guazzarotti, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it, *Rivista* n. 3/2011, pag. 5).

Del resto, che un sistema articolato di diritti fondamentali possa funzionare a compartimenti stagni, aprendosi e chiudendosi a seconda dell'oggetto della controversia, è assunto formalmente corretto e, nella specie, rispondente alla logica del rispetto delle competenze dell'Unione e del sistema di ripartizione delle competenze fra questa e gli Stati membri previsto dai Trattati (riaffermato nella sua valenza dalla Dichiarazione n. 18 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007), ma difficilmente conciliabile tanto con il potenziale naturalmente espansivo dei diritti fondamentali, quanto con un approccio ricostruttivo che ponga al centro dell'ordinamento l'individuo e la sua massima protezione.

Non a caso, una autorevole dottrina ha osservato che, con il Trattato di Lisbona, "*la Carta dei diritti costituzionali europei, ormai dotata di effetti giuridicamente vincolanti, consentirà di applicare anche alle norme che li prevedono quelle proprietà di supremazia, effetto diretto e indiretto tipiche del diritto comunitario, che difficilmente potevano riferirsi ai principi costituzionali*

non scritti elaborati dalla Corte di giustizia. Tramite l'effetto diretto e indiretto e la supremazia del diritto comunitario, i diritti costituzionali europei finiranno per essere direttamente applicati dai giudici – anche al di là dei limiti del campo di applicazione così rigorosamente tracciato dall'art. 51 della Carta" (M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2010, p. 13s.).

Pur rimanendo, comunque, nel solco dell'impostazione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, non appare semplice individuare l'esatto ambito di applicazione del diritto dell'UE, al fine di tracciare il perimetro di operatività delle disposizioni della Carta.

È vero, infatti, che, inizialmente, la giurisprudenza della Corte di giustizia tendeva ad individuare il collegamento della fattispecie interna con il diritto dell'Unione, nella circostanza che la fattispecie considerata riguardasse una materia disciplinata dal diritto comunitario o una normativa interna attuativa di tale diritto, lasciando fuori le situazioni puramente interne (Corte giust. 18 giugno 1991, *ERT*, causa 268/89 per esempio). A rendere più complesso lo scenario posto all'attenzione dell'interprete, tuttavia, concorre lo sviluppo di un successivo indirizzo giurisprudenziale, per così dire estensivo, in base al quale, anche in situazioni qualificabili come puramente interne o che non presentano elementi transfrontalieri, è possibile rivenire un nesso tra la tutela di un diritto e l'ordinamento dell'Unione, che consente ai cittadini di invocarne le garanzie nei confronti degli Stati membri, e anche nei confronti del proprio Stato di origine, sì da precludere l'applicazione della normativa interna che impedisca o limiti il godimento di una libertà fondamentale (11 dicembre 2007, causa C-291-05, *Eind*) ovvero ne ostacoli, anche solo potenzialmente (Corte giust. 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*), l'esercizio. A ciò si aggiunga la costatazione che, in alcune più recenti pronunzie, la Corte di giustizia ha mostrato di considerare "attratta" nell'ambito del diritto dell'Unione ogni questione riguardante la cittadinanza dell'Unione, a prescindere se la materia in esame rientri nella competenza esclusiva degli Stati membri e se l'individuo abbia esercitato uno dei diritti riconosciuti dal Trattato (così G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive* in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, 837 e ss., spec. 853-856, il quale cita, come significativa espressione di questa tendenza giurisprudenziale, la sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*).

3. Qualora la fattispecie considerata ricada nell'ambito di operatività del diritto dell'UE, le disposizioni della Carta devono trovare applicazione nell'ordinamento interno, occorrendo in tale ipotesi verificare se dette disposizioni siano o no self-executing, posto che, nell'affermativa, la norma interna contrastante va disapplicata.

A questo proposito, va ricordato che l'effetto diretto caratterizza tutte le disposizioni comunitarie sufficientemente chiare e precise, la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali, di esecuzione o comunque integrativi, anche se esse non

siano formalmente destinate ai singoli ed impongano agli Stati membri un obbligo di fare o di non fare, la cui osservanza si colleghi comunque ad un diritto del singolo (G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 176 ed *ivi* per l'identificazione dei presupposti e dei casi nei quali è possibile riconoscere tale effetto).

Allo scopo di accertare se sussista un tale effetto, dovrebbe tenersi conto della distinzione contenuta nella Carta tra "diritti" e "principi", considerando che l'art. 51 della medesima Carta dispone che le istituzioni e gli organi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, "*rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze*".

In base a tale distinzione, si è sostenuto che i principi non dovrebbero fondare pretese dirette per azioni positive da parte dell'Unione o degli Stati membri, come accade, invece, per i diritti, beninteso sempre nei settori di competenza dell'UE (E. Scoditti, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 2010, V, 42). Peraltro, così come evidenziato in dottrina (L. Salvato, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": i poteri ed i compiti del giudice "comune"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 259 e ss., spec. 285-288), la validità di tale conclusione deve essere saggiata alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto come dotato di effetto diretto il principio di non discriminazione in base all'età, prescindendo dalle condizioni di applicabilità della direttiva che lo disciplina (sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*).

Solo la futura evoluzione giurisprudenziale consentirà di dissipare i dubbi e le incertezze relativi ai limiti di operatività della Carta negli ordinamenti interni.

Ciò che, però, può affermarsi con tranquillizzante certezza sin d'ora, è che oggi la compiuta conoscenza dei contenuti e delle modalità di applicazione della Carta costituirà sempre più uno strumento indispensabile per assicurare una protezione effettiva a tali diritti.

La "comunitarizzazione" della Carta, del resto, comporta un significativo ampliamento anche della tutela della cittadinanza europea nelle sue diverse dimensioni, soprattutto se riguardata in stretta correlazione con il principio di uguaglianza che costituisce, com'è noto, "metaprincipio" del diritto dell'Unione, orizzontale ed immediatamente applicabile (si vedano sul punto i rilievi della Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG.*).

4. In questa ottica e nella consapevolezza del progressivo allargamento della prospettiva giuridica verso la configurazione "esterna" e sovranazionale della legalità, risulta rafforzato il ruolo del notaio, quale "avamposto" della legalità anche comunitaria, la cui attività è essenziale per garantire agli stranieri (comunitari) il pieno esercizio della libertà e dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea senza dover subire discriminazioni basate sulla nazionalità.

Come già osservato in altra occasione (A. BaronE, *Il diritto dell'Unione Europea*

nell'attività notarile: analisi e casistica, in *Federnotizie* – Quaderno n. 20 – *"Stranieri, regolarità del soggiorno e attività notarile"* – allegato al n. 2, marzo 2011), del resto, la logica della prevalenza del diritto dell'Unione Europea, ora estensibile (con le limitazioni sopra indicate) alle disposizioni della Carta, costringendo tutti gli operatori giuridici ad entrare nella dimensione sopranazionale del riconoscimento e della tutela *multilevel* dei diritti, ivi compresi quelli fondamentali, coinvolge in modo crescente, anzitutto in ragione della peculiarità della funzione svolta, anche il notaio, cui pone delicate questioni applicative di non sempre agevole soluzione.

Basti qui ricordare, a titolo esemplificativo, il problema – emerso nella prassi – della censurabilità, sul piano disciplinare, della condotta del notaio il quale abbia ritenuto di non esigere, da cittadino di Stato membro dell'Unione Europea non residente nel territorio italiano, il possesso dei requisiti prescritti per i testimoni dal 1° comma dell'art. 50 della L. 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile), a tenor del quale "*I testimoni debbono essere maggiorenni, cittadini della Repubblica o stranieri in essa residenti che abbiano compiuto il diciottesimo anno di età, avere la capacità di agire e non essere interessati nell'atto*".

Invero, introducendo un regime differenziato fra cittadini e stranieri, la citata disposizione della legge notarile pone evidenti problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea. Vengono in rilievo, nella specie, l'art. 18, 1°comma del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (in prosieguo TFUE), il quale dispone che "*nel campo di applicazione dei Trattati, e senza pregiudizi delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione basata sulla nazionalità*"; l'art. 20 TFUE, 1°comma, secondo cui "*È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce*"; nonché l'art. 21 TFUE che, al 1° comma, riconosce ad ogni cittadino dell'Unione "*il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottata in applicazione degli stessi*".

L'or richiamato art. 18, in particolare, sancisce il principio di parità di trattamento il quale vieta ogni forma di discriminazione diretta e indiretta nei confronti dei cittadini dell'Unione che sia tale da restringerne e comprometterne il diritto fondamentale di circolazione nel territorio degli Stati membri.

La Corte di giustizia ha reiteratamente affermato che occorre interpretare il citato art. 18 in combinato disposto con le norme sulla cittadinanza dell'Unione. Infatti, lo *status* di cittadino dell'Unione Europea è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri e consente a chi fra di loro si trovi nella stessa situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico (fra le altre, sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyke*; 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*).

Ed i superiori principi risultano oggi rafforzati,per effetto della "comunitarizzazione" della

Carta, il cui art. 21, al 2° comma, dispone che nell'ambito di applicazione dei Trattati "*è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza*".

Orbene, un'ipotesi di discriminazione diretta si verifica quando una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza è basata espressamente sul fattore della cittadinanza. La nozione trova riscontro anche nella direttiva 2000/43/CE, art. 2, a, in base al quale – seppur con riferimento al caso della discriminazione fondata sulla razza o origine etnica – sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. La dimostrazione del carattere discriminatorio implica un giudizio di comparazione tra la condizione del soggetto discriminato e quella di un soggetto diverso, appartenente ad un altro gruppo di individui. Se da tale raffronto si evince che situazioni analoghe sono state trattate in maniera differente l'atto o il comportamento costituiscono una discriminazione diretta, come tale vietata dall'ordinamento dell'UE. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, un trattamento (discriminatorio) del genere potrebbe essere giustificato solo se fondato su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito (v., in questo senso, sentenze 5 giugno 2008, causa C-164/07, *Wood* e 16 dicembre 2008, causa C-524/06, *Huber*).

Nel caso di specie, il trattamento di favore verso i cittadini italiani, che vale a differenziarli dagli "stranieri" anche comunitari (ai quali, soltanto, è imposta la residenza in Italia quale requisito per poter testimoniare), si fonda unicamente sulla cittadinanza ed integra per questo una discriminazione diretta.

Né si delineano considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, che possano in principio giustificare una disparità di trattamento (comportante una restrizione alla libertà di circolazione nell'Unione) quale quella risultante dalla disciplina ora esaminata.

Del resto, a riprova del fatto che il regime differenziato introdotto dall'art. 50 non risulta dettato da motivazioni oggettive diverse dalla considerazione della nazionalità, è significativo notare come la norma, nei riguardi dei requisiti allo studio, è rimasta la stessa della versione originale del 1913, in relazione alla quale la dottrina più autorevole (G. Solimena, *Commento alla legislazione notarile italiana*, Milano, 1918, p. 64) spiegò, a suo tempo, trattarsi di disposizione basata sulla "teorica della cittadinanza".

5. Non richiedendo il requisito della residenza in Italia ai cittadini, ma solo agli stranieri, senza escludere da tale limitazione i cittadini dell'Unione Europea, la disposizione in oggetto configura una discriminazione sulla base della nazionalità incompatibile con il diritto dell'UE e contrastante, anzitutto, con le norme sulla cittadinanza europea.

E poiché il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità di cui all'art. 18 TFUE costituisce, per pacifica giurisprudenza della Corte di giustizia, precetto dotato di effetto diretto

(come tale immediatamente applicabile nell'ordinamento interno con carattere di prevalenza, in base al principio del c.d. primato, sulle norme nazionali contrastanti: così, con riferimento alla analoga previsione dell'art. 12 del previgente Trattato CE (Corte giust. 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan* e 20 ottobre 1993, cause C-92 e 326/92, *Phil Collins*), ne consegue, per il notaio, il diritto di disapplicare la disposizione in questione, ammettendo come testimoni anche i cittadini europei non residenti. Ciò, del resto, in linea di (quantomeno tendenziale) omogeneità rispetto a quanto previsto per i giudici e per la pubblica amministrazione, tenuti a disapplicare le disposizioni interne contrastanti con le norme dell'ordinamento dell'Unione Europea provviste, appunto, di effetto diretto (G. Tesauro, *op.cit.*, 202).

Se è vero, infatti, che dai sopra ricordati principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario discende il diritto dei singoli di invocare le disposizioni comunitarie dotate di effetto diretto innanzi alle autorità nazionali e, correlativamente, l'obbligo di queste ultime di disapplicare (meglio, di non applicare) la normativa nazionale incompatibile a favore della norma comunitaria che diventa "l'unica norma del caso", è del pari vero che il notaio, dovendo svolgere nell'esercizio delle proprie (pubbliche) funzioni un penetrante controllo di legalità che ne fa una sorta di *magistratus inter volentes*, è naturalmente tenuto a conoscere ed applicare le specifiche norme comunitarie rilevanti nelle singole fattispecie, garantendone piena efficacia anche in rapporto alle disposizioni nazionali eventualmente disciplinanti la medesima materia. Ciò, appunto, allo scopo di offrire adeguata tutela alle posizioni giuridiche dei singoli che nelle norme comunitarie trovano la fonte, assicurando in particolare agli stranieri (comunitari) la parità di trattamento rispetto ai cittadini.

In presenza, dunque, di disposizioni nazionali che contrastano con quelle del TFUE e della Carta ricordate in premessa, il ruolo del notaio – chiamato ad individuare la *regula iuris* della fattispecie in funzione obiettiva di garanzia degli interessi delle parti e dell'ordinamento – deve essere svolto in conformità ai principi suesposti, senza che la scelta di assicurare l'osservanza e l'applicazione delle norme dell'UE direttamente efficaci nell'ordinamento interno possa dare adito a rilievi di natura disciplinare. La logica della prevalenza di tali norme, infatti, non può non trovare spazio nell'esercizio del *munus* notarile, in quanto pienamente coerente con le esigenze di controllo della legalità al cui soddisfacimento quel *munus* è preordinato. E ciò vale *a fortiori* quando, come nella specie, vengano in rilievo precetti fondamentali del diritto dell'Unione Europea, pacificamente dotati di effetto diretto per costante giurisprudenza della Corte di giustizia.

E al riguardo, non è inopportuno sottolineare, a conferma della correttezza della scelta di recepire gli orientamenti di quella giurisprudenza, che l'interpretazione del diritto dell'Unione Europea, con efficacia vincolante per tutte le autorità degli Stati membri, anche *ultra partes*, compete esclusivamente alla Corte di Lussemburgo cui spetta la funzione nomofilattica di assicurare l'uniformità interpretativa ed applicativa dei Trattati. Se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applichi e/o interpreti una norma UE ha indubbiamente carattere di

sentenza dichiarativa del diritto dell'Unione Europea, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie pronunzie e, per tale via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative.

È alla stregua dei principi appena esposti, dunque, che si attribuisce alle sentenze della Corte di giustizia il valore di ulteriore fonte del diritto dell'Unione Europea, non nel senso che esse creino *ex novo* norme, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito dell'Unione (così, nella giurisprudenza italiana, Cass. 2 marzo 2005, n. 4466, nonchè Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389 e 23 aprile 1985, n. 113).

È appena il caso di aggiungere che la tesi della incensurabilità, in sede disciplinare, della applicazione delle norme UE direttamente efficaci da parte del notaio, risulta rafforzata, sul piano sistematico, dai principi enunciati dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte in tema di responsabilità notarile.

