



# Università degli Studi di Ferrara

## DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA"

CICLO XXV

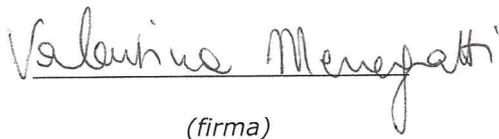
COORDINATORE Prof. Borghi Paolo

La tutela dei legami familiari tra diritto e politiche dell'Unione Europea

Settore Scientifico Disciplinare IUS/14

### **Dottorando**

Dott. Menegatti Valentina

  
(firma)

### **Tutore**

Prof. Balandi Gian Guido

  
(firma)

Anni 2009/2014



# Università degli Studi di Ferrara

## DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA"

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Borghi Paolo

La tutela dei legami familiari tra diritto e politiche dell'Unione Europea

Settore Scientifico Disciplinare IUS/14

### **Dottorando**

Dott. Menegatti Valentina

---

*(firma)*

### **Tutore**

Prof. Balandi Gian Guido

---

*(firma)*

Anni 2009/2014

## Indice generale

	<b>Introduzione .....</b>	<b>Pag.5</b>
<b>Cap 1</b>	<b>Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea.....</b>	<b>Pag.14</b>
<b>1.1</b>	<b>Premessa.....</b>	<b>Pag. 14</b>
<b>1.2</b>	<b>L'evoluzione della politica sociale della Comunità. Estraneità del tema dei diritti sociali nei Trattati Fondativi.....</b>	<b>Pag16</b>
<b>1.3</b>	<b>La crisi del modello delle origini.....</b>	<b>Pag. 19</b>
<b>1.4</b>	<b>I tentativi di armonizzazione verticale. L'Atto Unico Europeo e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori .....</b>	<b>Pag. 21</b>
<b>1.5</b>	<b>Il Trattato di Maastricht e l'Accordo sulla politica sociale.....</b>	<b>Pag. 25</b>
<b>1.6</b>	<b>Il Trattato di Amsterdam.....</b>	<b>Pag. 29</b>
<b>1.6.1</b>	<b>Segue - Profili di criticità.....</b>	<b>Pag. 34</b>
<b>1.7</b>	<b>Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea .....</b>	<b>Pag. 36</b>
<b>1.8</b>	<b>Il Trattato di Lisbona – principali novità in tema di politica sociale.....</b>	<b>Pag. 40</b>
<b>1.8.1</b>	<b>Prime pronunce giudiziali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la Carta dei diritti alla prova.....</b>	<b>Pag. 43</b>
<b>Cap. 2</b>	<b>La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria.....</b>	<b>Pag. 48</b>
<b>2.1</b>	<b>L'interpretazione della giurisprudenza comunitaria e il modello di “famiglia”.....</b>	<b>Pag. 48</b>

2.2	<b>Il matrimonio e la nozione di coniuge.....</b>	<b>Pag. 54</b>
2.3	<b>L'unione matrimoniale e gli effetti del suo scioglimento.....</b>	<b>Pag. 60</b>
2.4	<b>I figli e la condizione di dipendenza dalla famiglia.....</b>	<b>Pag. 68</b>
2.5	<b>Verso il riconoscimento dei diritti soggettivi autonomi dei figli ...</b>	<b>Pag. 71</b>
2.6	<b>La tutela del nome di famiglia e il riconoscimento di status familiari .....</b>	<b>Pag. 74</b>
2.7	<b>Prospettive future nell'estensione delle prerogative riconosciute ai membri della famiglia.....</b>	<b>Pag. 78</b>
<b>Cap. 3</b>	<b>La Cooperazione giudiziaria in materia civile e il tentativo di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.....</b>	<b>Pag. 82</b>
3.1	<b>La cooperazione giudiziaria in materia civile: dal Trattato di Maastricht a quello di Amsterdam.....</b>	<b>Pag. 82</b>
3.2	<b>La cooperazione giudiziaria in materia civile secondo le conclusioni del Consiglio di Tampere.....</b>	<b>Pag. 85</b>
3.3	<b>Le prospettive future e l'attuazione del principio del "reciproco riconoscimento".....</b>	<b>Pag. 86</b>
3.4	<b>I Regolamenti comunitari sul diritto internazionale privato della famiglia - Bruxelles II eBruxelles II bis .....</b>	<b>Pag. 88</b>
3.5	<b>Ambito di applicazione della normativa comunitaria e disciplina della competenza.....</b>	<b>Pag. 89</b>
3.6	<b>Il riconoscimento automatico e l'esecuzione delle decisioni negli Stati membri.....</b>	<b>Pag. 95</b>
3.7	<b>I procedimenti relativi alle crisi coniugali: questioni relative al diritto applicabile. Proposta di regolamento Roma III.....</b>	<b>Pag. 99</b>

<b>Cap.4</b>	<b>Le politiche dell'Unione Europea .....</b>	<b>Pag. 102</b>
<b>4.1</b>	<b>La libera circolazione delle persone.....</b>	<b>Pag. 102</b>
<b>4.1.1</b>	<b>Introduzione.....</b>	<b>Pag. 102</b>
<b>4.1.2</b>	<b>La libera circolazione dei lavoratori: una questione di famiglia</b>	<b>Pag. 103</b>
<b>4.1.3</b>	<b>Considerazioni conclusive.....</b>	<b>Pag. 114</b>
<b>4.1.4</b>	<b>Le recenti politiche in tema di libera circolazione.....</b>	<b>Pag. 115</b>
<b>4.2</b>	<b>I congedi parentali .....</b>	<b>Pag. 118</b>
<b>4.2.1</b>	<b>La genesi della disciplina dei congedi parentali.....</b>	<b>Pag. 118</b>
<b>4.2.2</b>	<b>L'accordo Quadro europeo e la direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34</b>	<b>Pag. 121</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Evoluzioni delle politiche di conciliazione .....</b>	<b>Pag. 126</b>
<b>4.2.4</b>	<b>I congedi parentali ed i cambiamenti in atto .....</b>	<b>Pag. 134</b>
<b>4.3</b>	<b>L'orientamento sessuale .....</b>	<b>Pag. 136</b>
	<b>Bibliografia .....</b>	<b>Pag. 146</b>

## **Introduzione**

Il panorama internazionale ed europeo è ricco di dichiarazioni ufficiali, emanate da parte dei più svariati organismi pubblici, che qualificano la famiglia come “nucleo fondamentale della società e dello Stato”, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo dell’ONU (10 dicembre 1948). Nell’ultimo decennio in ambito di Unione Europea, al di là delle mere enunciazioni, si registra un accrescere degli interventi posti in essere in termini di politiche che insistono direttamente o indirettamente sulla “famiglia” e sui legami familiari.

A partire dal 2000 nell’ambito della Strategia di Lisbona per la crescita e l’occupazione e l’attivazione del cd. Metodo Aperto di Coordinamento (MAC) per la protezione sociale e l’inclusione sociale, si teorizzano le linee programmatiche per il futuro, partendo dalla considerazione che per un’Europa competitiva e caratterizzata da prosperità economica, servono una pluralità di ingredienti: innovazione, investire nella ricerca e nelle nuove tecnologie, livelli più alti di istruzione, mercati del lavoro flessibili, interventi che promuovono il pari trattamento di tutti, la lotta contro le discriminazioni, l’uguaglianza tra uomini e donne, politiche familiari che favoriscano il rinnovamento demografico e politiche di conciliazione tra vita professionale e privata sia per gli uomini che per le donne.

Pertanto un significativo intreccio si delinea appunto tra crescita dell’occupazione, cambiamenti demografici, politiche familiari, nonché politiche di pari trattamento tra donne e uomini. Tale ultima tematica appare quanto più necessaria alla luce dei cambiamenti sociali che hanno interessato l’Europa e il nostro Paese negli ultimi decenni, facendo registrare una presenza sempre più significativa delle donne nel mercato del lavoro, ponendo tra l’altro anche esigenze di condivisione dei ruoli e compiti familiari, da qui l’impulso dato dalle istituzioni comunitarie.

A partire dal 2006 la Commissione riconferma l'importanza di tale assunto attraverso l'emanazione *in primis* della rinnovata Agenda Sociale per il periodo 2006-2013, in cui si ridefinisce il quadro delle priorità in tema di politiche sociali e di una Tabella di marcia per il periodo 2006-2010 in cui si ribadisce la necessità di promuovere la parità tra donne e uomini e di assicurare la trasversalità di tale tematica nei confronti di tutte le altre politiche.

Nel mese di dicembre del medesimo anno si provvede alla creazione di un Istituto europeo per la parità di genere e, non da ultimo, si segnala l'adozione della nuova programmazione dei fondi strutturali e degli orientamenti comunitari in materia di coesione per il periodo 2007-2013, che prevedono sia azioni specifiche, sia un approccio integrato di genere in tutte le azioni previste. Inoltre, durante il Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2006 si approva poi il "Patto per la parità di genere" che segna la volontà di impegnarsi per l'attuazione delle politiche, che hanno lo scopo di promuovere l'occupazione delle donne e garantire un equilibrio migliore tra la vita professionale e privata, per rispondere alle sfide demografiche.

Altro testo significativo è rappresentato dalla Comunicazione sul futuro demografico dell'Europa<sup>1</sup>, adottata dalla Commissione il 12 ottobre 2006, nonché da quella del 2008 "Un miglior equilibrio tra lavoro e vita privata: sostenere maggiormente gli sforzi tesi a conciliare la vita professionale, privata e familiare".<sup>2</sup>

Più recentemente, di particolare interesse appaiono le Conclusioni del Consiglio di luglio 2007, in cui in maniera più esplicita e consistente rispetto al passato si conviene sull'importanza delle politiche favorevoli alla famiglia e sulla creazione di un'Alleanza per la famiglia.

---

<sup>1</sup>Commissione europea, *Comunicazione sul futuro demografico dell'Europa*, COM (2006) 571 del 12/10/2006.

<sup>2</sup>Commissione europea, *Comunicazione della Commissione su un miglior equilibrio tra lavoro e vita privata: sostenere maggiormente gli sforzi tesi a conciliare la vita professionale, privata e familiare*, COM (2008) 635 del 3/10/2008.

La famiglia diventa dunque una sfida di grande portata per l'Unione europea, ciò che assistiamo oggi in Europa è una progressiva rivoluzione nella struttura e nei comportamenti della famiglia. Questo fenomeno è stato descritto soprattutto a livello sociologico come la conseguenza di più generali squilibri socio-demografici.

Sostanzialmente la bassa natalità non consente una rigenerazione delle famiglie. La popolazione autoctona si è attestata intorno alla crescita zero e nonostante ciò sono aumentate le famiglie anagrafiche, soprattutto per il fatto che si assiste ad un fenomeno molto diffuso di disgregazione familiare, con l'aumento delle separazioni, dei divorzi ed i figli nati fuori dal matrimonio.

E' del tutto evidente che la minor ampiezza della rete familiare espone maggiormente gli individui che la compongono ad un elevato rischio di fragilità.

Si è inoltre evidenziato un aumento dell'età media per contrarre il primo matrimonio, il che significa la difficoltà di scegliere di formare una famiglia e di porre in essere scelte procreative. Parallelamente vi è un aumento delle famiglie anziane ed in particolare di anziani soli.

Occorre rilevare che tutti questi fenomeni sociali sono intrinsecamente legati tra loro, ma sono tutti ascrivibili alla diminuzione progressiva della fecondità/natalità, che conduce la società alla cd. deprivazione familiare (mancanza di famiglia), che caratterizza l'Europa da ormai tre decenni. Tale situazione ha creato un circolo vizioso da cui sembra impossibile uscire se non attraverso il fenomeno dell'immigrazione, di cui peraltro non ci occuperemo in questo contesto.

La premessa da cui partire è che la questione della nozione di *famiglia* accolta nel diritto comunitario in senso lato ha rivestito rilevanza marginale fino ad un decennio addietro, per l'assenza di competenze legislative della Comunità su qualsiasi aspetto del diritto di famiglia.

Nozioni di diritto familiare appaiono negli atti legislativi sulla libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori e nello Statuto dei funzionari, quali presupposti giuridici per l'applicazione di norme materiali comunitarie, inoltre la tendenziale omogeneità nella nozione di famiglia accolta negli Stati membri rendeva poco rilevante la determinazione dell'esatta portata di tali concetti.

L'"avvicinamento" del diritto comunitario all'individuo, tramite l'introduzione della cittadinanza europea, la cd. "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria civile, la proclamazione di una Carta dei diritti fondamentali, nonché le recentipronunce giurisprudenziali hanno reso rilevante l'interrogativo su "quale famiglia" l'Unione Europea si impegni a tutelare, riconoscendo il diritto al rispetto per la vita familiare, il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia, i diritti del bambino e la necessità di protezione giuridica, economica e sociale della famiglia stessa. Da questo punto di vista si rende dunque necessario ripercorrere l'evoluzione del concetto di famiglia e delle tutele ad esso accordate nel corso degli anni, ovviamente circoscrivendo l'analisi ad alcuni istituti specifici.

