

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2024

ABBIAMO INIZIATO A DISCRIMINARE I FAMILIARI DEI CITTADINI ITALIANI? IL MISTERO DELL'ART. 23 D.LGS. N. 30/2007

di Giulia Perin

Abstract: *L'ordinamento italiano ha sempre posto particolare attenzione nell'evitare il rischio di possibili "discriminazioni a rovescio". Con l'espressione si intende nel mondo del diritto quella situazione per cui un cittadino si trova ad essere assoggettato nel proprio Paese ad una normativa meno favorevole di quella prevista per gli stranieri o per una specifica categoria di stranieri. Il decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito in legge 10 agosto 2023, n. 103 sembrerebbe avere introdotto una deroga a tale principio in materia di diritto all'unità familiare, prevedendo, all'art. 23 d.lgs. n. 30/2007, per i cittadini italiani che non abbiano fatto uso della libera circolazione una normativa meno favorevole di quella prevista per i cittadini europei e per i cittadini italiani cosiddetti "mobili". Il contributo esamina la modifica legislativa intervenuta e le possibili interpretazioni del nuovo art. 23 d.lgs. n. 30/2007.*

Abstract: *The Italian legal system has always consistently avoided the risk of "reverse discrimination". With this term, reference is made to the situation in which citizens find themselves in a worse situation than the one reserved to foreigners or to a specific category of foreigners. The Law Decree No. 69/2023, converted by the Law No. 103/2023, apparently allows an exception to the general prohibition of detrimental treatment of Italian citizens, by modifying art. 23 of Legislative Decree No. 30/2007. This article now seems to provide for family members of "static" citizens a less favorable treatment than the one provided for family members of European citizens and "mobile" Italian citizens. The essay analyses the content and the possible interpretations of the new provision.*

ABBIAMO INIZIATO A DISCRIMINARE I FAMILIARI DEI CITTADINI ITALIANI? IL MISTERO DELL'ART. 23 D.LGS. N. 30/2007

di Giulia Perin*

SOMMARIO: 1. I diversi regimi in materia di tutela della vita familiare nel diritto dell'immigrazione e la domanda più importante da porsi: "*familiare di chi?*". - 2. La posizione di indiscusso privilegio riconosciuta ai familiari dei cittadini italiani fino alla modifica dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007. - 3. La posta in gioco quando si restringa il diritto all'unità familiare dei cittadini. - 4. Cittadini italiani costretti all'esilio. Qualche caso concreto. - 5. Il nuovo testo dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007. - 6. Le questioni interpretative sollevate dalla nuova disposizione. - 7. La comparsa - per la prima volta - delle categorie del "*cittadino mobile*" e del "*cittadino statico*" sulla scena del diritto dell'immigrazione italiano. L'aiuto alla loro definizione che viene da una recente Comunicazione della Commissione europea. - 8. Valutazione positiva della sostanziale irrilevanza fino ad oggi della distinzione tra cittadino "*mobile*" e "*statico*" nell'ordinamento italiano. Il principio di eguaglianza attuato dal legislatore, anche su indicazione della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato. - 9. Il problema (reale) che è stato l'occasione dell'intervento normativo. - 10. Il salto logico tra la *ratio legis* e la sua traduzione normativa. - 11. Come leggere il nuovo art. 23: la soluzione di ogni problema di potenziale discriminazione qualora si opti per un'interpretazione basata sul criterio teleologico. - 12. L'interpretazione teleologica come unica soluzione ermeneutica conforme a Costituzione: i due profili di potenziale violazione del principio di eguaglianza che vengono in caso contrario in rilievo. - 13. Il "*lato buono*" dell'art. 23, comma 1-*bis*. Il riscatto del familiare del cittadino italiano povero e privo di impiego. - 14. Conclusioni.

1. I diversi regimi in materia di tutela della vita familiare nel diritto dell'immigrazione e la domanda più importante da porsi: "*familiare di chi?*"

Il diritto dell'immigrazione italiano è diventato negli anni sempre più complesso: il numero di visti e le tipologie di permesso di soggiorno sono aumentati esponenzialmente.

Tale crescente complessità risponde tanto ad un principio di realtà quanto ad un principio di ragionevolezza e di eguaglianza.

Il principio di realtà insegna che il diritto disciplina il fatto e lo disciplina tanto più minuziosamente quanto più spesso si realizza una fattispecie nelle sue molteplici concretizzazioni: se sono pochi gli stranieri che arrivano in un certo Paese, il diritto dell'immigrazione non avrà ragione di essere particolarmente articolato.

Il principio di eguaglianza impone che situazioni non comparabili vengano trattate in modo differente: per fare l'ipotesi più semplice, a chi abbia bisogno di protezione si chiederà di integrare condizioni diverse da quelle richieste alla generalità degli stranieri, ad esempio, esentandolo dall'obbligo di esibire un passaporto, documento normalmente necessario in ogni procedimento di autorizzazione all'ingresso e al soggiorno.

La complessità cui si è appena fatto riferimento contraddistingue anche quello specifico settore del diritto degli stranieri che si occupa di tutelare la vita familiare di chi è già presente

* Avvocato del foro di Roma.

in Italia, quando il familiare da ricongiungere o di cui garantire il diritto al soggiorno sia cittadino di un Paese terzo¹.

Pure questo specifico ambito è andato nel tempo “gemmando” vari distinti sub-regimi – sempre più precisamente disciplinati – la selezione dei quali avviene in base alla risposta alla domanda: “familiare di chi?”.

Si tratta, più precisamente, di verificare se chi aspira ad esercitare il diritto alla ricostituzione o al mantenimento della propria vita familiare è un *cittadino dell'Unione* che si sia stabilito in Italia, ovvero un *cittadino non europeo* che in Italia regolarmente soggiorni.

Si tratta di un criterio selettivo che trova il proprio fondamento nel diritto dell'Unione.

Quest'ultimo tutela con specifici atti di diritto derivato sia il diritto alla vita familiare dei cittadini europei che si stabiliscono in un Paese membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, sia quello dei cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti.

Per la precisione, i familiari dei cittadini europei che si stabiliscano in un altro Paese membro hanno come principale riferimento la Direttiva 2004/38 che si occupa del “*diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*”, mentre i familiari dei cittadini di Paesi terzi rinvengono il regime loro applicabile nella Direttiva 86/2003 in materia di “*ricongiungimento familiare*”.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia², entrambe le direttive tutelano diritti fondamentali da interpretarsi in senso non restrittivo: quando siano integrate le condizioni previste dal diritto derivato, gli Stati membri hanno un vero e proprio obbligo a riconoscere il diritto all'ingresso e al soggiorno del familiare, sia che il vincolo sussista con un cittadino europeo sia che il legame riguardi un cittadino di Paese terzo.

Questa *omogeneità di natura* – ci troviamo in entrambi i casi di fronte al diritto alla vita familiare protetto tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – non significa *omogeneità nell'estensione della tutela né eguaglianza di condizioni per l'esercizio del diritto*.

Infatti, in base alla Direttiva 86/2003, il cittadino non europeo che voglia farsi raggiungere da un proprio familiare, da un lato, deve integrare requisiti sostanziali e

1. La letteratura in materia di unità familiare nel diritto dell'immigrazione italiano è ormai molto ampia. La più recente disamina degli istituti previsti dal nostro ordinamento in materia si trova oggi nella monografia di P. Morozzo della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza di legittimità in materia di unità familiare e del dialogo tra la Corte di cassazione e le Corti sovranazionali, cfr. M. Flamini, *La famiglia migrante*, in G. Lattanzi, M. Maugeri, G. Grasso, L. Calcagno, A. Ciriello, *Il diritto europeo e il giudice nazionale, Parte II - La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale. L'interpretazione e l'applicazione della Cedu nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, (pubblicazione della Scuola superiore della magistratura), Milano, 2023, pp. 121-148, accessibile nel sito www.scuolamagistratura.it. A tutt'oggi utili per un inquadramento generale delle principali questioni in materia di diritto all'unità familiare risultano le considerazioni contenute in P. Bonetti, P., N. Zorzella, W. Citti, L. Miazzi, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori*, in B. Nascimbene (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004. Si veda anche R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.

2. Va rilevato che la Corte di Giustizia, quando tratta dei diritti dei familiari dei cittadini dell'Unione, sottolinea come il fondamento di tali diritti riposi nella necessità di garantire «*l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE*» essendo lo scopo delle previsioni a tutela della vita familiare contenute nella direttiva 2004/38 segnatamente quello «*di rafforzare tale diritto*» (sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, punto 35, del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, punto 31, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, punto 31), mentre la giurisprudenza della Corte relativa alla Direttiva 2003/86 richiama in particolare «*l'obbligo di protezione della famiglia e del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Cedu e dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*» [cfr. tra le molte, Corte di Giustizia, sentenza del 4 marzo 2010, *Metock*, C-578/08, punti 62 e seguenti/08]. Si tratta di richiami che trovano il proprio fondamento testuale nei *Considerando* dei rispettivi atti di diritto derivato.

procedurali più onerosi di quelli cui è sottoposto – ai sensi della Direttiva 2004/38 – il cittadino europeo soggiornante in Italia, dall'altro, vede definita la categoria dei familiari con cui può aspirare a ricongiungersi in termini molto più restrittivi di quanto previsto per i cittadini dell'Unione³.

Decisamente più generose sono, invero, le previsioni contenute nella Direttiva 2004/38 quanto alla definizione di "familiare ricongiungibile", alle condizioni materiali e ai vincoli procedurali da integrare per l'ingresso e il soggiorno, ai diritti alla parità di trattamento, al titolo di soggiorno da rilasciarsi e, quanto, infine, alla protezione contro l'allontanamento.

2. La posizione di indiscusso privilegio riconosciuta ai familiari dei cittadini italiani fino alla modifica dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007

Assente dalle riflessioni fino a questo momento svolte è il protagonista delle considerazioni che seguiranno: il familiare straniero del *cittadino italiano che viva in Italia*. Gli atti di diritto derivato sopra menzionati in effetti non se ne occupano⁴: come si è visto, la Direttiva 2004/38 si rivolge ai cittadini dell'Unione che si rechino o stabiliscano in un Paese membro diverso da quello di cui possiedono la cittadinanza, mentre la Direttiva 2003/86 tutela il diritto all'unità familiare dei cittadini di Paesi terzi residenti in Europa.

È legittimo, dunque, chiedersi quale regime il nostro ordinamento abbia ritenuto di applicare al familiare straniero del cittadino italiano.

Sintetizzare la disciplina che risultava applicabile a tale familiare prima delle modifiche introdotte con il d.l. n. 69/2023 non è difficile.

Infatti, se c'era un pilastro del diritto dell'immigrazione italiano che sembrava destinato a resistere alle riforme del legislatore era la posizione di indiscusso privilegio riconosciuta agli stranieri che avessero un legame familiare con un cittadino italiano.

3. La Direttiva 2003/86 obbliga gli Stati membri a garantire l'unità familiare quanto meno a favore dei membri della famiglia nucleare, e cioè del coniuge e dei figli minorenni, potendo poi i singoli Paesi membri introdurre – a loro discrezione – ulteriori categorie di familiari ricongiungibili. Alla ristretta lista di familiari di cui è obbligatorio riconoscere il diritto all'ingresso e al soggiorno in forza del diritto dell'Unione, in presenza delle condizioni materiali previste dalla Direttiva, il legislatore italiano ha aggiunto le categorie dei «*figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni obiettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale, d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documenti, gravi motivi di salute*» (cfr. art. 29 d.lgs. n. 286/1998). Quanto alla Direttiva 2004/38, l'articolo 3 di tale atto, intitolato "Aventi diritto", al paragrafo 1 dispone che la direttiva trovi applicazione a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo. Ai sensi dell'art. 2, punto 2, della direttiva 2004/38, devono considerarsi familiari di un cittadino dell'Unione, ai fini della direttiva, il "coniuge", il "partner" che abbia contratto con il cittadino europeo "un'unione registrata" aventi nello Stato membro ospitante effetti equiparabili al matrimonio, i "discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico" e quelli del coniuge e del partner, gli "ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o del partner". Ciascuno Stato membro è poi chiamato ad agevolare l'ingresso e il soggiorno di «a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, [...] se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente; b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale» (in questo senso l'art. 3, comma 2, Direttiva 2004/38). Le previsioni della Direttiva sono testualmente riprodotte nel d.lgs. n. 30/2007.

4. Come si vedrà, la Direttiva 2004/38 è in realtà certamente applicabile ai cittadini italiani che abbiano esercitato la libera circolazione; ciò non risulta, tuttavia, dalla lettera della normativa di diritto derivato europeo, essendo una conseguenza della (consolidatissima) interpretazione data del Trattato e degli atti normativi dell'Unione dalla Corte di Giustizia.

Rispetto agli stranieri che avessero un vincolo rilevante con un altro straniero – europeo o non europeo – che soggiornasse legalmente in Italia, la posizione dei familiari dei cittadini italiani era favorita con una tecnica legislativa tanto semplice quanto idonea a escludere il rischio di “superamenti di posizione” da parte di altre categorie di stranieri.

Tale obiettivo si raggiungeva con tre diverse – e altrettanto fondamentali – mosse.

La prima consisteva nell'*aggancio completo* della disciplina dei familiari di cittadini italiani a quella dei familiari di cittadini europei contenuta nel d.lgs. n. 30/2007 che è la fonte interna che ha recepito in Italia la Direttiva 2004/38⁵.