Con la sentenza 13 ottobre 2011 n. 21202, infatti, la Corte di Cassazione ha chiarito che, non potendo addossarsi al notaio compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive, la responsabilità disciplinare dello stesso notaio sorge solo quando questi non si attenga all'interpretazione nomofilattica della norma in questione data dalla Corte di legittimità, preposta, appunto, a garantire l'esatta interpretazione e la puntuale osservanza della legge. Dall'or richiamato principio non sembra arbitrario desumere che, in assenza di un (invero, difficilmente ipotizzabile) orientamento giurisprudenziale nomofilattico che precluda al notaio di garantire la prevalenza delle norme UE dotate di effetto diretto, la condotta del notaio, che tale prevalenza assicuri (in conformità peraltro al consolidato insegnamento della Corte di giustizia), non sia passibile di contestazioni.

Anselmo Barone
Avvocato in Roma

GIUSEPPE DE ANGELIS

LIBERTÀ DI MATRIMONIO E DIVIETO DI MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO. EVOLUZIONE SOCIALE E GIURIDICA

Introduzione

Con il D. Lgs nr. 30 del 6 febbraio 2007, entrato in vigore l'11 aprile successivo, e di recente modificato con il decreto legge 89/2011, sono state introdotte importanti novità oltre che per i cittadini aventi cittadinanza di uno degli stati membri ed i loro familiari circa il diritto di libera circolazione e stabilimento, anche per i cittadini di paesi terzi familiari del cittadino dell'Unione.

Per i cittadini dell'Unione ed i loro familiari pure cittadini dell'Unione, la novità più rilevante è stata quella dell'abolizione del permesso di soggiorno e la sua sostituzione con la carta di identità quale documento attestante il regolare soggiorno in Italia, ciò in attuazione della Direttiva Comunitaria 2004/38. Nei loro confronti trova, così, applicazione sia la legge 24 dicembre 1954 n. 1228 sull'Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente, sia il nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

Per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnano o raggiungono il cittadino dell'Unione è sancito il diritto di soggiornare nel territorio nazionale per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di un passaporto in corso di validità. La norma non esige più, rispetto alla prima stesura, per i familiari dei cittadini dell'Unione l'ingresso regolare ai sensi dell'art. 5, comma 2, cioè con apposito visto di ingresso, in recepimento della nota direttiva Metock (Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 25 luglio 2008).

Mentre per periodi di permanenza superiori ai 90 giorni, essi hanno diritto ad un autonomo titolo di soggiorno denominato " *Carta di soggiorno di un familiare di un cittadino dell'Unione*" (art. 10).

I requisiti per richiedere il predetto titolo di soggiorno sono:

a) un documento di identità o il passaporto in corso di validità;

b) un documento rilasciato dall'autorità competente del Paese di origine o provenienza che attesti la qualità di familiare e, qualora richiesto, di familiare a carico ovvero di membro del nucleo familiare ovvero familiare affetto da gravi problemi di salute, che richiedono l'assistenza personale del cittadino dell'Unione, titolare di un autonomo diritto di soggiorno;

c)l'attestato della richiesta d'iscrizione anagrafica del familiare cittadino dell'Unione.

I familiari cui fa riferimento l'art.10 sono quelli richiamati nell'art. 2, comma 1 lettera b) e precisamente:

1) il coniuge;

2) il partner che abbia 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;

3) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

4) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b).

La relazione stabile che il cittadino dell'Unione ha con il familiare o partner, ai fini dell'applicabilità della normativa in esame, deve essere ufficialmente attestata (e non più debitamente attestata come da modifica legislativa avvenuta con Decreto Legge n. 89/2011).

Particolarmente interessante e sicuramente di portata rivoluzionaria, appare la previsione del "partner" fra l'elenco dei familiari aventi diritto al titolo di soggiorno ex artt. 10 e 17 del decreto 30/2007. Si è regolamentata così la possibilità che i componenti di una coppia omosessuale di cui uno italiano o europeo, conviventi in stabile relazione di fatto, possano far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia regolarmente coniugata e eterosessuale.

Il Caso

Nel novembre del 2010 un cittadino sud americano, si presenta all'ufficio immigrazione della Questura di Reggio Emilia e richiede il rilascio di un permesso di soggiorno per "motivi familiari", ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. 30/2007 allegando all'istanza un valido certificato di matrimonio con cittadino italiano.

Il certificato era un atto del registro civile di Palma di Maiorca (Spagna) del 12.03.2010, che certificava l'unione tra due persone qualificate, entrambe, come "coniuge", senza alcuna distinzione tra ipotetici ruoli naturali.

Inutile sottolineare che in mancanza di alcun precedente, la richiesta ha rappresentato un caso di non semplice soluzione.

In realtà il decreto legislativo 30/2007 all'art. 1, comma 1 lett. b), come già ricordato nella introduzione, riconosce al partner, nel rispetto delle condizione previste, il diritto a permanere regolarmente sul territorio nazionale.

Le difficoltà nel tradurre in atti concreti questo diritto derivava dal fatto che nell'attuale ordinamento italiano non esisteva, e non esiste tuttora, alcuna norma che riconosca espressamente il diritto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso ma l'istituto del matrimonio si riferisce soltanto al matrimonio tra persone di sesso diverso. Anzi, per alcuni l'identità di sesso sarebbe una causa di inesistenza del matrimonio.

La Giurisprudenza

Consultando il codice civile, nella parte dedicata al matrimonio e alla filiazione, si scopre che, pur non essendo la differenza di sesso indicata tra i requisiti minimi indispensabili per il negozio, diverse sue norme si riferiscono al marito e alla moglie quali "attori" della celebrazione (artt. 107 e 108 c.c.)[1], come protagonisti del rapporto coniugale (artt.143 ss c.c.)[2] e autori della generazione (artt. 231ss c.c. e, con particolare riguardo all'azione di disconoscimento, artt.235, 244 ss c.c.).

Ricorda infatti il giudice della Corte Costituzionale nella famosa sentenza n. 138 del 14 aprile 2010 che *"L'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale (ad es. la normativa in materia di ordinamento dello stato civile) postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio"*, per cui allo stato attuale, operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso sarebbe una forzatura non consentita ai giudici diversi da quelli costituzionali. In caso contrario non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema, che tenga conto dell'evoluzione della società e dei costumi, o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa attualmente non ancora ammissibile.

I giudici della Consulta sono stati chiamati a pronunciarsi sulla questione relativa all'estensione del diritto di sposarsi a persone dello stesso sesso, con conseguente equiparazione di tali unioni a quelle eterosessuali causa il giudizio promosso da due persone dello stesso sesso al Tribunale di Venezia, avverso l'atto con cui l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta, ritenendola in contrasto con la normativa vigente in quanto l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano, sarebbe incentrato sulla diversità di sesso tra i coniugi, così come ribadito anche dall'art. 64 lettera c) del Regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile (L.127/1977), in base a cui l'atto di matrimonio deve indicare espressamente "*la dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente marito e moglie*". Tale orientamento risulta condiviso anche dal Ministero dell'Interno, che con circolari datate 26 marzo 2001, 28 luglio 2004 e 18 ottobre 2007, stabilisce che "*in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso,.....in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico*".

I giudici di merito avevano sollevato, con riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117 co. 1 della

[1] Art. 107 Forma della celebrazione. Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi degli artt. 143, 144 e 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione.
Art.108 Inopponibilità di termini e condizioni. La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione (1353).

[2] Art. 143 Diritti e doveri reciproci dei coniugi. Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 143 bis e 156 bis del codice civile, nella parte in cui, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso ma nessuna di tali questioni è stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale, così come delineato nella citata sentenza n. 138/2010 e nell'ordinanza n. 276 del 22 luglio 8 2010, concetti, questi, da ultimo ripresi anche nell'ordinanza n. 4 del 2011.

Le argomentazioni contenute nelle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale si possono così riassumere:

1. Nel nostro ordinamento non esiste una nozione di matrimonio né un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso ma, altresì, il rapido trasformarsi della società e dei costumi ha determinato il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale, e il contestuale sorgere di altre forme di convivenza che, come quella in oggetto, mirano ad essere considerate e disciplinate.

2. Il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona, riconosciuto a livello sovranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948; artt. 8 e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[3], ratificata con legge del 4 novembre 1950 a Roma; artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000[4]) nonché in ambito nazionale (art. 2 Cost.). Per quanto concerne, in particolare, le norme sovranazionali, si invoca l'art. 117 Cost. che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

3. Il divieto *de quo* contrasta con l'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, non soltanto nella sua sfera individuale ma anche nella sua sfera sociale, cioè nelle formazioni in cui si svolge la sua personalità delle quali la famiglia rappresenta la formazione sociale primaria. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetterebbe il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendo il relativo formale riconoscimento giuridico.

4. Un altro parametro di riferimento è contenuto nell'art. 3 della Costituzione in quanto, se la finalità perseguita da questa norma è quella di vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, seguendo il proprio orientamento sessuale, non ha alcuna giustificazione,

[3] In realtà, l'art. 12 della Convenzione ha previsto una fattispecie assai prudente, menzionando espressamente gli uomini e le donne come destinatari del diritto di sposarsi e fondare una famiglia, rimettendo poi la disciplina alle disposizioni dei singoli ordinamenti statali. Analogamente, quindi, all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la disposizione relativa al diritto di sposarsi ha optato per una disposizione che tenesse fermo il "modello" di famiglia tradizionale a cui è connesso l'istituto matrimoniale tra uomo e donna.

[4] L'art.9 della Carta Europea dei diritti fondamentali, al contrario dell'art.12 della Convenzione, evita il riferimento espresso all'unione eterosessuale in quanto non riserva più all'uomo e alla donna o, meglio, non menzione espressamente i destinatari del diritto di sposarsi e costruire una famiglia, prevedendo una formulazione impersonale, per cui tali diritti "sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

soprattutto se confrontata con la situazione dei transessuali che, ottenuta la rettifica dell'attribuzione del sesso, possono contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, pur essendo incapaci di procreare.

5. L'art. 29 Cost. non ha come finalità quella di riconoscere il fondamento della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio tra uomo e donna ma, bensì, quello di affermare la preesistenza e l'autonomia della famiglia rispetto allo Stato, in quanto comunità originaria. Del resto, che questa norma non abbia la finalità di tutelare la tradizione risulta dalla constatazione che famiglia e matrimonio sono istituti aperti alle trasformazioni e, quindi, anche il concetto di unione coniugale dovrebbe essere desunto dagli esiti dell'evoluzione sociale.

La Corte Costituzionale nella nota sentenza ha respinto ogni obiezione formulata considerando che:

1. Anche se il progresso della sensibilità ha ormai emancipato l'omosessualità dal ghetto di emarginazione, se non di repressione, in cui era stata confinata, facendo comprendere e rispettare alla generalità dei consociati "*un modo d'essere*" che risponde ai moti insindacabili dell'animo umano, pur non esistendo una norma espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi.

2. L'ordinamento comunitario non ha mai legiferato in materia matrimoniale ma si è limitato in varie risoluzioni ad indicare criteri e principi, lasciando ai singoli stati membri la facoltà di adeguamento delle legislazioni nazionali. Conferma di ciò si ha leggendo il nuovo testo dell'art. 6 comma 1 del Trattato sull'Unione Europea, introdotto dal Trattato di Lisbona[5], che dispone: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati", mentre l'art. 9 della Carta[6], come l'art.12 della CEDU[7], pur riconoscendo il diritto di sposarsi, fa rinvio alla legge nazionale per determinare le condizioni di esercizio di tale diritto.

3. Esaminando le diverse legislazioni dei paesi che hanno riconosciuto le unioni omosessuali[8], ne consegue che non vi è stato un riconoscimento solenne del principio generale di equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio Le norme pattizie hanno attribuito agli Stati membri, nell'esercizio della loro piena discrezionalità, la competenza ad individuare le forme di garanzia per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale un intervento

[5] Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[6] L'art.9 stabilisce che "Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

[7] L'art.12 dispone che "Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

[8] Nel panorama normativo europeo, si possono distinguere tre modelli di disciplina. Alcuni Paesi (Grecia, Italia, Polonia) non prevedono alcuna forma di unione alternativa, dando rilievo solo alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio; altri ordinamenti (Belgio, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Svezia) hanno esteso il matrimonio alle coppie omosessuali;altri Paesi (Austria, Danimarca, Francia, Finlandia, Germania, Islanda, Lussemburgo, Regno Unito, Rep.Ceca, Slovenia. Svizzera e Ungheria) hanno disciplinato la partnership registrata.

di ragionevolezza a favore di specifiche situazioni (es. la convivenza *more uxorio*).

4. Non sussiste alcuna violazione dell'art. 3 Cost. perché il principio di uguaglianza impone un uguale trattamento per situazioni uguali e di trattamento differenziato per situazioni di fatto difformi. Considerato che le unioni omosessuali non sono ritenute omogenee al matrimonio, la norma non dà luogo ad alcuna irragionevole discriminazione.

5. L'art. 29 Cost., ponendo il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale", vincola il legislatore a tenere distinte la disciplina dell'istituzione familiare da quella dedicata ad altri tipi di formazione sociale, anche aventi caratteri analoghi. E anche se i concetti di famiglia e matrimonio sono duttili e vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione dei costumi, che ha portato al superamento del modello della famiglia tradizionale cattolica con l'imporsi sempre più frequente di legami alternativi, è pur vero che detta interpretazione non può spingersi fino ad includere fenomeni non considerati quando fu emanata. Infatti, i costituenti discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione, essendo quella delineata dal codice civile del 1942 che stabiliva che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. Del resto, non è casuale che la Costituzione, dopo aver trattato del matrimonio, si occupi della tutela dei figli (art. 30 Cost.), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori del matrimonio.

Per tali motivi, dopo aver esaminato la normativa italiana vigente in materia, ne discende che l'istituto del matrimonio civile, così come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna, e che, come si legge nell'ordinanza n. 276/2010 della Corte Costituzionale, l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale "impone di interpretare le norme senza stravolgere il significato delle parole attraverso le quali si manifesta l'intenzione del legislatore e non v'è dubbio che, nella lingua italiana, per matrimonio s'intenda il rapporto di convivenza dell'uomo e della donna in accordo con la prassi civile ed eventualmente religiosa, diretta a garantire la sussistenza morale, sociale e giuridica della famiglia". Sulla base di questo orientamento, il cittadino sud americano che aveva richiesto un titolo di soggiorno alla Questura di Reggio Emilia, è da considerare "coniuge" esclusivamente per la legislazione spagnola.

Questo perché l'ordinamento italiano in conformità alla direttiva 2004/38/CE, ha riconosciuto il diritto di circolare liberamente nel territorio anche ai familiari del cittadino europeo, qualunque sia la loro cittadinanza, e il relativo diritto è previsto anche il coniuge o partner, ma soltanto "*....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....*"

Nel caso in esame, quindi, pur essendo il matrimonio tra omosessuali espressione di un costume sociale in trasformazione, non può essere equiparato al matrimonio tradizionale. Conseguentemente, in data 2 febbraio 2011, il Questore di Reggio Emilia si determinava ad

emettere un provvedimento di rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno per "motivi familiari", quale familiare di cittadino appartenente all'Unione Europea.

