RIVISTA QUADERNI AISDUE

FASCICOLO SPECIALE 1/2024

Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità

Atti del Convegno
Padova 2-3 novembre 2023

a cura di
Bernardo Cortese

Editoriale Scientifica

RIVISTA QUADERNI AISDUE

ES

euro 50,00

ISSN 2975-2698

Direttore Responsabile
Antonio Tizzano

Comitato scientifico
Adelina Adinolfi, Giandonato Caggiano, Patrizia De Pasquale,
Alessia Di Pascale, Pietro Manzini, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi,
Paola Mori, Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano,
Ennio Triggiani, Jacques Ziller

Comitato di redazione del fascicolo
Andrea Circolo, Irene Marchioro, Benedetta Minucci,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò

RIVISTA QUADERNI AISDUE

FASCICOLO SPECIALE N. 1/2024

"IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
NEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI:
TRA COLLABORAZIONE,
INTEGRAZIONE E IDENTITÀ"

Atti del V Convegno Nazionale AISDUE
Padova, 2-3 Novembre 2023

a cura di
Bernardo Cortese

Editoriale Scientifica
Napoli

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo www.aisdue.eu).

I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.
Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo info@aisdue.eu.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISSN 2975-2698

INDICE

Introduzione di Bernardo Cortese 9

Laudatio del Prof. Antonio Tizzano in occasione del conferimento del dottorato *ad honorem* da parte dell'Università di Padova 33

Discorso del Prof. Antonio Tizzano in occasione del conferimento del Dottorato *ad honorem* 39

Sessione I
Il fondamento dell'ordinamento dell'Unione: tra primato e controlimiti, tra valori comuni e identità nazionali

Relazioni

SCIARRA S., *I rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa* 47

ROSSI L.S., *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea* 55

MUNARI F., *I valori dell'Unione: una visione prospettica* 77

Interventi

ANRÒ I., *Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione* 97

ROSANÒ A., *Prospettive di revisione del test Aranyosi e Căldăraru (o test LM) a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU* 133

MASSA C., *L'art. 351 TFUE e gli accordi internazionali degli Stati membri a fronte dell'espansione delle competenze dell'Unione europea* 171

Sessione II
I valori dell'Unione come limiti alle scelte costituzionali degli Stati membri

Relazioni

MORI P., *Identità nazionale, valori comuni e condizionalità* 207

DANIELE L., *I valori dell'Unione nei giudizi nazionali: Stato di diritto e rinvio pregiudiziale* 231

SAJÓ A., *Militant Rule of Law versus Democratic Backsliding* 257

CASOLARI F., *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo* 267

Sessione III
Cittadinanza dell'Unione, tutela degli status personali e identità costituzionali nazionali: quale equilibrio?

Relazioni

LAZZERINI N., *Il diritto dei cittadini dell'Unione "circolanti" di condurre una normale vita familiare: stato dell'arte e prospettive* 303

BIAGIONI G., *Le garanzie fondamentali dell'ordinamento dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria e i loro beneficiari* 331

MARINAI S., *Il ruolo dell'effettività nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea* 365

Interventi

RISTUCCIA F., *European identity through free movement law? The interactions between Union citizenship, free movement of persons, and EU values* 385

MARCHIORO I., *L'influenza del diritto dell'Unione europea nella formazione e nel riconoscimento degli atti di nascita dei figli di coppie omogenitoriali, tra punti fermi e questioni aperte* 407

NASCIMBENE B., *Considerazioni conclusive alla Sessione III* 433

Sessione IV
L'effettività della tutela giurisdizionale nell'Unione europea

Relazioni

AMALFITANO C., *I limiti alla sindacabilità degli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri con rilevanza "comunitaria"* 441

SPITALERI F., *La tutela giurisdizionale effettiva dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo* 467

IANNUCCELLI P., *L'accesso al giudice dell'Unione europea in materia di concorrenza. Brevi considerazioni sulla giurisprudenza più recente* 491

Interventi

ALBERTI J., *Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore* 511

ROMITO A.M., *La completezza dei rimedi giurisdizionali nell'ordinamento dell'UE ed il contezioso sul cambiamento climatico* 539

PISAPIA A., *La legittimazione ad agire delle associazioni per la tutela di interessi collettivi: riflessioni a valle della giurisprudenza in materia di ambiente e dati personali* 561

Sessione di chiusura – tavola rotonda
Democrazia e futuro dell'Europa

Relazioni

PESCE C., *L'iniziativa dei cittadini europei e le istanze delle "regioni a minoranza nazionale"* 591

TRIGGIANI E., *Futuro dell'Unione e coscienza politica europea* 613

IL DIRITTO DEI CITTADINI DELL'UNIONE "CIRCOLANTI" DI CONDURRE UNA NORMALE VITA FAMILIARE: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE

Nicole Lazzerini[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto di condurre una normale vita familiare: le sentenze *Lounes*, *Coman* e *Pancharevo*. – 3. Il nuovo approccio alla vita familiare del cittadino "circolante": oltre la logica dell'ostacolo? – 4. Qualche possibile (e auspicabile) implicazione: una modifica della nozione di "familiare" del cittadino dell'Unione nella direttiva 2004/38 con riguardo alla circolazione della coppia. – 5. *Segue*. La possibilità di avviare una procedura di infrazione per sanzionare l'assenza di una adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso.

1. *Introduzione*

L'idea che l'esercizio effettivo del diritto di libera circolazione del cittadino dell'Unione sia strettamente connesso alla possibilità di proseguire o intraprendere una vita familiare ha radici antiche. Pur in assenza di riferimenti espliciti nel Trattato ai familiari, già il regolamento 15/61, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità[1], si occupava dell'ammissione dei membri della famiglia del lavoratore nello Stato membro di destinazione. Nel preambolo del successivo regolamento 1612/68 si leggeva che «il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità, […] che siano [...] eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto per il

[*] Professoressa associata di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Firenze. L'A. ringrazia le Professoresse Adelina Adinolfi e Chiara Favilli e la dott.ssa Alessandra Favi per i preziosi consigli durante la stesura della relazione, presentata al Convegno annuale AISDUE svoltosi a Padova il 2-3 novembre 2023, che ha costituito la base di questo contributo. Ringrazia altresì il dottor Carlo Tovo, referendario presso la Corte di giustizia, per gli utili spunti gentilmente condivisi a margine del Convegno. Valgono le usuali precisazioni quanto all'esclusiva responsabilità dell'A. sui contenuti.

[1] Regolamento (CEE) 15/61 del Consiglio, del 26 agosto 1961, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. Si vedano, in particolare, gli articoli da 11 a 15.

lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le condizioni d'integrazione della famiglia nella società del paese ospitante»[2]. La medesima esigenza veniva poi reiterata, con una diversa formulazione («l'esercizio di tale diritto può essere reale solo se è accordato anche ai familiari»), nel preambolo delle direttive relative all'estensione del diritto di libera circolazione ai lavoratori non più in attività e agli studenti[3]. Nel principale testo relativo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la direttiva 2004/38[4], l'attenzione alla dimensione della vita familiare emerge sin dal titolo e nel preambolo viene ribadita la necessità di estendere i diritti di circolazione e soggiorno ai familiari affinché «ciascun cittadino dell'Unione possa [circolare] in oggettive condizioni di libertà e di dignità».

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha "assecondato" e rafforzato questo *trend* legislativo, precisando, ad esempio, che gli Stati membri non possono subordinare il ricongiungimento del familiare cittadino di un Paese terzo alla condizione del previo soggiorno legale in uno Stato membro[5]. Ha poi consentito di invocare i diritti che la direttiva 2004/38 accorda al familiare anche nello Stato membro di origine del cittadino dell'Unione, in caso di ritorno di quest'ultimo dopo un soggiorno *effettivo* in un altro Stato membro[6]. Numerose sono, inoltre, le pronunce in cui la tutela della vita familiare – prima quale principio generale di diritto dell'Unione e poi come diritto fondamentale codificato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – è stata evocata come limite all'allontanamento del cittadino dell'Unione o di un familiare[7].

[2] Regolamento (CEE) 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità.

[3] Cfr., rispettivamente, la direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, e la direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

[4] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. Si vedano, in particolare, il considerando 5 e gli artt. 2, par. 2, e 3, par. 2.

[5] Così Corte giust. 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock*.

[6] Su questa giurisprudenza si veda *infra*, sezione 2.

[7] Cfr., *inter alia*, Corte giust. 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, punti 39-41; 29 aprile 2004, C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, punto 98; 23 novembre 2010, C-145/09, *Tsakouridis*, punto 52.

In questo quadro ormai molto consolidato, pochi anni fa la giurisprudenza della Corte di giustizia ha aggiunto un nuovo tassello, che ha arricchito la cornice giuridica di diritto *primario* della cittadinanza dell'Unione e le cui implicazioni – ad avviso di chi scrive – non sono state ancora compiutamente esplorate, sia dalla dottrina che dalla Corte stessa. Quest'ultima, riunita nella composizione della Grande sezione, nella sentenza *Lounes* ha affermato, per la prima volta, che l'art. 21, par. 1, TFUE conferisce ai cittadini dell'Unione che si avvalgono della libera circolazione il diritto di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante[8]. Nelle successive sentenze *Coman* e *Pancharevo*[9], anch'esse pronunciate dalla Grande sezione, questa considerazione è stata estesa anche a quei cittadini che, dopo un soggiorno – effettivo, ai sensi della giurisprudenza della Corte – in un altro Stato membro, desiderano rientrare, con i propri familiari, nello Stato membro di origine (di seguito, si utilizzerà l'espressione "cittadini circolanti" per intendere sia coloro che si avvalgono della libera circolazione per spostarsi in un altro Stato membro sia coloro che se ne sono già avvalsi e pertanto risiedono nello Stato membro di destinazione ovvero intendono rientrare in quello di origine).