La possibilità di applicare tale disciplina anche a favore dei familiari dei cittadini italiani era assicurata dall'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007 (la norma ora modificata): nella versione vigente prima della modifica, era previsto che “*le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana*”⁶.

Il metodo del rinvio consentiva, con un solo comma, di rendere applicabile anche al familiare del cittadino italiano l'intero statuto previsto per i familiari del cittadino dell'Unione che si trasferisse in Italia.

Tale metodo presentava l'ulteriore vantaggio che eventuali modifiche al regime europeo in materia di libera circolazione e soggiorno, tradotte nel decreto legislativo richiamato, si sarebbero estese in automatico anche ai familiari dei cittadini italiani.

In base a tale disposizione, possiamo dire che per decenni⁷ la normativa europea in materia di libera circolazione e di soggiorno ha trovato applicazione in Italia – oltre che a favore dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari – anche ai familiari dei cittadini italiani, costituendone lo statuto privilegiato.

La seconda mossa del legislatore a favore dei familiari di italiani consisteva in un analogo rinvio anche alla normativa prevista per i familiari del cittadino non europeo dal d.lgs. n. 286/1998, Testo unico sull'immigrazione.

Si legge infatti nell'art. 28 di tale testo normativo che la normativa che disciplina i diritti dei familiari dei cittadini non europei trova applicazione anche ai familiari di cittadini italiani (ed europei), *laddove più favorevole*⁸.

Tale previsione di rinvio – diversamente da quella al decreto legislativo 30/2007 – è rimasta di fatto senza applicazione: il regime previsto per i familiari dei cittadini dell'Unione è incommensurabilmente più favorevole di quello previsto per i familiari dei cittadini di Paesi terzi; pertanto, era difficile che si venisse a realizzare l'ipotesi in cui una disposizione del d.lgs. n. 286/1998 risultasse più favorevole di quella del d.lgs. n. 30/2007.

La disposizione ha comunque un valore di principio: con tale previsione, il legislatore ha ribadito l'esistenza di una gerarchia tra le diverse categorie di familiari, escludendo che una categoria meno favorita (quale quella dei familiari dei cittadini non europei) potesse trovarsi

5. Sul d.lgs. n. 30/2007 e, in generale, sull'attuazione della normativa europea in materia di libera circolazione e di soggiorno, v. per tutti, A. Lang, *Il soggiorno del cittadino dell'Unione europea in Italia*, Milano, Giuffrè, 2017.

6. Per un esame di tale disposizione nel testo previgente all'ultima modifica, cfr. S. Vitro, *L'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007* in E.G. Cortese, G. Ratti, M. Veglio, e S. Vitro, *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e processuali di diritto dell'immigrazione*, Milano, Utet giuridica, 2014.

7. Come si vedrà, il diritto all'applicazione del medesimo regime spettante ai cittadini europei ai familiari dei cittadini italiani vigeva da ben prima dell'adozione del d.lgs. n. 30/2007.

8. Per la precisione, l'art. 28 d.lgs. n. 286/1998, nel disciplinare il diritto all'unità familiare dello straniero cittadino di Paese terzo, al suo secondo comma, stabilisce che «*ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30.12.1965, n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione*».

a godere di un regime più favorevole di quello riconosciuto alle categorie che l'ordinamento aveva inteso privilegiare.

L'ultima mossa consisteva nell'assicurare al familiare di cittadino italiano una tutela ulteriore rispetto a quella riconosciuta alle altre due categorie di familiari sopra indicate.

Tale tutela era affidata alla disposizione di chiusura dell'articolo 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286/1998, che prevede il divieto di espulsione del coniuge e del familiare entro il secondo grado del cittadino italiano, che risultino conviventi con quest'ultimo.

A differenza dei due regimi sopra indicati, l'art. 19 non richiede l'integrazione di alcun'altra condizione se non la prova del vincolo familiare e della convivenza.

La disposizione, pur venendo in rilievo solo quando non fossero integrati i requisiti previsti dal d.lgs. n. 30/2007, ha avuto comunque frequente applicazione.

Nella prassi, rientravano ad esempio nella protezione di tale norma i familiari dei cittadini italiani quando questi ultimi non integrassero le condizioni dell'art. 7 d.lgs. n. 30/2007 ovvero i fratelli o i discendenti o ascendenti non a carico del cittadino italiano. Prova del vincolo familiare e convivenza erano in questi casi utili per garantire anche a questi familiari, oltre alla protezione dall'espulsione, il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno in forza di quanto previsto dall'art. 28 del regolamento di attuazione⁹: permesso che era biennale – anziché quinquennale, come per chi rientrasse nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 30/2007 – e di cui era prevista la revoca al venir meno della condizione di convivenza, ma che ha significato per molti stranieri la possibilità di accedere alla regolarità di soggiorno.

Considerate unitariamente, le tre strategie del legislatore sopra descritte portavano tutte in un'unica direzione: lo statuto del familiare del cittadino italiano *era* – in un'immaginaria scala gerarchica – indubbiamente quello in cima alla piramide.

Lo era, ma forse non lo è più, in seguito alla modifica dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007 introdotta dal decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito in legge 10 agosto 2023, n. 103.

Il presente contributo ha per oggetto tale nuova disposizione e quella che sembra a chi scrive esserne la corretta interpretazione.

3. La posta in gioco quando si restringe il diritto all'unità familiare dei cittadini

Prima di indicare cosa preveda oggi il nuovo testo dell'art. 23 del d.lgs. 30/2007, vorrei indicare perchè mi sembra che la tutela rafforzata che l'ordinamento italiano prevedeva a favore dei cittadini italiani avesse un fondamento non riconducibile al semplice argomento della *preferenza nazionale*.

Ritengo vi sia una ragione profonda per cui ai familiari dei cittadini vada assicurata protezione e che questa ragione sia legata al fatto che la posta in gioco quando si restringe il diritto all'unità familiare dei cittadini è particolarmente elevata.

Prima di giustificare tale affermazione, ritengo necessaria una premessa che si pone al di fuori del circoscritto mondo del diritto.

9. L'art. 28 del regolamento di attuazione del Testo unico, d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, significativamente rubricato «*Permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento*», dispone che «*Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno: (...) c) per motivi familiari nei confronti degli stranieri che si trovano nelle documentate circostanze di cui all'articolo 19, comma 2, lettera c), del testo unico*».

Non vi è dubbio che la possibilità di vivere con i propri familiari sia uno dei principali elementi da cui dipende la felicità di un essere umano, indipendentemente dalla cittadinanza posseduta¹⁰.

Non vi è altresì dubbio che quando l'unità familiare si realizzi nel Paese di immigrazione, l'integrazione dell'intero nucleo sarà più agevole. Gli adulti beneficeranno delle relazioni create grazie al percorso scolastico dei figli e spesso per il tramite di questi, potranno migliorare le loro competenze linguistiche. Qualora abbiano la fortuna di vivere insieme ai propri ascendenti, potranno farsi supportare da questi ultimi nell'accudimento dei figli ed eventualmente dedicarsi, come gli "autoctoni", con minori preoccupazioni all'attività di lavoro.

È quindi sicuramente auspicabile che il diritto alla vita familiare degli stranieri residenti in Italia tenda – come statuto di riferimento per miglioramenti futuri e per eventuali verifiche di ragionevolezza di distinzioni – a quello previsto per i familiari delle categorie più favorite¹¹. Vi è però per l'autoctono – e nel caso dell'Italia, per il cittadino italiano – una questione particolare: qualora al cittadino non sia concesso di vivere con i propri familiari, lo stesso potrebbe trovarsi a decidere di lasciare il proprio Paese o, qualora si trovi all'estero, a rassegnarsi a non potersi fare rientro.

Si porrebbe allora la questione se la normativa di un Paese che regoli in modo restrittivo il diritto all'unità familiare dei propri cittadini non abbia l'effetto – indiretto ma non meno concreto – di espellerli, sollevando il dubbio di rilievo costituzionale e internazionale del rispetto del divieto di impedire ai propri cittadini di vivere nel territorio dello Stato¹².

4. Cittadini italiani costretti all'esilio. Qualche caso concreto

Si potrebbe ritenere che l'idea che un cittadino italiano possa essere costretto a lasciare l'Italia ovvero a non farvi rientro per motivi legati alle difficoltà per il familiare di ottenere un visto o un permesso di soggiorno sia del tutto astratta, non avendo trovata alcuna concreta applicazione pratica.

Non è purtroppo così.

Mi limiterò qui a richiamare due casi che mi sembrano particolarmente significativi.

Il primo riguarda la situazione vissuta prima del 2012 da decine di cittadini italiani il cui compagno o coniuge straniero fosse dello stesso sesso.

10. Sul punto si rinvia al bellissimo libro di J. Haidt, *Felicità: un'ipotesi. Verità moderne e saggezza antica*, Torino, 2020, in particolare, pp. 131-162.

11. Cfr. sul punto le interessanti riflessioni di K. Groenendijk, *Introduction: Migration and Law in Europe*, in E. Guild e P. Minderhoud (eds.), *The first decade of EU Migration and Asylum law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, in particolare, pp. 19-20.

12. Questione su cui peraltro, come si vedrà, sia pure prendendo come riferimento non il territorio del singolo Paese membro, ma quello dell'intera Unione, la Corte di Giustizia ha di fatto fondato la giurisprudenza avviata con la decisione *Zambrano* di cui si darà conto in seguito. Mi chiedo se un ragionamento analogo a quello svolto dalla Corte di Giustizia, di guardare alla "sostanza" del diritto di cittadinanza, non dovrebbe indurre a interrogarsi se un'eventuale restrizione del diritto al ricongiungimento a favore dei familiari di cittadini italiani (come quella che potrebbe derivare da un'interpretazione restrittiva dell'art. 23 nella sua nuova formulazione) non potrebbe incidere nella sostanza l'art. 16, comma 2, della Costituzione che sancisce il diritto del cittadino italiano di lasciare il territorio dello Stato e farvi liberamente rientro, salvo gli obblighi di legge. Viene poi in rilievo il Protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ratificato dall'Italia), che al suo articolo 3, rubricato divieto di espellere i cittadini, così prevede: *1. Nessuno può essere espulso a seguito di una misura individuale o collettiva, dal territorio dello Stato di cui è cittadino. 2. Nessuno può essere privato del diritto di entrare nel territorio dello Stato di cui è cittadino*».

Solo a partire dal 2012, grazie alla decisione di un giudice di primo grado¹³, il Ministero dell'interno ha ritenuto di riconoscere al coniuge dello stesso sesso di cittadino italiano il diritto al rilascio del medesimo titolo di soggiorno previsto a favore del coniuge del cittadino dell'Unione in caso di matrimonio eterosessuale¹⁴.

È stato a quel punto possibile per i cittadini italiani che volessero rientrare in Italia far valere il matrimonio già celebrato ovvero trovare uno Stato dove formalizzare l'unione per assicurarsi la possibilità di realizzare nel nostro Paese la loro vita familiare.

Giustamente, è stato al tempo sottolineato il profilo del diritto all'unità familiare, ma non meno importanza ha rivestito, per gli italiani coinvolti, vedersi riconosciuto il diritto "sostanziale" a far ritorno in Italia, spesso dopo anni di esilio dovuto al mancato riconoscimento di dignità giuridica alla relazione affettiva consolidata all'estero.

Il secondo caso – egualmente tratto dai fascicoli di studio – riguarda una giovane italiana che, nel corso di un breve soggiorno in Pakistan, conosce un cittadino pakistano, con cui decide di iniziare un progetto di vita, formalizzato in un matrimonio. La nascita di due figli fa sorgere nella giovane il desiderio di rientrare in Italia: l'alternativa è una vita in un villaggio dove la tradizione prevede che la donna passi nella propria abitazione l'intera giornata. Le istanze all'Ambasciata per l'ottenimento di un visto per il marito, inviate direttamente dall'interessata o tramite familiari, non hanno per anni alcun riscontro.

In assenza della possibilità di ottenere l'autorizzazione all'ingresso in Italia dell'intera famiglia, tanto la giovane quanto i figli sono di fatto privati della possibilità di esercitare il diritto a vivere nel nostro Paese che pure in astratto discende dal possesso della cittadinanza italiana.

Ciascuno di questi casi illustra come le limitazioni alla libertà di movimento e di soggiorno dei familiari siano idonee a tradursi nell'impedimento al soggiorno in Italia degli stessi cittadini italiani.

Preciso che i due casi esaminati riguardavano familiari stretti come il coniuge, ma la situazione potrebbe riproporsi per familiari più lontani: si pensi ad un parente del coniuge che per ragioni di invalidità abbia sempre vissuto con questi e che non possa essere lasciato solo nel Paese di origine.

Proprio per tenere conto di ipotesi come queste, la nozione degli altri "aventi diritto" contenuta nella Direttiva 2004/38 è idonea a ricomprendere ogni familiare che abbia una relazione di dipendenza con il cittadino dell'Unione o il suo coniuge¹⁵: secondo il diritto derivato e la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁶, si dovrà valutare l'intensità in concreto del legame per decidere se l'unità familiare vada estesa al di là della cerchia dei familiari classici. È evidente che tale ampia definizione del perimetro di potenziale rilevanza del legame familiare sia idonea ad assicurare nel modo più effettivo la possibilità di realizzare la vita familiare nel Paese membro ospitante.

13. Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 13 febbraio 2012, pubblicata in *Il Foro italiano*, Vol. 135, N. 10 (ottobre 2012), p. 2727, reperibile online nel sito di Articolo29 <https://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-reggio-emilia-prima-sezione-civile-decreto-del-13-febbraio-2012/>.