Più in profondità, il contesto normativo e istituzionale su accennato apre lo spazio al costituirsi della *famiglia* in quanto soggetto portatore di diritti che si affianca all'individuo e allo Stato. Con altre parole, la *famiglia*, nel momento in cui si pone la questione del suo riconoscimento giuridico, si manifesta come polo al tempo stesso generatore di diritti e come elemento che influenza i diritti già esistenti (lavoro, sicurezza sociale, immigrazione, cittadinanza, tutela della salute), in un certo qual modo imponendo un'esigenza di adeguamento degli stessi.

L'apparire della famiglia come soggetto giuridico all'interno dello spazio comunitario sembra stia ponendo una questione importante di nuovo equilibrio all'interno di ciascuna branca del diritto (lavoro, famiglia, sicurezza sociale, immigrazione ecc..) e, al contempo, un'esigenza di armonizzazione

delle legislazioni dei singoli Stati membri. Il soggetto *famiglia*, a partire dal suo riconoscimento giuridico, si rivela capace di operare una pressione su ciascun *corpus normativo* specifico, producendo in esso una tensione che pone in discussione gli equilibri consolidati e sollecita dunque una nuova possibile regolazione delle materie.

In qualche misura il peso sempre maggiore accordato al soggetto famiglia si costituisce come polo attrattivo nella relazione con le altre branche del diritto, creando spesso spazi di disequilibrio. Si veda a titolo di esempio, così come si evince dalla lettura delle sentenze: il rapporto tra il rispetto delle norme che tutelano la sicurezza degli individui e il diritto al ricongiungimento familiare; il riconoscimento del vincolo familiare e le disposizioni in materia di immigrazione; i diritti del minore, con particolare riferimento a quello alla vita in famiglia; il contemperamento della vita familiare con i sistemi che regolano l'organizzazione del lavoro.

Nel quadro appena descritto, seppure per cenni, gli obiettivi che il presente lavoro di ricerca si pone possono essere riassunti come segue:

- isolare il tema della definizione del soggetto giuridico *famiglia*, sino ad arrivare a delineare una nozione di famiglia largamente condivisa, soprattutto attraverso lo studio dell'evoluzione che il concetto di famiglia e delle tutele ad essa accordate ha avuto nel corso degli ultimi anni;
- analizzare gli eventuali punti di frizione emergenti tra i diritti riconosciuti al soggetto *famiglia* e altri ambiti di regolamentazione;
- analizzare le soluzioni disegnate dalla giurisprudenza comunitaria delle questioni richiamate proposte.

Gli obiettivi del progetto possono, altresì, essere espressi in termini di questioni aperte:

- l'Europa e i suoi cittadini possono considerare la *famiglia* come istituzione sociale, cioè come soggetto sociale avente un suo proprio complesso di diritti e di doveri connessi alla cittadinanza?

- quali sono alcune delle azioni concrete poste in essere dall'Unione europea in tema di famiglia e "legami familiari"?

Venendo alle fasi di sviluppo del progetto, occorre rilevare che si è ritenuto opportuno, in una fase "prodromica" della ricerca, porre in essere un'analisi delle "parole" legate alla famiglia ed ai profili sociali dei legami familiari nella rassegna delle fonti primarie e derivate del diritto comunitario. In particolare si è proceduto all'analisi delle seguenti fonti normative: Trattato di Lisbona, Carta dei diritti fondamentali, Repertorio della legislazione comunitaria in vigore per ciò che concerne la "Libera circolazione dei lavoratori e politica sociale" ed altre fonti significative.

Per quanto riguarda il metodo, in tale ambito la lettura e la selezione delle fonti citate si basa su alcune *parole chiave* precedentemente individuate, che esplicitano i "profili sociali" del concetto di famiglia:

- famiglia/familiare;
- matrimonio;
- coppie di fatto;
- ricongiungimento;
- riconoscimento degli status familiari acquisiti;
- sicurezza sociale;
- libera circolazione delle persone e dei lavoratori;
- conciliazione tra vita privata e professionale.

Inoltre si è parallelamente analizzata la giurisprudenza comunitaria sul tema della famiglia (anni 1992-2010). Tale scelta si è resa necessaria, dal momento che i Trattati istitutivi delle Comunità Europee non contengono alcun riferimento alla famiglia o alle parole legate agli aspetti sociali del tema in esame. Pertanto sotto l'impulso della giurisprudenza, si è avuto un superamento dei limiti tradizionali alla riunificazione delle famiglie di coloro che esercitano la libertà di circolazione. Nel contempo si è fatta sentire una

forte divaricazione tra le concezioni sociali degli Stati membri, che ha dato luogo ad un vivace dibattito relativamente al riconoscimento degli statuti familiari vigenti in uno Stato membro da parte delle istituzioni comunitarie e da parte degli altri Stati membri, suscitando la ricerca di un non facile equilibrio tra un approccio ispirato alla filosofia del mutuo riconoscimento e la difesa delle scelte nazionali. E' stata la lettura delle sentenze e della legislazione visionate, che ha stimolato l'individuazione di alcune prime categorie di sintesi, che possono essere valutate per il loro potenziale orientativo e descrittivo nel percorso di analisi e studio. Le questioni individuate sono le seguenti:

*a) Libera circolazione delle persone e vincolo familiare*

Si tratta di fonti nelle quali il principio della libera circolazione delle persone è posto in relazione al riconoscimento dell'esistenza del vincolo familiare in fattispecie nelle quali si pone la questione del diritto al soggiorno dei familiari di un cittadino di uno Stato terzo. In particolare, sono trattati in questo contesto i contrasti tra i diritti "trascinati" dal riconoscimento del vincolo familiare e le norme che regolano l'immigrazione.

*b) Libera circolazione delle persone e costituzione del diritto al "ricongiungimento familiare"*

Nelle fonti che si riferiscono a questo tema il principio della libera circolazione delle persone è posto in relazione al costituirsi del diritto al *ricongiungimento familiare*. In tal senso le questioni trattate fanno riferimento:

- alla definizione del concetto di ricongiungimento familiare;
- alla preminenza del diritto al ricongiungimento familiare, anche rispetto alle norme di ordine pubblico, che impedirebbero il riconoscimento del diritto al soggiorno negli Stati contraenti l'accordo di Schengen;
- al diritto al rispetto della vita familiare.

*c) Forza attrattiva dei diritti e dei doveri costituiti dal vincolo familiare*

Queste fonti trattano essenzialmente la questione del “trascinamento” dei diritti e doveri costituiti dal vincolo familiare dallo Stato di residenza o cittadinanza ove sono sorti, allo Stato di occupazione di uno dei membri del sistema familiare primario.

*d) Tutela della maternità*

Le fonti in proposito affrontano la questione dei diritti a tutela della maternità in tutte le sue fasi (gravidanza, puerperio, allattamento e accudimento) e della loro ricadute nei rapporti di lavoro.

*e) Responsabilità genitoriale*

Le fonti riconducibili a questa categoria descrittiva trattano della responsabilità genitoriale sia dal lato della sua definizione giuridica, sia dal lato dei diritti ad essa connessi e del loro riconoscimento in altro Stato – rispetto allo Stato nel cui sistema normativo sono sorti – secondo il principio della *prevalenza della residenza abituale del minore*. In tale prospettiva sono trattati i diritti del minore (tutela dal trasferimento illecito, fruizione di prestazioni sociali, educazione ecc..).

*f). Riconoscimento degli status familiari*

Si affronta la questione del riconoscimento degli status familiari negli ordinamenti giuridici di Stati diversi nelle situazioni di doppia cittadinanza o trasferimento dei nuclei familiari.

*g) Congedo parentale*

Queste fonti affrontano le ricadute del diritto al congedo parentale.

*h). Coppie omosessuali*

Si evidenziano le fonti che affrontano la questione della fruizione di diritti connessi al vincolo familiare con riferimento a *partner* dello stesso sesso. In particolare, sono trattati temi come la reversibilità dei diritti pensionistici e il diritto di un *partner* alla fruizione di prestazioni sanitarie riconosciute per norma solo all’altro.

*i) Sicurezza sociale*

Si tratta per lo più, di decisioni che affrontano contenziosi connessi a diritti pensionistici, di reversibilità, di fruizione delle prestazioni sociali e sanitarie.

Infine nell'ultima parte della ricerca, si è proceduto all'analisi di alcune politiche, poste in essere dall'Unione Europea in merito al tema *de quo*. In tale ambito, si è tentato di delinearne lo stato dell'arte e di verificare se e nella misura in cui queste azioni concrete dell'Unione europea hanno fatto registrare una risposta adeguata ai bisogni dei cittadini, evidenziando criticità e ipotizzando le prospettive future.

In particolare, l'analisi si è focalizzata su alcuni aspetti qui esemplificati, che potranno essere altrimenti precisati nel corso della ricerca:

- libera circolazione dei lavoratori;
- sostegno alla maternità ed alla paternità (forme di intervento economiche o di sostegno comunque denominate, valorizzazione del ruolo della donna, conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, tutela del risparmio);
- orientamento sessuale.

## **1. Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea**

### **1.1 Premessa**

La costruzione di un sistema di protezione dei diritti sociali a livello comunitario segue un percorso lento e non lineare, strettamente legato alle profonde trasformazioni subite fin dalle origini della costituzione dello spazio economico comunitario, sino ad arrivare ai nostri giorni.<sup>3</sup>

Dalla dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, in cui il governo francese propone di istituire un'Alta Autorità che governi l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e acciaio (inserita nell'ambito di una organizzazione alla quale possono aderire gli altri Paesi), si creano fin da subito basi comuni per lo sviluppo economico e ciò contribuirà anche a cambiare il destino di queste regioni che per lunghi anni si sono quasi esclusivamente dedicate alla produzione di strumenti bellici. A compimento di tale intento nel 1951 il Trattato di Parigi ha istituito la Comunità europea del carbone e dell'acciaio CECA.

Successivamente nella stesura originale del Trattato istitutivo della Comunità economica europea CEE (a firma di sei Stati, di cui Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi), la dimensione sociale è del tutto marginale rispetto a quella economica, infatti la Comunità perseguiva l'obiettivo di *promuovere (...) uno sviluppo armonioso delle attività economiche* (art. 2 TCE).

In tali documenti l'assenza di riferimenti alla protezione dei diritti fondamentali è ascrivibile a tre ragioni principali.<sup>4</sup> In primo luogo l'assunto, presto smentito, che

---

<sup>3</sup>Veneziani B. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, I.

<sup>4</sup>Chiti M. P. (2000), *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale*, in RTDP.

la natura essenzialmente economica della Comunità, non avrebbe determinato alcuna possibilità di incidenza sui diritti umani.<sup>5</sup> In secondo luogo, negli anni della fondazione della Comunità l'esistenza negli Stati membri di un *coerente sistema costituzionale di riconoscimento dei diritti fondamentali*, sembra poter garantire sufficientemente la mancanza di una effettiva protezione di tali diritti a livello europeo.<sup>6</sup> Ad ultimo, è stato indicato il timore dei padri fondatori verso i rischi di aumento di competenze e poteri di alcune istituzioni sovranazionali, in particolare della Corte di giustizia.<sup>7</sup>

Inoltre, secondo le tesi sostenute nei Rapporti Ohlin e Spaak, tale mancanza di riferimenti ai diritti sociali può riferirsi alla convinzione che la creazione del mercato comune avrebbe rafforzato la garanzia e la protezione degli stessi, già posta in essere all'interno dei singoli Stati membri.

I paragrafi che seguono si propongono di descrivere le ragioni della lenta e non ancora compiutamente realizzata affermazione di una esplicita protezione dei diritti sociali fondamentali da parte dell'ordinamento comunitario.

Si tenterà, in particolare, di argomentare che la protezione a livello comunitario dei diritti sociali fondamentali si rende necessaria, tanto più a seguito della crisi del modello accolto dal Trattato di Roma<sup>8</sup> e dell'affermarsi del processo di integrazione, le cui dinamiche hanno prodotto effetti destrutturanti sui sistemi nazionali di *welfare state*.<sup>9</sup>

Tale esigenza, ampiamente disattesa dalla Carta comunitaria del 1989, nonché dal Trattato di Maastricht ed in seguito all'emanazione del Trattato di Amsterdam

---

<sup>5</sup> Si veda in proposito Jacobs F. G. (2001), *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice*, in ELR.

<sup>6</sup> Cartabia M. (2001), *Commento all'art. 51*, in *L'europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, a cura di R. Bifulco et al, Bologna, Il Mulino.

<sup>7</sup> Si veda in proposito la tesi sostenuta da Kahn-Freund O. (1979), *L'incidenza delle costituzioni sul diritto del lavoro*, in DLRI, e Weiler J.H.H. (1986), *Eurocracy and Distrust. Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in Washington Law Review.

<sup>8</sup> Si veda in proposito il Rapporto Spaak.

<sup>9</sup> Giubboni S. (2001), *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS.

prima e, successivamente, della Carta dei diritti fondamentali, comincia a trovare le prime significative risposte. In quest'ultimo documento è posto un importante tassello nel rafforzamento delle radici costituzionali del "modello sociale europeo", delineando uno degli elementi fondanti dell'identità politica dell'Unione.