La coppia presenta ricorso al Tribunale di Reggio Emilia che con sentenza depositata il 13 febbraio 2012 accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento di rigetto del Questore di Reggio Emilia emesso il 2.2.2011.

Si può affermare che la posizione assunta dalla Questura per alcuni aspetti non appare conforme alla normativa europea, consolidatasi nel tempo sia grazie all'intervento degli organi giurisdizionali (la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia) che a quello del legislatore europeo, tutti tesi a contribuire allo sviluppo del divieto di non discriminazione sulla base del sesso.

L'origine dell'attuale divieto di discriminazione sulla base del sesso va ricercata nell'art. 119 del Trattato di Roma del 1957 che, però, fa riferimento unicamente alla parità salariale tra uomo e donna in quanto, all'inizio, la preoccupazione degli organi comunitari è di obbligare gli stati membri ad introdurre un principio di parità salariale tra lavoratori maschi e lavoratrici femmine.

La Corte di Giustizia fa un passo avanti e con la sentenza Defrenne II (CGE-8 aprile 1976 – causa 43/75) svincola il principio contenuto nell'art. 119 dalla connotazione esclusivamente economica per attribuirgli una natura di diritto fondamentale della persona. Con la stessa sentenza, inoltre, sancisce il principio secondo cui i diritti derivanti ai singoli dalle norme dei Trattati che gli stati membri non avessero reso effettivi, sarebbero stati attribuiti per via giudiziale.

Il processo di superamento del principio economico di non discriminazione si conclude con due importanti direttive: la 75/117/CEE (sancisce la parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile) e la 76/207/CE (sancisce il superamento delle finalità economiche e l'obbligo per gli Stati di eliminare le norme in contrasto con il principio di parità).

Soltanto, però, con l'art. 13 del Trattato di Amsterdam del 1997, si afferma, per la prima volta, che il principio di parità tra uomo e donna è principio *generale della comunità* e che ogni atto discriminatorio, tra cui sono ricomprese anche le tendenze sessuali, va punito perché lesivo del principio di eguale dignità di ogni essere umano.

Il rafforzamento della tutela del divieto contro le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale si è avuto però soltanto con la direttiva 2000/78/CE che ha stabilito in modo chiaro il principio secondo cui la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è assolutamente proibita e le controversie avanti i giudici comunitari saranno concentrate sulle eccezioni al principio di parità di trattamento.

Segue, poi, nell'anno 2000, a Nizza, la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. che, all'art. 20, sancisce in modo solenne che "*tutte le persone sono uguali davanti alla legge*", mentre il successivo art. 21 contiene un'elencazione dei motivi di non discriminazione con riguardo al colore della pelle, all'origine sociale, alla lingua, alle caratteristiche

genetiche e alle *tendenze sessuali*; e l'art. 6 del TUE (Trattato Unione Europea) dove si enuncia che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario".

Nel caso in cui ci si trovi davanti ad ingiustizie palesi non rimediabili, dopo aver esperito i rimedi nazionali, l'ultimo baluardo cui appellarsi sono i principi costituenti della CEDU. In verità, la Convenzione Europea non prevede espressamente una norma che sancisce in modo chiaro che le pretese delle persone omosessuali siano azionabili avanti la Corte di Strasburgo, ma tale possibilità è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale da parte degli organi giudiziari della Convenzione che hanno basato la tutela delle situazioni in esame sugli articoli 8 e 14 CEDU.

L'art. 8 sancisce il diritto al "rispetto della vita privata e familiare" che assicura all'individuo la possibilità di stabilire con altre persone relazioni di vario genere, comprese le relazioni sessuali; mentre l'art.14 stabilisce che "il godimento dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza ad una minoranza nazionale, di ricchezza di nascita o di altra condizione".

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di orientamento sessuale può essere schematizzata in tre fasi:

- la prima, che comincia negli anni Ottanta[9], è diretta alla depenalizzazione delle condotte omosessuali;
- la seconda, iniziata intorno al 1992, coinvolge la discriminazione subita da soggetti omosessuali in determinati ambiti come quello militare[10];
- la terza mira ad assicurare la piena uguaglianza nelle relazioni di coppia, indipendentemente dall'orientamento o dall'identità sessuale.

Nell'anno 2010, infatti, la Corte Europea ha emanato tre sentenze che hanno segnato una svolta nella giurisprudenza relativa al mancato riconoscimento del diritto al rispetto della vita familiare e del diritto di sposarsi, protetti dall'art. 8 e dall'art.14 CEDU. Nelle sentenze relative al caso Kozac c. Polonia, Schalk e Kopf c. Austria, P.B. e J.S. c. Austria, la Corte ha esteso ai soggetti omosessuali l'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU.

Nella sentenza resa nel marzo 2010 relativamente al caso Kozac, la Corte, da un lato, ha riconosciuto come discriminatoria la legge polacca sull'edilizia popolare che attribuisce solo al convivente eterosessuale il diritto di succedere al *de cuius* nel contratto di locazione,

[9] Vedi sentenza Dugleon v.Regno Unito del 22 ottobre 1981.
[10] Vedi sentenza B.v.Francia del 25 marzo 1992.

affermando, così, in modo implicito, che la concezione di vita familiare non è più soltanto quella di relazione affettiva tra persone di sesso differente ma comprende anche altre forme di convivenza affettiva. La Corte manifesta, con questa decisione, una mutata percezione sociale in merito a ciò che costituisce vita familiare, concezione che verrà ribadita, nel giugno del 2010, in un ricorso presentato contro l'Austria da due uomini conviventi che lamentavano di essere discriminati rispetto a coppie eterosessuali poiché era loro negato il diritto di sposarsi. In quest'occasione, la Corte, pur respingendo la tesi secondo cui dal combinato disposto degli articoli 8 e 14 deriverebbe il diritto di sposarsi, ha tuttavia affermato che le relazioni affettive stabili, anche fra persone di sesso identico, costituiscono delle forme di vita familiare e quindi è "artificiale" negare a tali individui il diritto al rispetto della loro vita familiare ai sensi dell'art. 8. La Corte ha ribadito, ancora, lo stesso concetto un mese più tardi, in un ricorso presentato contro l'Austria da due individui che lamentavano la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, in quanto la legge austriaca non consentiva la copertura di malattie e infortuni del partner dello stesso sesso, convivente con l'assicurato, nel caso in cui quest'ultimo non avesse un lavoro proprio ma svolgesse dei lavori domestici nell'abitazione della coppia, diritto riconosciuto, invece, al convivente *more uxorio* eterosessuale.

Il limite degli interventi della Corte Europea, è da ravvisare nel fatto che, pur avendo preso atto del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali in molti Stati, non ha dato indicazioni circa il contenuto del diritto alla vita di relazione di queste coppie ma si è limitata soltanto a verificare se la legislazione degli stati contraenti fosse stata applicata in modo discriminatorio. Non esiste, cioè, ad opinione della Corte, un obbligo degli Stati di riconoscere il diritto di individui dello stesso sesso di contrarre matrimonio, così come non esiste l'obbligo di equiparare negli effetti giuridici le unioni registrate ai matrimoni e neppure l'obbligo di garantire alle unioni civili registrate specifici diritti. Ne consegue, pertanto, che se la legislazione di uno stato ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non contrasta con l'art. 12 CEDU in quanto l'art. 9 CEDU non vieta, ma neppure impone agli stati di concedere lo status matrimoniale a persone dello stesso sesso.

In materia, infatti, non si è ancora formato un "consenso tra gli stati contraenti", criterio, questo, utilizzabile dalla Corte per creare uno "spazio giuridico europeo", anche con riferimento a quei diritti con importanti risvolti etico-culturali nei confronti dei quali essa aveva tradizionalmente valorizzato il margine di apprezzamento degli Stati.

Tornando alla giurisprudenza nazionale, l'intervento più recente in materia è costituito dalla sentenza Corte di Cassazione, sez. I civile, n. 4184 del 15 marzo 2012, con la quale si è stabilito che "non trascrivibile in Italia il matrimonio celebrato all'estero dalla coppia omosessuale italiana che, tuttavia, potrà chiedere al giudice il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata".

In sintesi i componenti di una coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto,

se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia –, quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.

Ed è proprio quello che ha fatto il ricorrente al Tribunale di Reggio Emilia adendo il giudice per chiedere ed ottenere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello riservato ad una coppia eterosessuale, nella specie concretizzatosi con il rilascio del titolo di soggiorno ex art. 10 del D. Lgs 30/2007.

Giuseppe de Angelis
Dirigente Ufficio Immigrazione della Questura di Milano

II SESSIONE
GIOVANNI LIOTTA
INTRODUZIONE

La seconda sessione del convegno ha il fine valutare gli effetti pratici dell'inquadramento generale sul tema dei diritti fondamentali effettuato dal Prof. Nascimbene e dell'Avv. Barone.

La "comunitarizzazione" della Carta dei diritti fondamentali, l'esser cioè divenuta fonte di rango primario al pari dei Trattati di cui è parte, non può non avere effetti diretti, per la citata supremazia del diritto comunitario, su molte norme interne che potevano legittimamente rappresentare un limite al dispiegarsi di effetti per molte fattispecie estere ma, probabilmente, anche interne.

Scopo delle relazioni che seguono, infatti, è verificare in primo luogo lo stato della dottrina e della giurisprudenza sulla rilevanza e gli effetti nel nostro ordinamento di matrimoni fra persone dello stesso e di convivenze registrate all'estero anche fra persone di sesso diverso. In secondo luogo valutare se le conclusioni non di rado contrarie e di chiusura alla loro efficacia piena in Italia, possano o, forse debbano, essere riviste per la nuova forza che i diritti fondamentali "comunitarizzati" dispiegano. È il caso di riflettere, al di là di considerazioni non giuridiche che qui non rilevano, se non sia da ritenere caduto ogni limite normativo o, quantomeno, se non sia necessaria una valutazione casistica e non di esclusione *tout court* della loro rilevanza. Mi riferisco, ad esempio, alla necessità di conclusioni differenti per le convivenze registrate rispetto ai matrimoni tra persone dello stesso sesso.

I profili, come è di evidenza, sono molteplici; importanti sono le ricadute tenuto conto, peraltro, che le legislazioni degli Stati che disciplinano tali fattispecie non le limitano ai loro cittadini e risulta possibile che esse riguardino italiani. Il che è dimostrato dal caso esaminato dalla già da altri citata sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/2012 che ha riguardato due italiani.

Se una coppia di stranieri ma, come detto, anche di italiani conclude all'estero una convivenza registrata è soggetta in forza della legge regolatrice della materia a una serie di conseguenze. In termini essenziali e come meglio si vedrà dalla relazioni che seguono, potrà esserci un vero e proprio "regime patrimoniale" come in un matrimonio, effetti successori in favore del partner, possibilità di adozione di figli. Il panorama normativo è molto variegato anche a prescindere dai matrimoni tra persone dello stesso sesso. E in dottrina, per tale motivo, le normative in tema di convivenze registrate vengono distinte a seconda che siano assimilabili ai matrimoni o, come per taluni autori in tema di *Pacs* francesi, a un contratto di tipo non familiare ma strettamente patrimoniale, mera fonte di obbligazioni.

Si tratta allora di valutare, ecco la rilevanza per il notaio, cosa accada allora allorché una persona legata da una *registered* partner*ship* estera decide di acquistare un immobile in Italia e stipulare contestualmente il mutuo ipotecario sul bene medesimo. Il soggetto andrà trattato come un non coniugato o rileverà l'eventuale previsione normativa di un regime patrimoniale per la convivenza registrata? E in ipotesi di morte di uno dei partner e, per semplificare il caso, di patrimonio immobiliare in Italia, l'altro partner superstite sarà comunque da escludere tra gli eredi del defunto anche se tale è per la normativa estera regolatrice della convivenza? Ragionamenti analoghi possono porsi per il matrimonio fra persone dello stesso sesso, caso nel quale la legge estera, spesso e come si vedrà dalla relazione del collega spagnolo Dominguez Mena, regola indistintamente i matrimoni tra persone di sesso diverso e quelli tra persone dello stesso sesso semplicemente non ponendo tra i caratteri della figura la diversità di genere.

Un caso recentemente assunto agli onori delle cronache giornalistiche per la fama dei soggetti coinvolti può considerarsi la prova di quanto appena scritto e, anche, della necessità di un approccio casistico. Mi riferisco alla vicenda della famiglia Doria Pamphilj; una storia complessa, con interferenze di carattere etico e per la quale credo non sia ancora possibile fornire certezze. Uno dei due fratelli (peraltro figli adottivi) eredi della nota famiglia e cittadino italiano ha innanzitutto concluso una *registered* partner*ship* secondo la legge del Regno Unito con una persona dello stesso sesso e, successivamente, attraverso lo strumento dell'utero in affitto all'estero, la coppia ha avuto un figlio. La sorella ha avviato in Italia una causa civile per evitare che il bambino possa ereditare parte del patrimonio dei Doria Pamphilj facendo leva su vari argomenti intrecciati tra loro incluso il divieto italiano, penalmente sanzionato, di ricorrere all'utero in affitto. Il caso, come detto, è complesso e altri, non io, hanno le competenze per valutarlo. Qualcosa si può delineare in rapporto al nostro tema. Per esempio? Innanzitutto va precisato che il legame padre-figlio è innegabile se è accertata la paternità, nel senso del legame genetico e del riconoscimento di figlio. In tale ipotesi ogni figlio (naturale), pur nato fuori da un matrimonio, è erede. Il punto diverrebbe, allora la non rilevanza circa il modo in cui i figli siano stati concepiti. Nella situazione specifica sollevata dal caso della famiglia Doria Pamphilj, l'essere ricorsi all'utero in affitto, benché in Italia non sia legale, probabilmente non toglie nulla al legame padre-figlio. Credo, cioè, si possa ritenere che siano due questioni separate. Si può essere sanzionati per il comportamento illecito, ma la procreazione resta, la discendenza è un fatto.

Il tempo e l'evoluzione del comune sentire con i suoi riflessi sull'interpretazione delle norme ci daranno gli esiti definitivi di questi ragionamenti; per adesso possiamo cercare di "prendere conoscenza" con talune norme straniere relative a Paesi – Spagna e Francia – che per varie ragioni si possono ritenere vicine al nostro Paese.