Questa lettura dell'art. 21, par. 1, TFUE può essere considerata il terzo episodio – certamente meno "rumoroso" dei precedenti, ma in potenza non meno denso di implicazioni – di quella dinamica di evoluzione della cittadinanza dell'Unione, emersa chiaramente nel periodo post-Lisbona, consistente nell'*ispessimento* della cornice di diritto primario attraverso l'individuazione, da parte della Corte di giustizia, di diritti che vanno oltre la lettera dei Trattati, ma che sono strettamente funzionali all'effettività dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti a esso collegati, in particolare quelli di libera circolazione[10]. I precedenti sono, evidentemente, le linee giurispru-

[8] Corte giust. 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*, punto 52.

[9] Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, punto 32; 14 dicembre 2021, C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, punto 47.

[10] In dottrina è stato osservato che «instead of establishing previously unlisted citizenship rights, these rulings have used the classic scope-enhancing tools of *effet utile* and general principles of law to protect the existing rights where the black letter of the Treaty does not sufficiently do so»: così D. Duesterhaus, *EU Citizenship and Fundamental Rights: Contradictory, Converging or Complementary?*, in D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 642-664, p. 643. La lettura proposta nel testo è leggermente diversa, poiché si ritiene che l'effetto di ampliamento della protezione già offerta dai Trattati avvenga tramite l'individuazione di diritti ulteriori, benché strettamente funzionali a quelli esplicitamente previsti.

denziali inaugurate dalle sentenze *Rottmann* e *Zambrano*[11], dalle quali sono emersi, da un lato, il diritto a mantenere lo *status* di cittadino dell'Unione (laddove la perdita della cittadinanza nazionale non rispetti il principio – di diritto dell'Unione – di proporzionalità) e, dall'altro, il diritto del cittadino dell'Unione che non si è (ancora) avvalso della libera circolazione di non essere privato «del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo status di cittadino dell'Unione»[12].

Sebbene l'originalità dell'affermazione della Corte in *Lounes* non sia passata inosservata in dottrina[13], l'attenzione ricevuta è minima rispetto a quella riservata alle sentenze *Rottmann* e *Zambrano* e alle loro rispettive progenie. Ciò è forse dovuto al fatto che il nesso funzionale tra tutela della vita familiare ed effettività della libera circolazione dei cittadini dell'Unione è tutt'altro che una novità, a livello sia giurisprudenziale che legislativo. Tuttavia, l'esame della sentenza *Lounes* (par. 2) e il confronto con la giurisprudenza precedente della Corte evidenziano un cambio di paradigma (par. 3) in virtù del quale il diritto di condurre una normale vita familiare del cittadino dell'Unione "circolante" potrebbe – o meglio, dovrebbe – aprire a due sviluppi nella delicata intersezione tra libera circolazione e competenza degli Stati membri in materia di diritto di famiglia: da un lato, una modifica in senso estensivo della nozione di "familiare" accolta dalla direttiva 2004/38 con riguardo all'ipotesi della circolazione della coppia (par. 4); dall'altro, l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che allo stato attuale non prevedono alcuna forma di riconoscimento giuridico e di

[11] Cfr. Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*; 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

[12] Questa è la formulazione che, dopo qualche oscillazione, si è cristallizzata nella giurisprudenza della Corte: cfr., *inter alia*, Corte giust. 13 settembre 2016, C-165/14, *Rendón Marín*, punto 74 e, più recentemente, 5 maggio 2022, C-451/19 e C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille – Ressources insuffisantes)*, punto 45. Secondo uno sviluppo recentissimo, la giurisprudenza *Zambrano* può fondare il diritto di soggiorno di cui sopra anche nell'ipotesi in cui il cittadino dell'Unione non abbia ancora mai vissuto nello Stato membro di nazionalità: così Corte giust. 22 giugno 2023, C-459/20, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, sulla quale si v. il commento di F. Ristuccia, *Di addii e benvenuti: l'applicazione della giurisprudenza Ruiz Zambrano alla residenza del familiare non UE di un cittadino UE che non ha mai vissuto nell'Unione*, in *BlogDUE*, 3 ottobre 2023.

[13] Cfr. V. Réveillère, *Family rights for naturalized EU citizens: Lounes*, in *CMLR*, 2018, p. 1855, e E. Muir, *EU Citizenship, Access to "Social Benefits" and Third-Country National Family Members: Reflecting on the Relationship Between Primary and Secondary Rights in Times of Brexit*, in *EP*, 2018, p. 1353.

tutela per le coppie dello stesso sesso (par. 5)[14]. Come si argomenterà, questi sviluppi discendono dall'interazione tra il "nuovo" diritto di condurre una normale vita familiare e il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce di alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani che su di esso hanno un'eco inevitabile.

2. *Il diritto di condurre una normale vita familiare: le sentenze* Lounes, Coman e Pancharevo

Il rinvio pregiudiziale nel caso *Lounes*, sollevato dalla *High Court of Justice (England and Wales)*, poneva la Corte dinanzi a una fattispecie inedita: il giudice nazionale chiedeva se una cittadina spagnola, che si era trasferita nel Regno Unito per motivi di studio e vi era poi rimasta in qualità di lavoratrice, doveva considerarsi beneficiaria della direttiva 2004/38, ai sensi del suo art. 3, par. 1, nonostante l'acquisto per naturalizzazione della cittadinanza britannica, avvenuto senza la perdita della cittadinanza spagnola. La domanda era funzionale a stabilire se il coniuge della signora – un cittadino algerino con cui ella aveva contratto matrimonio *dopo* la naturalizzazione e che si trovava nel Regno Unito in situazione irregolare – poteva vantare un diritto di soggiorno in base alla direttiva. A livello nazionale, la richiesta del sig. Lounes di ottenere una carta di soggiorno in qualità di familiare di un cittadino dell'Unione era stata rigettata poiché, in base alla normativa in vigore, aggiornata a seguito della sentenza *McCarthy*[15], i cittadini naturalizzati britannici non erano più considerati beneficiari della direttiva, anche se conservavano la cittadinanza dello Stato membro di origine. Correttamente, il giudice del rinvio dubitava della compatibilità con il diritto dell'Unione della decisione di rigetto, dal momento che nella sentenza *McCarthy* la Corte ha considerato la *diversa ipotesi* di un cittadino dell'Unione che ha la cittadinanza sia dello Stato membro nel quale soggiorna sia di un altro Stato mem-

[14] A prescindere da questi auspicabili sviluppi, al pari delle linee giurisprudenziali inaugurate dalle sentenze *Rottmann* e *Zambrano* e nella misura in cui si applica anche ai cittadini che ritornano nello Stato membro di origine dopo aver effettivamente circolato in un altro Stato membro, il nuovo orientamento contribuisce al rafforzamento della rilevanza giuridica della cittadinanza dell'Unione nei confronti dello Stato membro di cittadinanza, in aggiunta alle dimensioni esplicitamente contemplate dalla disciplina dei Trattati, ossia quelle relative ai rapporti con l'Unione e con gli *altri* Stati membri (quest'ultima incentrata essenzialmente sul principio di non discriminazione in base alla nazionalità).

[15] Corte giust. 18 dicembre 2014, C-202/13, *McCarthy e a.*

bro, ma che non ha mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione.

Senza sorpresa, confermando una giurisprudenza ormai consolidata, la Corte ha escluso l'applicabilità della direttiva 2004/38, atteso che «da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica […] risulta che quest'ultima disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza»[16]. Al contempo, la Corte ha però ritenuto che un cittadino nella situazione della sig.ra Lounes può avvalersi dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE e, di conseguenza, il coniuge può beneficiare di un diritto derivato di soggiorno ove questo sia necessario per assicurare l'*esercizio* e l'*effetto utile* dei suddetti diritti[17].

La Corte ha ricordato, in linea con la precedente giurisprudenza, che l'art. 21, par. 1, TFUE si applica ai cittadini di uno Stato membro che, essendosi avvalsi della libera circolazione, risiedono in un altro Stato membro del quale hanno anche la cittadinanza[18]. A questo punto si inserisce la parte del ragionamento più innovativa e interessante ai nostri fini: andando oltre la giurisprudenza pregressa la Corte ha infatti affermato che «i diritti riconosciuti [dall'art. 21, par. 1, TFUE] ai cittadini degli Stati membri includono quello di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante, beneficiando della vicinanza dei loro familiari», e altresì che tali diritti, «compresi i diritti derivati di cui godono i familiari, sono volti, in particolare, a favorire la progressiva integrazione del cittadino dell'Unione interessato nello Stato membro ospitante»[19]. Questa logica di *integrazione progressiva* verrebbe frustrata se la sig.ra Lounes dovesse rinunciare al suo diritto di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante a seguito della naturalizzazione, ossia perché «ha ricercato […] un inserimento più approfondito nella società di quest'ultimo [Stato]»[20]. Al contrario, «l'effetto utile dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione dall'art. 21, par. 1, TFUE richiede che [la sig.ra Lounes] possa continuare a godere [di tali diritti], nello Stato membro ospitante, dopo [la naturalizzazione], e, in particolare, possa sviluppare una vita familiare con il proprio coniuge cittadino di uno Stato

[16] *Lounes*, sopra citata, punto 33. Su tale interpretazione dell'ambito applicativo della direttiva si vedano già, *inter alia*, Corte giust. 12 marzo 2014, C-457/12, *S. e G.*, punto 34;10 maggio 2017, C-133/15, *Chavez-Vilchez*, punto 53.