Il Trattato di Lisbona segna, ad oggi, l'ultima tappa di un processo che è ancora *in fieri*, soprattutto nei possibili esiti finali, ma già foriero di importanti effetti. L'articolo 6 del medesimo innanzi tutto richiama la Carta dei diritti fondamentali come fonte primaria *L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.*

## **1.2 L'evoluzione della politica sociale della Comunità. Estraneità del tema dei diritti sociali ai Trattati fondativi**

Ripercorrendo a ritroso il percorso poc'anzi brevemente tracciato, occorre premettere che, come già accennato, l'originaria assenza nei Trattati istitutivi di riferimenti ai diritti fondamentali, non può essere interpretata come una sorta di lacuna dell'ordinamento comunitario.<sup>10</sup>

Nella prima stesura del Trattato istitutivo della Comunità europea, la dimensione sociale è del tutto marginale rispetto a quella economica e ciò trova conferma dalla lettura degli articoli 117 ed 118 del TCE.

L'articolo 117 stabilisce che il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consente la loro parificazione nel progresso, si produrrà attraverso il *funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzazione dei sistemi*

---

<sup>10</sup> Si veda Weiler J. H. H. (1985), *Il sistema comunitario europeo*, Bologna: Il Mulino.

*sociali*. L'articolo 118 prevede poi per la Commissione il compito di *promuovere una stretta collaborazione fra gli Stati membri nel campo sociale*.<sup>11</sup>

Come è stato ribadito da una parte della dottrina,<sup>12</sup> gli obiettivi sociali del Trattato sono posti innanzitutto come finalità degli Stati membri e non già dell'ordinamento comunitario. La logica iniziale è rappresentata dalla cd. integrazione negativa, attraverso l'abolizione di tutti gli ostacoli che possono frapporsi allo sviluppo di un mercato transnazionale. L'unico diritto sociale sopranazionale è rappresentato dalla libera circolazione dei lavoratori (art. 39 TCE, ora art. 45 TFUE), che è d'altra parte strettamente correlato all'instaurazione del mercato unico.

Lo stesso obbligo di parità di trattamento (in campo retributivo) fra uomo e donna, (art. 141 TCE, ora art. 157 TFUE) nella sua formulazione originaria è posto a carico degli Stati membri e ciò al fine di evitare distorsioni della concorrenza.

Solo successivamente, grazie alle elaborazioni dei giudici di Lussemburgo, detta norma sarà considerata *self executing*, riferendo agli individui situazioni giuridiche, che possono essere fatte valere davanti al giudice nel caso di discriminazioni derivanti da leggi, regolamenti, contratti collettivi e contratti individuali di lavoro.<sup>13</sup>

Secondo un'interpretazione largamente condivisa,<sup>14</sup> lo sviluppo del mercato comune consentirebbe una *parificazione nel progresso* dei vari sistemi sociali nazionali. In tale scenario l'azione della Comunità si limiterebbe ad eliminare eventuali fenomeni di cd. *social dumping*, proponendo strumenti giuridici volti al ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri, che siano riferite al funzionamento del mercato comune.

---

<sup>11</sup> Tuttavia la Commissione, lungi dall'essere titolare di specifici strumenti di intervento in campo sociale, ha i più modesti compiti di elaborazione di studi e pareri e di organizzazione di consultazioni. Si veda in proposito Pilia R. (2005) *I diritti sociali*, Napoli: Novene.

<sup>12</sup> Treu T. (2001), *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, in Dir. Rel. Ind.

<sup>13</sup> Si veda in proposito Corte di giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne, in Racc., 1976; Corte di giust. 31 marzo 1981, causa 96/80 in Racc. 1981.

<sup>14</sup> Mancini G.F. (1988), *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova: Cedam.

Si è opportunamente osservato che tale fiducia dei padri fondatori nella armonizzazione delle condizioni di vita e di lavoro, trova fondamento in modo particolare nel fatto che la Comunità economica è contemporanea al processo di ricostruzione, avviato dopo la seconda guerra mondiale dagli Stati nazionali dell'Europa occidentale, in quanto stati sociali di diritto, che sanciscono nelle loro corti costituzionali sia i diritti di libertà che i diritti sociali.<sup>15</sup>

Sembra palese come la più razionale via d'uscita è rappresentata dal potenziamento della capacità delle istituzioni comunitarie a far fronte al problema, attraverso un necessario trasferimento di competenze,<sup>16</sup> che consentirebbe di trovare in tempi più veloci un equilibrio tra la tutela del mercato e la difesa dei livelli di protezione sociale, raggiunti all'interno dei singoli Stati membri. Ad esempio, nella materia della libera circolazione dei lavoratori (art. 39 del TCE ora 45 TFUE) la Comunità ha esplicitamente previsto che si provvede mediante regolamenti o direttive. Tuttavia con riguardo alla restante materia sociale si rileva la limitatezza delle basi giuridiche per l'adozione delle stesse direttive, suggellata dall'articolo 100 (115 del TFUE), che concepisce tali strumenti in funzione essenzialmente di superamento delle distorsioni del mercato e infatti l'articolo 235, (352 del TFUE) prevede che *Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso.*

---

<sup>15</sup> In particolare sul tema si veda Mengoni M (1998), *I diritti sociali*, in Arg. Dir.lav. 1, 3.

<sup>16</sup> Che in verità ancora oggi si fatica a costruire.

### 1.3 La crisi del modello delle origini

L'esiguità delle disposizioni sociali nei Trattati di Parigi e di Roma, come detto sopra, trovano una spiegazione soprattutto nella volontà di conservare quanto più possibile nello spazio della sovranità democratica nazionale, gli aspetti legati allo Stato sociale.<sup>17</sup> Tuttavia a partire dalla seconda metà degli anni settanta il modello delle origini comincia a mostrare segni di crisi.

Con il proseguimento del processo di integrazione economica, non si attua la sperata armonizzazione dei sistemi sociali nazionali dei singoli Paesi, ma al contrario si impongono pesanti limiti alla sovranità degli stessi.

Si avverte l'esigenza di predisporre un catalogo di diritti sociali effettivamente garantiti a livello comunitario, al fine di evitare di lasciare senza protezione i diritti fondamentali da parte della Comunità europea.

La costruzione di un sistema di protezione a livello comunitario dei diritti fondamentali, elaborato dal costante lavoro della Corte di Giustizia fin dagli anni sessanta<sup>18</sup> (anche sotto l'impulso proveniente soprattutto dalle Corti Costituzionali tedesche e italiane),<sup>19</sup> se da un lato contribuisce a fornire concrete risposte sul tema dei diritti e delle libertà civili ed economiche, dall'altro non è in grado di colmare le lacune esistenti, afferenti alla tematica dei diritti sociali.<sup>20</sup>

A prescindere dall'eccezione rappresentata dal tema della parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, la dimensione sociale comunitaria si attua in prevalenza al

---

<sup>17</sup> Si veda Giubboni S. (2001), *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS, e ancora Giubboni S. (2003), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna: Il Mulino.

<sup>18</sup> Tra i primi esempi vedi sentenza Stauder, C-29/69, in RaccGC, 1969.

<sup>19</sup> Si veda Mancini G.F. (1989), *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in Riv. Trim.Dir. Proc. Civ.

<sup>20</sup> De Burca G. (1995), *The Language of Rights and European Integration*, in (a cura di) J. Shaw, G. More, *New legal Dynamics of European integration*, Oxford University Press; Poiares Maduro M. (1998), *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford Press University.

di fuori della sfera dei diritti fondamentali.<sup>21</sup> Secondo alcuni in dottrina la giurisprudenza della Corte di giustizia, in nome della liberalizzazione economica transnazionale rischia addirittura di indebolire i diritti sociali riconosciuti dagli Stati membri.<sup>22</sup>

La promozione delle libertà economiche, intese come pilastri su cui si fonda il mercato comune,<sup>23</sup> si è costruita senza un parallelo sviluppo della dimensione sociale sopranazionale, ciò ha condotto alcuni a sottolineare chela *Corte non è stata in grado di declinare la protezione sociale e del lavoro come obiettivo della Comunità rilevante in quanto tale*.<sup>24</sup>

A partire dagli anni ottanta, in un contesto di elevato rischio di sovrapposizione e scontro tra le libertà economiche comunitarie e i diritti sociali nazionali si rende sempre più urgente ed ineludibile,<sup>25</sup> la necessità di una *costituzionalizzazione* dei diritti sociali fondamentali, facenti parte integrante del *corpus* dei Trattati.

L'intento principale, una volta delineato il disegno dell'unione monetaria, consiste da un lato nel limitare i rischi prodotti da un utilizzo incontrollato della libera circolazione dei lavoratori, nonché della concorrenza e, dall'altro, nel tutelare i nuovi principi di diritto del lavoro comunitario, in qualità di diritti di pari rango alle libertà economiche.

---

<sup>21</sup>Lenaerts K., Foubert P. (2001), *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice*, in Legal Issues of Economic Integration.

<sup>22</sup>Sciarra S. (2002), *Market freedom and Fundamental Social Rights*, in EUI Working Papers Law, 3.

<sup>23</sup>Egan M. (2000), *Constructing a European Market*, Oxford University Press.

<sup>24</sup>Deakin S. (1997), *Integration through Law? The law and Economics of European Social Policy*, in (a cura di) J. T. Addison, W. S. Siebert, *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonization and Regulation*, London: The Dryden Press.

Si vedano inoltre le interessanti considerazioni relative alla metafora "dell'infiltrazione" del diritto comune della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali, che avrebbe progressivamente eroso l'autonomia dei sistemi nazionali così come sostiene Lyon-Caen G. (1992), *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*.

<sup>25</sup>Soprattutto da parte dei giuslavoristi.

Ovviamente l'inclusione degli stessi nel testo dei Trattati, attraverso lo strumento dell'elenco, eviterebbe di attribuire all'elaborazione dei diritti fondamentali un effetto strumentale, il cd.*effetto utile*, all'integrazione del mercato.<sup>26</sup>

E, d'altra parte, secondo una parte della dottrina, ciò limiterebbe anche gli effetti negativi di un pericoloso utilizzo strumentale da parte della Corte di giustizia, delle libertà economiche, in funzione di erosione delle tutele sociali, concesse dai singoli Stati membri.<sup>27</sup>

#### **1.4 I tentativi di armonizzazione verticale. L'Atto Unico Europeo e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori**

Con l'emanazione dell'Atto Unico Europeo (febbraio 86 – luglio 87) si rende palese tutta la limitatezza delle basi di azione previste, grazie soprattutto all'opposizione del Governo inglese ad ogni intervento di politica sociale, che non ha una funzione meramente *ausiliaria rispetto all'obiettivo dell'implementazione del mercato interno*.

L'articolo 118 A, sia pure con riguardo alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, introduce significative novità nel campo della politica sociale comunitaria. Infatti tale disposizione da un lato offre una base giuridica all'azione della Comunità nel settore considerato, dall'altro apporta modifiche al processo di armonizzazione verticale, attraverso l'introduzione della regola per la quale la Comunità può adottare direttive su *prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro*.

---

<sup>26</sup>Coppel J., O'Neill A. (1992), *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in CMLR.

<sup>27</sup> Si veda in proposito: Simitis S. (1996), *Dismantling or Strengthening Labour Law: the Case of the European Court of Justice*, in ELJ.

L'introduzione della regola della decisione a maggioranza qualificata ha l'obiettivo di "velocizzare" la politica di armonizzazione fin ora posta in essere. Ciò contribuisce inoltre a rendere più agevole l'emanazione in ambito comunitario di un gruppo di direttive atte a costruire un quadro minimo di garanzie, per la tutela della salute e della sicurezza nell'ambiente di lavoro.

L'innovativo concetto di *coesione economica e sociale*, se da un lato contribuisce a rafforzare la dimensione sociale dell'azione della Comunità (sempre nell'ottica della creazione del mercato unico), dall'altro è circoscritto alla logica della redistribuzione delle risorse finanziarie tra le aree svantaggiate e quelle più ricche all'interno dell'Unione. Da qui nasce l'esigenza di rafforzamento, di cui si darà conto anche in seguito, dell'impatto dei Fondi strutturali ed, in particolare, del Fondo Sociale Europeo, al fine di trovare un'adeguata compensazione con riferimento agli svantaggi subiti nell'ambito del mercato unico dagli Stati membri più deboli.<sup>28</sup>

Sia pure piuttosto timidamente l'Atto Unico pone inoltre le premesse per l'ingresso di una nuova fonte di regolazione sociale - la contrattazione collettiva - stabilendo all'art. 118 B che il dialogo sociale può dare origine a convenzioni. Ciò consente di "giuridificare" il coinvolgimento delle parti sociali nella definizione degli obiettivi comunitari in materia sociale, sulla base di un modello già sperimentato nei famosi incontri di Val Duchesse ed in sede extra-istituzionale.