Giovanni Liotta
Notaio in Spadafora

EMANUELE CALÒ

DIRITTI FONDAMENTALI E ATTIVITÀ NOTARILE

Forse il difetto del diritto naturale è quello di non esistere. Tuttavia, al suo posto possiamo fare assegnamento sui diritti fondamentali, come previsti dalla Costituzione italiana, ma anche da diversi strumenti internazionali, posti in essere dal Consiglio d'Europa (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e dall'Unione Europea (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). La crescente importanza del diritto europeo (il quale richiama anche la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) si è svolta forse in modo acritico, ed un cenno a tale acriticità dovrebbe essere fatto, alla luce della profonda crisi che travaglia il mondo, l'Europa e soprattutto il nostro Paese. Sarebbe bastato sceverare quanto realisticamente compatibile con la realtà italiana con quanto, invece, sarebbe stato arduo attuare. Ciò detto, resta vero che molta parte dei diritti fondamentali debbono penetrare, prima che nell'ordinamento giuridico, nelle coscienze degli italiani. Ad esempio, nel sito del ministero Affari Esteri si sunteggia la posizione giurisprudenziale in tema di applicazione del principio di reciprocità alla responsabilità extracontrattuale: "Secondo l'interpretazione prevalente, non è necessario verificare la sussistenza della condizione di reciprocità in relazione alla violazione dei diritti fondamentali della persona: il diritto alla vita, all'incolumità, ed alla salute, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, non dovrebbero essere limitati da detto articolo; la relativa tutela sarebbe dunque assicurata senza alcuna disparità di trattamento a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, di un Paese dell'Unione Europea diverso dall'Italia o extracomunitaria). In base a tale interpretazione, dunque, si dovrebbe prescindere dalla verifica della condizione di reciprocità in caso di danno biologico e di danno morale – qualora lo stesso degeneri in patologia o discenda dal danno biologico – poiché lesivi del bene-salute, diritto fondamentale dell'individuo tutelato ex artt. 2 e 32 Cost.". Sarebbe stato semplice asserire che il diritto di proprietà rientra fra i diritti fondamentali, ragion per cui non è legittimo danneggiare i beni di uno straniero, a prescindere dalla condizione di reciprocità. Forse è troppo semplicistico, in un articolo giuridico, limitarsi ad asserire che si tratta di un problema culturale, specie quando hanno dignità scientifica soltanto le espressioni più epoptiche; ma la risposta può solo essere questa: è un problema di cultura, è un problema di coscienza. Appresso, un cenno su alcune fattispecie paradigmatiche.

1) Capacità e diritti fondamentali: interdizione e amministrazione di sostegno

L'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dispone che l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Considerato anche il disposto della Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità, appare chiaro – a nostro avviso – che la persistente esistenza di due istituti di protezione degli incapaci (interdizione e amministrazione di sostegno) pone in essere una vera e propria antinomia che, come abbiamo scritto a più riprese, non comporta una diversità di presupposti ma una sovrapposizione fra l'incapacità assoluta (incompatibile anche con i cennati strumenti sovranazionali) e le "*tailored measures*" dell'amministrazione di sostegno. Non sembra che questa antinomia specifica sia stata finora rilevata dalla dottrina, ma su questo punto sarà opportuno riprendere questi primi ragionamenti.

2) Reciprocità e diritto delle successioni

Anni or sono, ritenemmo che fosse incongrua l'applicazione dell'art. 16 Prel. alle successioni per causa di morte[1]. Da allora, altre rilevanti fonti hanno fatto la loro comparsa.

In dottrina, invece[2], si partiva dall'assunto dell'applicabilità dell'art. 16 Prel. c.c. alle successioni *mortis causa.* A nostro avviso, tuttavia, l'applicazione del principio di reciprocità in detto ambito, rischiava di instaurare una situazione per certi versi analoga all'albinaggio, e quindi contraria allo standard minimo dei diritti dello straniero imposto dal diritto internazionale[3]. Inoltre, le norme costituzionali sulla tutela della famiglia, riscontrabili peraltro anche nel diritto internazionale, dovrebbero fare ostacolo alla possibilità

[1] "Secondo l'interpretazione prevalente, l'acquisto immobiliare dello straniero, cittadino di uno Stato col quale non sussista la reciprocità... per la specifica fattispecie, sia a titolo originario che derivativo, è affetto da nullità... per via della sua incapacità... giuridica. Se l'atto d'acquisto è nullo, il sopravvenuto verificarsi della reciprocità... non può esplicare un effetto sanante in quanto l'atto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone diversamente (art. 1424 c.c.). (...) Se il sopravvenuto verificarsi della reciprocità... non vale a sanare il precedente atto nullo, non vale però la proposizione inversa, in forza della quale il venir meno della reciprocità... potrebbe intaccare la validità... degli acquisti intervenuti. L'incapacità... giuridica sopravvenuta ha un precedente nel sistema italiano, costituito dalle leggi razziali, e questa considerazione dovrebbe essere sufficiente a lumeggiare il grado di iniquità... di tali conseguenze, in ogni caso contrarie agli art. 22 e 42 della Carta Costituzionale, laddove fanno ostacolo alla privazione della capacità... giuridica e all'arbitrario spoglio della proprietà... da parte dello Stato. L'incapacità... giuridica sopravvenuta, con la conseguente privazione dei propri beni, è inoltre contraria allo standard minimo dei diritti dello straniero tutelato dal diritto internazionale generale, nonché, violatoria sia dell'art. 1, comma 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, la cui ratifica è stata autorizzata con legge 4 agosto 1955, n. 848, secondo il quale "Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut etre privé, de sa propriété, que pour cause d'utilité, publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international"), che dell'art. 17, comma 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, giusta il quale "Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà". Questi principi debbono anche presiedere, a nostro avviso, alle vicende traslative a causa di morte, sia per via di successione legittima che testamentaria, in quanto l'interdizione di un siffatto acquisto in capo ad uno straniero comporterebbe per certi versi un ripristino dell'albinaggio. Si tratterebbe di una vicenda incompatibile con la nostra civiltà giuridica ed in ogni caso contraria al disposto dell'art. 42, ult. comma Cost., che nel disporre una riserva di legge sui limiti della successione legittima e testamentaria riconosce dignità... costituzionale alle vicende traslative mortis causa, il quale diritto non può ritenersi ristretto né ai cittadini né alle fattispecie governate dalla sola legge italiana. Una diversa conclusione comporterebbe che, ad esempio, l'orfano e la vedova cittadini di uno Stato col quale non sussista la reciprocità... siano privati dell'asse ereditario loro spettante. Per quanto usi all'idea che diritto e morale agiscono in ambiti diversi, è altrettanto vero che la loro totale divaricazione dovrebbe essere in contrasto con lo spirito dell'ordinamento repubblicano"(E. Calò, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, p. 176 ss.).

[2] T. Ballarino, *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano, Riv. Not.,* 1986, p. 41

[3] Sul punto, v. A. P. Sereni, *Diritto Internazionale*, II, Sez. prima, Milano, 1958, p. 729

di precludere la successione *mortis causa* ad un congiunto per via della eventuale insussistenza di reciprocità.

Attualmente, l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dispone: "*Diritto di proprietà 1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta*".

Il diritto di disporre dei beni a causa di morte implica, naturalmente, quello di attribuire l'asse ereditario, in tutto o in parte, come universalità o come legato, alla persona fisica o giuridica scelta dal testatore o disponente (pensiamo ai contratti ereditari, laddove applicabili per via della norma di conflitto), perché altrimenti sarebbe contraddetto in radice il diritto in questione.

Certamente, può porsi la questione circa l'applicabilità della Carta in ambito interno, e quindi al di fuori dei c.d. rapporti transfrontalieri. Potremmo peraltro considerare che, se si tratta davvero di diritti fondamentali, essi sono per loro natura applicabili a prescindere dalla condizione di reciprocità.

Sennonché, l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea dispone, fra altro, che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati"[4]. A sua volta, l'art. 51 della carta così dispone: "*1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati*".

[4] Art. 6 (ex Art. 6 del TUE)
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.

In dottrina si rileva, giustamente[5], che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, agli Stati membri incombe l'obbligo, anche in materia di loro competenza, di rispettare e conformare la propria condotta ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione nonché ai diritti fondamentali.

Di recente, sono state individuate "*three constellations*"[6] circa l'ambito d'applicazione dei diritti fondamentali posti dalla Carta dei diritti fondamentali. La prima riguarderebbe l'esecuzione da parte degli Stati membri degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione Europea; la seconda concernerebbe l'applicazione dei diritti fondamentali ai provvedimenti degli Stati membri che attuano il diritto dell'UE, mentre la terza definirebbe l'ambito del diritto europeo, stabilendo che le restrizioni nazionali di un diritto accordato dalle norme europee darebbero luogo all'applicazione della disciplina europea sui diritti fondamentali. Gli autori concludono proponendo un "approccio innovativo"[7] che consisterebbe nel collegare la cittadinanza europea ai diritti fondamentali.

Altra dottrina, invece, rileva che i diritti fondamentali convenzionali (discendenti dalla CEDU – Convenzione Europea Diritti dell'Uomo) hanno un campo d'applicazione generale, mentre i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'UE si applicherebbero solo nell'ambito delle competenze dell'Unione[8].

Tuttavia, pur riconoscendo l'indubbio pregio delle citate prese di posizione, possiamo rilevare che, essendo i diritti dell'uomo – come asseriva l'indimenticato Galgano – non creati ma trovati[9], l'individuazione nella Carta di un novero di diritti fatti assurgere alla dignità di "fondamentali", non può che riverberare effetti sugli Stati membri dell'UE. Altrimenti, dovremmo addivenire al paradosso per cui l'UE riconosce dei diritti fondamentali che per i suoi Stati membri non sono tali.

Riallacciandoci ancora a Galgano, se i diritti dell'uomo, consacrati nelle diverse "carte" o "dichiarazioni" spettano alle donne e agli uomini in quanto tali[10], sarebbe arduo spiegare come mai possano valere in un determinato ambito e non in un altro. Checché ne sia di ciò, l'individuazione da parte dell'art. 17 della Carta del diritto di lasciare in eredità *(sic)*, dovrebbe rendere ozioso continuare a domandarsi se sussista la reciprocità con lo Stato terzo il cui cittadino è chiamato a ricevere un'attribuzione patrimoniale a causa di morte.

[5] G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, Dir. Unione Europea, 2011, p. 845 ss. Vedi anche P. Ivaldi, C.E. Tuo, Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione Europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU, Riv. Dir. Int. Priv. e Proc., 2012, p.7: E. Cannizzaro, Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana, Dir. Unione Europea, 2012, p. 23.

[6] A. Von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickshen, S. Hentrel, M. Smrkolj, Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU member States, Common Market Law Review, 49: 489 – 520, 2012.

[7] Von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickshen, S. Hentrel, M. Smrkolj, Reverse Solange, cit., p. 518 ss.

[8] Cannizzaro, Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana, cit., p. 27.

[9] F. Galgano, Trattato di diritto civile, Volume I, Padova, 2009, p. 145.

[10] Galgano, op. loc. cit.

Non è da escludere che anche il dicastero degli Esteri in seguito ne prenda esplicitamente atto, come già fatto per altri aspetti sicuramente rilevanti[11].

3) Reciprocità e associazioni

Si è sovente domandato se uno straniero ("extracomunitario") avesse la capacità giuridica per costituire un'associazione. La norma che regola la fattispecie è l'art. 18 della Costituzione, secondo il quale "i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale"; la norma, quindi, fa riferimento ai soli cittadini.

Pertanto autorevole dottrina aveva a suo tempo ritenuto che allo straniero fossero applicabili gli artt. 18 e ss. 209 ss. della Legge di Pubblica Sicurezza e gli artt. 19 ss., 362 ss. del relativo regolamento, che invece non potrebbero essere applicabili ai cittadini perché contrastanti con gli artt. 17 e 18 Cost., in quanto "la precisa ed inequivoca disposizione degli articoli 17 e 18 della Costituzione esclude la possibilità di estendere allo straniero le garanzie che in dette norme si contengono". L'opinione, comunque discutibile, manca ormai della base normativa in seguito alla sopravvenuta abrogazione dei citati artt. 209 e 212 ad opera della L. 25 gennaio 1982, n. 17 e della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 210 e 211, con sentenze della Corte Costituzionale del 26 giugno 1967, n. 114 e 28 giugno 1985, n. 193, senza che sia stata fatta nè in sede legislativa, nè in sede giurisprudenziale alcuna distinzione fra italiani e stranieri. Sembra inoltre ormai consolidata l'interpretazione estensiva della citata norma costituzionale, al pari dell'art. 3, che sancisce il principio di eguaglianza, il quale, pur riferito ai soli cittadini, andrebbe esteso anche ai non cittadini.

Accogliamo però, per agevolare la soluzione del problema, un'interpretazione contraria e restrittiva.

Sennonché, oltre a fonti come la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, i quali sanciscono il diritto d'associarsi a prescindere dalla cittadinanza, l'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dispone che ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico, il che implica il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi.

Queste norme si rivolgono alle "persone" ed agli "individui", senza porre restrizioni a seconda della loro cittadinanza. Possiamo quindi concludere nel senso che lo straniero ha in ogni caso la capacità giuridica di costituire associazioni o di esserne membro, senza che su questo diritto possa in alcun modo interferire l'art. 16 delle Preleggi. Talvolta

[11] Facciamo riferimento al ruolo dei trattati ed al loro rapporto con l'art. 16 Prel.

si assiste a pregevoli disquisizioni basate sulla Carta Costituzionale, dove però si assiste a qualche omissione nei riguardi del diritto europeo. Omissioni che riflettono un atteggiamento culturale che potrebbe non essere d'utilità all'imprescindibile ammodernamento del Paese.

4) Diritti fondamentali e diritto di famiglia

Di recente, Cassazione, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184 ha affermato: "*Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici; anche ai sensi dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza del 24 giugno 2010, "Schalk e Kopf c. Austria"), la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio. (Fattispecie relativa a cittadini italiani dello stesso sesso, i quali, unitisi in matrimonio nei Paesi Bassi, avevano impugnato il rifiuto di trascrizione dell'atto, opposto dall'ufficiale di stato civile italiano; la S.C., in applicazione del principio, pur respingendo il ricorso degli sposi, ha corretto la motivazione del decreto della Corte territoriale, che aveva legittimato il rifiuto di trascrizione dell'atto in difetto della sua "configurabilità come matrimonio"). Le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.*

La Corte perviene ad una prima conclusione circa la più generale questione se la Repubblica italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso, al pari di quelle di sesso diverso, il diritto fondamentale di contrarre matrimonio, asserendo che la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, pur negando specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso, ha tuttavia affermato: che nelle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., è inclusa "l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia"; che fermo il riconoscimento e la garanzia di tale diritto "inviolabile", "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette", e che, tuttavia, resta "riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)", potendo accadere che, "in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia

omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

La Cassazione richiama la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010 la quale ha affermato anche che "la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8", e che "Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione".

La Suprema Corte sostiene che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.

La S.C. soggiunge che se nel nostro ordinamento è compresa una norma – l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte Europea -, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi, ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per cosi dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio.

In realtà, non è sicuro che spetti alla Cassazione decidere se la diversità di sesso dei coniugi sia superata o meno; quel che rimane è, invece, l'affermazione che la mancanza di previsione di un qualsiasi modulo giuridico di convivenza fra persone dello stesso sesso viola il diritto alla protezione della vita familiare. Se ne potrebbero trarre interessanti

conseguenze nei riguardi dell'ordine pubblico internazionale, ma la sentenza preferisce esprimersi nei riguardi di inesistenza, nullità ed inidoneità, anche se tutto ciò forse non era indispensabile.

Emanuele Calò
Dirigente Ufficio Studi Consiglio Nazionale del Notariato

ANTONIO DOMINGUEZ MENA

I MATRIMONI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: L'ESPERIENZA SPAGNOLA

Los temas que se tratan en la exposición que sigue a continuación, lo han sido basándose en disposiciones legales, datos estadísticos y la experiencia personal del exponente, con la intención de elaborar una crítica "divertente" de la forma de actuar del legislador español en estas materias, sin ánimo de ofender a nadie.

Gli argomenti oggetto dell'esposizione seguente sono stati trattati ed elaborati sulla base di disposizioni di legge, dati statistici e della personale esperienza dell'oratore allo scopo di avanzare una critica "simpatica" al modo di agire del legislatore spagnolo in tale ambito senza la benché minima intenzione di offendere nessuno.