14. Ministero dell'interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale immigrazione, nota prot. 8996 del 26.10.2012, reperibile online <https://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2012/11/nota-ministero-interni-5-11-2012.pdf>.

15. Cfr. *supra* nota 3, dove viene riportato il testo degli articoli 2 e 3 della Direttiva 2004/38, ove vengono indicati i familiari e i soggetti il cui ingresso e soggiorno deve essere agevolato dai Paesi membri.

16. Corte di Giustizia, sentenze del 5 settembre 2012, *Rahman e a.*, C-83/11, punto 32, nonché del 26 marzo 2019, *SM (Minore posto sotto il regime della kafala algerina)*, C-129/18, punto 60, e più recentemente, del 15 settembre 2022, *SRS e AA*, C-22/21, punti 22-29.

5. Il nuovo testo dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007

L'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007 – che, come si è visto, prevedeva che ai familiari di cittadini italiani si applicasse per intero la normativa di recepimento della Direttiva 2004/38 – costituiva attuazione di un principio che, da un lato, era consolidato, dall'altro, sembrava destinato a perdurare in futuro.

Non solo per più di 15 anni, e cioè dalla sua entrata in vigore nel 2007, l'art. 23 non aveva subito alcun emendamento, ma, a ben vedere, la norma contenuta nel d.lgs. 30/2007 non introduceva alcun nuovo regime nel nostro ordinamento: il diritto dei familiari dei cittadini italiani a godere ed esercitare i medesimi diritti dei familiari dei cittadini di altri Paesi dell'Unione europea era già sancito nel d.lgs. n. 286/1998 che prevedeva che ai familiari di cittadini italiani si applicasse la normativa di attuazione relativa alla libera circolazione al tempo vigente¹⁷.

Tale regime durato più di venticinque anni è stato ora modificato in seguito all'integrale riscrittura dell'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007, ad opera del decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito in legge 10 agosto 2023, n. 103 – rubricato «*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*».

In seguito all'intervento del legislatore, la disposizione ora si compone di due distinti commi che così prevedono:

1. Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana che hanno esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo.

1-bis. Ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, di cittadini italiani che non hanno esercitato il diritto alla libera circolazione, ai sensi della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, è rilasciato il permesso di soggiorno per motivi di famiglia, con le modalità di cui all'art. 5, comma 8, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 2-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998¹⁸. Nei casi di cui al primo periodo, il permesso di soggiorno è rilasciato a seguito della prima richiesta avanzata o della presentazione dell'istanza di aggiornamento delle informazioni trascritte ovvero della fotografia. Il permesso di soggiorno per motivi di famiglia di cui al presente comma è valido cinque anni, è rinnovabile alla scadenza e può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

La nuova previsione crea due categorie: da un lato, vi è il familiare del cittadino italiano “mobile”, inteso come l'italiano che abbia esercitato la libera circolazione ai sensi della Direttiva 2004/38, dall'altro, il familiare del cittadino italiano “statico”, definito in negativo come chi non rientri nella prima categoria.

Essere familiare di Ulisse o di Penelope non sarà più lo stesso¹⁹.

Infatti, se, in base al primo comma dell'art. 23, per il familiare del cittadino italiano che abbia esercitato la libera circolazione nulla cambierà rispetto al passato, quanto al familiare

17. Il riferimento è al decreto del Presidente della Repubblica 30.12.1965, n. 1656, che regolava la libera circolazione e il soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari in Italia, fino alla trasposizione della Direttiva 2004/38.

18. L'art. 5, comma 2-ter, del d.lgs. n. 286/1998 prevede che la richiesta di rilascio o di rinnovo di permesso sia sottoposto al versamento di un contributo economico: i familiari di cittadini italiani statici, in forza della previsione di cui all'art. 23, comma 1-bis, ne sono esentati.

19. Prendo in prestito la metafora omerica a C. Dautricourt e S. Thomas, *Reverse Discrimination and Free Movement of Persons Under Community Law: All for Ulysses, Nothing for Penelope?* (2009) in *European Law Review*, 34, p. 454.

del cittadino italiano “statico”, *il rinvio alle disposizioni del d.lgs. n. 30/2007 viene interamente meno*, limitandosi il legislatore a disciplinare la tipologia di permesso di soggiorno da rilasciarsi a tale categoria di familiare.

Il comma 1-*bis* sopra riportato chiarisce, infatti, che al familiare del cittadino italiano statico non verrà più rilasciata la “carta di soggiorno per familiare di cittadino dell’Unione” prevista dalla Direttiva 2004/38, ma un permesso per motivi di famiglia valido per cinque anni, rinnovabile e convertibile in permesso per motivi di lavoro: sono queste le uniche informazioni che ci fornisce – quanto alla disciplina applicabile al familiare del cittadino italiano statico – il comma 1-*bis*.

6. Le questioni interpretative sollevate dalla nuova disposizione

La nuova disposizione è finita immediatamente sotto la lente di ingrandimento della comunità degli operatori del diritto chiamati a consigliare e indirizzare i destinatari della norma ed eventualmente a difenderli in giudizio²⁰.

Troppo significativo il cambio di regime e troppo ambiguo il testo normativo per non cercare il confronto con l’opinione e con le tesi altrui per rispondere ai più immediati quesiti che la disposizione solleva.

Tali quesiti possono essere ricondotti ai seguenti quattro.

PRIMO: Quali italiani possono ambire a rientrare nella categoria dei cittadini che “*hanno esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo*” e, quindi, possono garantire al proprio familiare l’accesso, oltre che alla carta di soggiorno, all’intero regime previsto per i cittadini europei e i loro familiari dal d.lgs. n. 30/2007? È sufficiente – per il cittadino italiano – allegare di avere trascorso in un diverso Paese europeo un periodo più o meno lungo della propria vita e, al limite, anche un fine settimana?

Etichetterò le domande afferenti a tale quesito come relative alla distinzione tra le categorie dell’*italiano mobile* e dell’*italiano statico*.

SECONDO: Chi sono i familiari dell’art. 23, comma 1-*bis*: quelli del d.lgs. n. 286/1998 o quelli – molto più numerosi – previsti dal d.lgs. n. 30/2007?

TERZO: Quale regime attende il familiare che rientri nel comma 1-*bis*²¹?

Si tratta, a mio avviso, del vero punto cruciale. Infatti, sorprendentemente, il comma 1-*bis* si preoccupa solo di chiarire che al familiare del cittadino italiano statico spetta un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, lasciando privo di qualsiasi regolamentazione espressa ogni altro profilo.

20. Un ampio dibattito sul significato della nuova disposizione si è svolto tra i soci dell’ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione), associazione che conta oggi più di 500 associati tra avvocati, professori, ricercatori e operatori giuridici, mentre ancora non risultano – salvo errori – contributi dottrinali aventi ad oggetto l’interpretazione della norma. Quanto alla giurisprudenza, a mia conoscenza, vi è solo una sentenza della prima sezione civile del Tribunale di Milano che tratta della questione della modifica normativa del tutto incidentalmente, essendo il Collegio chiamato a pronunciarsi non sul diritto al soggiorno del familiare di cittadino italiano (in questo caso, un convivente), ma sul diritto alla registrazione del patto di convivenza e all’iscrizione anagrafica del convivente di un cittadino italiano, privo del permesso di soggiorno (la sentenza pubblicata il 17 aprile 2024 è reperibile nella Rassegna *Famiglia e Minori* di questo numero della *Rivista*). Sul contenuto di tale decisione, vedi le considerazioni svolte *infra* alla nota 47. La questione della corretta interpretazione dell’art. 23 d.lgs. n. 30/2007 è destinata tuttavia ad essere presto decisa dalle Sezioni specializzate in seguito ai primi rigetti dell’Amministrazione adottati sulla base di un’interpretazione restrittiva della nuova disposizione.

21. Il regime applicabile al familiare del cittadino italiano “mobile” è invece chiarissimo: si ha – come in passato – il rinvio integrale al d.lgs. n. 30/2007.

Quale visto dovrà chiedere il familiare del cittadino italiano statico, nel caso in cui abbia una cittadinanza che non gli consente l'ingresso nello spazio Schengen in assenza di un visto: quello che chiedono i familiari dei cittadini europei (e cioè un visto turistico, rilasciato previa verifica del legame familiare²²) oppure quello che devono chiedere, ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 i familiari dei cittadini di Paesi terzi?

E ancora, sempre in ambito di autorizzazione all'ingresso, i familiari dei cittadini statici continueranno a godere del regime preferenziale nella tempistica di rilascio del visto, tanto più cruciale quanto più le nostre Rappresentanze all'estero – così come quelle della maggior parte dei Paesi dell'Unione – non riescono a concludere nei tempi di legge il procedimento per il rilascio del visto per motivi familiari?

Sotto un diverso profilo, quali sono i diritti spettanti a tale familiare, nel corso del suo soggiorno in Italia? Avrà ancora diritto alla parità di trattamento "rinforzata" riconosciuta ai familiari dei cittadini dell'Unione dall'art. 19 del d.lgs. n. 30/2007, che di fatto parifica tali soggetti ai cittadini dell'Unione?

In caso di allontanamento del familiare del cittadino statico, quale sarà il regime da applicarsi: quello previsto dal Testo unico per l'espulsione del cittadino di Paese terzo o quello – ancora una volta estremamente più favorevole – che la normativa dell'Unione prevede per il familiare del cittadino europeo? E sotto il profilo processuale, quale giudice e quale rito troverà applicazione?

Su tutte tali relevantissime questioni, il comma 1-*bis* tace. L'unica tessera del *puzzle* di cui si occupa espressamente il legislatore è quella relativa alla tipologia del permesso di soggiorno da rilasciarsi al familiare del cittadino italiano statico, lasciando all'interprete il compito di comprendere come comporre il resto del quadro.

Da tutte le considerazioni che precedono, sorge spontaneo un QUARTO quesito: perché mai il legislatore ha ritenuto di dover introdurre una disciplina che, comunque la si interpreti, prevede per i familiari dei cittadini italiani che non abbiano esercitato la libera circolazione un regime deteriore rispetto al precedente?

Nel paragrafo che segue cercherò di dare risposta al primo quesito relativo alla distinzione tra "*italiano mobile*" e "*italiano statico*", mentre accorperò insieme la risposta alle ulteriori domande che solleva la nuova disposizione.

7. La comparsa – per la prima volta – delle categorie del "*cittadino mobile*" e del "*cittadino statico*" sulla scena del diritto dell'immigrazione italiano. L'aiuto alla loro definizione che viene da una recente Comunicazione della Commissione europea

È "*mobile*" oppure è "*statico*" il cittadino italiano che abbia esercitato il diritto alla libera circolazione recandosi in un altro Paese europeo per una breve vacanza insieme al proprio familiare?

E ancora: se, prima di conoscere il proprio futuro coniuge, il cittadino italiano abbia passato alcuni mesi o anni della propria vita in un altro Paese dell'Unione per ragioni di studio o di lavoro, potrà il familiare riesumare tali esperienze per invocare l'applicazione del primo comma, anziché del comma 1-*bis*, dell'art. 23?

22. Messaggio del Ministero degli affari esteri – DGIT – Ufficio VI – Centro visti MAE01780692013-08-06 del 6 agosto 2013, avente ad oggetto «*Abrogazione dell'obbligo di visto nazionale (tipo D) per "motivi familiari" a favore dei familiari di cittadini UE di cui all'art. 2 comma 1 lett. BB del d.lgs. 30/2007, finora in uso ai fini di soggiorni di lunga durata (oltre i 90 giorni). Importanti novità operative*», reperibile a <https://www.meltingpot.org/app/uploads/2013/09/26215.pdf>.

Il giurista tedesco, belga o danese che si trovasse ad ascoltare le discussioni tra i giuristi pratici italiani chiamati a interpretare l'espressione "esercizio della libera circolazione" contenuta nell'art. 23 rimarrebbe sicuramente sorpreso.

Nella maggior parte dei Paesi dell'Unione, infatti, la dottrina e la giurisprudenza si confrontano ormai da anni con l'applicazione della distinzione tra "cittadino statico" e "cittadino dinamico" ai fini dell'applicazione della Direttiva 2004/38. In tali Paesi, una distinzione tra i due regimi o è sempre esistita ovvero è comunque stata introdotta da un tempo estremamente lungo²³.

Il fondamento di tale distinzione si trova, infatti, nello stesso diritto dell'Unione che impone ai Paesi membri di assicurare il regime particolarmente favorevole oggi disciplinato nella Direttiva 2004/38 solo:

- al cittadino europeo che si stabilisca in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza;
- al cittadino che faccia ritorno nel proprio Paese dopo avere esercitato la libera circolazione;
- ai familiari di queste due categorie di persone.

La normativa europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno, invece, sempre escluso che il diritto dell'Unione abbia la pretesa di trovare applicazione anche a situazioni "esclusivamente interne" e, quindi, ad esempio, di imporre ad uno Stato membro di assicurare determinati diritti all'ingresso e al soggiorno al familiare di un cittadino mai mossosi dal proprio Paese. Costituisce, in proposito, affermazione consolidatissima della giurisprudenza della Corte di Giustizia quella secondo cui «*le norme del trattato in materia di libera circolazione delle persone e gli atti adottati in esecuzione di queste ultime non possono essere applicati ad attività, che non presentino nessun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni previste dal diritto comunitario e i cui elementi rilevanti, nel loro complesso, restino confinati all'interno di un unico Stato membro*»²⁴.