L'assunto ormai consolidato, secondo cui l'integrazione economica non può non prevedere l'attuazione di misure che assicurino la protezione dei diritti sociali comuni ai cittadini dell'Unione europea, al fine di evitare fenomeni di *social dumping*, contribuisce a maturare nel corso degli anni ottanta la consapevolezza

---

<sup>28</sup> Secondo alcuni la pur cospicua redistribuzione posata in essere dai fondi strutturali al fine di raggiungere l'obiettivo della coesione economica e sociale non crea una "istituzionalizzazione" di situazioni giuridiche soggettive a favore di individui o gruppi, restando pertanto estranea al campo proprio dei diritti sociali.

Si veda in tal senso: Leonardi R. (1998), *Coesione, convergenza e integrazione nell'Unione Europea*, Bologna: Il Mulino, e Giubboni S. (1997), *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in ADL, 6.

della necessità di una Costituzione sociale da inserire nell'ordinamento comunitario.

D'altra parte, tale intento a causa dell'opposizione manifestata da alcuni Paesi, consente di raggiungere un più limitato obiettivo, infatti la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è firmata dai capi di Stato e di Governo, riuniti in sede di Consiglio europeo a Strasburgo il 9 dicembre 1989, ad eccezione del Regno Unito. Essa non è inizialmente concepita nell'ottica di svolgere l'ambiziosa funzione di colmare l'evidente lacuna di cui si è detto sopra.

Nel contenuto prevede diritti, principi e obiettivi di politica sociale, privi di efficacia vincolante,<sup>29</sup> che, secondo alcuni,<sup>30</sup> presentano caratteristiche di debolezza rispetto a quelli sanciti dalle convenzioni dell'OIL o della Carta sociale europea del 1961.

Tale documento costituisce una base programmatica per le iniziative di politica sociale poste in essere dalla Commissione nella prima metà degli anni novanta, pur nei confini limitati previsti inizialmente dall'art. 118° del TCE e, successivamente, dall'Accordo sulla politica sociale.

Appare evidente che la politica sociale a livello comunitario è posta in essere soprattutto operando una sorta di forzatura al fondamento giuridico dell'articolo 100 del Trattato, che attribuisce alla Comunità una competenza generale al ravvicinamento delle disposizioni interne degli Stati membri, ma solo se queste ultime hanno una *diretta incidenza* sull'instaurazione o il funzionamento del mercato comune, ovvero dell'articolo 235 del TCE.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Si è parlato in proposito di "calcolata imprecisione giuridica": Rodriguez-Pinero M., Casas E. (1996), *In Support of a European Social Constitution*, in (a cura di) P. Davies et al, *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Webberbum*, Oxford: Clarendon Press.

<sup>30</sup> Deakin S. (1997), *Integration through Law? The Law and Economics of European Social Policy*, in (a cura di) J. T. Addison, W.S. Siebert, *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonization and Regulation*, London: The Dryden Press.

<sup>31</sup> Le cd. competenze di "arrotondamento", si veda in proposito Treu T. (2001), *Politiche del lavoro*, Bologna: Il Mulino.

Per la prima volta, nel considerando del documento di cui trattasi si afferma che *nel quadro della costruzione del mercato unico europeo occorre conferire agli aspetti sociali la stessa importanza che agli aspetti economici.* Sotto il profilo giuridico la Carta costituisce un documento di *soft law*, contenente una dichiarazione solenne dei diritti sociali fondamentali, la cui attuazione deve essere realizzata sia attraverso l'iniziativa dei singoli Stati membri, sia attraverso un programma di azione predisposto dalla Commissione, sentito il parere del Comitato economico e sociale.

A tale scopo la suddetta istituzione può proporre sia regolamenti che direttive. Queste ultime sono ritenute più idonee, in quanto vincolano gli Stati membri per ciò che concerne il risultato da raggiungere, nonché i tempi di attuazione, fatta salva la competenza delle autorità nazionali sulla forma e sui mezzi.<sup>32</sup>

I diritti sociali fondamentali proclamati dalla Carta sono dodici, in parte riprendono quelli già sanciti nel Trattato, in parte introducono nuovi principi. L'*incipit* è dedicato al riconoscimento della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito del mercato comune con i diritti ad esso strettamente collegati, quali l'esercizio di qualsiasi professione o mestiere alle stesse condizioni di lavoro, previste nel Paese ospite, nonché il riconoscimento dei diplomi professionali equivalenti. A seguire sono contemplati il diritto all'impiego ed alla retribuzione sufficiente, il diritto al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (con particolare riguardo al riavvicinamento delle condizioni in tema di durata e distribuzione del tempo di lavoro), nonché il diritto ad una protezione sociale adeguata.

Il documento sancisce poi le seguenti ulteriori garanzie: la libertà di associazione e la contrattazione collettiva con possibilità di ricorso allo sciopero in caso di conflitto di interessi; la formazione professionale continua e permanente in qualsiasi Stato membro; le pari opportunità tra uomini e donne, soprattutto con

---

<sup>32</sup> Appaiono senza dubbio più idonee ad adattarsi alla diversità delle tradizioni culturali e giuridiche dei singoli Stati membri.

riferimento all'accesso ed alle condizioni di lavoro; il diritto dei lavoratori all'informazione, alla consultazione ed alla partecipazione; la tutela della salute nei luoghi di lavoro ed infine la protezione dei minori, degli anziani e dei portatori di *handicap*.

Il programma di azione delineato dalla Commissione, al fine di dare attuazione alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, contiene numerose proposte di direttive. Tuttavia, soprattutto a causa della regola dell'approvazione all'unanimità, nonché dell'opposizione del Regno Unito, gli interventi comunitari registrano risultati piuttosto limitati. A tale constatazione fa eccezione la materia della tutela della salute e sicurezza nell'ambiente di lavoro, per cui è consentito deliberare a maggioranza qualificata.

Pertanto, alcuni temi di interesse comunitario, quali i lavori atipici, l'orario di lavoro, la tutela delle lavoratrici madri, sono stati ricompresi e trattati alla stregua del tema più generale della salute dei lavoratori e delle lavoratrici.

### **1.5 Il Trattato di Maastricht e l'Accordo sulla politica sociale**

La tematica della politica sociale comunitaria ha costituito il punto più delicato della fase preparatoria al Trattato di Maastricht. Occorre rilevare che quest'ultimo, da un lato precisa le competenze comunitarie in materia di formazione professionale, dall'altro le estende al settore dell'istruzione e della cultura. Tuttavia dopo lunghi ed estenuanti dibattiti si è preso atto ancora una volta del fatto che vi sono rilevanti differenze tra il Regno Unito e gli altri undici Stati membri, in merito alla necessità di realizzare la dimensione sociale della Comunità.

Pertanto con l'emanazione del testo definitivo, la debolezza dei diritti sociali è confermata e viene enunciato un rafforzamento per ciò che concerne la protezione

dei diritti di prima generazione. Come è stato sottolineato da autorevole dottrina,<sup>33</sup> attraverso lo stesso Trattato la Comunità è ritornata *al primo stadio del ciclo evolutivistico dei diritti di Marshall*, contraddicendo la tradizione di molte Costituzioni degli Stati sociali nazionali.<sup>34</sup>

La soluzione per uscire da tale *empasse* è stata individuata nell'emanazione di un Protocollo sulla Politica Sociale, con cui si afferma che undici Stati su dodici hanno raggiunto un'accordo sulla politica sociale, nell'intento di proseguire la strada tracciata dalla Carta sociale del 1989. Da ciò si dispiega un duplice modello della politica sociale comunitaria: l'uno formulato sulla base dell'Accordo sulla politica sociale e non applicabile alla Gran Bretagna e l'altro, di fatto, sostanzialmente invariato rispetto a quanto previsto nell'Atto unico.

Da ciò si profila la possibilità della contemporanea presenza di direttive emanate da undici Stati membri<sup>35</sup> con l'esclusione della Gran Bretagna e altre condivise da tutti gli Stati. Tale situazione specularmente può riguardare anche l'applicazione di talune sentenze della Corte di Giustizia.

Si rileva che l'Accordo sulla Politica sociale, allegato mediante Protocollo al Trattato stesso e, in seguito integrato nel testo (dopo il Consiglio di Amsterdam, nel 1997, di cui si vedrà infra), rappresenta una sostanziale evoluzione, almeno sul piano teorico, rispetto alla *citata frigidità sociale dei padri fondatori* della Comunità.

L'Accordo sulla Politica Sociale riprende e rilancia l'originaria ispirazione dell'Atto unico europeo, con il quale si prevedono una serie di innovazioni istituzionali utili per lo sviluppo della politica sociale europea. Esso ha reso possibile l'introduzione nell'ordinamento comunitario del principio del

---

<sup>33</sup>La Torre M. (1998), *Cittadinanza e diritti sociali. Una prospettiva europea*, in Inchiesta.

<sup>34</sup> Cadeva infatti anche il pur flebile riferimento ai diritti sociali già contenuto nel preambolo dell'Atto Unico europeo

<sup>35</sup> Si veda ad esempio la Direttiva 22 settembre 1994, n. 94/45 sull'istituzione del Comitato aziendale dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese a dimensione comunitaria.

riconoscimento dell'autonomia normativa delle parti sociali a livello europeo, con l'importante trasformazione del loro ruolo, da consultivo a quello di codecisione.<sup>36</sup>

Ciò si esplicita non solo attraverso la previsione della contrattazione collettiva a livello europeo (art. 4.1), ma soprattutto con l'affidamento alle parti sociali di *una triplice funzione di sostegno dell'iniziativa legislativa della Commissione*.<sup>37</sup>

L'Accordo attribuisce una particolare importanza all'attività collettiva delle parti sociali a livello comunitario: dalla partecipazione al processo decisionale della Comunità (cioè alla concertazione trilaterale), al dialogo sociale e infine alla contrattazione bilaterale vera e propria.

Inoltre esso contribuisce a sistematizzare i meccanismi, le procedure e le forme di intervento delle parti sociali, che vengono genericamente indicati con i termini: partecipazione, concertazione e dialogo sociale.

Dunque le parti sociali partecipano ora sia alla fase *ascendente*, relativa alla produzione delle norme comunitarie, sia a quella *discendente*, vale a dire alla loro "rezezione" interna per via contrattuale.<sup>38</sup>

Risultano comunque ancora escluse dalle competenze comunitarie importanti tematiche sociali quali: le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata (art. 2 pr. 6). L'azione comunitaria opera nella logica del principio di sussidiarietà introdotto dallo stesso Trattato (art. 3B, art. 5 del

---

<sup>36</sup>Sciarra S. (1996) *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P. Davies et al. (a cura di), Op.cit. Inoltre si veda Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano: Giuffrè.

<sup>37</sup>In primo luogo di recezione del contenuto di una direttiva in luogo dell'ordinario strumento legislativo (art. 2.4). In secondo luogo di integrazione dell'iniziativa legislativa della Commissione nella fase di consultazione obbligatoria (art. 3.1.2.3). In terzo luogo di sostituzione eventuale dell'iniziativa legislativa della Commissione attraverso la predisposizione di un contratto collettivo (art. 3.4).

<sup>38</sup> Sono due i modi con cui la negoziazione collettiva di livello comunitario fra le parti sociali è chiamata a dare il suo contributo alla costruzione di un diritto sociale di livello europeo: a) l'accordo a livello comunitario fra le parti, attuato tramite apposita "decisione" da parte del Consiglio, su proposta della Commissione; b) l'accordo a livello comunitario fra le parti, c.d. "libero" in quanto attuato nationalmente secondo la prassi e le procedure vigenti negli Stati membri e fra le parti sociali.

Questi due modelli - previsti dagli artt. 138 e 139 del Trattato CE, attengono al livello c.d. "ascendente" delle relazioni sindacali.

TCE), che tratteggia un confine tra le competenze comunitarie e quelle dei singoli Stati membri.

Una delle novità del Trattato, che incide maggiormente sull'evoluzione della politica sociale comunitaria è costituita dalla cd *costituzionalizzazione* dell'Unione economica e monetaria. È stato infatti osservato che strutturare l'Unione economica e monetaria su vincoli ben precisi, quali l'adozione della moneta unica, la definizione di una politica dei cambi unica, la creazione di una Banca centrale europea,<sup>39</sup> al fine di perseguire determinate condizioni economiche, pone precisi vincoli in termini di bilancio ai singoli Stati membri e ciò comporta un superamento del modello incentrato sulla sovranità degli stessi, delineato in origine dai padri fondatori.<sup>40</sup>

Pertanto non essendo più consentito sottrarre risorse alla produzione di ricchezza, per quanto riguarda il tema di politica sociale si profila un contenimento della spesa sulle pensioni e la sanità, che sono i due aspetti più rilevanti su cui si strutturano a livello nazionale i sistemi di *welfare*.