1. LA SITUAZIONE DEI MATRIMONI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO IN SPAGNA (LEGGE 13/2005, DEL 1º LUGLIO).

A seguito dell'approvazione della legge del 1º luglio 2005, entrata in vigore due giorni dopo, viene introdotto in Spagna il matrimonio tra persone dello stesso sesso; tale legge era stata approvata durante la prima legislatura del Governo Zapatero con 187 voti a favore e 147 contrari (compreso quello dell'attuale Presidente Rajoy). Prendeva così forma una delle promesse elettorali di Zapatero che dichiarava che con tale legge si dava vita a "*un Paese più dignitoso perché una società dignitosa non umilia nessuno che ne faccia parte*" e aggiungendo che, all'esempio spagnolo avrebbero fatto seguito "*molti altri Paesi spinti da due forze inarrestabili: la libertà e l'uguaglianza*".

Nel corso dell'intera campagna precedente l'approvazione della legge, i sostenitori della medesima dichiararono che con tale legge sarebbero state soddisfatte le aspirazioni di circa il 5-10% della popolazione spagnola.

Tuttavia, come vedremo più avanti, due "giudici infallibili" ovvero il Tempo (che con il suo divenire evidenzia i successi e gli errori delle decisioni prese) e la Matematica (che con i suoi dati statistici li corrobora) hanno rivelato che la legge non ha ottenuto il successo prefigurato.

In Spagna, questa legge aveva suscitato – e tuttora suscita – un'accesa polemica. In ogni caso, per comprendere la situazione attuale, è opportuno risalire agli anni novanta. Nel 1995, il Partito Popolare – allora all'opposizione mentre era al governo il Partito Socialista

guidato da Felipe González - aveva presentato delle proposte per regolamentare il "contratto di unione civile" che, in ultima analisi, si traduceva nel dare un quadro giuridico alle coppie che convivevano a prescindere dal loro orientamento sessuale – senza nemmeno ipotizzare che tale contratto potesse essere mai definito come *matrimonio*. Il 3 marzo 1996, Aznar vinse le elezioni politiche che lo portarono alla Presidenza del Governo e per gli 8 anni delle sue due legislature, non venne mai approvata la norma proposta, benché nei quattro anni della seconda legislatura abbia governato con la maggioranza assoluta, ragione per cui andò persa l'occasione di regolamentare questo tipo di unioni, evitando la definizione di *matrimonio*, un aspetto che, d'altro canto, e a dispetto di quanto sostenuto dalle molte leggi, non può essere etimologicamente definito *matrimonio*. È proprio nella denominazione che riceve l'unione tra persone dello stesso sesso che risiede il vero problema.

Noi, in quanto giuristi, dovremmo essere i primi a criticare la pessima pratica di attribuire denominazioni scorrette a rapporti giuridici che non sono tali, tenendo presente che una specifica denominazione tecnico-legale comporta un certo regime giuridico, esattamente come una specifica diagnosi implica una determinata cura. Un triste esempio: sappiamo tutti che una compravendita consiste nella consegna di qualcosa in cambio di un certo prezzo, tuttavia se il qualcosa viene consegnato senza l'obbligo di corrispondere una somma, sappiamo altrettanto bene che tale transazione tutto è meno una compravendita.

Ci troviamo dinanzi al fatto che, anche a livello secolare, il matrimonio è un'istituzione la cui natura eterosessuale è – e continua ad essere – una connotazione distintiva, essenziale, un requisito *sine qua non*, che non abbisogna di spiegazioni ulteriori e della quale chiunque, giurista o meno, può dedurre autonomamente diritti e doveri.

I Decretali di Gregorio IX definivano già il matrimonio ricorrendo ad una descrizione abbastanza semplice: "*Per la donna, il bambino è, prima del parto, oneroso; doloroso durante il parto e dopo il parto gravoso, ragione per cui il legame legittimo tra uomo e donna viene definito matrimonio (dal latino mater-ris, e munus-eris, servizio, o anche onus-eris –onere-, un onere per la donna), prima ancora che patrimonio (pater-ris, munus-eris, servizio, o anche onus-eris, onere per l'uomo)*". Oggi, chiunque è in grado di operare un distinguo tra il significato di matrimonio e quello di patrimonio e senza fatica. Il canone 1055 del Codice di Diritto Canonico stabilisce l'eterosessualità del medesimo in modo imperativo.

Ovviamente, il legislatore spagnolo era ben conscio di tutti questi aspetti e per tale ragione la sua Esposizione dei Motivi della Legge è davvero degna di nota nel suo fornire spiegazioni di ogni tipo nel tentativo di giustificarsi, poiché, in realtà per quel che concerne il testo di legge, è sufficiente aggiungere un paragrafo ad un articolo del Codice Civile per modificare un'intera istituzione. Trascrivo alcuni paragrafi di detta Esposizione perché la tecnica utilizzata nel tentativo di convincere chi convinto non è dell'opportunità di ciò che si intende fare, è davvero alquanto simpatica.

Le prime righe recitano: "*Il rapporto e la convivenza di coppia, basata sull'affetto, è espressione*

genuina della natura umana e costituisce un importante canale per lo sviluppo della personalità che la nostra Costituzione definisce come uno dei pilastri dell'ordine politico e della pace sociale. Di conformità con tutto ciò, una manifestazione esplicita di tale rapporto, quale il matrimonio, è prevista dalla Costituzione, all'Art. 32 e considerata in termini di giurisprudenza costituzionale, come un'istituzione giuridica socialmente rilevante che permette di vivere in comune la vita di coppia... Tuttavia, al legislatore non è certo dato di ignorare l'evidenza: ovvero che la società si evolve con diverse modalità di concepire e riconoscere modelli di convivenza diversi, e, per tale ragione, il legislatore, deve agire di conseguenza onde evitare ogni possibile spaccatura tra il Diritto e i valori della società i cui rapporti è chiamato a regolare. In tal senso, non c'è dubbio che la realtà sociale spagnola dei giorni nostri sia divenuta molto più ricca, plurale e dinamica rispetto alla società che ha dato vita al Codice Civile del 1889. La convivenza in coppia tra persone dello stesso sesso basata sull'affettività è riconosciuta e accettata socialmente in maniera crescente superando pregiudizi radicati e infamanti. Oggi, è ammesso senza difficoltà che tale convivenza è un mezzo mediante il quale si sviluppa la personalità di un cospicuo numero di persone ... Tale percezione non è un fenomeno limitato alla società spagnola e interessa ambiti ben più vasti come indicato dalla Risoluzione del Parlamento Europeo dell'8 febbraio 1994, in cui viene espressamente chiesto alla Commissione Europea di presentare una proposta di raccomandazione onde metter fine al divieto di contrarre matrimonio alle coppie appartenenti allo stesso sesso garantendo loro tutti i diritti e i vantaggi derivanti da tale istituzione".

Più avanti cita come fondamenti costituzionali di questo "nuovo" matrimonio il sostegno dell'effettiva uguaglianza dei cittadini nella libera espressione della propria personalità (articoli 9.2 e 10.1 della Costituzione), la difesa della libertà per quel che attiene alle modalità di convivenza (art. 1.1), e l'introduzione di un contesto di reale uguaglianza in termini di diritto escludendo ogni eventuale discriminazione basata sul genere (art. 14). E aggiunge: "*La regolamentazione del matrimonio che viene così ad instaurarsi cerca di dare risposta ad una realtà tangibile i cui cambiamenti sono stati pienamente accettati dalla società spagnola grazie al contributo di categorie che hanno a lungo difeso la piena equiparazione dei diritti di ognuno a prescindere dall'orientamento sessuale*".

Nella tabella sotto riportata è desumibile come in realtà la società spagnola abbia assimilato tale cambiamento, e come in realtà il numero di persone che sono ricorse alla legge non arrivi, nemmeno lontanamente, al numero ipotizzato. In ultima analisi, il Tempo e la Matematica hanno messo in rilievo e quindi smentito coloro che dichiaravano che questa legge avrebbe dato soddisfazione alle aspirazioni di circa il 5-10% della popolazione spagnola.

Anno	Matrimoni tra uomini	Matrimoni tra donne	Matrimoni tra persone dello stesso sesso	Totale matrimoni	% matrimoni tra persone dello stesso sesso
2005 (da luglio)	923	352	1.275	120.728	1,06
2006	3.190	1.384	4.574	211.818	2,16
2007	2.180	1.070	3.250	203.697	1,60
2008	2.299	1.250	3.549	196.613	1,81
2009	2.212	1.200	3.412	175.952	1,94
2010	2.216	1.367	3.583	170.815	2,10
2011 (primo semestre)	1.078	718	1.796	70.524	2,55
TOTALI			21.439	1.150.147	1,86

Fonte: Instituto Nacional de Estadística[1].

Pur senza avere la pretesa di offrire dati esaurienti e senza entrare in dettagli statistici, grazie ad alcune semplici operazioni, la sintesi della tabella sopra esposta è eloquente: 21.439 matrimoni tra persone dello stesso sesso su un totale di 1.150.147 matrimoni, rappresentano l'1,86% del totale; in termini demografici, partendo dal presupposto che la popolazione spagnola ammonta a 47.190.493 di abitanti – al 31 Dicembre 2011, secondo il Reale Decreto 1782/2011, del 16 Dicembre, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17-XII-2011, e se teniamo conto del fatto che 21.439 matrimoni equivalgono a 42.878 abitanti (21.439 x 2), il totale della popolazione che ha fatto ricorso alla legge in questione è in termini percentuali pari allo 0,09%.

Il fatto è, che a livello pratico, non tutte le persone destinatarie della legge sono convinte della sua opportunità. A titolo di esempio, posso citare che quando ho ricevutto scritture per la separazione dei beni precedenti il matrimonio di persone dello stesso sesso, gli interessati (*inter nos*) pongono questioni e domande che mai erano state poste quando i richiedenti erano di sesso opposto. Analogamente, la sottoscrizione di una scrittura per la separazione dei beni richiede di norma poco tempo, tuttavia, nei casi di persone dello stesso sesso si prolunga per oltre un'ora, poiché, in realtà, questa legge fa quasi si che molti dei destinatari cui si rivolge "si sentano obbligati a sposarsi" (non diciamo forse ai nostri figli, "*dopo tutto il piangere che hai fatto perché te lo compressi ora non lo vuoi più?*").

Nonostante quanto affermato, la legittimità attuale di questi matrimoni è garantita dal vigente Art. 44 del Codice Civile, cui è stato sufficiente aggiungere un paragrafo semplice quale è il seguente: "*Il matrimonio avrà i medesimi requisiti ed effetti quando i due contraenti sono dello stesso o di diverso sesso*". In altri articoli ciò che è stato fatto è sostituire ogni riferimento a marito-moglie, uomo-donna, con il termine "coniugi".

[1] N.d.T. L'istituto spagnolo omologo dell'ISTAT.

Ad oggi, la Legge 13/2005 è in attesa del responso relativo al ricorso per anticostituzionalità della medesima – che non ne ha sospeso gli effetti – avanzato dal Partito Popolare ora al governo. Paradossalmente, questo Partito, che ha ottenuto la maggioranza assoluta, potrebbe derogare la legge senza troppa fatica, tuttavia, politicamente gli è più conveniente aspettare un responso della Corte Costituzionale. Inoltre, da un punto di vista strettamente giuridico, una deroga non avrebbe effetti retroattivi in quanto non lo consente l'Art. 9.3 della Costituzione in rapporto all'Art. 2 del Codice Civile, mentre una dichiarazione di incostituzionalità potrebbe invece sentenziare che tali "matrimoni" non sono mai esistiti, né hanno prodotto effetti, quale conseguenza degli effetti *ex tunc* della sentenza, anche se, va detto, una tale circostanza porrebbe un'infinita serie di problemi di ordine pratico, tra i quali in particolare tutto l'ambito inerente il diritto successorio.

La ragione in primis per cui è stato avanzato un ricorso di incostituzionalità è da ricercarsi nell'art. 32 della Costituzione spagnola che recita: "*l'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio sulla base di una piena uguaglianza giuridica",* da cui si desume che l'eterosessualità è caratteristica essenziale di questa istituzione. Va inoltre sottolineato come a differenza di altri articoli della Costituzione dove si utilizzano espressioni come "*gli spagnoli sono uguali*" (art. 14), "*tutti hanno diritto"* (articoli 15, 24.2 e 28), *"ogni persona ha diritto"*(art. 17), *"gli spagnoli hanno diritto"* (art 19), *"i cittadini hanno il diritto"* (art. 23), "*si riconosce il diritto"* (articoli 21, 22, 33 e 34), "*tutte le persone hanno diritto"* (art. 24), "*tutti hanno il diritto"* (art. 27), "*tutti gli spagnoli avranno il diritto"* (art. 29) o "*gli spagnoli hanno il diritto"* (art. 30), l'art. 32 non usa un nome riferito ad una collettività, un sostantivo determinativo indefinito o un'espressione impersonale, bensì in modo intenzionale usa i sostantivi maschile e femminile "*uomo"* e *"donna",* in quanto considera l'assetto matrimoniale come rapporto giuridico in cui la diversità di sesso tra i contraenti è la base dell'istituzione. Va fatto presente come si tratti dell'unico articolo della Costituzione ad utilizzare tale terminologia.

Speriamo quindi che la Corte Costituzionale si pronunci presto – benché l'attesa duri ormai da sei anni.

2. QUALI SONO GLI EFFETTI DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO IN RAPPORTO ALL'ADOZIONE?

La medesima Legge 13/2005 di cui ci stiamo occupando ha provveduto a modificare alcuni articoli del Codice Civile relativi all'adozione, adeguandosi ai dettami dell'Esposizione dei Motivi, specificando che gli effetti del matrimonio sarebbero stati gli stessi in ogni ambito a prescindere dal sesso dei contraenti, prevedendone così la possibilità di esercitare la pratica dell'adozione e affinché la identità sessuale dei coniugi non costituisse un ostacolo. È stato così soppresso dall'art. 178.2. 2º il riferimento al diverso sesso dell'adottante rispetto al genitore, nel caso in cui solo uno dei genitori venisse legalmente definito.

Per tale ragione, è assolutamente possibile per una coppia dove i coniugi sono dello stesso sesso, adottare a parità di condizioni con ogni altra coppia coniugata, poiché l'adozione da parte di più di una persona è concessa solo quando avviene in modo congiunto o successivo da parte di entrambi i coniugi (art. 175.4).

Ovviamente, gli effetti della filiazione adottiva sono identici a quelli della filiazione naturale (art. 108 del Codice Civile).

3. "L'UTERO IN AFFITTO" IN SPAGNA. GLI EFFETTI.-

La Spagna vieta il contratto di gestazione per sostituzione o di sostegno, altresì conosciuta come "utero in affitto" o "madre surrogata". Ne fa espresso divieto la Legge 14/2006, del 26 maggio riguardante le Tecniche di Riproduzione Assistita, all'Art. 10: "*1. Il contratto in base al quale venisse concordata la gestazione, con o senza compensazione economica, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna in favore del contraente o di terzi, verrà considerato nullo a pieno diritto. 2. La filiazione dei figli nati mediante gestazione di sostegno verrà determinata in base al parto*".

Non solo viene dichiarata la piena nullità di tale contratto, viene anche stabilito, onde evitare ogni possibile dubbio, che in ogni caso, la filiazione sarà determinata dal parto e non dall'accordo.