Da tale principio, fondato sulla separazione delle competenze tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, discende – per quanto ci interessa – che spetta a ciascun Paese dell'Unione decidere come disciplinare il diritto al ricongiungimento familiare dei propri cittadini.

Tale discrezionalità ha permesso ad alcuni Stati membri di restringere il diritto al ricongiungimento familiare dei propri cittadini in modo notevolissimo, se si pensi che la Danimarca ha potuto prevedere che i cittadini danesi che volessero ricongiungersi con un coniuge straniero andassero esenti dalla prova che la coppia aveva maggiori legami con la Danimarca che con ogni altro Paese (prova necessaria per esercitare il diritto al ricongiungimento) solo dimostrando che il cittadino aveva posseduto la cittadinanza danese

23. In Belgio, ad esempio, solo a partire dal 2011, la categoria dei familiari dei cittadini del Belgio che potevano godere dell'unità familiare è stata ristretta. La differenza di regime, in particolare la circostanza che il cittadino belga adulto non potesse ricongiungersi con gli ascendenti, a differenza di quanto previsto per i familiari del cittadino europeo, è stata qualificata come legittima dalla Corte costituzionale del Belgio con la sentenza 26 settembre 2013, n. 123/2013. Sul punto cfr. T. Bombois, *La "discrimination à rebours" et son appréhension par la cour constitutionnelle belge* in N. Cariat e J. Nowak (eds.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge – Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruylant 2015, P. Van Elsuwege e D. Kochenov, *On the Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights European Journal Migration & Law*, Vol. 13(4), 2011, pp. 443-466, V. Verbist, *Reverse Discrimination – A Belgian Perspective* in E. Guild, C. J. G. Rotache e D. Kostakopoulou (eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Brill Nijhoff, 2014.

24. Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock*, punto 77, ove si richiama la sentenza 1° aprile 2008, C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, punto 33.

per almeno 28 anni²⁵ (limitazione dichiarata contraria alla Convenzione europea dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2016)²⁶.

Questo caso mi sembra emblematico sotto due profili.

In primo luogo, esso dimostra in modo chiarissimo le derive cui può portare l'assenza di protezione dei diritti fondamentali a livello costituzionale o sovranazionale.

In assenza di norme di diritto derivato dell'Unione a protezione del diritto all'unità familiare del cittadino statico e in difetto di disposizioni di diritto costituzionale a tutela del medesimo diritto, il legislatore danese ha potuto per decenni imporre condizioni talmente restrittive da rendere il diritto al ricongiungimento dei cittadini danesi di origine straniera del tutto ineffettivo, se si pensi che il cittadino danese che, come il sig. Biao, si fosse naturalizzato a 31 anni, avrebbe potuto condurre in Danimarca la propria vita familiare con il coniuge solo a partire dai 59 anni di età²⁷.

D'altro lato, tale caso permette di comprendere perchè moltissimi cittadini dell'Unione abbiano nel tempo deciso di trasferirsi per un periodo in un diverso Paese europeo con i propri familiari: ciò consente loro di passare dalla categoria di "cittadini statici" – abbandonati alla discrezionalità del proprio legislatore – alla categoria di "cittadini mobili" cui, grazie al primato del diritto dell'Unione, alcun legislatore interno potrà sottrarre i diritti all'unità familiare acquisiti in seguito all'esercizio della libera circolazione.

La diversità di regime permette anche di comprendere le ragioni per cui si è sviluppata un'amplissima giurisprudenza della Corte di Giustizia volta a definire, da un lato, quali situazioni integrino esercizio della libera circolazione, dall'altro, in quali casi anche il cittadino statico non possa essere privato del diritto all'unità familiare con il proprio familiare.

Non potendo ripercorrere in questa sede l'interessantissima giurisprudenza europea in materia, basti qui osservare che i giudici di Lussemburgo si sono mossi in due direzioni.

In primo luogo, la nozione di "cittadino mobile" è stata estesa notevolmente in via giurisprudenziale, corrispondentemente ampliando l'ambito di applicazione della disciplina di diritto derivato in materia²⁸.

25. Limite poi ridotto a 26 anni nel 2012.

26. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 24 maggio 2016, *Biao c. Danimarca*, ricorso n. 38590/10. Per una ricostruzione dei fatti alla base della vicenda e della legislazione danese in materia, si rinvia a F. Raimondo, *Biao v. Denmark: ricongiungimento familiare e cittadinanza di seconda categoria* in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016 e a S. Carrera Nunez, *The ECtHR's Judgment in Biao v. Denmark: Non-discrimination among Nationals and Family Reunification as Converging European Standards*, ECtHR, *Biao v. Denmark, Judgment of 24 May 2016, Application No. 38590/10*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(5), pp. 865-889. In seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la normativa danese in materia di ricongiungimento è stata modificata, ma rimane comunque estremamente restrittiva. Per il regime attuale in materia, si rinvia a <https://www.nyidanmark.dk/en-GB/You-want-to-apply/Family>.

27. Com'è evidente, normative come quella in esame sono spesso strutturate in modo da spiegare i loro effetti nei confronti dei cittadini che non posseggono la cittadinanza fin dalla nascita, pregiudicando quindi in particolare i cittadini di origine straniera. Cfr. sul punto, oltre alla dottrina citata alla nota precedente, anche E. La Spina, *Indirect Discrimination and Racist Stereotypes in the European Court of Human Rights' Case Law on Family Migration*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XX1, dicembre 2021.

28. Cfr. E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-)economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, (2004), 41, p. 743, E. Spaventa, *Family Rights for Circular Migrants and Frontier Workers: O. and B., and S. and G.*, in *Common Market Law Review*, (2015), 52, p. 753, C. Costello, *Metock: Free Movement and "Normal Family Life" in the Union* in *Common Market Law Review*, (2009), 46, p. 587, L. Jadoul e F. Vanneste, *Casenote on Case C-60/00 Carpenter*, in *Columbia Journal of European Law*, (2003), 9, p. 447, S. Currie, *Accelerated Justice or a Step Too Far? Residence Rights of Non-EU Family Members and the Court's Ruling in Metock*, in *European Law Review*, (2009), 34, p. 310, e l'Editoriale *Freedoms Unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State* in *Common Market Law Review*, (2003), 40, p. 537.

In secondo luogo, a partire dalla nota sentenza *Zambrano*, la Corte di Giustizia è venuta individuando una serie di situazioni eccezionali in cui, pur trovandoci di fronte ad un “cittadino statico”, il diritto dell’Unione viene comunque in rilievo creando un vero e proprio diritto al soggiorno per il familiare.

L’idea alla base di tale giurisprudenza è che, nei casi in cui dal mancato riconoscimento del diritto di soggiorno al familiare derivi la necessità per il cittadino europeo di abbandonare lui stesso il territorio dell’Unione perdendo così il godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell’Unione, è lo stesso art. 20 TFUE a imporre ai singoli Stati membri di riconoscere il diritto al soggiorno a favore del familiare del cittadino²⁹.

Si tratta, com’è evidente, di affermazioni relevantissime che hanno portato a esiti che non erano per nulla scontati a livello comparato³⁰.

29. Ciò perché – afferma la Corte – l’art. 20 TFUE, nel conferire «a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo status di cittadino dell’Unione», «osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell’Unione» (cfr. sul punto, sentenza 8 marzo 2011, C-34/09, *Zambrano*, punti 40-45). L’approdo più avanzato di tale giurisprudenza è, a mio avviso, quello contenuto nella sentenza del 27 aprile 2023, C-528/21, *M.D.*, in cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che «l’articolo 20 TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro adotti una decisione di divieto d’ingresso nel territorio dell’Unione europea nei confronti di un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell’Unione, cittadino di tale Stato membro che non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione, senza avere previamente esaminato se esista, tra tali persone, un rapporto di dipendenza che costringa, di fatto, detto cittadino dell’Unione a lasciare tale territorio, considerato nel suo insieme, per seguire tale familiare e, in caso affermativo, se i motivi per i quali siffatta decisione è stata adottata giustifichino una deroga al diritto di soggiorno derivato di detto cittadino di un paese terzo». La letteratura che ha commentato e riflettuto sulle implicazioni della sentenza *Zambrano* e delle successive decisioni che hanno nel tempo chiarito in quali altre fattispecie il familiare del cittadino statico possa invocare l’art. 20 TFUE è amplissima. In modo del tutto insufficiente, si rinvia, oltre ai contributi citati *supra*, almeno a K. Hailbronner e D. Thym, *Case Note on Case C-34/09, Ruiz Zambrano Common Market Law Review*, (2011) 48, p. 1253; S. Adam S e P. Van Elsuwege, *Citizenship Rights and the Federal Balance Between the European Union and its Member States: Comment on Dereci*, *European Law Review*, (2012), 37, p.176, V. Comite, *Il desiderio di “vivere insieme” e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei “statici” alla luce del caso Dereci*, in *Studi integr. Eur.*, 2012, p. 463, J. Nowak, *Case Note, Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi (ONEM) & Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, *Columbia Journal of European Law*, (2011), 17, p. 673; N. Shuibhne, *(Some of) the Kids are All Right: Comment on McCarthy and Dereci Common Market Law Review*, (2012), 49, p. 349.

30. Si pensi che il genitore che abbia un figlio negli Stati Uniti (cui viene in automatico attribuita la cittadinanza statunitense) non ha una protezione comparabile a quella che è oggi assicurata, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, al genitore di un minore cittadino dell’Unione. Ai sensi dell’*Immigration and Nationality Act* (testo fondamentale del diritto dell’immigrazione degli Stati Uniti, noto con l’acronimo di *INA*), il genitore del cittadino statunitense ha un diritto al soggiorno in quanto “familiare immediato” (“*immediate relative*”) di cittadino solo nel momento in cui il figlio compie i 21 anni [cfr. Sec. 201 (b) (2) (A) i) *INA*]. La disposizione è evidentemente volta a restringere le conseguenze che la regola dell’acquisto della cittadinanza statunitense in base allo *jus soli* incondizionato (cioè non subordinato ad alcuna condizione di regolarità della presenza dei genitori al momento della nascita) potrebbe comportare se ogni straniero potesse ottenere la residenza nel momento della nascita del figlio. Appare interessante osservare come vi sia – sia pure solo come tendenza, visto il ruolo della discrezionalità del legislatore in queste materie – un rapporto di interdipendenza tra diritto all’acquisto della cittadinanza e conseguenze per i familiari dei cittadini: di regola, tanto più agevole è acquistare la cittadinanza, tanto meno generosa è la legislazione a favore dei familiari dei cittadini. Di ciò si è avuto prova nel momento in cui i Paesi membri dell’Unione, a fronte dell’interpretazione ampia data del diritto al soggiorno dei familiari dei cittadini dell’Unione da parte della Corte di Giustizia, hanno modificato la loro legislazione sulla cittadinanza in materia. Per il ruolo svolto dalla decisione della Corte di Giustizia del 19 ottobre 2004, C- 200/02, nel famoso caso *Zhu e Chen*, sulla modifica alla legislazione irlandese in materia di cittadinanza e in generale sul complesso rapporto tra cittadinanza *jure soli* e diritto dell’immigrazione, cfr. C. Piola, *The Reform of Irish Citizenship*, in *Nordic Irish Studies*, 5, (2006), pp. 41-58. Si osserva, incidentalmente, che la generosità del nostro diritto dell’immigrazione nei confronti dei familiari dei cittadini italiani è più che giustificabile alla luce della più

Non potendo approfondire in questa sede ulteriormente il discorso, ai nostri fini, è sufficiente rilevare come l'introduzione delle categorie di "cittadino statico" e "cittadino mobile" in seguito alla modifica dell'art. 23 renda rilevante l'intero *corpus* giurisprudenziale cui si è fatto del tutto sinteticamente richiamo.

Se fino ad oggi il giurista italiano aveva approfondito tale giurisprudenza solo per motivi scientifici, oggi la distinzione perde ogni carattere speculativo: il primo soggetto tenuto ad applicare le nozioni elaborate dalla Corte di Giustizia è l'autorità italiana di pubblica sicurezza chiamata a decidere se rilasciare al familiare del cittadino italiano una carta di soggiorno ai sensi della Direttiva 2004/38 ovvero un permesso di soggiorno per motivi familiari, ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007.

Fortunatamente, un importante contributo alla corretta applicazione della normativa europea è dato oggi dalla recente Comunicazione C/2023/1392 della Commissione europea in materia di «*orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie*», in cui vengono affrontate tutte le principali questioni attinenti alla corretta interpretazione della Direttiva 2004/38 e tra queste anche quelle attinenti al suo campo di applicazione, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³¹.

8. Valutazione positiva della sostanziale irrilevanza fino ad oggi della distinzione tra cittadino "mobile" e "statico" nell'ordinamento italiano. Il principio di eguaglianza attuato dal legislatore, anche su indicazione della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato

Si è osservato che i giuristi della maggior parte dei Paesi europei considererebbero "da principianti" i quesiti che oggi impegnano, per la prima volta, gli operatori del diritto italiani nella distinzione tra le due categorie.

Mi sembra importante sottolineare, però, come lo sguardo dei giuristi degli altri Paesi sia equiparabile a quello di chi – già da tempo infermo – osservi muoversi tra le diverse prescrizioni mediche chi sia stato solo recentemente attinto dalla malattia.