[17] *Lounes*, sopra citata, in particolare punti 53 e 60.

[18] *Lounes*, sopra citata, punto 51. In questo senso si veda già Corte giust. 8 giugno 2017, C-541/15, *Freitag*, richiamata a supporto dell'interpretazione in questione.

[19] *Lounes*, sopra citata, punti 52 e 56.

[20] *Ivi*, punto 58.

terzo, mediante il riconoscimento a quest'ultimo di un diritto di soggiorno derivato»[21].

Gli argomenti della logica di integrazione quale *ratio* dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE e della naturalizzazione quale culmine di questo processo sono mutuati dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot[22]. La Corte non ha invece accolto la proposta di quest'ultimo di applicare, per analogia, la giurisprudenza sui cittadini che ritornano nello Stato membro di origine[23]. Ciò non è irrilevante dal punto di vista del diritto di condurre una normale vita familiare, atteso che l'effetto di dissuasione – alla base della giurisprudenza relativa ai cittadini "che ritornano" – è configurabile solo quando la vita familiare è stata intrapresa prima del rientro nello Stato membro di origine (ovvero, prima della naturalizzazione in un caso come quello all'origine della sentenza *Lounes*). Al contrario, il ragionamento della Corte si basa sulla rilevanza dell'art. 21, par. 1, TFUE *nonostante* la naturalizzazione e pertanto la vita familiare può essere intrapresa anche dopo l'acquisto della cittadinanza dello Stato ospitante, come nel caso dei coniugi Lounes[24] .

Come anticipato, nella giurisprudenza successiva i riferimenti al diritto di condurre una normale vita familiare sono limitati a pochissime pronunce[25], le più significative delle quali sono le sentenze *Coman* e *Pancharevo*, relative alla rilevanza, nell'ambito delle norme dell'Unione sulla libera circolazione, di *status* familiari validamente acquisiti in uno Stato membro ma che non avrebbero potuto essere costituiti nello Stato membro di destinazione[26].

[21] *Ivi*, punto 60.

[22] Conclusioni dell'Avv. gen. Bot, del 30 maggio 2017, C-165/16, *Lounes*, punti 85-88.

[23] *Ivi*, punti 82 e 83.

[24] Sul punto, si veda Réveillère, *op. cit.*, p. 1864 e 1865.

[25] Un riferimento al diritto di condurre una normale vita familiare si trova anche al punto 41 di Corte giust. ord. 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (meglio nota con il nome *Mediatore polacco*) relativa a un caso simile a quello che ha dato luogo alla sentenza *Pancharevo*, cui la Corte ha ampiamente rinviato. Nella sent. 23 dicembre 2023, C-481-21, *Chief Appeals Officer*, la Corte ha reiterato l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE fornita in *Lounes* estendendola all'art. 45 TFUE, relativo alla libertà di circolazione dei lavoratori. Un riferimento al diritto di condurre una normale vita familiare si trova altresì ai punti 10 e 12 rinvio pregiudiziale nella causa pendente C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*, relativa alla compatibilità con gli artt. 21, par. 1, TFUE, 7 e 21 della Carta, e 2, par. 2, della direttiva 2004/38 (come interpretata in *Coman*) della normativa polacca che vieta la trascrizione di matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero. Per completezza, si ricorda anche Tribunale 5 ottobre 2020, T-18/19, *Brown/Commissione*, relativa alla richiesta di annullamento di una decisione della Commissione che negava un'indennità di dislocazione a un funzionario UE, in cui il Tribunale ha ritenuta non rilevante la giurisprudenza inaugurata in *Lounes*.

[26] Entrambe le sentenze sono state ampiamente commentate in dottrina. Senza alcuna

Nella specie, nella causa *Coman* si discuteva del diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino statunitense coniuge di un cittadino rumeno dello stesso sesso; dopo aver contratto matrimonio in Belgio, all'epoca sede di servizio del cittadino rumeno, la coppia intendeva trasferirsi in Romania, Stato membro che non consente l'accesso delle coppie omosessuali né al matrimonio né ad una forma di unione registrata. Nella causa *Pancharevo*, invece, una cittadina bulgara, dopo aver vissuto alcuni anni in Spagna, intendeva rientrare in Bulgaria con la moglie, una cittadina britannica sposata a Gibilterra, e la figlia nata in Spagna; poiché la Bulgaria non prevede né l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso né l'unione registrata, le autorità amministrative hanno rifiutato di formare un atto di nascita bulgaro, condizione necessaria, in base al diritto nazionale, per il rilascio di un documento di identità bulgaro.

È ampiamente noto che la Corte di giustizia ha stabilito che lo Stato membro di destinazione (incluso, in caso di ritorno, quello di origine del cittadino dell'Unione che ha già esercitato il diritto di circolazione) ha l'obbligo di garantire il diritto di ingresso e soggiorno al coniuge dello stesso sesso, con il quale il cittadino dell'Unione abbia contratto matrimonio durante un *soggiorno effettivo* in un diverso Stato membro, nonché l'obbligo di rilasciare un documento di identità al figlio minore di un proprio cittadino anche ove l'atto di nascita dello Stato membro ospitante designi due persone

pretesa di completezza, si rinvia, *inter alia*, a: U. Belavusau, D. Kochenov, *Same-sex Spouses: More Free Movement, but What about Marriage? Coman*, in *CMLR*, vol. 57, n. 1, 2020, p. 227; J.-Y. Carlier, *Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman,* in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 117, 2019, p. 203; S. De Vido, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 17 febbraio 2023; P. Faraguna, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, in *QC*, n. 3, 2018, p. 711; O. Feraci, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *RDI*, n. 2, 2022, p. 563; H. Fulchiron, A. Panet, C*itoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans les Etats membres: un petit pas pour de grandes enjambées?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1674; E. Gualco, *Habemus Pancharevo – A New Chapter of the EU Citizenship Fairy-tal*e, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022; S. Peers, *Love Wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU Free Movement Law*, in *EU Law Analysis*, 5 June 2018; J. Rijpma, *You Gotta Let Love Move*, in *ECLR*, vol. 15, n. 2, 2019, p. 324; A. Tryfonidou, *The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman Ruling*, in *ELR*, vol. 44, n. 5, 2019, p. 663; A. Tryfonidou, *The ECJ Recognises the Right of Rainbow Families to Move Freely between EU Member States: the VMA Ruling*, in *ELR*, n. 4, 2022, p. 534.

dello stesso sesso come genitori (pur senza dover formare un atto di nascita nazionale) e, infine, l'obbligo di riconoscere quest'ultimo documento ai fini dell'esercizio da parte del minore, con entrambi i genitori indicati, del proprio diritto di circolazione e soggiorno.

Senza che sia necessario ripercorrere l'*iter* argomentativo delle due pronunce, ai nostri fini è utile osservare che la Corte, riunita anche in queste occasioni nella composizione della Grande sezione, ha consolidato l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE inaugurata nella sentenza *Lounes* e, allo stesso tempo, ne ha chiarito il "raggio d'azione", precisando che il diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare può essere invocato, in caso di ritorno, anche nei confronti dello Stato membro di origine[27]. Questo chiarimento – al netto del risultato che produce: dare rilievo, benché limitato, a uno *status* che non potrebbe essere costituito nello Stato membro di origine – è invero coerente con la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui ricade entro l'ambito applicativo del regime di libera circolazione la situazione del cittadino dell'Unione che, dopo aver risieduto *in modo effettivo* in un altro Stato membro, ivi consolidando o sviluppando una vita familiare, intende rientrare con i propri familiari nello Stato membro di origine; si è infatti ritenuto che «[un] effetto dissuasivo si produrrebbe […] del pari considerata la semplice prospettiva, per lo stesso cittadino, di non poter proseguire, dopo il suo rientro nel suo Stato membro di origine, una convivenza con stretti congiunti, eventualmente iniziata per effetto del matrimonio o del ricongiungimento familiare nello Stato membro ospitante»[28].

La condizione per l'applicazione di tale giurisprudenza è che la vita familiare si deve essere sviluppata o consolidata nel corso di un soggiorno effettivo nello Stato membro ospitante, con ciò intendendo un soggiorno del cittadino dell'Unione *e* del familiare ai sensi dell'art. 7, rispettivamente, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2004/38[29]. La conseguenza, e l'utilità pratica, è

[27] Cfr. *Coman*, sopra citata, punto 32, e *Pancharevo*, sopra citata, punto 47.