Tuttavia, come è noto, chiunque intenda perseguire quanto vietato dall'ordinamento spagnolo, può far ricorso a luoghi diversi dove tale situazione è contemplata, come ad esempio la California (U.S.A.). Conoscere il procedimento è alquanto semplice: basta visitare alcuni siti web dove sono presenti tutte le informazioni – anche sotto il profilo economico che parte da un costo di 70.000 euro per un periodo massimo di circa 18 mesi inclusi i 9 della gestazione.

I problemi in Spagna per coloro che ricorrono a tale figura, iniziano quando vogliono iscrivere il soggetto nato presso l'Anagrafe spagnola, in quanto i responsabili di tale servizio sono tenuti a verificare che vengano rispettati alcuni requisiti regolamentati dall'Ordinamento delle Anagrafi e dal relativo Regolamento.

A tale riguardo, è opportuno citare l'Istruzione della Direzione Generale degli Uffici Anagrafe e del Notariato del 5 Ottobre 2010 (Gazzetta Ufficiale dello Stato Spagnolo del 7 Ottobre), che il Ministero della Giustizia dovette dettare al fine di uniformarsi alle dichiarazioni giudiziarie che su tale questione specifica si registrarono nella Comunità Valenciana e che prevedevano, semplicemente, l'applicazione della legge che vieta la gestazione di sostegno.

Il caso all'origine di tali sentenze e successivamente dell'Istruzione, era quello – in sintesi – di una coppia integrata da due uomini spagnoli coniugatisi nell'ottobre 2005 che si erano rivolti all'Ufficio Anagrafe Consolare di Los Angeles (U.S.A.) per iscrivervi la nascita di due bambini in quanto figli della coppia suddetta, fornendo come documento giustificativo della loro richiesta di filiazione un certificato della contea di San Diego in cui gli stessi,

figuravano come genitori dei bambini; l'Anagrafe Consolare negò l'iscrizione sostenendo che si trattava di una gestazione di sostegno vietata dalla legge spagnola in base alla quale la gestante doveva essere considerata come la madre dei bambini. Gli interessati si rivolsero alla Direzione Generale delle Anagrafi e del Notariato – ente dipendente dal Ministero della Giustizia governato dal Presidente Zapatero –, e la Direzione Generale accolse il ricorso disponendo l'iscrizione. Tuttavia, la Procura fece ricorso contro tale decisione e il Tribunale di Primo Grado numero 15 di Valencia (Sentenza del 15 Settembre 2010), e successivamente il Tribunale Provinciale di Valencia (Sentenza del 23 Novembre 2011) revocarono la decisione della Direzione Generale (l'argomentazione addotta dalla DGRN era che il certificato anagrafico californiano dove venivano indicati come genitori dei bambini i due uomini spagnoli era un documento pubblico autorizzato da un'autorità straniera e, quindi, equipollente al certificato spagnolo agli effetti dell'iscrizione prevista all'Art. 81 LRC). Tali sentenze, applicano delle semplici argomentazioni legali, senza far ricorso a costruzioni forzate, per impedire l'iscrizione dei nati mediante un "utero in affitto". In sintesi, tali argomentazioni si basavano su:

a) L'art. 10 della Legge sulle Tecniche di Riproduzione Assistita, che vieta il contratto di gestazione di sostegno;

b) Il certificato anagrafico californiano non adempie ai requisiti richiesti dalla legge spagnola, poiché l'art. 23 dell'Ordinamento delle Anagrafi prevede che il documento straniero serva da titolo per l'iscrizione della nascita, "*purché non sussistano dubbi sull'autenticità del fatto riportato e della sua legittimità di conformità alla legge spagnola*", circostanze queste non presenti visto che benché il certificato californiano indicasse come genitori i due uomini, così non è, né potrebbe esserlo agli effetti pratici in quanto biologicamente impossibile;

c) È dovere del responsabile dell'ufficio anagrafe spagnolo verificare il rispetto della legge spagnola, ragione per cui la stessa, non viene rispettata alla luce della violazione dell'Art. 10 della Legge sulle Tecniche di Riproduzione Assistita;

d) Di contro non viene in alcun modo infranto l'ordine pubblico internazionale, né quello spagnolo con tale soluzione e non vengono nemmeno fatti oggetto di discriminazione i matrimoni contratti tra soggetti di sesso maschile, in quanto la soluzione della sentenza sarebbe stata la stessa se lo stesso intento fosse stato perseguito da due donne o da un uomo e una donna. Nella sentenza viene citato un caso del tutto simile applicato dal consolato francese di Los Angeles. In ultima analisi, non viene nemmeno leso l'interesse del minore e la soluzione adottata si limita, in definitiva, a difenderne la dignità, evitando che i bambini siano oggetto di commercio.

Alla luce di quanto sopra illustrato, l'Istruzione del 5 Ottobre 2010 (denominata di "regime anagrafico dei nati mediante gestazione di sostegno"), per iscrivere tali nascite presso l'Anagrafe Civile spagnola, esige che la risoluzione dettata da un Tribunale straniero e determinante la filiazione del soggetto nato sia oggetto di *exequatur,* a meno che una

Convenzione Internazionale dispensi dal rispetto di tale requisito. Nei casi in cui si richieda l'iscrizione tramite una risoluzione giudiziale derivante da un processo di giurisdizione volontaria analogo a un processo spagnolo, sarà necessario verificare il rispetto dei seguenti requisiti: *a) La regolarità e autenticità formale* della risoluzione giudiziale straniera e dei documenti presentati; *b) che il Tribunale d'origine che ha emanato tale risoluzione basi la propria competenza giudiziaria internazionale su criteri equivalenti a quelli della legislazione spagnola*; *c) che siano stati garantiti i diritti processuali delle parti*, in particolare quello della madre gestante; *d) che non ci sia stata violazione dell'interesse superiore del minore e dei diritti della madre gestante* (in particolare, andrà verificato che la madre abbia acconsentito in modo libero e volontario, in totale assenza di errori, dolo o violenza e che disponga della sufficiente capacità naturale) ed *e) che la risoluzione giudiziaria sia definitiva e che i consensi espressi siano irrevocabili o, qualora esistesse un termine per un'eventuale revoca, che tale termine sia trascorso*.

Per quanto attiene agli effetti provocati dalla filiazione dei soggetti nati in tal modo, una volta che tale filiazione è stata legalmente stabilita, produce gli stessi effetti di qualunque altra filiazione in base al principio di uguaglianza delle filiazioni.

4. EFFETTI DEI MATRIMONI TRA PERSONE DELLO STESO SESSO E DEI SOGGETTI NATI MEDIANTE "UTERO IN AFFITTO" SUL DIRITTO SUCCESSORIO.-

In realtà, tutto quanto sopra esposto, rende poco rilevanti queste due questioni, poiché, una volta che la legge consente questo tipo di matrimoni, nonché l'iscrizione dei soggetti nati da una "madre surrogata" purché adempienti nei confronti dei requisiti giudiziari attribuiti alla filiazione, tali coniugi e figli godono di pari condizioni rispetto ad ogni altro coniuge e figlio nell'elenco degli eredi legittimi, il che è conseguenza diretta dell'applicazione dei principi di uguaglianza dinanzi alla legge. Inoltre, nel Diritto Spagnolo, il ricorso all'impugnazione della filiazione è limitato a una ristretta cerchia di persone e non ritengo che possano essere facilmente accolte eventuali procedure di impugnazione.

Tuttavia, riguardo tali matrimoni, va rilevata una questione che potrebbe essere importante. Se la legge che li consente venisse dichiarata incostituzionale e venisse espressamente stabilito l'effetto e*x tunc* di tale dichiarazione di incostituzionalità (che è ciò che di solito intende la dottrina come effetto di tale dichiarazione e che sarebbe del tutto normale poiché una norma post-costituzionale successivamente dichiarata incostituzionale è come se mai fosse esistita nell'ordinamento, in quanto, in realtà, sin dall'inizio ha violato la Costituzione, e non ci troveremmo in questo caso dinanzi ad una circostanza di incostituzionalità sopravvenuta), cosa succederebbe con le successioni aperte da quando la legge è in vigore fino alla dichiarazione di incostituzionalità?

Si tratta di un problema che potrebbe essere avanzato con relativa facilità, in quanto nella

successione testamentaria i coniugi sono reciprocamente eredi legittimi di un usufrutto parziale di quantità variabili in base alle circostanze, quindi si aprirebbe un problema per tutte le successioni tra coniugi. Per i casi di successione legittima in cui il testatore non ha parentela discendente o ascendente ma ha dei fratelli in vita, il coniuge è considerato erede preferenziale rispetto ai collaterali, ovvero, il Codice Civile attribuisce la totalità della successione legittima al coniuge. Prendiamo l'esempio di una successione aperta nel 2010 con il coniuge come erede legittimo e che la legge venisse dichiarata incostituzionale nel 2012 stabilendone altresì la retroattività, tale coniuge non sarebbe più tale e quindi perderebbe la sua condizione di erede legittimo. Sarebbe auspicabile che la nostra Corte Costituzionale, se mai decidesse di dichiarare l'incostituzionalità della legge, ci renda le cose facili, dichiarando in modo esplicito la retroattività o meno della stessa, poiché i problemi pratici sarebbero alquanto significativi.

5. EFFETTI DEI MATRIMONI CELEBRATI IN SPAGNA TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO NEGLI ALTRI PAESI.-

Su questo punto radica uno dei problemi più importanti della legge per lo scarso apprezzamento (direi quasi disprezzo) che sembra riscuotere la legge spagnola e, più concretamente, la nostra precedente Direzione Generale delle Anagrafi e del Notariato, da parte dei Paesi in cui tale situazione non è consentita. Tuttavia, va segnalato come, per "dare una mano" ai consoli spagnoli all'estero, viene loro espressamente indicato di astenersi dall'autorizzare tali matrimoni nel caso in cui la legge dello Stato ricettore non le permette, in base ai principi di rispetto e di non violazione dell'ordinamento giuridico del Paese di accoglienza, come si desume dell'art. 5. f) della Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963, sui Rapporti Consolari.

La Risoluzione Circolare del 29 luglio 2005 (Gazzetta Ufficiale dell'8 agosto) è la dottrina che imparte istruzioni precise ai responsabili degli Uffici Anagrafe sul modo di procedere nel caso in cui uno o entrambi gli interessati a contrarre tale matrimonio siano cittadini di un altro Stato. Questa disposizione cerca di convincere con argomentazioni forzate qualcosa di difficile, sostenendo come uno degli elementi centrali di tale argomentazione il semplice fatto che tra gli impedimenti del matrimonio – tradizionalmente contemplati come assoluti o relativi – in quanto la proibizione poteva essere assoluta e impedire il matrimonio con chiunque (morte dolosa del coniuge di uno dei due o della parentela) o solo con alcune persone (età o consanguineità)-, non figuri come impedimento l'identità sessuale e come questo aspetto non sia compreso neanche tra le cause di nullità del matrimonio.

Effettivamente, le cose stanno così, ma l'istituzione del matrimonio, concepita per secoli come unione eterosessuale, non ha mai avuto bisogno di tale precisazione.

Per evitare di tediare eccessivamente chi mi ascolta, l'art. 9.1 del Codice Civile afferma in modo esplicito che la legge applicabile ad ogni individuo è quella determinata dalla sua nazionalità e che tale legge verrà applicata alle facoltà in generale di questi e a quella

matrimoniale in particolare. Tuttavia, tale criterio, che indicherebbe chiaramente di rifiutare in Spagna il matrimonio a due stranieri del medesimo sesso, o dove solo uno dei contraenti fosse spagnolo, viene sfumato nella medesima Risoluzione Circolare adducendo che ci troviamo di fronte ad una lacuna legale che permette di ricorrere ai principi dell'ordine pubblico internazionale spagnolo per poter negare l'applicazione della legge straniera quando questa contraddice i parametri della legge spagnola.

Non ci troviamo d'accordo con questa affermazione. Se la legge applicabile all'individuo è determinata dalla nazionalità e tale legge ne regola le facoltà, è chiaro che lo status personale, in ultima analisi, se il Paese la cui sovranità si proietta sull'individuo in questione, non permette tale tipo di matrimonio, non dovrebbe essere un altro Paese a consentire a tale individuo ciò che il Paese di cui è cittadino gli proibisce. La stessa Risoluzione Circolare sembra comprendere che è proprio ciò che succederà quando afferma che "*saranno le autorità straniere a decidere se il matrimonio contratto in Spagna tra persone dello stesso sesso avrà effetti nel proprio Paese oppure no quando lo stesso risultasse contrario al proprio ordine pubblico internazionale. Sembra che tale tesi sia la più corretta visto il silenzio della Legge 13/2005 per quel che concerne i presupposti internazionali del matrimonio tra persone dello stesso sesso*". Tuttavia, come è evidente, tali matrimoni sono si accettati in Spagna e avranno i medesimi effetti di qualunque altro matrimonio.

Ora, cosa succede nelle procedure di successione in cui va applicata la legge nazionale del soggetto straniero deceduto sposato in Spagna con una persona del suo stesso sesso, se muore senza aver fatto testamento e possiede beni in Spagna?

Pensiamo ad una cittadina italiana sposata con una cittadina spagnola con figli e una casa di proprietà a Madrid che muore senza aver fatto testamento.

In questi casi, la competenza per poter dichiarare quali siano gli eredi legittimi è compito del notaio, almeno per quanto attiene i beni in Spagna. Per consultare i dettagli di tale circostanza, ci si potrà collegare con il link della Fondazione del Notariato (http://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=28/2804&mn=1&qry=antonio dominguez mena&pg=1&lbr=), dove è pubblicato un lavoro presentato in occasione di un Seminario Formanote tenutosi a Treviso nel 2010.

Il notaio è tenuto a dichiarare eredi coloro che lo sono in base alla legge nazionale del defunto; in tal caso l'aggravante è che la legge nazionale non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il notaio spagnolo deve applicare la legge nazionale del defunto (*de cuius*) con tutte le conseguenze del caso e quindi respingere come erede legittimo il coniuge se lo fosse? O deve invece applicare l'ordine pubblico spagnolo al fine di non discriminare per ragioni di sesso le coppie formate da coniugi dello stesso sesso? Ancora una volta vengono messi alla prova la prudenza e il buon senso del notaio a causa delle lacune della legge, un aspetto che si sarebbe potuto sanare aggiungendo una norma di Diritto Internazionale Privato alla Legge 13/2005.

Sarà quindi ogni Paese nello specifico a decidere quali effetti dare a questo tipo di matrimoni quando provocasse dei rapporti giuridici nel proprio Paese, aspetto che contribuisce all'insicurezza giuridica che una medesima situazione possa dar luogo a soluzioni diverse per il semplice fatto che uno Stato terzo decide di attribuire a un cittadino diritti che lo stato di appartenenza gli nega attraverso un'azione che rappresenta un chiaro sconfinamento.

Risulta quanto mai curioso che il Codice Civile spagnolo, all'Art. 733, redatto moltissimi anni fa, riporti un chiaro esempio di disapprovazione di un comportamento permesso in un altro Paese e non consentito in Spagna: "*Sarà privo di valore in Spagna il testamento coniuntivo, vietato dall'Art. 669, che un cittadino spagnolo potrà sottoscrivere in un Paese straniero anche qualora le leggi della Nazione in cui venisse sottoscritto lo consentissero*".