Malattia, perchè – benché giustificabile in ragione della suddivisione delle competenze tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali – non vi è dubbio che la disomogeneità di regime tra familiari dei cittadini europei e familiari dei cittadini del Paese ospitante statici sia problematica³².

volte rilevata inadeguatezza della legislazione italiana in materia di cittadinanza a rispondere alle istanze di inclusione degli stranieri residenti in Italia. Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte da P. Bonetti, nell'audizione di fronte alla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati del 18 dicembre 2019 sui temi della riforma della disciplina della cittadinanza, reperibile in https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/002/993/Paolo_Bonetti_18_dicembre_2019.pdf.

31. Comunicazione C/2023/1392 della Commissione europea in materia di «*orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie*», pubblicata il 22.12.2023, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52023XC01392>.

32. Tra le numerosissime voci critiche nei confronti del fenomeno della discriminazione alla rovescia, si rinvia almeno ad A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe, Legal Issues of Economic Integration*, (2008), 35, pp. 43-67, che parla di incongruità che dovrebbe trovare soluzione a livello di ordinamento dell'Unione europea, nonché C. Jacqueson, *Union Citizenship and the Court of Justice: Something New Under the Sun? Towards Social Citizenship*, in *European Law Review*, 27 (2002), p. 260, H. Toner, *Judicial Interpretation of European Union Citizenship-Transformation or Consolidation*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7, (2000), p. 158; H. de Waele, *EU Citizenship: Revisiting Its Meaning, Place and Potential*, in *European Journal of Migration and Law*, 12, (2010), p. 319; D. Kochenov, *Citizenship without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal*, *Jean Monnet Working Paper (NYU*

Il problema non è dato solo dalla notevole complessità che tale disomogeneità introduce nel sistema, con le sue categorie e sottocategorie, ma ben più significativamente è da rinvenirsi nell'evidente frizione con il principio di eguaglianza che la distinzione tra familiari di cittadini europei e cittadini italiani mobili, da un lato, e familiari di cittadini italiani statici, dall'altro, è idonea a determinare.

Ed è qui – nella tutela forte del principio di eguaglianza – che viene in rilievo quella che pure era considerata dagli osservatori stranieri un'anomalia propria dell'ordinamento italiano³³.

A differenza della maggior parte degli altri ordinamenti, infatti, il legislatore italiano ha da sempre posto la maggiore attenzione nell'escludere che l'attuazione del diritto dell'Unione europea si traduca nella possibilità di discriminazioni alla rovescia ai danni dei cittadini italiani³⁴.

Law School), (2011), 08/10, pp. 105; D. Garcia, *Are There Reasons to Convert Reverse Discrimination into a Prohibited Measure*, in *EC Tax Review*, 18, (2009), 179; C. Dautricourt e S. Thomas, *Reverse Discrimination*, cit. *supra* nota 19. Per una ricognizione delle proposte di soluzione del problema della discriminazione alla rovescia, si rinvia a V. Verbist, *Reverse discrimination in the European Union: a recurring balancing act*, Intersentia, 2017.

33. Parla di "unicità" dell'ordinamento italiano, V. Verbist, cit., p. 251. In realtà, anche altri Paesi europei – tra questi, l'ordinamento spagnolo, su cui v., *infra*, nota 60 – hanno adottato la medesima soluzione del legislatore italiano di equiparare la condizione del familiare del cittadino a quella del familiare dell'europeo. In Spagna, tuttavia, si era tentato di restringere i diritti dei coniugi rispetto a quanto previsto dall'Unione europea (sul punto, cfr. la posizione del Consiglio di Stato al riguardo del rischio di discriminazione alla rovescia (Consejo de Estado, *dictamen* del 2 marzo 1995, www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1994-1995; *dictamen* n. 2679/2002, del 14 novembre 2002, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2002-2679>), nonché del Tribunal Supremo (sentenza del 10 giugno 2004, BOE n. 203, del 23 agosto 2004).

34. Tra le monografie dedicate al tema della "discriminazione alla rovescia", V. Verbist, *Reverse Discrimination In The European Union: A Recurring Balancing Act*, Intersentia, 2017, F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010, A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination*, Kluwer Law International 2009, A. Walter, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Wolf Legal Publishers 2008, G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, 2003. Tra gli articoli, si rinvia a D. Praino, B. Nikolić, e M. Corleto, *Causing or Preventing (Reverse) Discrimination When Transposing EU Free Movement Rules in the European Economic Area: A First Categorization of the Approaches Adopted by National Legislators*, in *Nordic Journal of Migration Research*, 2023, 13(3), 7, pp. 1-18, M. van den Brink, *A Typology Of Reverse Discrimination In EU Citizenship Law*, in *European Law Open*, 2023; 2(1), pp. 57-78, G. F. Aiello, e S. Lamonaca, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 2, pp. 321-348, H. Balnaves, *A Bride Run: Free Movement Of People In The EU, The Fundamental Right To Family, Family Reunification, And The Case Of Denmark*, in *Nordic Journal of European Law*, 2021, 4(1), pp. 69-83, N. Jarak, *Fundamental Rights Of EU Citizens In Purely Internal Situations: From Reverse Discrimination To Incorporation?* in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2021, 17(1), pp. 41-76, E. Guild, *EU Citizens, Foreign Family Members And European Union Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2019, 21(3), pp. 358-373, S. Montaldo, *Freedom Of Movement, Social Integration And Naturalization: Testing Reverse Discrimination In The Recent Case Law Of The Court Of Justice*, in *European Papers*, 2018, 3(3), pp. 1481-1492, C. Berneri, *Protection Of Families Composed By EU Citizens And Third-Country Nationals: Some Suggestions to Tackle Reverse Discrimination*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, 16(2), pp. 249-275, A. Staver, *Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, 15(1), pp. 69-89, H. Oosterom-Staples, *To what extent has Reverse Discrimination Been Reversed?* in *European Journal of Migration and Law*, 2012, 14(2), pp. 151-172, D. Kochenov e R. Plender, *EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of The Treaty Text*, in *European Law Review*, 2012, 37, pp. 369-396, A.P. Van Der Mei, *Combating Reverse Discrimination: Who Should Do The Job?* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2009, 16(4), pp. 379-382, P. Van Elsuwege, *The Phenomenon of Reverse Discrimination: An Anomaly in the European Constitutional Order?* in L. S. Rossi e F. Casolari (eds.), *The EU After Lisbon, Amending or Coping with the Existing Treaties*, Springer, 2014, pp. 161-176, P. Van Elsuwege e S. Adam, *The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination*, in *European Constitutional Law Review*, (2009), 5, p. 327, K. Lenaerts, *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un*

Ciò al punto di prevedere nelle norme che disciplinano in modo generale il processo di partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione del diritto dell'Unione – da ultimo, con l'art. 53 legge 24 dicembre 2012, n. 234³⁵ – una precisa previsione di principio secondo cui «nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea»³⁶.

L'articolo 23 del d.lgs. n. 30/2007, nella sua precedente versione, assolveva esattamente a questa funzione: garantiva che ai familiari di tutti i cittadini italiani si applicasse un regime almeno altrettanto favorevole di quello previsto per i familiari di cittadini europei, scongiurando il rischio di introdurre discriminazioni alla rovescia.

In quest'attività «*eguagliatrice*», il legislatore italiano era stato sicuramente indirizzato dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, con la sentenza n. 443/1997, chiamata a pronunciarsi sulle discriminazioni a rovescio che colpivano le imprese italiane ai danni di quelle europee in seguito al recepimento di una direttiva europea, aveva infatti affermato:

principe unique aux apparences multiples, in *Cahiers de Droit Européen*, (1991), p. 41, D. Hanf, *Reverse Discrimination in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, 18 (1-2), pp. 19-61, N. Shuibhne, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?* in *Common Market Law Review*, 2002, p. 771, A. Tryfonidou, *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point?* In *Common Market Law Review*, (2009), 46, p. 1591, A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations*, cit. *supra*, C. Ritter, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234 in European Law Review*, (2006), 31, p. 710, H. D'Oliveira, *Is Reverse Discrimination Still Possible Under the Single European Act?* in AA.VV., *Forty years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam, on 27 October 1998* (pp. 71-86), E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, in *Il diritto dell'Unione Europea* (1996), 2, p. 351, A. Della Chà, *Challenge of Internal Rules on Grounds of Reverse Discrimination: An Open Issue*, in *Diritto del commercio internazionale*, (2002), 16, p. 145, R.E. Papadopoulou, *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, in *Cahiers de Droit Européen*, (2002), p. 95, S. Peers, *Free Movement, Immigration Control and Constitutional Conflict*, in *European Constitutional Law Review* (2009), 5, p. 173; D. M. W. Pickup, *Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers*, in *Common Market Law Review*, (1986), 23, p. 156, J. Shaw, *Between Law and Political Truth? Member State Preferences, EU Free Movement Rules and National Immigration Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, (2015), 17, p. 247, H. Verschueren, *Reverse Discrimination: An Unsolvable Problem?* in P. Minderhoud e N. Trimikliniotis (eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Wolf Legal Publishers 2009, pp. 99-118, I. Zoppi, *Le discriminazioni a rovescio*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, (2006), 4, p. 795, C. Favilli, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, 2001, pp. 225-247, M. Poiaras Maduro, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*, in C. Kilpatrick, T. Novitz e P. Skidmore (eds), *The Future of European Remedies*, Hart Publishing 2000, pp. 117-140.

35. Legge 24 dicembre 2012, n. 234, rubricata «*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*». L'art. 53 di tale legge viene correttamente richiamato – quale espressione del principio di non discriminazione – nella sentenza del Tribunale di Milano che si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 23 d.lgs. 30/2007, sentenza richiamata alla nota 47.

36. In questo senso, già la legge 18 aprile 2005, n. 62, rubricata «*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*», che al suo art. 2, par. 1, lett. h), disponeva come principio e criterio generale della delega legislativa, il seguente: «*i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri*».

5. - *In questa sede non è il punto di vista comunitario che interessa. Anche a voler ritenere che, nell'attuale fase evolutiva del processo di integrazione europea, sia questo un portato del rapporto di separazione che tuttora sussiste tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, è certo che all'impatto con il nostro sistema giuridico, quello spazio di sovranità che il diritto comunitario lascia libero allo Stato italiano può non risolversi in pura autodeterminazione statale o in mera libertà del legislatore nazionale, ma è destinato ad essere riempito dai principi costituzionali e, nella materia di cui si tratta, ad essere occupato dal congiunto operare del principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica, tutelati dagli artt. 3 e 41 della Costituzione, che sono stati invocati a parametro dal giudice remittente.*

6. - *La disparità di trattamento [...], seppure è irrilevante per il diritto comunitario, non lo è dunque per il diritto costituzionale italiano. [...] In assenza di una regolamentazione uniforme in ambito comunitario, il principio di non discriminazione [...] opera, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti nel trattato agli artt. 30 e seguenti; opera, quindi, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate di oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria: il che equivale a dire che nel giudizio di eguaglianza affidato a questa Corte non possono essere ignorati gli effetti discriminatori che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare.*

Ma non è tutto.

Proprio nell'ambito del diritto al ricongiungimento familiare, il Consiglio di Stato, in un parere risalente al 1995, aveva indicato al Governo che le disposizioni attuative della libera circolazione degli studenti europei e dei soggetti economicamente non attivi sempre di cittadinanza europea e dei loro familiari dovevano considerarsi applicabili anche ai familiari dei cittadini italiani; se così non fosse stato, infatti, si sarebbe determinata una «*oggettiva discriminazione in danno dei cittadini italiani, residenti in Italia, i quali abbiano congiunti extracomunitari. I cittadini italiani, infatti, si troverebbero, quanto alla possibilità di fruire del beneficio al ricongiungimento familiare, in una situazione deteriore [...]*»³⁷.

A fronte di questa continuità di disciplina e impegno del legislatore a evitare situazioni di potenziale conflitto con il principio di eguaglianza, il nuovo articolo 23 pone evidenti interrogativi.

Non vi è dubbio, infatti, che la sostanziale irrilevanza della distinzione tra le due categorie di cittadini non solo rendesse l'ordinamento italiano sul punto molto più semplice, ma lo mettesse al riparo anche da censure di discriminazioni alla rovescia nei confronti dei familiari di italiani.

Perché, dunque, cambiare?

Come si cercherà di dimostrare, è proprio andando alla ricerca della *ratio* della nuova disposizione che si possono trovare le risposte ai numerosi interrogativi che essa solleva.

9. Il problema (reale) che è stato l'occasione dell'intervento normativo

Chi non si fermi al testo della nuova disposizione, ma allarghi lo sguardo all'atto normativo che lo ha inserito nel nostro ordinamento avrà una sorpresa.

La disposizione è stata, infatti, introdotta con un decreto legge che porta il seguente titolo: «*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*».

Questo dato ci fornisce un indizio importante: il legislatore ci informa che, se ha dovuto modificare il testo dell'art. 23, non è stato per esercitare la propria discrezionalità, ma per evitare una procedura di infrazione.

37. Consiglio di Stato, sez. I, parere 8 novembre 1995, n. 679/95.

Peccato che a questo punto le informazioni rilevabili dalla semplice lettura del provvedimento cessino e l'interprete si trovi da solo a dover ricercare quale fosse la necessità di rispetto del diritto dell'Unione alla base dell'intervento.

A differenza degli atti dell'Unione europea che nei loro *Considerando* spiegano la genesi e le ragioni del procedimento normativo, le fonti primarie italiane non sono, infatti, normalmente accompagnate da alcuna giustificazione, non essendo imposto al legislatore dalla Costituzione italiana alcun obbligo di motivazione³⁸.