[28] Così Corte giust. 11 dicembre 2007, C-291/05, *Eind*, punti 36 e 44. Questo orientamento – affermatosi prima in relazione alla libera circolazione dei *lavoratori* – era tuttavia già emerso in Corte giust. 7 luglio 1992, C-370/90, *Surinder Singh*, punti 18 e 19. La trasposizione nell'ambito del regime di circolazione dei cittadini dell'Unione è avvenuta in Corte giust. 12 marzo 2014, C-456/12, *O. e B.*, punti 47-56, sulla quale si v. E. SPAVENTA, *Family Rights for Circular Migrants and Frontier Workers: O and B, and S and G*, in *CMLR*, vol. 52, n. 3, 2015, p. 753.

[29] Cfr. *O. e B.*, sopra citata, punti da 53 e 56, dove la Corte chiarisce anche che la condizione è soddisfatta, *a fortiori*, quando il cittadino e il familiare hanno acquisito un diritto di soggiorno permanente ai sensi, rispettivamente, dell'art. 16, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38.

invece l'applicazione *per analogia* delle disposizioni della direttiva 2004/38 relative ai familiari, che potranno eventualmente servire a "neutralizzare" le norme più rigorose applicabili al ricongiungimento familiare dei cittadini nazionali che non si sono (ancora) avvalsi della libera circolazione.

Poiché l'applicazione analogica della disciplina della direttiva 2004/38 copre anche il profilo relativo ai limiti consentiti all'esercizio della libera circolazione, la novità – sotto questo profilo – delle sentenze *Coman* e *Pancharevo* consiste nella "neutralizzazione" della possibilità di giustificare il rifiuto delle autorità dello Stato membro di origine (più in generale, di destinazione) di riconoscere, ai fini sopra indicati, lo *status* validamente costituito in un altro Stato membro adducendo quale giustificazione – nell'accezione di tutela dell'identità nazionale, *ex* art. 4, par. 2, TUE, o di motivo di ordine pubblico – l'esigenza di tutelare la famiglia tradizionale, incarnata dal matrimonio e dalla genitorialità tra persone di sesso diverso. La Corte ha infatti ritenuto che l'ambito limitato del riconoscimento dello *status* familiare "controverso" lascia impregiudicata tale concezione, restando ferma la libertà di ciascuno Stato membro di consentire, o meno, il *matrimonio*[30] e la genitorialità tra persone dello stesso sesso[31].

3. *Il nuovo approccio alla vita familiare del cittadino "circolante": oltre la logica dell'ostacolo?*

Se, come si è detto, l'attenzione alla vita familiare del cittadino circolante ha radici antiche, l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE accolta dalla Corte di giustizia in *Lounes* e poi consolidata in *Coman* e *Pancharevo* innova il quadro giuridico preesistente. La novità investe il rapporto tra libera circolazione e vita familiare, mentre meno chiaro è se vi sia anche un mutamento della *ratio* sottostante alla tutela dei familiari del cittadino "circolante".

Dalla giurisprudenza esaminata emerge, senza ambiguità, che il *diritto*

[30] È tuttavia opportuno fin d'ora sottolineare che, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la sovranità degli Stati membri non include la possibilità di escludere qualunque forma di riconoscimento e protezione giuridica delle coppie dello stesso sesso: cfr. *infra*, par. 4.

[31] Cfr. *Coman*, sopra citata, punti 41-46, e *Pancharevo*, sopra citata, punti 53-57. Per un'interessante critica al ragionamento attraverso cui la Corte ha "disinnescato" il limite dell'identità nazionale – pur condividendo la conclusione raggiunta, si veda M. Van den Brinck, *Is the Reasoning in Coman as Good as the Result?*, in *verfassungsblog.de*, 10 June 2018.

di condurre una normale vita familiare è una *componente* della libera circolazione dei cittadini dell'Unione al pari dei diritti di circolare e di soggiornare nel territorio degli (altri) Stati membri. A supporto dell'ancoraggio di tale diritto nell'art. 21, par. 1, TFUE la Corte cita, in via di analogia, la sentenza *Metock*, nella quale, tuttavia, essa non era giunta a ritenere che l'allora art. 18, par. 1, TCE conferisse ai cittadini "circolanti" il diritto di condurre una normale vita familiare. In quell'occasione, l'attenzione della Corte era rivolta alla necessità di superare il precedente della sentenza *Akrich* – nella quale aveva subordinato il ricongiungimento alla circostanza del previo soggiorno legale del familiare in un altro Stato membro – perché non in linea con la disciplina della direttiva 2004/38[32]. In quel contesto, la Corte ha svolto un argomento a sostegno della *competenza* del legislatore dell'Unione a disciplinare i presupposti relativi all'ingresso e al soggiorno dei familiari (cittadini di Stati terzi) di un cittadino dell'Unione, osservando – ed è questo il punto richiamato in *Lounes* – che «se i cittadini dell'Unione non fossero autorizzati a condurre una normale vita di famiglia nello Stato membro ospitante, sarebbe seriamente ostacolato l'esercizio delle libertà loro garantite dal trattato»[33].

È abbastanza evidente che la Corte non aveva parlato di un *diritto* del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare, tantomeno di un diritto di rango primario. Piuttosto, nella sentenza *Metock* – e in molte altre pronunce relative ai familiari del cittadino "circolante" – la Corte ha posto l'enfasi sulla circostanza che «il legislatore comunitario ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato CE»[34]. Come è stato osservato in dottrina, «[t]he main feature of these cases was the Court's heavy reliance on the EU legislature's attachment to protecting the family life of mobile EU citizens»[35].

[32] Corte giust. 23 settembre 2003, C-109/01, *Akrich*.

[33] *Metock*, sopra citata, punto 62.

[34] Ibid., punto 56. Cfr. anche Corte giust. 25 luglio 2002, C-459/99, *MRAX*, punto 53; 14 aprile 2005, C-157/03, *Commissione/Spagna*, punto 26; 31 gennaio 2006, C-503/03, *Commissione/Spagna*, punto 41; 27 aprile 2006, C-441/02, *Commissione/Germania*, punto 109; nonché *Carpenter* e *Eind*, entrambe citate, rispettivamente punti 38 e 44.

[35] Così E. Muir, *op. cit.*, p. 1367. La stessa A. nota, al contempo, che in *Metock* «although the Court largely reasons on the basis of Directive 2004/38 throughout the ruling, the reference to treaty protection of the right to free movement suggests a constitutional anchorage of the possibility for EU citizens to move within the EU with third-country national family members irrespective of their prior lawful residence»; tuttavia, «there is no statement from the Court in that ruling according to which such constitutional protection should be justified

Più difficile è, invece, stabilire se il nuovo orientamento sottende anche un'emancipazione dalla logica secondo cui la vita familiare del cittadino "circolante" deve essere tutelata in quanto *strumentale* all'esercizio effettivo del diritto di libera circolazione, e non tanto perché nell'ordinamento dell'Unione europea il diritto al rispetto della vita familiare rileva come diritto fondamentale, garantito nell'ambito dei principi generali e della Carta. Con riguardo alla giurisprudenza anteriore è stato correttamente evidenziato il carattere spurio, o ibrido, della tutela della vita familiare del cittadino circolante, atteso che le motivazioni relative al diritto fondamentale e quelle incentrate sull'esigenza di garantire l'effettività della libertà di circolazione «spesso coesistono […] senza che si manifesti una rigorosa distinzione che consenta di evidenziarne la rispettiva incidenza sulla soluzione accolta dalla Corte»[36]. Muovendo da tale contesto, a parere di chi scrive l'affermazione in *Lounes* di un diritto del cittadino circolante di condurre una normale vita familiare non consente di concludere, di per sé, che il baricentro si è spostato sulle motivazioni relative al diritto fondamentale alla vita familiare e, quindi, al valore intrinseco di quest'ultima. Impossibile, anzi, non notare l'assenza – nell'innovativo passaggio della sentenza *Lounes* – di un riferimento all'art. 7 della Carta, al corrispondente principio generale e all'abbondante giurisprudenza pertinente della Corte.

Le ragioni di questo silenzio non sono, invero, difficili da cogliere. Il limite secondo cui le disposizioni della Carta «non estendono *in alcun modo* le competenze dell'Unione definite nei trattati» è chiaramente scolpito nell'art. 6, par. 1, TUE, ed ulteriormente precisato dall'art. 51, par. 2, della Carta, secondo cui è preclusa sia l'introduzione di nuove competenze che la modifica di quelle esistenti. Il contenuto dell'art. 21, par. 1, TFUE ha una ricaduta immediata sulla base giuridica prevista all'art. 21, par. 2, TFUE, che consente l'adozione – mediante procedura legislativa ordinaria, e a condizione che i poteri necessari non siano previsti altrove nei Trattati – delle «disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei *diritti* di cui al paragrafo 1». Va da sé che l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE accolta dalla Corte in *Lounes* ha una ricaduta di questo tipo e, probabilmente, si è ritenuto più opportuno non presentarla come una conseguenza diretta della rilevanza della Carta.

Se così è, anche da questo punto di vista emerge un parallelismo con la sentenza *Zambrano* e, soprattutto, le pronunce che poco dopo ne hanno

with reference to the fundamental right to family life» (*ivi*, p. 1368).