Questa chiara affermazione del principio, piuttosto semplice (sta a significare che è vietato agli spagnoli, a prescindere dal Paese in cui venga conferito il diritto e anche quando tale Paese lo consente), sembra prevedere ciò che succederà in altri Paesi quando è la Spagna ad autorizzare ciò che non è permesso.

Nota: La Corte Costituzionale spagnola alla fine del 2012 ha dato il definitivo via libera alle nozze gay bocciando il ricorso presentato nel 2005 dal Partito Popolare, e stabilendo che la legge sul matrimonio Omosessuale è costituzionale.

Antonio Dominguez Mena
Notaio in Madrid
(traduzione a cura di Rossana Ottolini dell'associazione
Milano Interpreti Società Cooperativa r.l.)

CARLO ALBERTO MARCOZ

UN CASO PRATICO: IL PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ (PACS) FRANCESE

Disciplina normativa del PACS, Pacte civil de solidarité

Il PACS è regolato nel Libro I del *Code Civil* francese, "Delle persone" – dagli articoli 515-1 e seguenti ed è definito come "un contratto concluso da due persone maggiorenni, di sesso differente o del medesimo sesso, per organizzare la loro vita comune"; esso prevede, in estrema sintesi:

- l'impegno a una vita comune, aiuto materiale e assistenza reciproca
- la solidarietà per le obbligazioni assunte da uno dei partner per i bisogni della vita quotidiana

È espressamente vietato tra ascendenti, discendenti, collaterali fino al 3 grado, affini in linea retta e nel caso in cui uno dei due partner sia già coniugato o già parte di un altro PACS.

Tali divieti ne rendono evidente la natura di accordo diretto a disciplinare la vita familiare, facendo risaltare le similitudini anche con l'istituto del matrimonio, dal quale tuttavia in base alla normativa francese resta nettamente distinto.

Formalità per la conclusione del PACS

Il patto può essere concluso mediante dichiarazione congiunta resa al Cancelliere del Tribunale di residenza comune (o di uno dei partner), producendo la convenzione già sottoscritta (che nel formato standard è facilmente reperibile anche sul *web*).

Può anche essere concluso per atto notarile: il Notaio riceve la dichiarazione congiunta e procede alle formalità conseguenti, conservando l'atto del quale potrà rilasciare copie (il costo varia tra 300 e 600 euro, di cui 125 circa per la registrazione).

Il PACS così concluso è soggetto a registrazione e menzione a margine dell'atto di nascita delle parti (per gli stranieri è stato istituito un apposito Registro presso il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi).

All'estero è ricevibile direttamente dagli agenti diplomatici e consolari francesi, purché uno dei due partner sia di nazionalità francese; ai nostri fini è opportuno sottolineare che invece, se stipulato in Francia, non ci sono limiti di nazionalità: è quindi praticamente possibile che due italiani residenti in Francia concludano validamente, per la legge francese, un PACS.

L'effetto tra le parti decorre dalla registrazione, mentre l'opponibilità ai terzi è

data dalla pubblicità effettuata mediante la menzione a margine dell'atto di nascita.

Le stesse formalità devono essere osservate per le convenzioni modificative o estintive.

Regime patrimoniale dei partner

Per i PACS stipulati a partire dal 1 febbraio 2007, il regime legale è di sostanziale separazione dei beni.

Le parti hanno però la possibilità di scelta, da effettuarsi in sede di conclusione del patto o con convenzione modificativa successiva, di un regime di comunione degli acquisti effettuati insieme o separatamente, con poteri di amministrazione modellati come per le comunioni in genere e, per richiamo, in base alla comunione tra coniugi (che, per quanto qui rilevante, prevede il consenso congiunto per disporre di diritti reali immobiliari).

Altri diritti e doveri; successione

Il PACS attribuisce inoltre alle parti reciprocamente alcuni diritti e doveri specifici, tra i quali meritano segnalazione:

- l'esistenza di un PACS è elemento di valutazione quale legame esistente in Francia per ottenere un permesso di soggiorno (ma non è condizione sufficiente);
- relativamente all'alloggio di residenza comune: se l'immobile è goduto in locazione, in caso di decesso o abbandono del titolare, il partner ha diritto al trasferimento del contratto; se di proprietà, in caso di decesso del titolare il partner ha diritto di godimento gratuito per un anno;
- alcuni diritti in materia di assicurazioni e relativi ai rapporti di lavoro (permessi e simili);
- imposizione fiscale comune dopo il primo anno dalla conclusione del patto;
- nessun diritto al nome;
- nessun diritto sulla successione; il partner non è erede dell'altro contraente per legge; in caso di presenza di legittimari, può ricevere per testamento solo la quota disponibile;
- se viene istituito come erede testamentario, ha diritto ad esenzioni sull'imposta di successione (dal 2007 pari a quelle delle coppie sposate).

Scioglimento

Il PACS si scioglie automaticamente per morte o per matrimonio di uno dei partner (viene effettuata comunicazione dell'evento dagli uffici dello Stato Civile al Cancelliere o al Notaio che ha ricevuto il PACS, che procede a registrazione e pubblicità).

Inoltre il patto si scioglie per dichiarazione congiunta dei partner o per decisione unilaterale di uno dei due contraenti notificata all'altro.

A seguito dello scioglimento, i partner procedono di comune accordo alla regolamentazione e alla liquidazione di beni e diritti; in caso di disaccordo, il giudice (*Tribunal de Grande Instance*) decide sulle conseguenze patrimoniali e sugli eventuali danni.

Qualche numero
PACS nel 2008: 144.700 a fronte di 265.000 matrimoni.
Nel medesimo 2008, i PACS tra eterosessuali superano quelli tra omosessuali.
Al 1 gennaio 2010 i PACS superano il numero di 1mln



Proposta di un CASO PRATICO

Al Notaio italiano oggi, in considerazione della rilevanza e diffusione del PACS, potrebbe presentarsi il caso della richiesta di ricevimento di un atto di acquisto di un immobile sito in Italia, da parte di due soggetti che hanno stipulato un PACS con previsione del patto di indivisione, magari con contestuale mutuo ipotecario. Ipotizziamo che l'interessato acquirente si presenti da solo presso un collega italiano, facendo presente al Notaio, e producendo copia dell'atto di nascita (o del certificato del Tribunale), di aver contratto un PACS in Francia, convenendo con il partner la citata comunione degli acquisti.

È necessario far risultare tale comunione? È possibile? E se sì come, proprio per il caso di assenza del partner al momento dell'acquisto?

Inoltre chi deve intervenire all'atto per concedere validamente ipoteca all'Istituto Bancario finanziatore? È necessario anche il consenso dell'altro contraente del PACS?

La soluzione ai quesiti non è immediata e certamente non può non tener conto di valutazioni di carattere generale sulla natura ed efficacia del PACS francese in Italia.

Ciò che qui più ci interessa rilevare è che, qualunque soluzione si scelga di adottare, non pare oggi più possibile per l'operatore italiano non interessarsi del problema, che ovviamente non riguarda solo il caso francese, ma la vasta gamma dei patti di convivenza o degli accordi similari disciplinati in vari paesi europei, oltre che i matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti negli Stati dove sono consentiti.

In concreto, ritengo si debbano affrontare almeno tre diverse ipotesi da analizzare:

1) coppia eterosessuale francese che ha stipulato il PACS;

la soluzione passa attraverso la qualificazione del patto stesso come accordo assimilabile al matrimonio o come mero contratto; per le ragioni esposte (in particolare per la disciplina di obblighi e divieti), ritengo che sia possibile e più corretto assimilare il PACS ad un matrimonio piuttosto che affrontare il problema applicando le previsioni in materia di obbligazioni contrattuali (peraltro il Regolamento Roma I esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione "le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio", art. 1);

ragionando in questo senso, dovrebbe trovare applicazione l'art. 27 della nostra legge DIP, in base al quale "La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale..." unitamente all'art. 28 della medesima legge che dichiara valido il matrimonio "se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento";

trattandosi di coppia eterosessuale, non si pongono problemi di ordine pubblico;

2) coppia omosessuale francese che ha stipulato il PACS: per le ragioni del caso 1), ritengo applicabili gli artt. 27 e 28 della legge DIP anche a questo caso; in merito alla questione dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico, mi limito a fare riferimento a quanto esaminato in maniera più approfondita dalle altre relazioni sull'argomento, ribadendo che oggi, in considerazione dell'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dell'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), tenendo anche conto della sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civile, numero 4184/2012 (e delle ivi richiamate pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010 Schalk e Kopf vs Austria e della Corte Costituzionale numero 138/2010), non mi pare sostenibile la contrarietà all'ordine pubblico internazionale di un tale patto;

3) coppia omosessuale italiana (residente in Francia al momento della conclusione del PACS): formalmente, per quanto detto, il PACS sarebbe valido in ragione della comune residenza in Francia (art. 28 DIP); mancano però le condizioni fondamentali per la capacità matrimoniale ai sensi dell'art. 27 DIP, trattandosi di due italiani per i quali il requisito della diversità di sesso è da ritenersi tuttora vigente (come meglio precisato nelle sentenze

italiane citate); ciò nonostante non credo non si possa evitare di prendere atto delle affermazioni della Corte di Cassazione che, nella citata sentenza del 2012, afferma che "la giurisprudenza di questa Corte non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire 'naturalistico', della stessa esistenza del matrimonio" e che "I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia -, quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata...";e quindi che cosa deve fare il Notaio chiamato a ricevere gli atti di cui sopra?

L'unica risposta certa allo stato attuale della disciplina mi pare sia che non può fare a meno di porsi il problema, cercando di ottenere in concreto e contrattualmente il medesimo risultato a cui porterebbero le previsioni del PACS, e quindi, in particolare nel caso di due italiani, richiedendo l'intervento di entrambi i soggetti, al fine di una compiuta e sicura disciplina degli aspetti contrattuali e della certezza dei relativi effetti.

Carlo Alberto Marcoz,
Notaio in Torino

DIRITTO DI SOGGIORNO E MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: UNA RECENTE PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA
Prima sezione civile

il giudice,

letti gli atti del proc. n. 1401/2011 deliberando a scioglimento della riserva che precede osserva quanto segue.

Il ricorrente ***** cittadino uruguaiano, ha presentato ricorso avverso il provvedimento emesso in data 2/2/2011 dalla questura di Reggio Emilia di diniego di carta di soggiorno esponendo d'essere coniuge del cittadino italiano *****;

rileva particolare da avere contratto matrimonio con quest'ultimo in Palma di Mallorca, Spagna, in data 12/3/2010, osservando come la normativa spagnola consenta la celebrazione del matrimonio anche tra persone dello stesso sesso;

nessuno si costituiva per il Ministero dell'Interno, né dalla Questura di Reggio Emilia.

1. Normativa applicabile

Il ricorrente assume essere coniugato con il cittadino italiano, allegando e documentandone avere contratto matrimonio il 12 marzo 2010 in Spagna ed osservando con entrambi i coniugi abbiano successivamente deciso di trasferire la loro comune residenza in Italia; il medesimo assume l'illegittimità del provvedimento emesso dall'Autorità amministrativa, posto che nella specie trova applicazione il D. Lgs. n. 30 del 2007, il quale all'art. 7, 1° comma lett. d) in collegamento con l'art. 2 lett. b) n.1, riconosce il diritto soggiornare in Italia per un periodo anche superiore a tre mesi a qualsiasi cittadino dell'unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui alla cittadinanza, nonché al coniuge che lo accompagni o lo raggiunga senza alcun riferimento al genere di appartenenza dei due coniugi ed osservando altresì come tale normativa sia estesa anche familiari del cittadino italiano a norma degli artt. 23, 25 del medesimo D. Lgs.. 30 del 2007.

Il ricongiungimento di un soggetto che si assume familiare di un cittadino italiano trova la sua regolamentazione della disciplina di cui al D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 emanata in applicazione della Direttiva 2004/38/CE;

l'art. 23 del D. Lgs. n. 30 del 2007 prevede che "le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari cittadini italiani non avete la cittadinanza italiana"; come ritenuto dalla S.C., "il diritto all'ingresso la soggiorno e ricongiungimento

familiare del cittadino extracomunitario un cittadino italiano è regolato esclusivamente dalla disciplina normativa di derivazione comunitaria, introdotta dal D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, che ha recepito la Direttiva 2004/38/CE" (Corte di Cassazione, ordinanza n. 25661 del 17/12/2010; cfr. anche Corte di Cassazione Sez. I, Sentenza n. 17346 del 23/7/2010).

2. Funzione della normativa europea

Come detto, la disciplina contenuta nel D. Lgs. n, 30 del 2007 diretta applicazione della Direttiva 2004/38/CE avente come finalità precipua la tutela della libera circolazione in ambito UE, in particolare il "diritto dei cittadini dell'unione dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri"; anche l'art. 1 (Finalità) del D. Lgs. 30 del 2007 afferma tale ratio: "il presente decreto legislativo disciplina: a) le modalità di esercizio del diritto di libera circolazione, invece soggiorno nel territorio dello Stato da parte dei cittadini dell'Unione Europea e dei familiari di cui all'Art. 2 che accompagnano ora giungono i medesimi cittadini; b) il diritto di soggiorno permanente nel territorio dello Stato dei cittadini dell'Unione Europea e dei familiari di cui all'Art. 2 che accompagnano ora giungono i medesimi cittadini; c) le limitazioni ai diritti di cui alla lettera a) e b) per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza".

Il secondo Considerando della Direttiva 2004/38/CE evidenzia che "la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali del mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata dalle libertà secondo le disposizioni del trattato"; le linee Guida emanate dalla Commissione Europea, COM (2009) 313 per ua migliore trasposizione della Direttiva 2004/38/CE rilevano che "la libera circolazione dei cittadini rappresenta una delle libertà fondamentali del mercato interno ed è il fulcro del progetto europeo".

Tale esigenza prescinde del tutto dalla regolamentazione interna dei rapporti familiari, la quale è domandata, invece, a simbolo Legislatore nazionale.

Il discrimine la ratio della direttiva 2004/38/CE e normazione nazionale in materia di famiglia appare netto, essendo chiara la distinzione tra i diversi ambiti di tutela: la libertà di circolazione (domina dalla normativa sovranazionale) e del diritto di famiglia (informato ai principi stabiliti dal legislatore nazionale); in un caso assumono rilievo specifiche ragioni ed interessi anche di natura economica che informano l'Unione (integrazione economica, scambi commerciali, concorrenza ecc...) e la materia è di specifica competenza dell'Unione Europea; nell'altro caso, oggetto di tutela appare, invece, la protezione della famiglia e dei suoi componenti, materia non di competenza dell'Unione Europea, ove emergono distinte esigenze che devono essere risolte nell'ordinamento nazionale.

Nell'un caso sussiste la necessità di interpretare le nozioni di famiglia secondo il diritto dell'Unione e dunque a norma dell'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali;

nell'altro caso non assume rilievo alcuno l'interesse della normativa europea a facilitare la circolazione delle persone in ambito UE è la nozione di "famiglia" è delineata dal Legislatore nazionale.

Nel caso di specie, dunque, oggetto di accertamento non è lo status della ricorrente, che rimane estraneo nell'ordinamento italiano, ma il suo diritto ad ottenere un titolo di soggiorno a norma della disciplina di derivazione comunitaria.