Tale situazione può inoltre complicarsi in seguito agli effetti del processo di globalizzazione della produzione e del commercio,<sup>41</sup> che fa perdere ai singoli Stati membri il controllo sulle modalità e sulle condizioni con cui si produce ricchezza, nonché sulle opportunità di lavoro.<sup>42</sup> Il problema reale è sostanzialmente ascrivibile ai forti vincoli di bilancio, dati dal processo di integrazione monetaria ed economica, che potrebbero ingenerare una contrazione delle risorse volte a

---

<sup>39</sup> Con l'obiettivo di monitorare la stabilità dei prezzi.

<sup>40</sup> Di fatto viene superato il modello dello stato sociale keynesiano basato sulla discrezionalità delle politiche di spesa. In particolare sulla crescente concorrenza fiscale tra i diversi Stati si veda: Paganetto L. e Becchetti L. (2000), *I rischi e le sfide della globalizzazione*, in *Disoccupazione e povertà: cause e rimedi*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma il 5-10 settembre 2000, Giubileo dei docenti universitari.

<sup>41</sup> In particolare sull'argomento Perulli A. (1999), *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova: Cedam; Greco P. (2000), *Mercato globale e tutela del lavoro*, in *Quad.dip.dir.rapp.civ.ec.* Università di Salerno; (a cura di) Scarponi S. (2001), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano: Giuffrè; Perone G. (2001), *Globalizzazione e diritto del lavoro: sfide e possibili risposte*, in *Dir. Lav. I.*

<sup>42</sup> Spesso purtroppo assistiamo a scenari in cui gli imprenditori tendono ad investire in luoghi dove vi è meno rigidità per quanto concerne le tutele normative del diritto del lavoro.

realizzare pienamente i diritti del lavoro e della sicurezza sociale dei singoli Stati membri.

## 1.6 Il Trattato di Amsterdam

La necessità di riequilibrare il panorama dei valori economici con i valori sociali e di creare strumenti volti al coordinamento delle politiche sociali a livello sovranazionale, è alla base di alcune modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam.<sup>43</sup>

A tal proposito si segnala *in primis* l'incorporazione in esso dell'Accordo sulla politica sociale, che è dunque reso vincolante per tutti gli Stati membri (titolo XI, artt. 136 e seguenti). Inoltre si rafforza il fondamento giuridico dell'azione della Comunità nelle materie sociali, nonché l'autonoma rilevanza delle stesse rispetto alle politiche economiche. Infatti il nuovo art. 136 del TCE, in cui è confluito l'art. 1 dell'Accordo sulla politica sociale, precisa che la Comunità e gli Stati membri si pongono gli obiettivi di promuovere l'occupazione, migliorare le condizioni di vita e di lavoro, perseguire una protezione sociale adeguata, incoraggiare il dialogo sociale, sviluppare le risorse umane e combattere le esclusioni.

Si conferma anche l'estensione delle competenze comunitarie del Consiglio riferite ai settori riferiti alle condizioni di lavoro, all'informazione e consultazione dei lavoratori, alla parità tra uomini e donne, per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro, nonché il trattamento sul lavoro.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> In argomento si veda: Weiss M. (1998), *Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale*, in Dir. rel. Ind., I; Blanpain R. (1998), *Il Trattato di Amsterdam e le sue conseguenze: fine del modello sociale europeo*, in Dir. lav., I; Foglia R. (1998), *La politica sociale dopo Amsterdam*, in Dir. rel. ind.; Arrigo G., *La politica sociale nel Trattato di Amsterdam: una "riforma minore" destinata a crescere*, ibidem; Magno P., *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea dopo Amsterdam*, ibidem; Barbera M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia: Promodis.

<sup>44</sup> Con possibilità per gli Stati membri di mantenere o adottare misure che prevedono svantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte delle donne, ovvero a

Per quanto riguarda tali aspetti si ribadiscono sul piano giuridico gli impegni già assunti politicamente dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, rafforzandone i contenuti.

E' significativo segnalare che sul tema dell'informazione e consultazione dei lavoratori sono già state emanate importanti direttive:

- la direttiva 22 settembre 1994, n. 94/95 sull'istituzione del Comitato aziendale europeo e di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese o nei gruppi d'impresa di dimensione comunitaria, già recepita nel nostro ordinamento dal Decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74;
- la direttiva 8 ottobre 2001, n. 86/2001, che contempla lo statuto della Società europea, per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori;
- la direttiva 22 luglio 2003, n. 2003/72, che contempla lo statuto della società cooperativa europea, per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori;
- la direttiva 11 marzo 2002, n. 2002/14 che istituisce un quadro generale, relativo all'informazione e consultazione dei lavoratori.

Tali atti sono volti alla definizione di prescrizioni minime applicabili nell'ordinamento comunitario e contengono aspetti procedurali, più che contenutistici e lasciano ampio spazio agli Stati membri con riguardo alla definizione e applicazione delle modalità dell'informazione e della consultazione.

Un'ulteriore importante modifica introdotta dal Trattato consiste nel richiamo ai diritti sociali fondamentali contenuti da un lato nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (Preambolo e art. 136 TCE). Inoltre l'art. 6, par. 2 del TUE afferma che l'Unione rispetta i diritti fondamentali, quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del

---

evitare o compensare svantaggi nella loro carriera professionale); integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro (art. 137, par. 1 del TCE, che riproduce l'art. 2, par. 1 dell'Accordo).

1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

Tale formulazione fornisce una base testuale per considerare realizzata l'incorporazione nel Trattato della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ciò nel senso dell'inclusione dei diritti sanciti dalla Convenzione tra i principi generali dell'ordinamento comunitario.<sup>45</sup>

Tuttavia non si può affermare che il Trattato opera una vera e propria *costituzionalizzazione* dei diritti sociali, intesi come diritti soggettivi direttamente azionabili, ma si definiscono piuttosto *interessi sociali oggettivi* o *linee direttive* per la Comunità e per gli Stati membri.<sup>46</sup> Infatti sono escluse dalle competenze comunitarie ad esempio i diritti di associazione, che sono invece espressamente contemplati dalla Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali.

In altre parole, resta ancora una volta da superare l'asimmetria tra le libertà economiche fondamentali ed i valori sociali, non essendo ancora previsto un efficace bilanciamento. Come già detto, costituiscono un'eccezione a tale assunto, i diritti alla parità di opportunità e alla tutela dei lavoratori sotto il profilo della sicurezza.

Peraltro un elemento positivo introdotto è rappresentato dall'estensione della regola dell'approvazione delle direttive a maggioranza qualificata, in base alla procedura di codecisione con il Parlamento (prevista dall'art. 251 del TCE), sentito il parere del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. Tale regola è già prevista dal Trattato per la tutela della sicurezza e salute dei

---

<sup>45</sup> In proposito si veda inoltre Corte Giust. 6 novembre 2003, causa 101/01, in Racc., 2003, con riferimento specifico al principio generale di libertà di espressione sancito dall'art. 10 di tale Convenzione.

<sup>46</sup> In tale senso è la prevalente dottrina: Lucani G. (2000), *Diritti sociali e integrazione europea*, in *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno tenutosi a Perugia nei giorni 7-9 ottobre 1999; Giubboni S., Op. cit.; Arrigo G., Op. cit.; Foglia I., Op. cit. Nel senso opposto e cioè che il Trattato ha operato una costituzionalizzazione forte dei diritti sociali a livello sopranazionale, si veda Carinci F., Pizzoferrato A. (2000), *"Costituzione" europea e diritti sociali fondamentali*, in Lav. e dir.

lavoratori ed ora è estesa anche alle materie relative al miglioramento delle condizioni di lavoro, all'informazione e consultazione dei lavoratori, alla parità di opportunità tra uomo e donna nel mercato del lavoro e all'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro (art. 137, par. 1 e 2 TCE).

La più significativa novità in materia di politica sociale è indubbiamente il nuovo Titolo VIII sull'occupazione, che prevede una procedura di coordinamento delle politiche nazionali del lavoro, al fine di promuovere *una forza lavoro competente, qualificata, adattabile* e di favorire *mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici* (art. 125 del TCE).

Tali obiettivi, che sono considerati strumentali a quello più generale dell'*elevato livello di occupazione* previsto dall'art. 2 del Trattato, evidenziano un chiaro intento della Comunità di estendere la propria azione politica oltre la materia del diritto del lavoro - inteso come strumento di tutela individuale dei lavoratori - anche al tema più generale delle politiche sociali e dell'impiego, dal momento che appare sempre più necessaria l'integrazione tra queste e le politiche economiche.<sup>47</sup>

Il coordinamento delle politiche del lavoro è realizzato con procedure di *soft law*, attraverso l'emanazione di orientamenti annuali espressi dal Consiglio, affiancato dal nuovo organo istituzionale del Comitato per l'occupazione, in coerenza con gli indirizzi di massima delle politiche economiche e monetarie.

I singoli Stati membri devono prendere in considerazione tali indicazioni nei cd. Piani nazionali dell'occupazione e trasmettere al Consiglio una relazione annuale sulle principali misure adottate per l'attuazione delle politiche, che verranno valutate sotto il profilo degli obiettivi raggiunti. In realtà tale vincolo non ha effetti giuridici, infatti non sono previste sanzioni nel caso di inadempimenti da

---

<sup>47</sup> In tal senso si veda Treu T., *Le politiche*, op. cit, il quale rileva che un'intuizione anticipatrice in tal senso è contenuta nel memorandum del Presidente Mitterand del 1981, ove si fa presente la necessità di adottare una visione dei temi sociali europei non limitata al diritto del lavoro, ma comprendente anche la politica sociale e alcuni aspetti della politica dell'impiego.

parte degli Stati membri, ma solo raccomandazioni da parte del Consiglio (art. 128, par. 4 del TCE).<sup>48</sup>

La Commissione, oltre alle funzioni di coordinamento sopranazionale e di sorveglianza, ha altresì il compito di adottare misure dirette ad incentivare la cooperazione fra gli Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell'occupazione mediante azioni volte a sviluppare gli scambi delle informazioni e delle *best practices*, così come a sostenere progetti innovativi e a valutare le esperienze che si sono realizzate (art. 129, par. 1 del TCE).

Tali misure non prevedono l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 129, par. 2 del TCE), ma hanno l'obiettivo di guidarli verso indirizzi comuni.

Si è osservato che, nonostante non si sono apportate modifiche alla competenza normativa degli Stati membri in materia, la politica occupazionale si sta progressivamente "europeizzando", non tanto attraverso azioni di armonizzazione dall'alto, ma secondo una complessa interazione tra attori diversi e a differenti livelli di governo.

Per ciò che concerne i contenuti della nuova politica occupazionale, appare evidente che le linee guida della Comunità si indirizzano verso un tipo di solidarietà cd. competitiva', dal momento che quella tradizionale cd. distributiva è difficilmente attuabile ad oggi, dati i rigidi vincoli di bilancio cui sono sottoposti gli Stati membri.

In particolare, si pone l'accento sulle cd. politiche attive del lavoro, in un ottica di tutela della professionalità del lavoratore per tutto l'arco della vita. Da qui l'importanza del sostegno alla formazione professionale permanente, al fine di

---

<sup>48</sup> Cfr in argomento Biagi M. (1998), *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in Dir.rel.ind., secondo cui il trattato prevede "un sistema di pressione fra pari".

costruire una società che sia in grado sviluppare tutte le sue potenzialità in tema di risorse umane.<sup>49</sup>

### 1.6.1 Segue: profili di criticità

Nonostante gli indubbi progressi nell'evoluzione in senso sociale, il Trattato di Amsterdam continua a mostrare profili di criticità. Infatti – come già accennato - risultano ancora esclusi dalle competenze comunitarie importanti aspetti sociali, tra cui le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata (art. 137, par. 6 TCE).

Nelle materie di propria competenza la Comunità *sostiene e completa l'azione degli Stati membri* (art. 137, par. 1 TCE). Pertanto, essa interviene solo nella logica del principio di sussidiarietà, sancito dall'art. 3 B del TCE, che tenta di conciliare l'esigenza dell'integrazione comunitaria con la necessaria tutela delle tradizioni nazionali.

La “concorrenza” di competenze tra Stati membri e Comunità rappresenta una sorta di confine mobile, per cui l'intervento di quest'ultima sarà più o meno esteso a seconda dell'azione posta in essere dai singoli Stati. A tal proposito si prevede che la Commissione elabori una relazione annuale sullo stato di avanzamento degli obiettivi sociali previsti dal Trattato e la trasmetta al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale (art. 143 TCE).

Infine qualora il Consiglio decida di intervenire attraverso l'emanazione di direttive, queste devono indicare *le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascun Stato membro* e devono evitare di imporre vincoli

---

<sup>49</sup> Si è infatti affermato che obiettivo strategico dell'Unione per il decennio 2000-2010 è “diventare un'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”.

*amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese* (art. 137, par. 2 TCE).

Si segnala che la regola dell'unanimità continua a valere in una serie di importanti settori tra cui la sicurezza sociale, la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto, la rappresentanza e la difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, la cogestione, le condizioni d'impiego dei cittadini dei paesi terzi, che soggiornano regolarmente nel territorio della Comunità, nonché i contributi finanziari volti alla promozione dell'occupazione (art. 137, par. 3).