[36] Così, A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDI*, vol. 94, n. 1, 2011, p. 6, in particolare p. 18.

modellato – in senso restrittivo – la portata[37], di fatto chiarendo che la tutela della vita familiare ai sensi dell'art. 7 della Carta non integra, di per sé, il "nucleo essenziale" dei diritti conferiti dalla cittadinanza dell'Unione; piuttosto, la *ratio* della concessione di un diritto di soggiorno (derivato) al familiare è l'esigenza di preservare una condizione essenziale al futuro (e potenziale) esercizio della libera circolazione da parte del cittadino attualmente "statico" (dal punto di vista del diritto dell'Unione).

Ciò detto, a fronte dell'esplicito ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE del diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare, la questione se alla base di questo approdo ci sia anche un superamento della logica strumentale dell'ostacolo alla libera circolazione diventa secondaria. Il rapporto tra l'art. 21, par. 1, TFUE e l'art. 7 della Carta dovrebbe – *in teoria*, almeno – evolvere *a prescindere*: il diritto (fondamentale) al rispetto della vita familiare non dovrebbe infatti venire in rilievo soltanto come contrappeso alle misure nazionali che interferiscono sui diritti di ingresso e di soggiorno del cittadino dell'Unione, quanto anche (e prima) come parametro interpretativo per la determinazione del contenuto del diritto del cittadino circolante di condurre una normale vita familiare. La seconda parte di questo contributo intende appunto concentrarsi su due prospettive di sviluppo possibili – e, ad avviso di chi scrive, auspicabili – del "nuovo" diritto, in virtù del suo ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE e, al contempo, al suo intrinseco legame con alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Carta, *in primis* il diritto al rispetto della vita familiare[38].

[37] Sulle precisazioni attraverso cui la Corte ha disinnescato l'«incorporationist potential» di *Zambrano*, si veda S. IGLESIAS SANCHEZ, in *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *ELJ*, vol. 20, n. 4, 2014, p. 464, p. 474-480.

[38] Un'interessante proposta di valorizzazione dell'art. 9 della Carta, sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, viene avanzata da M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *DUE*, n. 2, 2008, p. 399, in particolare p. 430 e 431, secondo cui tale disposizione, in combinato con l'art. 51, par 1, della Carta, nella parte in cui vincola gli Stati membri al rispetto dei diritti fondamentali da questa garantiti, potrebbe essere letta nel senso di imporre «un obbligo ai legislatori nazionali, se non certo di legiferare per riconoscere unioni registrate o garantire determinati diritti di conviventi di fatto, almeno di riconoscere situazioni giuridiche di tal fatta legittimamente createsi in altri Stati [membri]».

4. *Qualche possibile (e auspicabile) implicazione: una modifica della nozione di "familiare" del cittadino dell'Unione nella direttiva 2004/38 con riguardo alla circolazione della coppia*

La direttiva 2004/38/CE individua, come noto, le categorie di familiari del cittadino dell'Unione a cui gli Stati membri devono *riconoscere* il diritto di ingresso e soggiorno (art. 2, par. 2) o rispetto ai quali hanno l'obbligo di *agevolare* l'ingresso o il soggiorno (art. 3, par. 2). L'ambito di applicazione proprio della direttiva è limitato all'ipotesi in cui «il cittadino dell'Unione si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza» (art. 3, par. 1); tuttavia, come si è già anticipato, secondo una giurisprudenza ormai consolidata la disciplina della direttiva si applica per analogia alla situazione del cittadino dell'Unione che dopo aver esercitato in modo effettivo il suo diritto di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza decide di fare ritorno in quest'ultimo[39]. Come è stato osservato, in questo modo l'evoluzione giudiziale dell'ambito applicativo dell'art. 21, par. 1, TFUE viene riconciliata con le scelte delle istituzioni politiche espresse nella normativa derivata[40]. L'atteggiamento di deferenza della Corte è, in linea di principio, comprensibile, alla luce dello spazio che l'art. 21, par. 1, TFUE lascia al legislatore dell'Unione quanto alla disciplina delle condizioni e dei limiti relativi all'*esercizio* dei diritti di libera circolazione. Si pone tuttavia l'esigenza di assicurare – per così dire, *a monte* – la compatibilità delle scelte del legislatore con il quadro di diritto primario, che si è irrobustito con l'entrata in vigore della Carta. I diritti di libera circolazione, infatti, trovano ormai tutela anche all'art. 45, par. 1, della Carta, con la conseguenza che eventuali limitazioni al loro esercizio devono soddisfare le condizioni previste all'art. 52, par. 1, ossia avere una base legale, non incidere sul nucleo essenziale del diritto in questione e non andare oltre quanto necessario a salvaguardare un interesse generale riconosciuto dall'Unione ovvero i diritti e le libertà altrui[41].

[39] Cfr. *supra*, par. 2.

[40] Cfr. E. Muir, *op. cit.*, p. 1371: «[t]his suggests that although the rights of EU citizens such as [the spouse of Mr Lounes] are anchored in Art. 21, para. 1, TFEU, the Court of Justice puts flesh on the bones of EU primary law with the political guidance enshrined in EU legislation».

[41] La disposizione, testualmente, recita: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettiva-

Vero è che in base all'art. 52, par. 2, «i diritti riconosciuti dalla [Carta] per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Questa disposizione, che come, chiarisce la sua spiegazione, riguarda in particolare i diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, preserva la possibilità, prevista dai Trattati, che il legislatore dell'Unione subordini l'esercizio di questi diritti a condizioni e limiti. Non può però essere intesa come volta a "immunizzare" la normativa derivata dal sindacato giurisdizionale di compatibilità con la Carta, poiché ciò frustrerebbe il riconoscimento formale dei diritti di libera circolazione quali diritti fondamentali, ma invero anche la loro natura di diritti *direttamente conferiti* dal Trattato affermata dalla Corte ben prima del riconoscimento del valore vincolante della Carta[42]. Al contrario, lo *status* doppiamente primario (o primario rinforzato) dei diritti di libera circolazione del cittadino dell'Unione dovrebbe esigere uno scrutinio rigoroso delle condizioni e dei limiti previsti dalla normativa derivata di attuazione[43].

Ciò sembra valere a maggior ragione con riguardo alla definizione legislativa del perimetro del diritto del cittadino dell'Unione al ricongiungimento familiare, atteso che il legame con la Carta è (stato) reso ancor più stretto dall'ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE del diritto di condurre una normale vita familiare che, come anticipato, è intrinsecamente collegato (almeno) al diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7 della Carta. A sua volta, la circostanza che quest'ultimo diritto fondamentale rientri tra quelli cui si applica l'art. 52, par. 3, della Carta, sull'interpretazione dei diritti garantiti anche in ambito CEDU[44], richiede che la valutazione delle scelte del legi-

mente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

[42] Corte giust. 17 settembre 2001, C-413/99, *Baumbast*, punti 85 e 86.

[43] Sul punto, si vedano le considerazioni di M. P. MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T. HERVEY, J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective,* London, 2003, p. 270, p. 288: «a true fundamental rights conception of citizenship rights will impose an epistemological shift in their process of discovery and application: it will be those rights that ought to serve as criteria to judge the admissibility of the legislation that develops or restricts them and no longer the legislation that serves as criteria to determine the existence and the extent of those rights».

[44] L'art. 52, par. 3, contiene, come noto, due clausole interpretative che richiedono di attribuire ai diritti della Carta corrispondenti a diritti CEDU lo stesso significato e portata di questi ultimi, fatta salva la possibilità di garantire, nel diritto dell'Unione, una protezione maggiore. La relativa spiegazione chiarisce che si deve tenere conto anche della giurisprudenza della Corte EDU e che il coordinamento riguarda anche il profilo delle limitazioni consentite.

slatore dell'Unione tenga in debito conto la significativa evoluzione che ha interessato l'interpretazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alle "forme" di vita familiare protette.

L'esame della nozione di "familiare" accolta dalla direttiva 2004/38 solleva quantomeno dei dubbi circa la compatibilità con il quadro delle fonti primarie appena tratteggiato di alcune scelte del legislatore dell'Unione rispetto alla circolazione della coppia, nonostante alcune importanti aperture nella giurisprudenza della Corte e qualche ulteriore precisazione contenuta nei nuovi "Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie", che tuttavia non costituiscono una fonte giuridica vincolante[45].

La direttiva contempla, come noto, tre diverse ipotesi: il matrimonio, l'unione registrata e la relazione di fatto debitamente comprovata. La cittadinanza (di uno Stato membro o meno) del partner o del coniuge non è rilevante. Nella pratica, i limiti che, come a breve si dirà, la circolazione della coppia può incontrare per effetto dell'attuale assetto della direttiva 2004/38 riguardano soprattutto le coppie formate da un cittadino dell'Unione e un cittadino extra-UE. Infatti, nel caso delle coppie, anche dello stesso sesso, di cittadini dell'Unione ciascuno può giovarsi dei propri diritti di ingresso e soggiorno *ex* art. 21, par. 1, TFUE e, laddove uno non possa autonomamente soddisfare il requisito delle risorse economiche sufficienti richiesto dall'art. 7, par. 1, per i soggiorni superiori a tre mesi, rileva la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui tali risorse possono provenire anche da un terzo (nel caso, l'altro membro della coppia)[46]. Ciò detto, la maggiore o minore rilevanza pratica della questione nulla toglie all'esigenza di assicurare la coerenza (*rectius*, compatibilità) della normativa di diritto derivato al quadro delle fonti primarie. A ciò si aggiunge la considerazione che la circolazione come individui anziché come coppia frustra la dimensione *sociale* dell'identità personale, protetta dall'art. 8 CEDU[47].