3. Il termine "coniuge" ai sensi della Direttiva 2004/38/CE e del D. Lgs. n. 30 del 2007

Verificata l'applicabilità della normativa posta a tutela della libertà di circolazione, e chiarita la funzione della disciplina europea, si evidenzia la necessità di verificare il significato del termine "coniuge" ai sensi della medesima; si tratta, in vero, di comprendere se con tale termine il Legislatore europeo, e quindi quello nazionale che ha dato applicazione alla Direttiva, abbia fatto implicito rimanendo alla normativa interna del Paese ospitante; si abbia presupposto una nozione di coniuge che comprenda soltanto i membri di coppie sposate di diverso genere (e che ruolo gioca il rimanendo alla normativa nazionale contenute nell'art. 9 della Carta di Nizza); se abbia inteso riferirsi alla nozione di "coniuge" secondo le normative nazionale del Paese di origine (legge nazionale dei coniugi) o, ancora, del Paese di provenienza.

3.1 Si deve osservare, preliminarmente, come alla prima opzione ermeneutica appaia ostativa la scelta del Legislatore di distinguere, nell'ambito dell'art. 2 lettera b) del D-Lgs. n. 30 del 2007, ipotesi prevista al n. 1 dall'ipotesi di cui al n. 2; mentre al n. 1 la disposizione recita "coniuge" senza alcuna ulteriore specificazione, al n. 2 della stessa lettera del medesimo articolo, la disposizione indica "partner che abbia contratto con cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro", specificando che il diritto riconosciuto soltanto "qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari dell'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante"; la distinzione operata dal legislatore italiano riproduce pedissequamente identica diversificazione contenuta nell'art. 2, n. 2, lett. a) e b) della Direttiva.

La diversificazione delle due ipotesi: sul piano ermeneutico di estendere alla prima ipotesi, "coniuge", la specifica delimitazione che il legislatore europeo (e per quello razionale) ha inteso indicare soltanto con riferimento alla seconda ipotesi, "partner" (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuil*); interpretare il n. 1 dell'articolo del D. Lgs n. 30 del 2007, citato, nel senso che il "coniuge" di un cittadino dell'Unione Europea si è titolare del diritto riconosciuto dalla Direttiva soltanto "qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione ... al matrimonio" configura opzione ermeneutica non consentita dall'interprete in quanto contra legem; il termine "coniuge" non può essere interpretato, dunque, secondo la normativa dei paesi aspiranti (nella specie, secondo la normativa italiana).

3.2 Anche gli sforzi interpretativi diretti a desumere dalla normativa sovranazionale europea una limitazione del termine "coniuge" alle sole coppie sposate che siano di diverso genere non appaiono persuasivi.

Come noto, l'art.9 della Carta Europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore dal 1° dicembre del 2009 in quanto recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione Europea e del trattato che istituisce la Comunità europea, ha individuato in grado di persona "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia", senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere; la dottrina ha osservato come la Carta abbia con ciò compiuto una scelta che è stata definita per certi versi storica, poiché proprio il fine di non escludere i matrimoni contratti tra persone dello stesso genere ha optato per un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo delle libertà fondamentali (per cui "uomini e donne in età adatta hanno diritto di risposarsi"); come rilevato dalla S.C., l'art. 9 "non richiede più come requisito necessario rinnovare la garanzia della norma stessa previste la diversità di sesso dei soggetti del rapporto" (corte di cassazione sezione 1, sent. n. 6441 del 17/3/2009 cit.); ne consegue che il termine "matrimonio" è il termine "coniuge" ai sensi della Carta europea – e della normativa transnazionale a questa soggetta – deve essere inteso, salvo specifiche indicazioni di segno contrario, in senso includente.

Non è indifferente sotto il profilo ermeneutico della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia richiamato di recente proprio l'art. 9 della Carta dell'Unione Europea per modificare la propria interpretazione dello stesso art. 12 della C. E. D. U., annunciando che "la Corte non considererà più il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto" (sentenza Schalk and Kopf v. Austria, il 24 giugno 2010), dunque, anche a norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo l'interpretazione datane dalla fonte più autorevole, i termini "matrimonio" e "coniuge" devono essere intesi in senso inclusivo delle coppie, sposate in un Paese aderente alla Convenzione, formate da persone dello stesso genere.

Tali recenti novità (la Carta europea dei diritti fondamentali è in vigore dal 1 dicembre 2009; la svolta ermeneutica dei giudici di Strasburgo è del giugno 2010) intervenuto al livello più alto dell'ordinamento, inducono a ritenere superate le diverse interpretazioni, in senso restrittivo, che pure si erano fermati in precedenza e che emergono tanto dai lavori preparatori della direttiva del 2004 è da alcuni indirizzi dottrinari; non si può trascurare, difatti, la circostanza che all'epoca dell'emanazione della Direttiva la questione apparisse di scarso rilievo – posto che il matrimonio tra persone dello stesso genere era previsto in soli due Paesi (Belgio e Olanda), mentre oggi l'istituto è ammesso in cinque Paesi dell'unione (Spagna, Portogallo, Svezia, oltre Belgio e Olanda) cui si aggiungono altri due Paesi

aderenti alla convenzione (Norvegia e Islanda) – e, soprattutto, il Legislatore e la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora compiuto le fondamentali scelte sopra menzionate (e rilevati anche dalla S.C. con la citata sentenza n. 6441 del 17 marzo 2009); come si rileva dai lavori preparatori della Direttiva, proprio tali indici, oggi superati, faceva riferimento il Consiglio nel 2004 respingendo gli emendamenti proposti dal Parlamento (cfr. la Posizione Comune n. 6/2004 definita dal Consiglio il 5/12/2003: "per quanto concerne matrimonio, il Consiglio era restio a optare per una definizione del termine "coniuge" facente specificatamente riferimento a coniugi dello stesso sesso. Finora solo due Stati membri hanno disposizioni legali e matrimonio tra persone dello stesso sesso. Inoltre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge chiaramente che, secondo la definizione generalmente accettata dagli Stati membri, il termine "matrimonio" indica l'unione di due persone di sesso diverso").

Ulteriori elementi possono desumersi oggi anche dalle menzionate le linee guida emanate dalla Commissione Europea, COM (2009) 313 per una migliore trasposizione della direttiva 2004/38/CE, posto nel paragrafo 2.1. (Familiari altri beneficiari), 2.1.1. (Coniugi e parteners) sottolinea che "ai fini dell'applicazione della direttiva devono essere riconosciuti, in linea di principio, tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo"; dall'esame delle Linee guida non si rileva un'eccezione con riguardo al genere dei coniugi, mentre vengono espressamente menzionate le eccezioni dei "matrimoni forzati in cui uno o entrambi i coniugi sono stati fatti sposare senza il loro consenso o contro la loro volontà", i quali "non sono tutelati dal diritto internazionale umanitario" ed i "matrimoni poligami", per i quali è prevista espressamente che "gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere" (seppure "ciò non pregiudica l'obbligo di tener conto del superiore interesse dei figli nati da tali matrimoni"); dunque le eccezioni riguardano ipotesi diverse da quelle che rileva nel caso di specie.

È inoltre di particolare rilievo che, proprio in chiusura della parte relativa ai "coniugi" ed al "matrimonio", la Commissione abbia ritenuto di dovere sottolineare che "la direttiva deve essere applicata in conformità del principio di non discriminazione, sancito in particolare dall'Art. 2 della Carta dell'Unione Europea" (che, come noto, dispone che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale"); nelle linee guida, la Commissione "ricorda che la direttiva deve essere interpretata e applicata in conformità dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del principio di non discriminazione, ... così come garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e da altri strumenti internazionali e ribaditi nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea".

Ciò posto, si deve osservare come un'interpretazione in senso restrittivo non possa desumersi neppure dalla constatazione che l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali (così come l'art 12 della Convenzione, secondo la recente interpretazione della Corte di Strasburgo) riconosca il diritto al matrimonio "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Con tale espressione si deve intendere, difatti, il Legislatore europeo abbia inteso evitare di imporre formule predeterminate ai legislatori nazionali, scongiurando qualsiasi incursione nella sfera di esclusiva competenza dei medesimi; si deve intendere, difatti, che ogni Paese aderente all'unione mantenga la propria autonomia quando si tratti di regolamentare la materia della famiglia in ambito interno, senza alcuna ripercussione sulle materie di specifica competenza dellUunione.

Cosa ben diversa quando sia in questione la libertà di circolazione dei cittadini europei nell'ambito dell'Unione; in questo caso, come detto, entra in gioco specifici interessi dell'Unione in materia della stessa riservata, nel cui ambito deve trovare applicazione del diritto sovranazionale o, comunque, di derivazione europea.

La finalità di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone e conseguita dal Legislatore europeo consentendo ai cittadini europei di circolare all'interno dell'Unione insieme ai loro familiari secondo la legislazione nazionale ove si è formata l'unità familiare, il rimanendo dell'art. 9 alle discipline nazionali assume, allora, un significato ben chiaro e distinto in quanto implica la necessità per gli Stati membri di rispettare il diritto del cittadino dell'Unione di spostarsi nel territorio dell'Unione conservando i propri rapporti familiari; il diritto alla libera circolazione è assicurato, dunque, proprio nel rispetto delle leggi nazionali delle famiglie circolanti in ambito U.E.

Il sistema normativo appare dunque del tutto coerente nella parte in cui riserva per un verso o l'autonomia dei singoli Stati nazionali la definizione della nozione di matrimonio valida per il diritto interno e tutela dall'alto verso la circolazione delle famiglie secondo la propria legislazione nazionale; in tal modo è assicurata al contempo incondizionata espansione del diritto alla libera circolazione – essenziale della tutela degli interessi dell'Unione di piena garanzia per l'autonomia nazionale in materia di diritto di famiglia.

Tale interpretazione ha trovato recente conferma in una pronunzia della S.C. che interpretando il disposto de quo, contenuto nel n. 1 della lettera 2 del D. Lgs n. 30 del 2007, ha affermato che in relazione ad un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto di Spagna la sentenza impugnata "ha disconosciuto il diritto di libera circolazione e soggiorno dell'U. nel territorio dello Stato italiano in sostanza qualificando lo stesso come partner di una situazione non riconoscibile in Italia.

Mancando però di verificare se, sulla base della legislazione interna dello Stato membro, l'unione in parola sia qualificabile – ho equiparabile – a rapporto di coniugio, quale è stato prospettato, con relativa documentazione, dall'imputato. In tal senso è parimenti evidente

che lo status di coniuge e simili dalla documentazione sulla cittadinanza, trattandosi di due condizioni equiparate ex lege" (Corte di cassazione pen n. 1328 del 19/1/2011; la S.C., ha rinviato al giudice di merito perché verifichi se la disciplina spagnola equipari il matrimonio tra persone dello stesso sesso al matrimonio tra persone di diverso sesso, circostanza che tuttavia, può darsi per acquisita – a prescindere dal principio iura novit curia, nonno conferente nella specie – essendo notorio, anche per il clamore anche fuori dall'ambito scientifico, che a norma della legge n. 13/2005 in vigore dal 3 luglio 2005 è stato modificato l'Art. 44 del codice civile spagnolo, specificando che il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso o di diverso sesso).

3.3. Occorre rilevare, infine, come il D. Lgs n. 30 del 2007, al fine di favorire la libera circolazione, riconosca il diritto a soggiornare tutelando la conservazione dell'unione familiare così come si è formata nel Paese di provenienza (nella specie, la Spagna); non emerge dalla normativa alcuna disposizione che consenta di limitare tale diritto tenendo conto della legge nazionale dei coniugi (nel caso di specie, né l'Uruguay né l'Italia riconoscono l'accesso delle coppie dello stesso sesso al matrimonio); i criteri di collegamento previsti dalla L.n. 218 del 1995 non appaiono invero conferenti, vertendosi, come si è più volte sottolineato, in una ipotesi circoscritta alla tutela della libertà di circolazione; l'art. 9, V comma, lett. b) del D. Lgs 30/2007, così come modificato dalla L. 129/2011, espressamente consente, ai fini dell'iscrizione anagrafica, la presentazione di "un documento rilasciato dall'autorità competente del Paese di origine o provenienza che attesti la qualità di familiare"; le disposizioni di normazione secondaria non sono imperative in questa sede (circolare Min. Interno 400/A/2010/12.307); si deve ritenere che una volta che sia comprovato nella specie in via documentale, che si sia formata un'unione matrimoniale in un Paese dell'Unione, la libera circolazione del cittadino o del suo familiare debba essere garantita a prescindere dalla legge nazionale del coniugi.

Non è dubbio che il D. Lgs n. 30 del 2007 presenti specifiche notevoli difficoltà interpretative a causa di un'imprecisa tecnica normativa (già ampiamente sottolineata in dottrina), eppure in tutta evidenza non è consentito di interpretare le definizioni fondamentali contenute nel D. Lgs n. 30 del 2007 in modo difforme dalle corrispondenti definizioni contenute nella Direttiva; non sarebbe consentito, difatti, al legislatore nazionale e limitare i diritti assicurati dalla normativa sovranazionale e, in ogni caso non v'è dubbio alcuno indizio di una volontà del legislatore di discostarsi dalle nozioni definite in ambito europeo e di limitare i diritti assicurati dalla Direttiva (se mai, il D. Lgs n. 30 del 2007 è stato criticato per essere nera "fotocopia" nella direttiva).

Appare, infine, utile soggiungere come appaia così raggiunto un punto di equilibrio non invasivo di alcuna prerogativa statale, con riguardo ai riflessi sull'ordinamento interno, è forse pure opportuno osservare come, lungi dall'attuare un riconoscimento dello Stato

su matrimoniale, la soluzione adottata appaia dunque conforme alle esigenze di dare attuazione al "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia" riconosciuto all'unione effettiva tra due persone dello stesso sesso dall'art. 2 Cost. (cfr. Corte Costituzionale . 138/2010), che sarebbe certamente impedito in radice in ipotesi di negazione del diritto a proseguire la relazione affettiva dopo il trasferimento in Italia (con conseguente necessità di verificare, come pure affermato dalla Corte Costituzionale "la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza"); in carenza di una "disciplina di carattere generale, finalizzata regolare diritti e doveri dei componenti della coppia", il riconoscimento del diritto di soggiornare per dello Stato appare così certamente in linea con gli indirizzi giurisprudenziali che da tempo hanno riconosciuto a tale unione rilevanza giuridica il specifici ambienti (risarcimento dei danni da morte; sublocazione dell'immobile; qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali; diritto del convento omosessuale d'astenersi dal testimoniare; diritto di iscrizione al convento omosessuale alla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo).

Per quanto detto, il ricorso appare meritevole d'accoglimento con conseguente annullamento del provvedimento di diniego.

La novità e la particolare difficoltà nelle questioni giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Visti gli artt. all'art. 2 lett.b) n. 1, 23 D. Lgs . 30 del 2000 e 737 c.p.c.

Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento della Questura di Reggio Emilia emesso i data 2.2.2011;

compensa le spese del giudizio.

Si comunichi.

Reggio Emilia, 13.2.2012

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
13 FEBBRAIO 2012

Quaderno n. 21
Edito a cura dell'Associazione Sindacale Notai della Lombardia
Iscritto il 13.5.1988 al n. 345 nel Registro della Stampa del Tribunale di Milano
Pubblicazione non in vendita, inviata a tutti gli iscritti delle associazioni sindacali notarili
Direzione e Redazione: via Manzoni 14, 20121 Milano
email. redazione@federnotizie.org – web. www.federnotizie.org
Questo quaderno è allegato al n. 2 di FederNotizie – marzo 2013