L'unanimità, che secondo una parte della dottrina non sarebbe sempre giustificata dall'esigenza di salvaguardia delle prerogative degli Stati nei settori di maggiore coinvolgimento della protezione sociale,<sup>50</sup> viene confermata anche per la nuova competenza normativa attribuita al Consiglio dall'art. 13 del TCE, al fine di combattere le discriminazioni basate non solo sul sesso (di cui si darà conto successivamente), ma anche sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle convinzioni personali, sull'handicap, sull'età e sulle tendenze sessuali.

Sulla base di tale importante disposizione del Trattato, è stata adottata la direttiva 29 giugno 2000, n. 43 sul divieto di discriminazioni dirette o indirette, basate sulla razza e l'origine etnica, avuto riguardo non solo alle condizioni di accesso al lavoro, ma anche alla protezione sociale, all'istruzione e all'accesso ai beni e ai servizi. Inoltre si è proceduto anche all'emanazione della direttiva 27 novembre 2000, n. 78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che vieta le discriminazioni fondate sulla religione, sulle convinzioni personali, l'handicap, l'età e le tendenze sessuali.

---

<sup>50</sup> Si veda in proposito Weiss M. (2001), *Le prospettive del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, in Dir.rel.ind., il quale rileva in particolare i risultati assurdi cui porta da un lato la mancanza del potere di legiferare in materia di retribuzione, dall'altro il “*confine tracciato, più o meno arbitrariamente (e senza riflessione alcuna), tra le materie da decidere a maggioranza qualificata e quelle da decidere all'unanimità*”, come ad esempio avviene per le “*condizioni di lavoro*” e la “*protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro*”.

In tale contesto occorre dire che sia le direttive, sia gli accordi collettivi europei perdono le caratteristiche normative tipiche della legge e della contrattazione in senso tradizionale, ponendo in essere formule più simili alla fissazione di obiettivi, che alla prescrizione di regole vere e proprie. Sembra corretto ritenere che la dimensione sociale della Comunità, pur avendo acquistato uno spazio autonomo rispetto alla dimensione economica, non ha tuttavia ancora dato vita ad un sistema normativo organico e compiuto. Spesso l'utilizzazione di nuovi strumenti giuridici dipende in ultima analisi dall'atteggiamento dei governi degli Stati membri, i quali determinano le decisioni del Consiglio. Pertanto si riscontra una sorta di *deficit* democratico, che rende incerto lo sviluppo della politica sociale comunitaria, oggi tanto più influenzata da problematiche interne di carattere economico e di stabilità riferite agli Stati membri.

### **1.7 Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**

La necessità di recuperare la dimensione centrale dei diritti sociali nel sistema giuridico comunitario, dopovari tentativi non proprio riusciti, è sicuramente la *ratio* ispiratrice della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza da tutti i capi di Stato e di governo e approvata dal Parlamento europeo il 14 dicembre 2000.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Fra i numerosi contributi dottrinali in argomento, cfr. Biagi M. e Salomone R. (2000), *L'Europa sociale e il diritto al lavoro: il ruolo della "European social Charter"*, in Lav. giur.; Treu T. (2000), *Diritti sociali europei: dove siamo*, in Lav.dir; Veneziani B.(2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in Riv. Giur.lav.; Braibant B. 2001), *La Charte des droits fondamentaux*, in Droit soc.; Perone G. (2001), *Verso una "Costituzione sociale europea?" Presupposti, obiettivi ed efficacia della Carta dei diritti fondamentali*, in Dir.lav.; Ales A., *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*, ibidem; Arrigo G., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, ibidem; Foglia R. (2001), *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, in Riv.dir.sic.soc.; Del Punta R. (2001), *I diritti*

Nell'impianto della dichiarazione e in linea con quanto già previsto dall'articolo 6 del TUE, la peculiarità del modello europeo si basa essenzialmente sui concetti di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia, integrati tra loro, al fine di tutelare la persona nel suo complesso da tutti i fattori di esclusione sociale<sup>52</sup> e, in tale ottica, viene temperata la distinzione tra diritti economici e diritti sociali.<sup>53</sup>

La cittadinanza europea appare pertanto come un concetto composito per cui l'individuo è considerato nelle diverse espressioni della sua socialità e viene tutelato nel caso di eventuali discriminazioni e disparità. Nel capitolo della solidarietà, più specificatamente dedicato alla figura del lavoratore, è contenuto in particolare il riconoscimento esplicito del diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito delle imprese (art. 27), dei diritti di contrattazione collettiva e di sciopero (art. 28), del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30), del diritto alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai benefici sociali per ogni soggetto che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione, quindi anche per gli immigrati (art. 34, par. 2).

Si noti che la libertà di associazione sindacale viene invece ricompresa nell'ambito delle libertà individuali (art. 12), il che conferma la cautela con cui il Legislatore comunitario affronta il tema controverso della rappresentanza a livello europeo.

Si potrebbe definire la Carta come un'originale forma di *soft law* comunitaria,<sup>54</sup> caratterizzata da un particolare carattere persuasivo, che è dato dal recepimento dei valori comuni dell'Unione, una sorta di catalogo di diritti-valori, posti a fondamento della propria legittimità con la funzione di essere recepita nel

---

*sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in Dir.rel.ind.; Biagi M. (2001), *La nuova Carta europea: valori o precetti?* In Contratti e contratt. coll.

<sup>52</sup> Si veda in proposito Ballestrero M.V. (2001), *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione europea*, in Dir. Del mercato del lavoro, 1, che parla di diritti della persona "specifici", cioè considerata nella specificità dei suoi diversi status sociali o di "pari dignità tenuto conto della diversità".

<sup>53</sup> Cfr. Arrigo G., op. cit.

<sup>54</sup> Per il momento priva di efficacia vincolante nei confronti delle istituzioni nazionali e comunitarie.

*corpus* di una Costituzione.<sup>55</sup> In tal senso e fin da subito si propone al lavoro di interpretazione giudiziale della Corte di giustizia,<sup>56</sup> come qualificata fonte di ispirazione per le pronunce in tema di diritti fondamentali.

Tale attività della giurisprudenza comunitaria ha concretamente rappresentato il mezzo più idoneo per trasformare tali principi in *hard law* sopranazionale, anticipando un eventuale annessione ai Trattati. In tale ottica non sorprende il dato che tale decalogo ha fin da subito spiegato effetti vincolanti. Ad esempio nella causa *Bectu contro Secretary of State for Trade and Industry*, l'Avvocato generale ha rintracciato nella Carta, la qualificazione del diritto a godere delle ferie annuali retribuite quale diritto sociale.

In tale caso specifico l'elemento dirimente è rappresentato dal fatto che l'articolo 31.2 contiene l'affermazione che la Carta è una forma di codificazione solenne dei principi posti a fondamento dell'ordinamento comunitario, anche sprovvista di effetti giuridici vincolanti.

La Corte di giustizia nel pronunciarsi accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale, ha aggiunto che la tutela del diritto alla salute dei lavoratori non può essere subordinata a mere considerazioni di natura economica.<sup>57</sup> Risulta pertanto implicita la forza ispiratrice che la Carta ha potuto svolgere in questo caso ed in molti altri, al fine di garantire la protezione dei diritti fondamentali.

La rilevata reticenza della suprema Corte ad inserire nelle decisioni riferimenti espliciti alla Carta, nonostante le indicazioni fornite dagli Avvocati generali<sup>58</sup>, è agevolmente interpretabile in una fase di incertezza sulla collocazione di tale

---

<sup>55</sup> Si veda in proposito la Proposta di decisione sulla redazione di un Trattato costituzionale, CONV. 181/02 del luglio 2002, presentata al *Praesidium* della Convenzione da Mara Berger e da altri diciotto membri della medesima.

<sup>56</sup> Si veda in tal senso già Corte giust., 8 febbraio 2001, causa 173/99, con riferimento alle osservazioni formulate dall'avvocato generale Tizzano.

<sup>57</sup> Anche se, è stato giustamente osservato, ha omesso di riferirsi alla Carta stessa.

<sup>58</sup> Un elenco dei numerosi casi di esplicito riferimento alla Carta da parte degli Avvocati generali è reperibile in Nota di riflessione su modalità e conseguenze dell'integrazione della carta dei diritti fondamentali nei Trattati e dell'adesione della Comunità/Unione alla CEDU, in CONV: 116/02 (spec. alla nota i).

documento. Per contro, si registra, in alcune importanti pronunce l'esplicito utilizzo della stessa da parte del Tribunale di primo grado.<sup>59</sup>

A questo punto pare opportuno menzionare la circostanza che il Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa, firmato nel ottobre 2004, ma non entrato in vigore perché "bocciato" nei due referendum del 2005,<sup>60</sup> incorporava nella sua Parte II,<sup>61</sup> la Carta dei diritti fondamentali comunitari. Tale operazione avrebbe potuto creare un equilibrio rispetto ai valori economici, già da *tempocostituzionalizzati*. Tuttavia, come è stato rilevato da più parti, anche l'annessione al Trattato costituzionale non avrebbe assicurato a tali diritti una concreta attuazione, dal momento che sarebbe stato necessario, in via preliminare, costruire un sistema politico europeo unitario, al fine di superare l'inadeguatezza<sup>62</sup> delle istituzioni comunitarie.

Tale opinione trova anche conferma nel rilievo che, così come formulata ed incorporata nel Trattato, la Carta non interferirebbe con le competenze della Comunità, nella vigenza del principio di sussidiarietà (art. 51).

Inoltre, essa impone agli Stati membri il rispetto del *contenuto essenziale* dei diritti fondamentali e consente la possibilità di derogarvi in virtù del perseguimento di *finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione*, fra cui sono annoverate ovviamente quelle economiche (art. 52).

---

<sup>59</sup> Cfr sentenze rese dal Tribunale di primo grado il 30 gennaio ed il 3 maggio 2002, rispettivamente nelle cause T-54/99, Max-Mobil e T-177/01, Jégo-Quéré in Raccolta 2002.

<sup>60</sup> L'esito negativo della consultazione referendaria in Francia e nei Paesi Bassi.

<sup>61</sup> In particolare: libertà professionale e diritto al lavoro; parità di trattamento e uguaglianza; solidarietà (Titolo IV interamente dedicato ai diritti individuali e collettivi dei lavoratori); diritto di cittadinanza europea, libera circolazione e soggiorno; rapporti tra le disposizioni costituzionali europee e le Costituzioni nazionali.

<sup>62</sup> Vedi in atl senso tra gli altri: Treu T., *Diritti sociali*, op. cit.; Perone G., *Verso una "costituzione"*, op. cit.

## 1.8 Il Trattato di Lisbona – principali novità in tema di politica sociale

Dopo l'esito negativo della consultazione referendaria in Francia e nei Paesi Bassi e dopo due anni di riflessione, il progetto costituzionale è abbandonato e viene dato mandato ad una Conferenza intergovernativa per la riforma dei Trattati istitutivi.

Il 19 ottobre 2007 il Consiglio europeo informale di Lisbona ha adottato il testo definitivo del Trattato elaborato in seno a tale Conferenza e il 13 dicembre 2007 i capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri dell'Unione hanno firmato il Trattato di Lisbona. E' significativo osservare che il termine *costituzione* scompare dal lessico dei nuovi Trattati.

Per quanto riguarda i contenuti sociali del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, non si rilevano grandi novità nei Titoli del TFUE sulla politica sociale (X, ex Tit. IX) e sull'occupazione (IX ex Tit. VIII), mentre alcune significative innovazioni si rintracciano nei Titoli di apertura, soprattutto nelle norme del TUE (artt. 2 e 3) che proclamano i valori e gli obiettivi dell'Unione.<sup>63</sup> Il Titolo X del TFUE è ora interamente dedicato alla politica sociale, che acquista autonomia rispetto ad istruzione, formazione professionale e gioventù. Tale cambiamento dà sicuramente conto della acquisita autonomia che le politiche sociali hanno assunto dopo l'emanazione del Trattato di Maastricht.

Un'importante novità è rappresentata dall'introduzione nel TFUE dell'art. 152, attraverso cui si attribuisce un riconoscimento formale alla funzione e al ruolo svolto dalle parti sociali nella concertazione istituzionale e all'importanza del dialogo sociale.

---

<sup>63</sup>Ciò ha portato alcuni in dottrina ad affermare che “*il pendolo non sia fermo sull'europa economica, ma si stia spostando verso l'Europa sociale*”, si veda in proposito: Gottardi D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Parma 4-5 giugno.

Si conferisce all'Unione nel suo insieme e non solo ad una sua specifica istituzione<sup>64</sup>, il compito di promuovere, nella complessità degli ordinamenti nazionali e nel rispetto del principio di sussidiarietà il ruolo delle parti sociali e di agevolare il dialogo tra le parti nel rispetto della loro autonomia.

L'articolo 152 TFUE deve essere letto in combinato disposto con l'art. 11 del TFUE ed in particolare con i commi 2 e 3. In questi ultimi si prevede che *le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile*” e che *al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate*.