[45] Cfr. comunicazione della Commissione (C/2023/1392), del 23 dicembre 2023, Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie.

[46] Cfr., *inter alia*, Corte giust. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 30; 13 settembre 2016, C-165/14, *Rendón Marín*, punto 48; C-93/18, 2 ottobre 2019, *Bajratari*, punto 30. Si v. anche gli Orientamenti, cit., p. 32.

[47] Cfr. Corte EDU 17 gennaio 2023, ricc. nn. 40792/10, 30538/14 e 43439/14, *Fedotova e a./Russia*, punti 143 e 144. Su questo aspetto e, più in generale, per un commento alla sentenza, sulla quale si ritornerà *infra*, si veda G. Fedele, *Milestone or Missed Opportunity? The ECtHR Grand Chamber Judgment in Fedotova v. Russia on the Legal Recognition of Same-sex Couples*, in *EJIL Talk!*, 31 gennaio 2023.

Il matrimonio e l'unione registrata figurano all'art. 2, punto 2, rispettivamente, alle lettere a) e b); fatto salvo quanto si dirà dopo, lo sposo o il partner ha quindi *diritto* ad accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione e, correlativamente, lo Stato membro di destinazione ha l'obbligo di consentire l'ingresso o il soggiorno. La relazione stabile debitamente comprovata è invece disciplinata all'art. 3, par. 2, lett. b), e pertanto in questo caso la direttiva non conferisce al partner un diritto all'ingresso e al soggiorno, ma piuttosto il diritto a che l'ingresso e il soggiorno siano *agevolati* dallo Stato membro di destinazione[48]. Un obbligo di accogliere la domanda è invero configurabile nell'ipotesi in cui lo Stato membro di destinazione riconosca ai propri cittadini il diritto al ricongiungimento con il partner non coniugato: questo si ricava dalla risalente sentenza *Reed*[49], nella quale la Corte, pronunciandosi sull'interpretazione del regolamento 1612/68, ha ritenuto, in sostanza, contraria al principio di non-discriminazione in base alla nazionalità, ora affermato all'art. 18, par. 1, TFUE, una normativa nazionale che limitava tale diritto ai cittadini nazionali, a esclusione di quelli di altri Stati membri. Sebbene il caso riguardasse una coppia eterosessuale, il principio espresso dovrebbe operare ugualmente ove per i nazionali sia consentito il ricongiungimento con il partner dello stesso sesso[50].

L'irrilevanza dell'orientamento sessuale della coppia è stata espressamente affermata con riguardo all'ipotesi del matrimonio nella sentenza *Coman*. La Corte ha osservato, da un lato, che «la nozione di "coniuge" [di cui all'art. 2, par. 2, lett. a)] è neutra dal punto di vista del genere e può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato»; dall'altro, che la suddetta disposizione, diversamente dall'art. 2, punto 2, lett. b), relativo all'ipotesi dell'unione registrata, «[non] rinvia

[48] La Corte ha chiarito che gli Stati membri devono prevedere nella loro legislazione «criteri che consentono alle suddette persone di ottenere una decisione sulla loro domanda […] che sia fondata su un esame approfondito della loro situazione personale e che sia motivata in caso di rifiuto»; essi godono di «un ampio potere discrezionale quanto alla scelta degli elementi da prendere in considerazione», ma i criteri stabiliti «devono essere conformi al significato comune del termine "agevola" [e non devono privare] la disposizione del suo effetto utile»: cfr., *inter alia*, Corte giust. 5 settembre 2012, C-83/11, *Rahman*, punti 21-25. Si v. anche gli Orientamenti, cit., p. 17.

[49] Corte giust. 17 aprile 1986, 59/85, *Paesi Bassi/Reed*, punti 28-30.

[50] Sulle implicazioni della sentenza *Reed* rispetto alla direttiva 2004/38 si v. A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015, p. 82 e 83. Questa giurisprudenza non è stata ripresa negli Orientamenti, cit.; se ciò non inficia la validità del principio *Reed*, un riferimento sarebbe stato molto opportuno ai fini della sua conoscibilità.

alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare»[51]. Uno Stato membro non può quindi, secondo la Corte, invocare il proprio diritto per opporsi al riconoscimento – ai soli fini della direttiva 2004/38 – del matrimonio contratto da un cittadino dell'Unione con un cittadino dello stesso sesso in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo[52].

La sentenza *Coman* lascia aperta la questione circa l'operatività del principio in essa espresso anche in caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero. Sia nel ragionamento che nel dispositivo la Corte ha fatto riferimento al matrimonio contratto legalmente nello Stato membro ospitante. C'è da dire che questa era la situazione dei ricorrenti nel procedimento principale: i signori Hamilton e Coman, statunitense il primo e polacco il secondo, si erano sposati in Belgio, Stato di residenza del cittadino dell'Unione; è quindi possibile che la Corte, vista anche la sensibilità dei temi affrontati, non abbia inteso affermare più di quanto strettamente necessario al giudice del rinvio. Peraltro, nella sentenza Metock – relativa a una causa anteriore a Coman e che non sollevava profili relativi all'orientamento sessuale della coppia – la Corte si è espressa nel senso che «né l'art. 3, n. 1, né nessun'altra disposizione della direttiva 2004/38 contiene prescrizioni concernenti il luogo in cui sia stato contratto il matrimonio del cittadino dell'Unione con il cittadino di un paese terzo»[53].

Gli Orientamenti sono vaghi sulla questione da ultimo esaminata[54], mentre si esprimono nel senso che «non vi sono motivi per interpretare altri termini nella direttiva 2004/38/CE, come ad esempio "partner" (art. 3, par. 2, lett. b) come termini non neutri dal punto di vista del genere». È significativo che non sia fatto riferimento anche al "partner" nell'ambito di un'unione registrata, di cui all'art. 2, par. 2, lett. b). Questa ipotesi è infatti la più "rigida" tra quelle previste dalla direttiva, in quanto i diritti di ingresso e soggiorno del partner registrato del cittadino dell'Unione sono espressamente subordinati a tre condizioni: l'unione registrata deve essere stata legalmente contratta in uno Stato membro; nello Stato membro ospitante l'unione registrata è equiparata al matrimonio; l'unione registrata contratta dalla coppia deve soddisfare le condizioni previste dalla pertinente legisla-

[51] *Coman*, sopra citata, punti 35 e 36.

[52] *Ivi*, punto 36.

[53] *Metock*, sopra citata, punto 98.

[54] A p. 11 degli Orientamenti, cit., si trova la precisazione che «[n]ella sua sentenza, la Corte ha fatto specifico riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi nello Stato membro ospitante».

zione dello Stato membro ospitante.

Dovrebbe trovare applicazione, anche in questo caso, il principio *Reed*, con la conseguenza che, se uno Stato membro consente, per i propri cittadini, l'unione registrata tra persone dello stesso sesso, equiparandola al matrimonio, dovrà riconoscere i diritti di ingresso e soggiorno anche al partner dello stesso sesso del cittadino di un altro Stato membro. Laddove, invece, nello Stato membro ospitante l'unione registrata non sia prevista, o non sia equiparata al matrimonio, o non sia aperta alle coppie dello stesso sesso, lo *status* validamente creato in un altro Stato membro non è sufficiente ai fini del riconoscimento dei diritti di libera circolazione del partner e la situazione della coppia ricadrà nell'ipotesi della relazione stabile debitamente attestata (art. 3, par. 2, lett. b).

Nella sentenza *Coman* la Corte di giustizia ha fatto leva sulla circostanza che, diversamente dal caso dell'unione registrata, la direttiva non rinvia alla normativa dello Stato membro ospitante per definire la nozione di «coniuge»[55]. Sarebbe però troppo leggere in questo argomento una conferma della legittimità del rinvio contenuto nell'art. 2, par. 2, lett. b), poiché questo aspetto esulava dall'oggetto del rinvio. Peraltro, poco dopo la Corte ha svolto un'osservazione – in relazione all'ipotesi del matrimonio – che pare a sostegno della conclusione opposta, ovvero che «lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio [al coniuge di un cittadino dell'Unione] a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione […] varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale»[56].

Nella prospettiva del rapporto tra fonti primarie e derivate accolta in questo contributo la questione di fondo è proprio *se* il legislatore dell'Unione può *legittimamente* far dipendere i diritti di ingresso e soggiorno del partner registrato del cittadino dell'Unione dall'assetto normativo dello Stato membro ospitante. Ad avviso di chi scrive, la necessità di ricostruire il diritto di condurre una normale vita familiare di cui all'art. 21, par. 1, TFUE alla luce dell'art. 7 della Carta conduce a una risposta negativa; al contempo, getta dubbi anche sulla scelta di distinguere tra partner (astrattamente) di serie A – il coniuge e il partner registrato – e di serie B – il partner nell'ambito di una stabile relazione di fatto.

[55] *Coman*, sopra citata, punto 36.