Ciò non significa che gli scopi perseguiti dal legislatore interno siano irrilevanti: come si argomenterà più avanti alla luce della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, essi in determinate situazioni possono fungere sia da "selezionatori di significato" che da "indizi di incostituzionalità".

Se così è, appare utile andare alla ricerca dei lavori preparatori e delle relazioni di accompagnamento al decreto legge per individuare quali fossero i motivi posti a fondamento dell'intervento.

Si scopre così che l'*occasio legis* era di portata notevolmente circoscritta e, se vogliamo, modesta: la Commissione europea ci chiedeva di non rilasciare più ai familiari dei cittadini italiani statici la carta di soggiorno disciplinata dalla Direttiva 2004/38 (nelle due forme di carta ordinaria e permanente rispettivamente previste negli articoli 10 e 14 della Direttiva).

La necessità di questa "distinzione documentale" sta nei (pochi) effetti *extraterritoriali* della carta di soggiorno.

Ne indico quello che mi sembra il più concreto: i Paesi europei che non fanno parte dello Spazio Schengen devono consentire l'ingresso sul loro territorio in esenzione da visto ai titolari di carta di soggiorno rilasciata ai sensi dell'art. 10 della Direttiva 2004/38 dagli altri Stati³⁹. In questo senso, infatti, dispone – per tutti i Paesi membri e, quindi, anche per quelli non Schengen – l'art. 5 della Direttiva 2004/38⁴⁰.

38. Fin dalla sentenza n. 14 del 1964, la Corte costituzionale ha affermato che «*di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione della propria apparizione nel mondo del diritto*». Si ritiene in proposito che il legislatore abbia una responsabilità di tipo politico rispetto all'attività svolta nel suo complesso che lo esime dalla giustificazione dei singoli atti.

39. Come si deduce dall'esame dei lavori preparatori alla Direttiva 2004/38 effettuato dall'Avvocato Generale Szpunar nelle conclusioni presentate il 27 febbraio 2020 nella causa C-754/18 (su cui vedi la nota successiva), il legislatore dell'Unione nel precisare che l'esenzione da visto era prevista per i titolari della carta di soggiorno *ex art. 10* Direttiva 2004/38 aveva inteso chiarire che «*l'esenzione dall'obbligo di visto trova il suo fondamento nel diritto dell'Unione e, in particolare, nella carta di soggiorno rilasciata dagli Stati membri sul fondamento della direttiva 2004/38 e non sulla base di altri documenti rilasciati agli stranieri dagli Stati membri sul fondamento del diritto nazionale*» (così punto 57 delle osservazioni). Nella nota 49 alle medesime osservazioni, l'Avvocato generale significativamente aggiunge «*il che si verifica, in particolare, nel caso del titolo di soggiorno rilasciato dalle autorità di uno Stato membro ai cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione che non ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione e ai quali, ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2004/38, tale direttiva non si applica*».

40. Cfr. per l'esame di un caso concreto, Corte di Giustizia, sentenza del 18 giugno 2020, C-754/18, *Ryanair Designated Activity Company*. Nella fattispecie, la compagnia aerea era stata sanzionata dalle autorità ungheresi per non avere effettuato le necessarie verifiche in relazione a un cittadino ucraino residente nel Regno Unito, titolare di una carta non menzionata nell'art. 5 della Direttiva 2004/38. La fattispecie è particolare, perchè in quel caso il cittadino ucraino doveva comunque ritenersi rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38, avendo una carta di soggiorno permanente rilasciata ai sensi dell'art. 20 della Direttiva, carta che, pur non espressamente menzionata nell'art. 5 come idonea ad esentare il suo titolare dall'obbligo di ottenere il visto per fare ingresso negli altri Paesi membri, doveva ritenersi ricompresa nella nozione di titolo di soggiorno ai sensi dell'art. 5 della Direttiva 2004/38. Il caso è interessante, più che per le conclusioni (in questo caso, piuttosto scontate) cui giunge la Corte di Giustizia, perchè dimostra la rigidità posta da alcuni Paesi membri nel controllo degli stranieri regolarmente soggiornanti in altri Paesi membri non appartenenti a Schengen.

Tutti gli altri cittadini stranieri, invece, e cioè tutti coloro che non possono invocare l'applicazione della Direttiva 2004/38, possono essere assoggettati dai Paesi che non fanno parte dello Spazio Schengen all'obbligo di ottenere un visto di ingresso per entrare nel loro territorio⁴¹.

Se ci si mette nella prospettiva di tali Stati membri, essi legittimamente potevano presentare reclamo davanti alle istituzioni europee nei confronti di un Paese come l'Italia che di fatto fino ad oggi "premiava" i familiari dei propri cittadini con l'esenzione da visto in tutti i Paesi non Schengen, benché ad essi la Direttiva 2004/38 non trovasse diretta applicazione e benché, dunque, essi non godessero di un diritto di fonte europea a far ingresso in tutti i Paesi dell'Unione senza alcun previo procedimento autorizzatorio⁴².

Non è la prima volta che nell'ordinamento italiano si pone la questione di non rilasciare un titolo di soggiorno regolato a livello di diritto derivato dell'Unione a favore di stranieri che non ne integrino le condizioni.

In passato, la Corte di giustizia ha ad esempio avuto occasione di escludere che il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo potesse essere rilasciato a favore di stranieri che non integrassero le condizioni previste dalla Direttiva che lo disciplina⁴³.

L'esigenza di evitare la possibile confusione tra regimi differenti è stata affermata dai giudici di Lussemburgo anche in materia di protezione internazionale: la Corte di Giustizia, nel riconoscere la possibilità di introdurre una tutela anche equivalente a quella riconosciuta

41. Cfr. le indicazioni fornite in proposito nel sito di informazioni curato dall'Unione europea sui diritti dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari in caso di esercizio del diritto alla libera circolazione, https://europa.eu/youreurope/citizens/travel/entry-exit/non-eu-family/index_it.htm (accesso effettuato il 27 maggio 2024).

42. Tra i Paesi non appartenenti allo Spazio Schengen è questo il caso – salvo errori – solo dell'Irlanda. L'unico altro Paese che non fa parte oggi dello Spazio Schengen, Cipro, esenta da visto non solo i titolari di carta di soggiorno rilasciato da altro Paese membro, ma anche i titolari di un qualsiasi altro permesso di soggiorno in corso di validità rilasciato dagli altri Paesi dell'Unione, con la conseguenza che la problematica del rispetto dell'ambito soggettivo di applicazione della carta di soggiorno per tale Paese non viene in rilievo, dal momento che ogni straniero titolare di un permesso di soggiorno rilasciato da un altro Paese membro può fare ingresso a Cipro in esenzione da visto. Il tema potrebbe però tornare a riguardare un più elevato numero di Paesi membri, se si avesse un ulteriore allargamento dell'Unione europea e, come normalmente avviene, tali Paesi non fossero immediatamente ammessi a far parte dello Spazio Schengen (la Bulgaria e la Romania sono entrate a far parte dello Spazio Schengen a partire dal 31 marzo 2024). Si osserva in ogni caso che la questione vale anche al contrario, in relazione ai cittadini di Paesi terzi residenti in Irlanda e a Cipro che possono essere assoggettati a obbligo di visto per fare ingresso nello Spazio Schengen, laddove non siano titolari di carta di soggiorno ai sensi della Direttiva 2004/38.

43. Corte di Giustizia, sentenza del 17 luglio 2014, *Shamim Tahir c. Ministero dell'interno e questura di Verona*, C-469/13, punti 39-44. Particolarmente significativa la giustificazione posta dalla Corte di Giustizia alla base della decisione (cfr. punti 41-44): «Come risulta in particolare da una lettura combinata degli articoli 2, lettera b), e 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/109, un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo conferisce, in linea di principio, al suo titolare il diritto di soggiornare per più di tre mesi nel territorio di Stati membri diversi da quello che gli ha concesso lo status di soggiornante di lungo periodo. Pertanto, un permesso di soggiorno che sia rilasciato conformemente all'articolo 13 di detta direttiva, da uno Stato membro ad un familiare come definito all'articolo 2, lettera e), della stessa, a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dal diritto dell'Unione, non può costituire in nessun caso un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai sensi di detta direttiva. Alla luce delle suesposte considerazioni occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 13 della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che esso non consente ad uno Stato membro di rilasciare a condizioni più favorevoli di quelle previste nella stessa direttiva, ad un familiare come definito all'articolo 2, lettera e), di quest'ultima, un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

al rifugiato in caso di asilo costituzionale, ha tuttavia chiaramente sottolineato l'importanza di non rilasciare titoli di soggiorno idonei a creare confusione tra i due diversi statuti⁴⁴.

Tornando alla domanda iniziale su quale fosse l'obbligo imposto dal diritto dell'Unione che il legislatore italiano era chiamato ad adempiere, la risposta appare ora chiara: l'Unione ci chiedeva di cessare di rilasciare "carte di soggiorno" a favore dei familiari dei cittadini italiani statici.

10. Il salto logico tra la *ratio legis* e la sua traduzione normativa

Chi rilegga la nuova versione dell'art. 23 alla luce degli scopi sopra indicati proverà due sensazioni di segno opposto.

La prima è di soddisfazione.

Il mistero del perché l'art. 23, comma 1-*bis*, si concentri esclusivamente sulla questione del titolo di soggiorno da rilasciare al familiare del cittadino italiano statico appare risolto.

Il legislatore aveva, infatti, questo come obiettivo: assicurare che i familiari dei cittadini statici venissero dotati di un permesso di soggiorno distinguibile dalla carta disciplinata dalla Direttiva 2004/38.

L'Unione europea null'altro chiedeva che evitare possibili confusioni: pertanto, il legislatore italiano bene ha fatto a concentrarsi nell'identificare una nuova tipologia di permesso di soggiorno per i familiari non rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38 per evitare l'apertura di una procedura di infrazione.

Tale sensazione è però destinata ad essere immediatamente sostituita dal disappunto per l'evidente salto logico tra tale circoscritta *ratio legis* e la sua traduzione in termini normativi.

È evidente, infatti, che per essere letta in conformità al suo scopo, il comma 1-*bis* deve essere interpretato come se dicesse: «*Le disposizioni del d.lgs. n. 30/2007 si applicano anche ai familiari dei cittadini italiani che non hanno esercitato la libera circolazione; tuttavia, ad essi verrà rilasciato un permesso di soggiorno denominato "XX", che avrà durata quinquennale nel caso in cui ricorrano le condizioni dell'art. 10, decennale nel caso in cui ricorrano le condizioni dell'art. 14*».

Così riformulato, l'art. 23, comma 1-*bis*, non eccede lo scopo di adeguamento all'ordinamento dell'Unione che il legislatore italiano si era prefisso.

Lo stesso non può dirsi per la disposizione effettivamente approvata.

Essa – per la sua lacunosità e assenza di precisione – è, infatti, idonea a sollevare numerosi dubbi. Basti – per dimostrarlo – osservare che alcune Amministrazioni hanno già negato il permesso di soggiorno a familiari di cittadini italiani statici sulla base della tesi che, in seguito alla novella, a tali stranieri troverebbe ora applicazione esclusivamente la normativa in materia di ricongiungimento posta dal d.lgs. n. 286/1998 per il familiare dello straniero cittadino di Paese terzo. In particolare, è stato sostenuto da alcune questure che i

44. Corte di Giustizia, sentenza del 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contro B. e D.*, C-57/09 e C-101/09, punti 117-120. La Corte osserva: «*La direttiva [qualifiche], muove dal principio che gli Stati membri di accoglienza possono accordare, in conformità del loro diritto nazionale, una protezione nazionale accompagnata da diritti che consentano alle persone escluse dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, della direttiva di soggiornare nel territorio dello Stato membro considerato. Il riconoscimento [...], di siffatto status di protezione nazionale, per ragioni diverse dalla necessità di protezione internazionale [...], non rientra, come precisato dal nono 'considerando' della direttiva, nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Tale altro tipo di protezione che gli Stati membri hanno la facoltà di accordare non deve tuttavia poter essere confuso con lo status di rifugiato ai sensi della direttiva, come giustamente sottolineato dalla Commissione*».

familiari dei cittadini italiani statici andrebbero determinati sulla scorta delle restrittive categorie previste per i cittadini non europei, non potendo più trovare applicazione in tali casi il d.lgs. n. 30/2007 e la sua più generosa definizione di familiare⁴⁵; ancora, al fine del rilascio del permesso di soggiorno quinquennale, si è affermata la necessità di esibire la prova, da un lato, di un livello di redditi conforme a quello previsto dal d.lgs. n. 286/1998 per il ricongiungimento familiare, dall'altro, dell'idoneità dell'alloggio, condizioni entrambe che non sono richieste quando trovi applicazione il d.lgs. n. 30/2007⁴⁶.

Ma vi è di più. Anche l'Avvocatura dello Stato ha iniziato a invocare nelle proprie memorie in giudizio la nuova formulazione dell'art. 23, comma 1-*bis*, per sostenere la tesi secondo cui il diritto all'unità familiare del cittadino italiano statico non si estenderebbe più alle categorie di familiari previste nel d.lgs. n. 30/2007 che fino ad oggi nessuno aveva messo in dubbio facessero parte dei "ricongiungibili" anche per il cittadino italiano⁴⁷.

11. Come leggere il nuovo art. 23: la soluzione di ogni problema di potenziale discriminazione qualora si opti per un'interpretazione basata sul criterio teleologico

È auspicabile che interpretazioni come quelle appena richiamate non si diffondano e vengano presto qualificate come manifestamente illegittime dalla giurisprudenza.