Come è stato osservato, da tale modalità di lettura delle due disposizioni, si desume che il dialogo sociale e la consultazione delle parti sociali nel principio della democrazia partecipativa, costituiscono degli strumenti della *governance* europea.<sup>65</sup> Dunque nel diritto primario europeo viene dato rilievo alla concertazione sociale, comprensiva della negoziazione. Tale metodo negli ordinamenti nazionali è al più oggetto di interventi di legislazione ordinaria o di prassi informale ed ora, a livello comunitario, viene strettamente correlato al principio della rappresentatività, non solo istituzionale, ma anche sociale. Ne consegue che la concertazione istituzionale si radica nel principio di democrazia partecipativa, attraverso il riferimento ad una rappresentatività degli attori del dialogo sociale e non solo a livello istituzionale.

Ciò che più rileva, ai fini della presentazione in oggetto, è rappresentato dallo stato dell'arte del fondamento costituzionale dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE, in seguito all'emanazione del Trattato di Lisbona.

---

<sup>64</sup> La Commissione come prevede l'art. 154.

<sup>65</sup> Cfr. De Marco E.(2009), *Elementi di democrazia partecipativa*, in Bilancia D' amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano: Giuffrè; inoltre Giubboni S., Militello M.G. (2010), *“Titolo politica sociale”* in Curti, Gialdino (a cura di), *Commentario al Trattato sull'Unione Europea ed al trattato sul funzionamento dell'Unione Europee*; Edizioni giuridiche Simone.

In sintesi, secondo alcuni in dottrina, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, non comporta mutamenti al quadro giuridico già in essere. Di gran lunga più significativa, ai fini della tutela effettiva dei diritti individuali, sarebbe invece l'adesione formale dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La giurisprudenza della Corte di giustizia (ma anche delle Corti interne) ha già ampiamente fatto uso della stessa in numerose pronunce, soprattutto in virtù del suo valore "ricognitivo" di diritti, proclamati nelle costituzioni nazionali e in dichiarazioni a livello internazionale.

Secondo tale dottrina la Carta avrebbe già espresso il suo potenziale valore nel corso degli anni e il passaggio da *soft law* a diritto primario con efficacia diretta, non apporterebbe elementi ulteriori in relazione alla tutela effettiva da esso espletata.

D'altra parte la Corte di giustizia nei citati casi Laval e Viking<sup>66</sup> ha già riconosciuto i diritti sociali fondamentali di natura collettiva contenuti nella Carta, ma secondo alcuni l'entrata in vigore della stessa non muterebbe la scala di priorità accordata precedentemente alle libertà economiche fondamentali.<sup>67</sup> Tali pessimistiche posizioni potrebbero essere mitigate dal richiamo al principio della prevalenza della tutela migliore nell'ordinamento multilivello, contenuto nell'articolo 53 della Carta stessa.

---

<sup>66</sup> Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sopranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. Dir. Pub. Eur.*, 2.

<sup>67</sup> Si vedano inoltre per quanto riguarda il diritto di contrattazione collettiva (sentenza Demir e Baykara c. Turchia, 12.11.2008) e il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici (sentenza Enerji Yapi – Yol Sen c. Turchia, n. 68959/01, 21.04.2009). Per un commento si rinvia a Bronzini G. (2009), *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II. Inoltre Fontana G. (2009), *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in *Q. Riv. La Corte di Strasburgo*; Orlandini G. (2008), *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*; in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*; Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari: Caccucci.

Si segnala che secondo un'altra parte della dottrina con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il passaggio per i diritti fondamentali da *soft law* a diritto primario porrà un problema sulle conseguenze che si produrranno sul piano delle tecniche giudiziali di bilanciamento tra diritti e libertà economiche.

### **1.8.1 Prime pronunce giudiziali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la Carta dei diritti alla prova**

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si registrano importanti casi giurisprudenziali (alcuni dei Tribunali nazionali, altri della Corte di giustizia) che vale la pena di menzionare per il riferimento assolutamente nuovo alla Carta di Nizza.

Con riguardo alle Corti nazionali si ritiene opportuno citare un importante ed esemplificativo passaggio contenuto in una pronuncia della Corte di Cassazione (sent. 2 febbraio 2010 n. 2352) in tema di dimensionamento e danno alla professionalità.<sup>68</sup> Anche a livello di giurisprudenza europea, come già detto, si registra una tendenza ad utilizzare la Carta al fine di rafforzare l'effettività dei diritti in essa previsti, al di là del loro formale riconoscimento.

In tal senso può essere inoltre citata la pronuncia della Corte di giustizia nella causa Seda Kucukdeveci (C-555/07) del 10 gennaio 2010. Essa contiene il

---

<sup>68</sup> “Una (...) puntualizzazione deve essere posta in relazione all'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) che recepisce la Carta di Nizza con lo stesso valore del Trattato sull'Unione e per il catalogo completo dei diritti umani. I giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed all'art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà. I fatti dannosi in esame vennero commessi prima dell'introduzione del nuovo catalogo dei diritti (2000-2001), ma le norme costituzionali nazionali richiamate bene si conformano ai principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati dell'Unione. La filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma proporzionali del Trattato di Lisbona e della carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo.”

richiamo esplicito all'art. 6 del Trattato di Lisbona, infatti al punto 22 si afferma che: *va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.* Inoltre la decisione finale dichiara una normativa tedesca avente ad oggetto la disciplina del licenziamento in contrasto con il diritto europeo antidiscriminatorio (per età).

Su tale istituto del licenziamento i Trattati precedenti e ora il TFUE prevedono una competenza da esercitarsi all'unanimità e sulla quale non esiste alcuna regolamentazione di diritto europeo secondario, mentre è attualmente vigente l'art. 30 della Carta che pone il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo a livello di diritto sociale fondamentale europeo.

La Corte non fa altro che operare una estensione del suo controllo di costituzionalità, a prescindere dalle competenze e dalle materie assegnate anche a quei settori che sono esclusi dalle competenze sociali dell'Unione, quali lo sciopero, la libertà sindacale, la retribuzione ed ora anche i diritti fondamentali.<sup>69</sup>

La Corte ribadisce ancora una volta l'importante funzione della sua giurisprudenza, che pur in mancanza di una Costituzione scritta, ha contribuito a costruire un'identità europea non fondata soltanto sull'economia e sui mercati.<sup>70</sup>

E' stato osservato che l'aver inserito la Carta nel *corpus* del diritto primario comunitario produrrà conseguenze importanti per ciò che concerne tre aspetti: i rapporti tra tutela sovranazionale e nazionale (interna) dei diritti; i rapporti tra l'art. 6 del TUE sull'affermazione dei diritti e il TFUE sulle competenze sociali dell'Unione; nonché i rapporti tra diritti sociali e libertà economiche.

Il rapporto tra tutela sopranazionale e interna dei diritti sembrerebbe risolversi attraverso la tutela multilivello, dal momento che il primato del diritto

---

<sup>69</sup>Cfr C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso, 13 settembre 2007 e C- 341/05, Lavel, 18 dicembre 2007; C- 438/05, Viking, 11 dicembre 2007.

<sup>70</sup> Per un'ampia disamina del tema si veda: Knook A. (2005), *The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union*, in Com. Mar. Law Rew.; Cartabia M. (2008), *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in (a cura di) Bassanini F. e Tiberi G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna: Il Mulino.

sopranazionale è sancito non in termini gerarchici, ma nel senso funzionale della tutela migliore dei diritti. Ciò anche in virtù del fatto che i reciproci rapporti tra diversi elementi di un ordinamento composito si basano sulla reciproca cooperazione<sup>71</sup>. In tale contesto anche i rapporti tra le diverse Corti sono improntati ai principi di reciproco riconoscimento e cooperazione. La tutela sovranazionale del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva è a tal proposito emblematica.<sup>72</sup> Si registra all'oggi un aumento di importanza dei diritti dalla CEDU nei rapporti interni agli Stati membri, come diritti universali che prescindono da formali competenze o ratifiche

Con riguardo al rapporto tra Carta dei diritti e competenze sociali dell'Unione europea esso suscita preoccupazioni soprattutto tra i giuslavoristi dal momento che risulta essere ancora limitato *il livello di integrazione della Carta dei diritti nel quadro istituzionale previsto dal Trattato*. Infatti tale relazione è legata ad un *generale principio di non interferenza e contraddittoriamente, ad un principio di separazione*.<sup>73</sup> Tuttavia tale timore ha impedito, come si evince dalla sentenza citata Seda Kucukdeveci che il dialogo tra le Corti e l'uso della Carta possa produrre *sebbene non intenzionalmente, la protezione dei diritti fondamentali all'interno degli Stati membri, in materie che non rientrano direttamente nell'ambito di azione europea*.<sup>74</sup>

Con riferimento infine all'ultimo punto citato cioè ai rapporti tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali, si rileva che nel Trattato e nella Carta, a cui l'art. 6 rinvia, viene sancita l'equiparazione in ragione della indivisibilità di tali diritti con altri diritti individuali di natura civile, politica, culturale, esistenziale,

---

<sup>71</sup>Pernice I. (2009), *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, in Cambridge Jour. Eur. Law.

<sup>72</sup> Si vedano in proposito i casi Laval e Viking.

<sup>73</sup> Seatzu F. (2009), *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in la comunità internazionale, 11.

<sup>74</sup>Pernice I., *The Treaty of Lisbon*, op. cit.

tutti legati al principio della dignità della persona (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali).<sup>75</sup>

Segnali che fanno propendere per tale argomentazione provengono dal lavoro dagli Avvocati generali della Corte di giustizia e si veda in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 14 aprile 2010 nella Causa C- 271/08, Commissione europea contro Repubblica federale della Germania in cui si afferma: *Con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante ratione temporis – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussulto nell'alveo del diritto primario.*

Ancora più significative appaiono le affermazioni dell'Avvocato Generale, presentate il 5 maggio 2010 in Causa C – 515/08, Santos Palhota e a. con riguardo al rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Su tale principio si veda: Becchi P. (2009), *Il principio di dignità umana*, Brescia: Morcelliana; Vincenti U.(2009), *Diritti e dignità umana*, Bari: Laterza.

<sup>76</sup> “Ciò nondimeno, a partire dal 1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana. Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione ed al progresso sociale (..)

Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'unione e in cui si dichiara che ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore.

Dall'impostazione assunta in tale fattispecie, ciò che sembrerebbe modificarsi è sostanzialmente il *favor* nella tutela del lavoro, infatti si afferma che: *l'entrata in vigore del trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità.*

Infine nella conclusione la sentenza *de quo* contiene l'importante affermazione secondo cui le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini descritti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Occorre stabilire se le misure controverse costituiscono una restrizione della libera prestazione dei servizi e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, alla luce di un parametro di controllo che, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore.

## Capitolo2

### La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria

#### 2.1 L’interpretazione della giurisprudenza comunitaria e il modello di “famiglia”

Pur in assenza di una competenza specifica della Comunità a disciplinare gli aspetti del diritto sostanziale in tema di “famiglia”, la giurisprudenza ha sempre svolto un ruolo fondamentale nella definizione di tale concetto in ambito comunitario.

Antecedentemente alla cd. comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile,<sup>77</sup> avvenuta con l’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, e di cui si darà conto successivamente, la Corte di giustizia pur avendo affermato in varie occasioni<sup>78</sup> la volontà di non ingerirsi nelle questioni legate alle relazioni familiari, tuttavia è entrata nel vivo dell’interpretazione di tematiche relative al

---

<sup>77</sup> Su tali aspetti si veda infra, Cap 3, in cui sarà trattata l’incidenza del diritto Ue sui sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri, con particolare riguardo alle problematiche di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Reg. CE n. 44/01). Inoltre costituiranno oggetto di disaminale recenti novità introdotte dal TFUE, Titolo V°, capo III, art. 81.

<sup>78</sup> Ad esempio la Corte, nell’interpretare la direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976, inerente l’attuazione del principio di parità di trattamento tra donne e uomini nell’ambiente di lavoro, ha precisato che tale normativa “non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all’organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all’interno della coppia”, riservando sostanzialmente agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate a proteggere la donna per quel che riguarda la gravidanza e la maternità. Cfr la sentenza 12 luglio 1984, Ulrich Hofmann c. Barmer Ersatzkasse, in Raccolta 1984 e Masselot P. (2000), *La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification?*, in Cahiers dr. Eur.

Sul tema si vedano inoltre la sentenza della Corte di Giustizia: Causa C-218798, Abdoulaye c. Renault, con nota di McGlenn G. (2000), *Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye*, in Eur. Law Rev; Causa C-333/97, Lewen, in Raccolta, 1999, con nota di Caracciolo Di Torella E. (2000), *Childcare, employment and equality: first (false) steps of the Court*, in Eur. Law Rev.

diritto di famiglia, cui fanno riferimento disposizioni della normativa comunitaria derivata<sup>79</sup> riguardante in particolare: la libera circolazione delle persone, il divieto di discriminazioni sessuali (soprattutto in ambito lavoristico), la sicurezza sociale e le norme relative allo Statuto del personale delle Comunità.