[56] *Ivi*, punto 39.

Il livello *minimo* di tutela garantito dal diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7 della Carta non può essere inferiore a quello derivante dall'art. 8 CEDU, poiché, come già detto, si applicano le regole interpretative di cui all'art. 52, par. 3, della Carta. La giurisprudenza rilevante della Corte EDU è stata recentemente ricapitolata nella sentenza della Grande camera *Fedotova e altri/Russia*. Innanzitutto, la nozione di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU «is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties»; di conseguenza, per "famiglia" ai sensi di tale disposizione si intendono «marriage-based relationships, but also other *de facto* "family ties", for example where the parties are living together outside marriage»[57]. In secondo luogo, la relazione tra persone dello stesso sesso nell'ambito di una stabile relazione di fatto rientra «within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation», e non soltanto nella nozione di «vita privata» ai sensi dell'art. 8 CEDU, secondo quanto in precedenza sostenuto dalla stessa Corte EDU[58]. Al contempo, l'assenza dell'elemento della convivenza non esclude la coppia dalla nozione di «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 CEDU in quanto «the fact of not living together […] has no bearing in itself on the existence of a stable relationship or the need for it to be protected»[59]. Infine, per la prima volta in modo inequivoco, nella sentenza *Fedotova* la Corte EDU ha altresì affermato che l'art. 8 CEDU pone in capo a *tutti* gli Stati contraenti l'obbligo (positivo) di prevedere nel proprio ordinamento «a legal framework allowing same-sex couples to be granted adequate recognition and protection of their relationship»[60]. Tale regime non deve necessariamente essere il matrimonio[61]; le

[57] *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 145.

[58] *Ivi*, par. 146. Questa interpretazione è stata inaugurata in Corte EDU 24 giugno 2006, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf/Austria*, par. 94.

[59] *Fedotova e altri/Russia*, sopra citata, par. 147, richiamando Corte EDU 7 novembre 2013, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e a./Grecia*, e 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e a./ Italia*.

[60] *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 178. Apripista erano state la sentenza *Oliari e a. c. Italia*, sopra citata, par. 185, e altresì Corte EDU 14 dicembre 2017, ric. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, *Orlandi e a./ Italia*, parr. 192 e 210.

[61] Ad avviso della Corte, il riferimento al matrimonio eterosessuale contenuto nell'art. 12 CEDU («Diritto di sposarsi») non implica che «the right to marry [...] must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex[; h]owever, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State». Si noti che i giudici di Strasburgo hanno svolto questa considerazione valorizzando la diversa formulazione, rispetto all'art. 12 CEDU, dell'art. 9 della Carta («Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia»), che non contiene un riferimento esplicito al matrimo-

Parti contraenti hanno infatti discrezionalità rispetto sia alla veste giuridica sia al contenuto della protezione, che tuttavia deve risultare «adeguata»[62].

La scelta del legislatore dell'Unione di prevedere un regime significativamente differenziato di circolazione della coppia quale quello che risulta dagli artt. 2, par. 2, lettere a) e b), e 3, par. 2, della direttiva equivale, in sostanza, a escludere dalla portata del diritto di condurre una normale vita familiare, quale componente del diritto di libera circolazione *ex* art. 21, par. 1, TFUE, alcune situazioni che, al contrario, rilevano come "famiglia" ai sensi dell'art. 8 CEDU. Vero è che la giurisprudenza della Corte EDU non esige che alle unioni di fatto, tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso, sia assicurato lo stesso statuto giuridico del matrimonio; al contrario, sono state ritenute ammissibili differenze di trattamento, ad esempio, in materia di diritti riproduttivi, benefici previdenziali, diritto di abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia, diritto alla pensione per superstiti. Tuttavia, ciò di cui si sta discutendo in questa sede è il diritto "principe" collegato allo status di cittadino dell'Unione, il diritto di libera circolazione nell'Unione, un diritto di rango (doppiamente) primario e fondamentale e che, come detto, integra il diritto di condurre una normale vita familiare. Inoltre, come ben chiarito dalla Corte in *Coman*, il riconoscimento della qualifica di familiare ai sensi della direttiva 2004/38 è limitato all'applicazione di quest'ultima e non riguarda anche lo *status* della coppia dal punto di vista del diritto interno. Ciò che viene garantito in base al diritto dell'Unione, allo stato attuale, è più che altro il *presupposto* della normale vita familiare: la possibilità di stare legalmente insieme in uno Stato membro. Per questa ragione, il pregiudizio all'ordine pubblico o all'identità nazionale dello Stato membro ospitante non può ritenersi tale da giustificare un'eventuale limitazione motivata dall'esigenza di tutelare la concezione tradizionale della famiglia.

È possibile immaginare, ove se ne presenti l'occasione, un intervento

nio eterosessuale: come precisato nella relativa spiegazione, l'art. 9 della Carta «si basa sull'art. 12 della CEDU» ma la sua formulazione «è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia»; di conseguenza, «la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale [preveda la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso]».

[62] *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 190. Circa il carattere «adeguato» della protezione, la Corte ha ricordato di avere già avuto occasione «to refer in certain judgments to aspects, in particular material (maintenance, taxation or inheritance) or moral (rights and duties in terms of mutual assistance), that are integral to life as a couple and would benefit from being regulated within a legal framework available to same-sex couples». Il riferimento è alle sentenze *Vallianatos e a./Grecia*, sopra citata, par. 81, e *Oliari e a./Italia*, sopra citata, par. 169.

in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia, nel senso di una declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 2, par. 2, lett. b), nella parte in cui subordina il riconoscimento della qualifica di familiare del partner registrato all'assetto normativo dello Stato membro ospitante, e di un'interpretazione conformante dell'art. 3, par. 2, lett. b).

È però senz'altro più auspicabile una modifica in via legislativa della direttiva 2004/38. Una soluzione maggiormente in linea con l'attuale evoluzione del quadro di diritto primario potrebbe consistere nel trasferire l'ipotesi del partner del cittadino dell'Unione nell'ambito di una relazione stabile debitamente attestata all'interno dell'art. 2, punto 2, precisando che è irrilevante, oltre alla nazionalità, il sesso[63]. Al contempo, il matrimonio e l'unione registrata para-matrimoniale contratti (o riconosciuti) in uno Stato membro potrebbero costituire manifestazioni della suddetta ipotesi, anziché categorie autonome, ferma restando la possibilità di dimostrare diversamente l'esistenza di legami familiari di fatto, secondo l'accezione accolta dalla giurisprudenza della Corte EDU.

5. Segue. *La possibilità di avviare una procedura di infrazione per sanzionare l'assenza di una adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso*

La seconda conseguenza dell'interpretazione inaugurata nella sentenza *Lounes* che si intende esaminare è la possibilità di avviare una procedura di infrazione nei confronti degli Stati membri che non assicurano una tutela giuridica adeguata alle coppie dello stesso sesso, contravvenendo all'obbligo positivo e indicazioni date dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Fedotova e a./Russia*[64]. L'argomento che si intende sostenere è che una tale situazione non integra (ormai) solo la violazione di un obbligo degli Stati membri in quanto Parti contraenti della Convenzione ma configura altresì una violazione dell'art. 21, par. 1, TFUE, con particolare riguardo all'aspetto del diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare. Si tratta di un'ipotesi tutt'altro che teorica, considerato che attualmente sei

[63] Tra l'altro, la prima proposta dell'attuale direttiva 2004/38 non faceva riferimento al parere nell'ambito di unione registrata ma al convivente in una relazione di fatto, «sul presupposto che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari la situazione delle coppie di fatto a quella delle coppie sposate»: cfr. COM/2001/0257 def, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, art. 2.

[64] Cfr. *supra*, par. 4.

Stati membri non prevedono alcuna forma di riconoscimento e protezione giuridica delle coppie dello stesso sesso: Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia. Nei confronti di tre di questi – Romania, Bulgaria e Polonia – la Corte di Strasburgo ha recentemente constatato la violazione dell'obbligo positivo affermato nella sentenza *Fedotova*[65].

Nella sentenza *Coman*, che su questo punto si allinea a un orientamento giurisprudenziale ben consolidato della Corte di giustizia[66], si legge che «lo stato civile, a cui sono riconducibili le norme relative al matrimonio, è una materia che rientra nella competenza degli Stati membri»; questi ultimi, tuttavia «nell'esercizio della suddetta competenza, devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri»[67]. Il limite alla competenza nazionale che nella sentenza viene conseguentemente individuato consiste nell'obbligo della Romania di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in Belgio «*ai soli fini* della concessione di un diritto di soggiorno derivato [al sig. Hamilton]»[68]. Senza dubbio correttamente, la Corte ha escluso che dal diritto dell'Unione possa derivare (allo stato attuale) un obbligo per gli Stati membri di prevedere l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso[69]. Il riconoscimento dello *status* validamente acquisito in un altro Stato membro non è dunque pieno, con tutte le conseguenze anche di diritto interno che ne deriverebbero, ma piuttosto – come è stato efficacemente sottolineato in dottrina – è "funzionalmente orientato" o "funzionalmente vincolato" all'esercizio della libera circolazione[70].