Quanto alla determinazione dei familiari ricongiungibili, per escludere la legittimità di interpretazioni restrittive, basta il richiamo alla lettera della norma. Infatti, nel momento in cui il comma 1-*bis* dell'art. 23 utilizza la nozione di "familiari" non può che fare riferimento

45. Questa nel momento in cui si scrive risulta essere la posizione adottata dalla questura di Torino in alcuni provvedimenti di diniego del rilascio del permesso di soggiorno per familiare di cittadino statico (permesso denominato nella prassi "FAMIT") ora al vaglio della giurisprudenza.

46. In questo senso, alcuni preavvisi di rigetto adottati dalla questura di Treviso.

47. In particolare, la questione è stata sollevata nel contenzioso relativo al diritto all'iscrizione anagrafica del partner straniero di cittadino italiano, privo di permesso di soggiorno in Italia. Per una prima decisione che richiama l'eccezione sollevata dall'Avvocatura e che risolve correttamente la questione sia pure con motivazioni non del tutto convincenti, cfr. Tribunale di Milano, sez. I civ., 17 aprile 2024, n. 3278, resa nel procedimento R.G. 41723/2023, nella Rassegna *Famiglia e Minori* di questo numero della *Rivista*. Osserva il Tribunale: «*La circostanza che un membro della coppia sia cittadino italiano determina l'applicazione della legge 30/2007 e non del TU immigrazione (l. 286/98). Ciò in forza del principio di non discriminazione sancito in termini generali dall'art. 53 l. 234/12 con riguardo alle norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne e dall'art. 23 della legge in base al quale: Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana. [...] Tale ricostruzione non è scalfita dalla tesi sostenuta dalla difesa dell'Avvocatura dello Stato in ordine alla non applicabilità della disciplina di cui al d.lgs. 30/2007 ai familiari dei cittadini italiani (stranieri) statici. Premesso che la novella legislativa ex d.l. 69/2023 in parte qua riguarda i cittadini italiani che sono divenuti tali a seguito di positivo esito della procedura di riconoscimento della cittadinanza italiana pur essendo nati all'estero (non potendosi prospettare che per un cittadino italiano nato in Italia l'acquisizione della cittadinanza passi attraverso un procedimento amministrativo nel quale effettuare la scelta tra situazione dinamica e statica – e il sig. [...] è cittadino italiano per nascita), la disciplina richiamata dall'Avvocatura dello Stato riguarda esclusivamente la tipologia di permesso di soggiorno che può essere rilasciato al familiare straniero del cittadino italiano e non i presupposti per la iscrizione anagrafica del familiare convivente di fatto, oggetto del presente giudizio*». Non è condivisibile l'affermazione contenuta nell'ordinanza secondo cui la distinzione tra cittadino italiano "mobile" e "statico" farebbe riferimento a quella tra il cittadino italiano fin da sempre tale e il cittadino italiano che abbia ottenuto l'iscrizione nei registri dello stato civile in seguito al procedimento di accertamento del possesso della cittadinanza italiana *jure sanguinis* (cittadino italiano che era, a ben vedere, egualmente tale fin dalla nascita, avendo l'accertamento amministrativo o giurisdizionale effetti dichiarativi e non costitutivi). La decisione si segnala perchè conferma le difficoltà interpretative che la distinzione tra le due categorie che fanno la loro apparizione per la prima volta nel diritto italiano sono idonee a creare. Sulla questione del diritto all'iscrizione anagrafica del convivente del cittadino italiano, cfr. per tutti P. Morozzo della Rocca, *La convivenza di fatto e il diritto di soggiorno del partner straniero del cittadino italiano o europeo*, in questa *Rivista*, n. 3.2022.

all'espressione come definita nel d.lgs. n. 30/2007, dal momento che questo è il testo normativo al cui interno la nuova disposizione pur sempre si trova.

Mi sembra, pertanto, che almeno sulla questione della determinazione dei "familiari" ci si possa fermare all'interpretazione letterale per assicurare ai familiari di cittadini statici lo stesso grado di protezione garantito dalla precedente formulazione.

Ciò premesso, si tratta ora di determinare in quale modo vadano risolte le questioni rispetto alle quali la disposizione rimane muta, quali, a titolo di esempio, il diritto all'ingresso, l'intensità del diritto alla parità di trattamento, la protezione contro l'allontanamento, la competenza giurisdizionale, i termini e il rito applicabile in caso di diniego del titolo di soggiorno.

Ritengo che, per risolvere ciascuna di queste questioni, l'art. 23, comma 1-*bis*, debba essere letto alla luce dello scopo che il legislatore perseguiva e cioè – lo si è già sopra indicato – come se fosse così redatto: «*Le disposizioni del d.lgs. n. 30/2007 si applicano anche ai familiari dei cittadini italiani che non hanno esercitato la libera circolazione; tuttavia, ad essi verrà rilasciato un permesso di soggiorno diverso dalla carta di soggiorno*».

Questa interpretazione parte dalla tesi che avendo il legislatore dichiarato di intervenire al solo scopo di evitare una procedura di infrazione, la disposizione dovrebbe essere letta escludendo che il legislatore abbia voluto prevedere modifiche ulteriori al regime previgente oltre a quelle rese necessarie dall'attuazione del diritto dell'Unione.

Appare opportuno prendere in considerazione una possibile obiezione alla proposta interpretativa che precede e all'argomento teleologico che la fonda.

La dottrina ha, infatti, da tempo rilevato che, una volta che il testo normativo sia stato approvato, la *voluntas legislatoris* ricavabile dai lavori preparatori diventa in gran parte irrilevante, dal momento che, una volta immessa nell'ordinamento giuridico, la norma si *estranea* dal suo autore⁴⁸.

Mi sembra una tesi normalmente ineccepibile.

Nel nostro caso, però, la disposizione in esame presenta due peculiarità raramente congiuntamente rilevabili: da un lato, come più volte osservato, essa è lacunosa, disciplinando – con riferimento ai familiari del cittadino statico – solo il tema del permesso di soggiorno da rilasciarsi e tacendo su tutte le altre questioni, dall'altro, essa è stata inserita da una fonte primaria che nel suo stesso titolo riporta lo scopo dell'intervento del legislatore.

Vediamo le conseguenze di entrambe tali circostanze.

Quanto alla scarsa perspicacia della norma, la Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che tra l'elemento letterale e quello funzionale-teleologico esiste un rapporto inversamente proporzionale: meno preciso e univoco è il primo, più rilevante risulta il secondo⁴⁹. Dunque, a fronte di un testo normativo suscettibile di plurime interpretazioni, come quello dell'art. 23, comma 1-*bis*, lo spazio riservato all'argomento dell'*original intent* si amplia. La stessa Corte di cassazione ha legittimato in qualche occasione un'interpretazione

48. Cfr. per tutti, L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1956, p. 993 e ss. Anche la Corte di cassazione ha affermato che «*il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 delle preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo; non è infatti consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva, sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa*» (Cass. 13 aprile 1996, n. 3495).

49. Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 22 febbraio 2024, n. 22.

che sostanzialmente riscriveva il testo della disposizione sulla base dei lavori preparatori, laddove uno spazio interpretativo comunque sussistesse⁵⁰.

Quanto alla seconda circostanza, se è vero che ordinariamente la norma, una volta immessa nell'ordinamento, si estrania dal suo autore, nel nostro caso, nel momento in cui si è "separato" dal suo creatore, l'art. 23 si è portato dietro – nel titolo appunto del provvedimento normativo che lo ha introdotto – lo scopo per cui è stato introdotto. La *ratio legis* non si deduce, infatti, solo dall'esame dei lavori preparatori, ma dal titolo stesso dell'atto normativo in cui la disposizione è inserita che indica il perimetro entro il quale il legislatore ha dichiarato di intendere muoversi (appunto, l'attuazione di obblighi discendenti dall'appartenenza all'Unione europea). Costituendo anche il titolo parte dell'atto normativo immesso nell'ordinamento, esso ha certo un valore interpretativo maggiore di quello dei lavori preparatori.

12. L'interpretazione teleologica come unica soluzione ermeneutica conforme a Costituzione: i due profili di potenziale violazione del principio di eguaglianza che vengono in caso contrario in rilievo

L'argomento più forte a sostegno di un'interpretazione che disinnesci il potenziale discriminatorio dell'art. 23 mi sembra, comunque, un altro.

L'argomento è il seguente: al familiare del cittadino italiano statico deve essere assicurato il medesimo livello di protezione riconosciutogli in precedenza, perché, in caso contrario, la disposizione si pone in conflitto con il principio costituzionale di eguaglianza sotto due distinti profili.

Il primo profilo di violazione del principio di eguaglianza è quello legato all'assenza di giustificazione della disparità di trattamento nel godimento del diritto all'unità familiare tra cittadini italiani statici, da un lato, e cittadini dell'Unione e cittadini italiani mobili, dall'altro.

A differenza di altre Corti costituzionali che hanno ritenuto giustificabile la discriminazione a rovescio ai danni dei cittadini discendente dall'applicazione del diritto dell'Unione⁵¹, la nostra Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 443/1997, ha osservato che, nel momento in cui si inserisce nell'ordinamento interno, la disciplina europea impone di verificare se si ponga un problema di discriminazione rispetto ai soggetti esclusi dal suo ambito di applicazione. Di più: nello specifico ambito della tutela dell'unità familiare, la Corte costituzionale ha altresì avuto occasione di sottolineare come la posizione del familiare del cittadino italiano meriti maggior tutela rispetto a quella del familiare di straniero: affermare oggi il contrario significherebbe pertanto capovolgere una gerarchia –

50. Cfr. Cass. 4 aprile 2014, n. 7992, che in motivazione, evidenzia che il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale in taluni casi, pur specificando che «trattasi di una ipotesi eccezionale e da maneggiare con cura». Cfr. in precedenza Cass. 23 maggio 2005, n. 10874, Cass. 13 aprile 1996, n. 3495, Cass. 6 agosto 1984, n. 4631.

51. Cfr., oltre alla sentenza della Corte costituzionale del Belgio del 26 settembre 2013, n. 123/2013, già richiamata *supra* alla nota 23, cfr. anche la posizione assunta dalla Corte costituzionale austriaca nella sentenza 19 dicembre 2009, n. 18968, reperibile a https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/_/IFT_09908784_09G00_244_00/_IFT_09908784_09G00244_00.html. Per l'analisi di tali decisioni, oltre che per l'esame della giurisprudenza francese e tedesca in materia, si rinvia a V. Verbist, *Reverse discrimination in the European Union: a recurring balancing act*, Intersentia, 2017, in particolare, p. 183 ss.

indicata dalla stessa Consulta – che vede il familiare di cittadino italiano meritevole della protezione più pregnante⁵².

Passando dall'esame della giurisprudenza costituzionale alla considerazione del contesto normativo in cui si viene a inserire il nuovo art. 23, appare rilevante ricordare come fino ad oggi il nostro ordinamento ha sempre mantenuto in vigore norme di indirizzo che, pur di rango ordinario e quindi cedevoli a fronte di disposizioni del medesimo rango successive, escludono che le norme di recepimento possano comportare un trattamento sfavorevole per i cittadini italiani. Si deve sul punto ritenere che, essendo l'art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 – che impone di evitare discriminazioni ai danni dei cittadini italiani in occasione dell'attuazione del diritto dell'Unione – parte del sistema delle fonti primarie del nostro ordinamento, l'interpretazione di ogni norma di recepimento dell'ordinamento europeo – e, quindi, anche l'art. 23 – deve necessariamente con tale disposizione confrontarsi.

Venendo alla giurisprudenza di legittimità, appare interessante osservare che la stessa Corte di cassazione, chiamata ad esaminare una censura che sollevava la questione della discriminazione alla rovescia, ha di recente ribadito che eventuali soluzioni discriminatorie possono costituire oggetto di incidente di costituzionalità⁵³.

Dunque, se interpretato in modo diverso da quello indicato, l'art. 23 appare introdurre una discriminazione dei cittadini italiani statici rispetto ai cittadini europei e ai cittadini italiani mobili, che non è supportata da adeguata giustificazione ed è, quindi, costituzionalmente illegittima.

Il secondo profilo di potenziale violazione del principio di eguaglianza attiene alla circostanza che, alla luce dell'esame dei lavori preparatori, la disposizione appare irrazionale rispetto al suo scopo, con rischio di *“rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico”*⁵⁴.

52. Nel 2001, la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sulla legittimità della differenza di trattamento tra il coniuge del cittadino italiano, per cui l'art. 19 dispone un divieto di espulsione, e il coniuge del cittadino straniero regolarmente residente, per il quale può essere, invece, adottato un provvedimento di espulsione in caso di irregolarità di soggiorno. Nel rigettare la questione per manifesta infondatezza, la Consulta ha affermato che *«non può effettuarsi alcun giudizio di comparazione tra lo straniero coniugato con altro straniero - sia pur munito di permesso di soggiorno - e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano (...) trattandosi di situazioni del tutto eterogenee fra loro, non potendosi paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero»* (cfr. ordinanza Corte costituzionale del 6 luglio 2001, n. 232).