Si potrebbe allora pensare che, se la nozione di "familiare" del cittadino dell'Unione venisse ampliata, in via legislativa o giurisprudenziale, secondo quanto poc'anzi suggerito[71], l'esigenza di assicurare l'esercizio effettivo della libera circolazione sarebbe soddisfatta anche per quei cittadini circolanti che

[65] Cfr. Corte EDU 23 maggio 2023, ric. nn. 20081/19 e 20 altri, *Buhuceanu e a./Romania*; 5 settembre 2023, ric. n. 40209/20, *Koilova e Babulkova/Bulgaria*; 12 dicembre 2023, ric. nn. 11454/17 e 9 altri, *Przybyszewska e a./Polonia*.

[66] Si veda, ad esempio, Corte giust. 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, punto 25; 1° aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, punto 59; 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin e Paul*, punto 16.

[67] *Coman*, sopra citata, punti 37 e 38.

[68] Questa espressione è una sorta di "mantra" nella sentenza: cfr. *Coman*, sopra citata, punti 36, 40, 45, 46.

[69] *Ibid.*, punto 46.

[70] Così, O. Feraci, *op. cit.*, e I. Marchioro, in questo fascicolo.

[71] Cfr. *supra*, par. 4.

non possono beneficiare della sentenza *Coman* in quanto legati nell'ambito di un'unione registrata o di una relazione di fatto. Essi vedrebbero infatti riconosciuta quell'esigenza di «beneficia[re] della vicinanza dei loro familiari», nello Stato membro ospitante o in quello di nazionalità in caso di ritorno, che la Corte di giustizia sembra aver individuato quale nucleo essenziale del diritto di condurre una normale vita familiare[72].

Questa conclusione risulta, tuttavia, carente proprio nella prospettiva dell'*effettività* dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione, che come si è visto la ragione stessa dell'enucleazione di quest'ultimo diritto di condurre una normale vita familiare come componente del più ampio diritto di libera circolazione. L'ostacolo all'esercizio della libera circolazione non deriva soltanto dal rifiuto di uno Stato membro, nel caso di coppie dello stesso sesso, di consentire l'ingresso e il soggiorno del coniuge o del partner (registrato o di fatto), ma anche e forse soprattutto dall'impossibilità, durante il soggiorno, di beneficiare di una forma di riconoscimento e tutela giuridica della relazione. E sembra difficile negare che una tale situazione sia idonea a generare «seri inconvenienti di ordine amministrativo, professionale e privato» non meno significativi di quelli che hanno condotto la Corte a configurare, in casi relativi al diniego di riconoscere il nome e il cognome ottenuti in forza della normativa di un altro Stato membro, una restrizione della libertà *ex* art. 21, par. 1, TFUE[73].

Dopo la sentenza *Fedotova*, la limitazione alla libertà di circolazione causata dall'*assenza* di una adeguata forma di riconoscimento e protezione giuridica dell'unione *same-sex* non può essere validamente giustificata alla luce dell'obiettivo – astrattamente di interesse generale – di proteggere la famiglia tradizionale. Questo obiettivo non può essere invocato a supporto di un assetto normativo che integra una violazione della CEDU. Detto in altri termini, ferma restando la discrezionalità circa il *quomodo* e, in una certa misura, il *quantum* della tutela accordata, l'obbligo di assicurare un'adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso costituisce un corollario del diritto di condurre una normale vita familiare ai sensi dell'art. 21, par. 1, TFUE e pertanto si impone agli Stati membri anche in virtù del diritto dell'Unione.

Anche in questo caso, un rinvio pregiudiziale ben potrebbe fornire alla

[72] Cfr. *Lounes*, sopra citata, punto 52; *Coman*, sopra citata, punto 32; *Pancharevo*, sopra citata, punto 47.

[73] Cfr. *Garcia Avello*, sopra citata, punto 36; *Grunkin e Paul*, sopra citata, punto 23; 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, punto 76, nonché 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, punto 38.

Corte di giustizia l'occasione di pronunciarsi in tal senso. Una procedura di infrazione avrebbe tuttavia una serie di vantaggi, tra cui, innanzitutto, quello di poter essere avviata nei confronti di tutti gli Stati membri che, allo stato attuale, sono inadempienti rispetto all'obbligo in questione, a prescindere dalla circostanza che la Corte EDU si sia già pronunciata nei loro confronti. Non si possono, peraltro, dimenticare le difficoltà relative all'attuazione della sentenza *Coman*: essa è stata recepita dal giudice del rinvio, la Corte costituzionale rumena, che ha fatto salvo il divieto, stabilito dal codice civile, di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso solo nella misura in cui non impedisce l'esercizio della libera circolazione garantita dal diritto dell'Unione; tuttavia, questo orientamento non ha trovato seguito nella prassi amministrativa e, ancor meno, a livello legislativo[74]. Come ben dimostrato dall'ormai ampia prassi relativa all'utilizzo dell'infrazione a tutela dell'indipendenza dei sistemi giudiziari nazionali, la natura di questa procedura e la possibilità di reagire all'eventuale mancata esecuzione della sentenza di inadempimento attraverso il procedimento *ex* art. 260, par. 2, TFUE la rendono uno strumento (astrattamente) più idoneo nei casi in cui il contrasto con il diritto dell'Unione richiede necessariamente un intervento del legislatore nazionale[75].

Come per la proposta relativa a una modifica della nozione di "familiare" nella direttiva 2004/38, anche in questo caso l'elemento dirimente è la volontà politica. Nella *Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, prendendo atto delle difficoltà relative all'attuazione della sentenza *Coman*, peraltro non solo in Romania, la Commissione ha affermato che «[se] necessario, (...) può intraprendere azioni legali»[76]. La circostanza che ad oggi

[74] Cfr. la lettera inviata da alcuni membri del Parlamento europeo alla Presidente della Commissione von der Leyen e ai commissari Jourová (Valori e trasparenza), Reynders (Giustizia) e Dalli (Uguaglianza) nel quarto anniversario della sentenza *Coman*: lgbti-ep.eu/2022/06/07/meps-write-to-president-von-der-leyen-on-coman-hamiltons-4-year-non-implementation-anniversary/.

[75] Cfr., con riguardo al diverso contesto dei problemi del giudiziario polacco, le analoghe considerazioni dell'Avv. gen. Bobek nelle conclusioni del 17 giugno 2021 alla causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwości*, punto 146: «il procedimento di rinvio pregiudiziale ha dei limiti in termini di capacità di risolvere situazioni di stallo istituzionale in un contesto così specifico, in cui uno o più attori si rifiutano di seguire gli orientamenti forniti dalla Corte. In situazioni del genere, l'intervento di un terzo e l'esecuzione esterna delle sentenze della Corte, come nei casi previsti agli articoli da 258 a 260 TFUE, costituiscono un rimedio più adeguato, se non l'unico».

[76] Comunicazione della Commissione, del 12 novembre 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Unione

nessuna procedura d'infrazione al riguardo sia stata avviata suggerisce che non sono molte le speranze di un'iniziativa certamente più innovativa come quella qui proposta. Le prossime elezioni europee e la nomina della nuova Commissione rappresentano tappe cruciali dal punto di vista della sensibilità dei temi affrontati in questo scritto. Di certo non servono particolari doti di preveggenza per immaginare che le condizioni non saranno quelle ottimali affinché gli sviluppi qui prospettati vengano incanalati attraverso la strada, ritenuta preferibile, della modifica legislativa e della procedura di infrazione. Di converso, un contesto politico, a livello dell'Unione, poco favorevole alle aperture qui suggerite potrebbe incentivare la via contenziosa e, dunque, la strada del rinvio pregiudiziale, e sarebbe allora auspicabile che la Corte traesse tutte le implicazioni della propria giurisprudenza.

Abstract (ita)

Il contributo approfondisce le potenziali implicazioni dell'interpretazione, ad opera della Corte di giustizia, dell'art. 21, par. 1, TFUE nel senso che esso include anche il diritto del cittadino "circolante" dell'Unione di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante o in quello di origine in caso di rientro. Tale interpretazione potrebbe (o, meglio, dovrebbe) aprire a due sviluppi nella delicata intersezione tra libera circolazione e competenza degli Stati membri in materia di diritto di famiglia: da

dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020) 698 final, p. 16 ss.

un lato, una modifica in senso estensivo della nozione di "familiare" accolta dalla direttiva 2004/38/CE con riguardo all'ipotesi della circolazione della coppia; dall'altro, l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che allo stato attuale non prevedono alcuna forma di riconoscimento giuridico e di tutela per le coppie dello stesso sesso. Questi sviluppi discendono dall'interazione tra il "nuovo" diritto di condurre una normale vita familiare e il complessivo sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti umani.

Abstract (eng)

The contribution explores the potential implications of the Court of Justice's interpretation of Article 21(1) TFEU in the sense that it confers on EU citizens that exercise(d) the free movement the right to lead a normal family life in the host Member State or in the Member State of origin in the case of return. This interpretation may (or, better, should) pave the way to two significant developments, one affecting the notion of "family members" of the Union's citizen currently endorsed by Directive 2004/38/EC, and the other concerning the possibility of initiating an infringement procedure against those Member States that currently do not provide for any form of legal recognition and protection for same-sex couples. These implications result from the interaction between the "new" right to lead a normal family life and the Union's overall system of fundamental rights' protection, also in the light of some judgments recently delivered by the European Court of Human Rights.