53. Cfr. Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 5 marzo 2024, n. 5967, che nel rigettare – condivisibilmente – il ricorso di un medico che rivendicava l'anzianità maturata come medico militare presso il Ministero della difesa, invocando la normativa dell'Unione e il rischio di discriminazioni alla rovescia, osserva che laddove *«l'effetto discriminatorio o la concorrenza tra situazioni interne e transfrontaliere siano strutturalmente tali, per la diffusività e ineludibilità del conflitto, da non consentire il rimedio attraverso il meccanismo di parificazione una tantum ai sensi dell'art. 53, la soluzione giuridica non potrebbe che essere diversa, potendosi ipotizzare la proposizione dell'incidente di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost. (Cass. 4 marzo 1996, n. 1665 e del resto, ciò è quanto accaduto nel caso di Corte costituzionale n. 443/1997 cit.) [...]»*. Si segnala, per completezza, che la questione della discriminazione alla rovescia si era posta anche in relazione alle guide turistiche italiane in seguito all'entrata in vigore del cd. “secondo decreto Bersani” (decreto legge del 31 gennaio 2007, n. 7). Anche in quel caso, il legislatore era intervenuto allo scopo di chiudere una procedura di pre-infrazione andando oltre le richieste della Commissione europea. In quell'occasione, la rimozione della discriminazione si è avuta attraverso un ulteriore intervento del legislatore (art. 3 Legge europea 6 agosto 2013, n. 97). Prima dell'intervento legislativo, la giurisprudenza amministrativa aveva avuto occasione di accertare l'illegittimità della discriminazione alla rovescia (cfr. Tar per la Sicilia, sez. Catania, 10 gennaio 2012, n. 37).

54. Sul punto si rinvia alle fondamentali considerazioni contenute in G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 199 secondo cui l'irrazionalità quale *“rottura dell'interna coerenza*

Si tratta di una causa autonoma di incostituzionalità che viene in rilievo solo nel caso in cui si ritenga di poter superare il dubbio di costituzionalità fondato sulla disparità di trattamento tra i familiari dei cittadini statici e i familiari cui trova applicazione il d.lgs. n. 30/2007⁵⁵.

Laddove, infatti, si ritenga che il legislatore possa differenziare la situazione dei familiari dei cittadini statici rispetto a quella dei familiari destinatari della Direttiva 2004/38, in ogni caso, il legislatore si esporrebbe alla censura di non essere stato coerente con sé stesso, introducendo una disciplina che risulta irrazionale rispetto allo scopo espressamente perseguito. Si tratta del vizio di arbitrarietà della funzione legislativa, per conflitto logico interno alla legge, che in più occasioni ha consentito alla Corte costituzionale di pervenire a dichiarazioni di incostituzionalità sulla base dell'esame dei lavori preparatori⁵⁶.

13. Il “lato buono” dell’art. 23, comma 1-bis. Il riscatto del familiare del cittadino italiano povero e privo di impiego

Fino a questo momento si sono messi in rilievo i numerosi limiti dell’art. 23, comma 1-bis.

Va però rilevato che tale disposizione, sia pure solo sotto il profilo della disciplina dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, si presta ad essere interpretata come disciplina di vantaggio per i familiari dei cittadini italiani statici rispetto a quella applicabile ai familiari dei cittadini dell’Unione.

Va, infatti, ricordato che, ai fini dell’ottenimento della carta di soggiorno, il familiare del cittadino dell’Unione non può limitarsi a provare il legame con persona in possesso della cittadinanza europea presente in Italia, dovendo altresì essere dimostrato che il cittadino dell’Unione abbia a sua volta il diritto al soggiorno in Italia.

L’art. 7 della Direttiva (e il corrispondente art. 7 del d.lgs. n. 30/2007) riconosce, infatti, un diritto al soggiorno superiore a tre mesi solo al cittadino dell’Unione che sia un lavoratore subordinato o autonomo, uno studente⁵⁷ ovvero disponga «*per sé stesso e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell’assistenza*

dell’ordinamento giuridico” che riguarda il vizio del legislatore che non è stato coerente con se stesso, a prescindere da disposizioni costituzionali materiali specifiche, va distinta dall’irragionevolezza come “[in]congruenza rispetto a valori superiori” che riguarda il legislatore che non ha attuato correttamente disposizioni costituzionali materiali specifiche. Il richiamo è tratto da I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

55. Cfr. per la condivisibile tesi della necessità di distinguere tra “*irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale*” e “*irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge*”, cfr. ancora I. Massa Pinto, nel contributo citato alla nota precedente.

56. Cfr. per un ampio (seppur ormai risalente) esame della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto, M. Midiri, *Scrutinio di ragionevolezza e lavori preparatori della legge (casi di giurisprudenza costituzionale)*, in M. La Torre e A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 275-284.

57. Come chiarisce il diritto dell’Unione e interno, lo studente ha diritto al soggiorno se «*dispone, per sé stesso o per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell’assistenza sociale dello Stato durante il suo periodo di soggiorno*» (cfr. sempre art. 7 Direttiva 2004/38 e art. 7 d.lgs. n. 30/2007). Sulla corretta interpretazione dell’art. 7 della Direttiva 2004/38, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rinvia alla Comunicazione C/2023/1392 della Commissione europea, citata *supra* alla nota 31, in particolare p. 22 e seguenti.

sociale dello Stato durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo che copra tutti i rischi»⁵⁸.

Ebbene, la circostanza che il comma 1-*bis* non rinvii più al d.lgs. n. 30/2007 porta a ritenere che oggi, per ottenere il permesso di soggiorno quinquennale previsto da tale disposizione, il familiare non debba più provare che il cittadino italiano integri le condizioni dell'art. 7.

In base a questa proposta ermeneutica, l'ambito di applicazione dell'art. 19 d.lgs. n. 286/1998 ne esce significativamente ristretto a fronte dell'ampliamento del perimetro del comma 1-*bis*: familiari di italiani che, fino alla recente modifica, potevano ambire esclusivamente al rilascio di un permesso di soggiorno biennale rinnovabile solo a fronte della prova della continuità della convivenza, potrebbero ora ottenere un permesso di soggiorno quinquennale convertibile in lavoro. Quest'interpretazione permette di superare il problema del trattamento meno favorevole che, nella vigenza della precedente versione dell'art. 23, era riservato al familiare del cittadino italiano povero e privo di impiego rispetto a quello riconosciuto al familiare del cittadino italiano che integrava le condizioni previste dall'art. 7 della Direttiva 2004/38, problema che parte della giurisprudenza di merito aveva comunque ritenuto di superare in via interpretativa⁵⁹. A differenza del passato, oggi questa tesi ha un indubbio fondamento testuale proprio nel comma 1-*bis* dell'art. 23 che, per il rilascio del permesso di soggiorno quinquennale, non impone alcun'altra verifica se non quella legata alla prova della condizione di familiare, condizione che, in base a quanto rilevato sopra, andrà verificata alla luce della nozione di cui al d.lgs. n. 30/2007.

14. Conclusioni

La modifica dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007, per la sua non perfetta tecnica legislativa, ha introdotto un dato di incertezza applicativa indubbiamente censurabile⁶⁰.

58. Nella maggioranza delle ipotesi, il cittadino italiano riesce agevolmente a fornire la prova di integrare una delle condizioni di cui all'art. 7 d.lgs. n. 30/2007: per limitarsi alla condizione di lavoratore, da considerarsi nell'interpretazione amplissima che di tale nozione ha dato la Corte di Giustizia, è sufficiente dare la dimostrazione di svolgere una qualsiasi attività di lavoro, senza che si imponga una soglia minima di reddito (per l'ampia interpretazione della nozione di "lavoratore" nel diritto dell'Unione si rinvia alla Comunicazione C/2023/1392 della Commissione europea citata *supra* alla nota 31, in particolare pp. 28-30). Si sono avuti, però, casi in cui il cittadino italiano o europeo non poteva né dimostrare di essere un lavoratore, né di possedere risorse economiche sufficienti al mantenimento proprio e dei propri familiari. In tali fattispecie, l'Amministrazione in genere rigettava l'istanza di rilascio della carta di soggiorno, riconoscendo comunque al familiare convivente con cittadino italiano il diritto ad un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 286/1998. Tale disposizione, come si è visto, non richiede altro che la prova del vincolo familiare e della convivenza.

59. Già, nel vigore della precedente versione dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007, qualche Tribunale aveva ritenuto di "disapplicare" di fatto il d.lgs. n. 30/2007 nelle parti in cui venivano poste condizioni di reddito e di lavoro al cittadino italiano. Cfr. la giurisprudenza elaborata dal Tribunale di Palermo, con rinvio per tutte, a Tribunale di Palermo, ordinanza del 17 settembre 2019, n. 6635/2019, resa nel procedimento R.G. 656/2019, reperibile in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/11/sentenza_carta_soggiorno_permanente.pdf. La tesi, pur a fronte di un dato testuale contrario, muoveva dal presupposto che «non possono ritenersi applicabili ai cittadini italiani i requisiti previsti dall'art. 7, co. 1, lett. a) b) e c), del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, per l'evidente ragione che il diritto al soggiorno in Italia di un cittadino italiano non può essere limitato o impedito a causa della sussistenza o meno delle situazione di fatto sottese ai predetti requisiti» (cfr. per un'illustrazione degli argomenti da cui muove tale tesi si rinvia a <https://www.asgi.it/discriminazioni/carta-soggiorno-familiare-ue-reddito/>).

60. Anche il legislatore spagnolo (in relazione alla normativa spagnola in materia v. anche *supra* nota 33) ha dovuto introdurre un permesso di soggiorno diverso dalla carta di soggiorno ex art. 10 della Direttiva 2004/38 per i familiari dei

Da disposizioni che devono trovare applicazione a migliaia di persone è ragionevole attendersi quanto meno la chiarezza, soprattutto in materie che, come il diritto degli stranieri, sono presidiate da riserva di legge costituzionale.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, mi sembra che della norma in esame sia possibile formulare la proposta interpretativa che segue.

Al familiare di cittadino italiano andrà rilasciato un permesso di soggiorno quinquennale, senza alcun'altra verifica che quella dell'integrazione delle condizioni di cui all'art. 2 e 3 del d.lgs. n. 30/2007: in questo senso è il testo della disposizione introdotta dal comma 1-*bis*.

Con riferimento a tutte le altre questioni – quali i requisiti e il procedimento per il rilascio del visto, i diritti spettanti al familiare del cittadino durante il soggiorno, la tutela contro l'allontanamento – dovrà farsi riferimento a quanto disposto dal d.lgs. n. 30/2007 per i familiari dei cittadini dell'Unione: ciò in forza di un'interpretazione teleologicamente e costituzionalmente orientata della norma e alla luce della regola di indirizzo di cui all'art. 53 l. n. 234/2012, disposto che per il suo carattere di principio ben può fungere da selezionatore di significato.

L'assenza di contenzioso a quasi un anno di distanza dall'entrata in vigore della nuova disposizione induce a sperare che la stessa amministrazione possa adottare un'interpretazione dell'art. 23 che lo sterilizzi dalle sue potenzialità discriminatorie. Nel diritto dell'immigrazione – un diritto in buona misura “a provvedimento necessario” – il primo soggetto chiamato a interpretare la legge è, infatti, la pubblica amministrazione: se questa applicherà questa norma nella sua versione costituzionalmente orientata, un problema di discriminazione ai danni dei familiari dei cittadini italiani semplicemente non si porrà. A quanto risulta – sempre nella limitatezza dell'osservatorio proprio di chi è esterno alle istituzioni – le Ambasciate stanno continuando ad applicare ai familiari di cittadini italiani le regole in materia di visto applicate ai familiari dei cittadini dell'Unione⁶¹, mentre le questure, salvo i casi sopra segnalati, parrebbero interpretare il nuovo art. 23, comma 1-*bis* in modo conforme a quanto proposto.

Se questo generale orientamento non fosse confermato, non resterà che confidare nell'interpretazione che della norma darà la giurisprudenza, che sarà in tal caso chiamata ad un ennesimo ruolo di supplenza nella tutela dei diritti fondamentali.

cittadini spagnoli statici. Inizialmente, nell'ordinamento spagnolo, era prevista una disposizione del tutto analoga alla precedente versione del nostro art. 23 d.lgs. n. 30/2007. Infatti, la *Disposición adicional vigésima* del Regolamento di attuazione della *Ley Orgánica 4/2000* sul diritto degli stranieri prevedeva che ai familiari di cittadini spagnoli trovasse applicazione la normativa spagnola di recepimento della Direttiva 2004/38 e, cioè, il *Real Decreto* 240/2007 del 16 febbraio 2007. Ora tale disposizione è stata abrogata e per i familiari di spagnoli è stato previsto il rilascio di un diverso tipo di permesso di soggiorno (permesso per *arraigo familiar* di cinque anni) disciplinato dall'art. 124, par. 3, lett. b) del Regolamento di attuazione della *Ley Orgánica 4/2000*. Anche in Spagna la modifica, introdotta con il *Real Decreto* 629/2022 del 26 luglio 2022, ha sollevato un ampio dibattito e incertezze applicative.

61. Il coniuge pakistano della cittadina italiana cui si è fatto riferimento al paragrafo 4 è riuscito ad ottenere un visto per turismo, come previsto per i cittadini dell'Unione ai sensi del messaggio di cui alla nota 22, e ciò pur dopo la modifica dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007. In altri casi, le Ambasciate pur avendo inizialmente proposto un'interpretazione del nuovo regime restrittivo (rinviando al d.lgs. n. 286/1998 per la definizione di ascendenti e discendenti maggiorenni del cittadino italiano o del suo coniuge), dopo il contraddittorio nel corso del procedimento volto al rilascio del visto, hanno applicato la disciplina del d.lgs. n. 30/2007.