Inizialmente i giudici hanno assunto come punto di partenza un modello “tradizionale” di famiglia, quale emergeva dai primi atti emanati dalle istituzioni politiche comunitarie, che direttamente o indirettamente hanno inciso sulla definizione del concetto di famiglia a livello comunitario.

Tuttavia occorre segnalare che se da un lato il Legislatore comunitario ha nel corso del tempo operato un riconoscimento di unioni familiari non tipiche con riguardo a svariati aspetti (senza tuttavia arrivare ad una equiparazione a quelle tipiche), gli organi giurisdizionali comunitari non hanno nei fatti confermato questa tendenza di “apertura”, attestandosi semmai sulle posizioni prese inizialmente.

Infatti, come emerge dall’analisi di alcune sentenze, di cui si riportano in nota gli estremi, gli organi giurisdizionali hanno fatto costantemente riferimento al modello della famiglia fondata sul matrimonio di persone di sesso opposto e costituita dal padre-lavoratore che esercita la libertà di circolazione e che

---

<sup>79</sup> Le sentenze prese in esame si riferiscono pertanto solo indirettamente a questioni legate al diritto di famiglia inserite in atti il cui fondamento giuridico risiede al di fuori del Titolo IV CE e che sono interpretate dalla Corte in base all’articolo 234 CE e non dell’Art. 68 CE (introdotto con l’adozione del trattato di Amsterdam). In modo specifico con riguardo all’rt. 68 CE si veda: Albors-Llorens A. (1998), *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Rev.*; Garofalo L. (2000), Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l’art. 68 del trattato CE, in *Dir. Un. Eur.*; Adinolfi A., *Art. 68*, in Pocar F. (a cura di), *Commentario breve*, cit; Baratti S. (2001), *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*; Nascimbene B. (2004), *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. Dir. Proc.*

Tale restrizione relativa alle giurisdizioni legittimate è stata criticata da più autori, in riferimento soprattutto al carattere di alcune materie interessate dal regime speciale, che riguardano direttamente i singoli, tra cui il diritto di famiglia, l’asilo e l’immigrazione, si veda in proposito: Codinanzi M. (2005), La nozione di “giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso di diritto interno” nel titolo IV del Trattato CE: Osservazioni in margine al caso Dem’Yanenko, in Lenza (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno*, IX Convegno SIDI – Roma 17-18 giugno 2004.

mantiene economicamente la moglie ed i figli (ricollegati per molti anni quasi esclusivamente allo *status* di coniuge o familiare a carico), i quali sono a loro volta dipendenti da quest'ultimo, ad esempio per il diritto di soggiornare, di esercitare un'attività lavorativa, di formarsi, istruirsi ecc..

Solo recentemente l'interpretazione assunta nei confronti di tali soggetti (a carico) ha subito un'evoluzione non tanto per quanto riguarda l'assunzione di nuovi modelli familiari non fondati sul matrimonio, ma nel senso di attribuzione agli stessi di *status* autonomi, in qualità di *uti singuli*, cioè in primis in quanto cittadini dell'Unione Europea.<sup>80</sup>

Lo stesso modello familiare tradizionale, che ricostruisce come economicamente rilevante solo l'apporto del *pater familias*, si è evoluto nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte, fino ad arrivare al riconoscimento del contributo della madre o di chi si prende cura della prole, in particolare nelle sentenze interpretative della normativa comunitaria aventi ad oggetto i benefici sociali concessi a favore della famiglia, ai sensi del Regolamento CEE n. 1404/71. Infatti, lo scopo di tali interventi viene indicato nell'importanza di *consentire ad uno dei genitori di dedicarsi all'educazione di un figlio in tenera età e, più precisamente, a ricompensare l'educazione fornita al bambino, a compensare le altre spese di custodia e di educazione e, eventualmente, ad attenuare gli svantaggi economici determinati dalla rinuncia a un reddito da lavoro a tempo a tempo pieno*.<sup>81</sup>

Tale natura compensativa dei benefici in esame trova conferma anche in decisioni più datate che li contrappongono ad altre sovvenzioni a favore dei membri della

---

<sup>80</sup> A tal proposito appare interessante il riconoscimento di posizioni soggettive autonome sviluppate dalla Corte proprio a partire dal concetto di cittadinanza dell'Unione e dai diritti fondamentali dell'individuo. Cfr. Hervey R. (1995), *Migrant workers and their family in the European Union: the pervasive market ideology of Community law*, in Shaw, Moore (eds.), Oxford: New Legal Dynamics of European Union; Reich H., Harbacevica S. (2003), *Citizenship and family on trial: a family optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in Common Market Law rev.; Mather A. (2005), *The Court of Justice and the Union Citizen*, in Eur. Law Journ.

<sup>81</sup> In tal senso Corte di Giustizia, 15 marzo 2001, in causa C-85/99, Vincent Offermanns, in Raccolta 2001; 16 luglio 1992, in Causa C-78/91, Hughes, ibidem 1992; 10 ottobre 1996 nelle cause riunite C-245/94 e C-312/94, Hoefer e Zachow c. Land Nordrhein-Westfalen, ibidem, 1996.

famiglia ed, in particolare, agli orfani. Tuttavia in tali fattispecie non si attribuiva ancora rilievo all'apporto materiale dei "primary carer".<sup>82</sup>

Da un punto di vista del metodo, per l'analisi delle sentenze che hanno come tema la nozione di famiglia, la Corte ha seguito generalmente la modalità di interpretazione proposta caso per caso, al fine di osservare quando le espressioni che caratterizzano gli atti rilevanti sono considerate per un loro proprio significato autonomo<sup>83</sup> o quando viceversa sono riferite alla legge dello Stato membro, indicato nell'atto stesso o individuato attraverso le norme di conflitto.<sup>84</sup>

Tale modalità è generalmente preferita dalla Corte, anche se non sempre percorribile e si riferisce ad una nutrita giurisprudenza, sviluppatasi al fine di garantire un'applicazione uniforme<sup>85</sup> del diritto in tutto lo spazio comunitario, nonché il rispetto del principio di equità.<sup>86</sup>

A tal fine si rende necessario operare utilizzando il cd. metodo comparatistico,<sup>87</sup> per desumere dai sistemi normativi nazionali regole e principi comuni, anche di rango costituzionale,<sup>88</sup> a tutti gli Stati membri.

---

<sup>82</sup>Corte di Giustizia, 16 marzo 1978, in causa 115/77, Laumann c. Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, ibidem, 1978 e 14 marzo 1989, in causa 1/88, Baldi c. Caisse, ibidem, 1989.

<sup>83</sup> In dottrina si rinvia per tutti a Bariatti S. (1986), *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova.

<sup>84</sup> Ricci C. (2007), *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in (a cura di) Bariatti S., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano: Giuffrè.

<sup>85</sup> Secondo tale impostazione espressioni contenute in una disposizione di diritto comunitario, con non facciano richiamo esplicito alla legge degli Stati membri, al fine di individuare il loro significato, devono essere interpretate in modo autonomo e uniforme in tutto lo spazio comunitario.

<sup>86</sup> Tra le innumerevoli pronunce della Corte in merito alla preferenza per l'interpretazione autonoma del diritto comunitario materiale si veda: 29 aprile 1982, in causa 17/81, Pabst & Richarz, in Raccolta 1982.

<sup>87</sup> Si veda in dottrina: Lenaerts K. (2003), *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in Van der Mensbrugghe, *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur; Capotrotti F.(1993), *La mission de la Court et le système de la Convention de Bruxelles*, in Duintjer Tebbens, Kennedy, Kohler (dir.), *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*. Luxembourg, le 11 et 12 mars 1991, Cours de justice des Communautés européennes, London-Dublin:Edimburgh-Bruxelles.

<sup>88</sup> Vedi Corte di giustizia, 15 maggio 2003, in causa C-266/01, Préservatrice foncière TIARD SA, in Raccolta, 2003. Inoltre sul punto in dottrina si veda: Rossi P. (2004), *L'incidenza dei principi di diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla*

E' stato peraltro notato che, laddove la Corte ha riscontrato eccessive divergenze nella disciplina di un istituto giuridico negli Stati membri, a seconda della finalità dell'atto sottoposto ad interpretazione, in alcuni casi ha escluso la configurabilità di una interpretazione autonoma, rinviando alla normativa nazionale<sup>89</sup>, in altri viceversa ha coniato una nozione *ad hoc*, cui attribuire uniforme interpretazione in tutti gli Stati membri.<sup>90</sup>

Tra i principi comuni rientra senza dubbio, il principio della tutela della vita familiare<sup>91</sup>, tratto dalla definizione dall'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU)<sup>92</sup> e dall'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, che è sovente adottata dai giudici di Lussemburgo, in qualità di parametro per verificare la proporzionalità delle normative nazionali, nel caso in cui ostacolino l'esercizio delle libertà di circolazione o di stabilimento garantite dal Trattato Ce.<sup>93</sup>

---

"costituzionalizzazione", in Riv. Dir. Int. Priv. Proc.; Munari F. (2006), La ricostruzione dei principi internazionali privatistici impliciti nel sistema comunitario, *relazione presentata alla Tavola rotonda di diritto internazionale privato del sistema comunitario*, Macerata, 7-8 ottobre 2005, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc.

<sup>89</sup> Vedi sentenza 6 ottobre 1976 in causa 12/76 Tessili, cit.

<sup>90</sup> Come nella sentenza 22 novembre 1978, in causa 33/78, Somafer, cit.

<sup>91</sup> Sul rilievo assunto dal diritto di sposarsi e di costituire una famiglia fissati nell'articolo 9 della carta dei Diritti fondamentali (art. II-69 del Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa) e al rinvio in esso contenuto alle "leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio" si vedano: McGlynn C. (2001), *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?*, in Eur. Law Rev.; Mengozzi P. (2004), *I problemi giuridici della famiglia*, op. cit.; Villani U. (2004), *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in Dir. Un. Eur..

<sup>92</sup> Sul principio del rispetto della vita privata e familiare contenuti nell'art. stesso si vedano: Russo N. (1995), Art. 8, in Pettiti, Decaux, Imbert (a cura di), *La Convention Européenne de droit de l'homme. Commentaire article par article*, Paris; Zeno Zencovich Z. (2001), Art. 8, in Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova; Ovey C., White R. (2002) *Jacobs and White, The European Convention of Human Rights*, 3 ed., Oxford; Patarini M. (2006), Art. 8, in Defilippi C., Bosi D., Harvey R. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli: Esi.

<sup>93</sup> In tal senso si veda la giurisprudenza della Corte, che interpreta le disposizioni relative al ricongiungimento familiare. Si veda in proposito: Peers S. (2004), *Family Reunion and Community Law*, in Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford. Tra le sentenze della Corte in cui si fa riferimento alla Convenzione Europea sui diritti umani (e a volte anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) si menzionano: 18 maggio 1989, in causa 249/86,

La formula generale è coniata nella sentenza ERT (in causa C-260-89, in raccolta, 1991), secondo la quale i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte è preposta a garantire l'osservanza. A tal fine la stessa Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali, relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno aderito.<sup>94</sup>

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste a questo proposito un particolare significato,<sup>95</sup> ne consegue che, come affermato dalla Corte nella sentenza 13 luglio 1989, Wachauf, punto 19 della motivazione, in causa 5/88, ibidem, p. 2609, *nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti e garantiti.*<sup>96</sup>

---

Commissione c. Repubblica federale in Germania, in raccolta 1989 e 11 luglio 2002 in causa C-60/00, Carpenter, ibidem 2002 (in cui è fatto richiamo della sentenza Boulif); 17 settembre 2002 in causa C-413/99, Baumbast e R, ibidem, 2002; 9 gennaio 2003, in causa C-257/00, Givane, ibidem, 2003. Altri casi in cui la Corte ha optato per un compromesso tra i diritti fondamentali contenuti nella CEDU e l'esercizio delle libertà garantite dal Trattato, si veda il commento a due decisioni: Morijn J. (2006), *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schimdburger and Omega in the Light of the European Constitution*, in Eur. Law Journ..

<sup>94</sup> Vedi in particolare, sentenza 14 maggio 1974, Nold, punto 13 della motivazione, in causa 4/73, in Raccolta, 1974

<sup>95</sup> Vedi in particolare, sentenza 15 maggio 1986, Johnston, punto 18 della motivazione, in causa 222/84, ibidem..

<sup>96</sup> In dottrina: Coussirat-Coustière V. (1996), *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in *Internationalisation des droit de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris; Bucher A. (2000) *La famille en droit international privé*; in *Recueil des Cours*; Coussirat-Coustière V. (2000), *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'homme: la prospective européenne*. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Koln-Berlin-Bonn-Munche; Papux Van Delden M.L (2002), *L'influence des droits de l'homme sur l'homose des modes familiaux*, Bale; Baratta R., *Verso la "comunitarizzazione"*, op. cit.

## 2.2 Il matrimonio e la nozione di coniuge

La Corte di giustizia nell'esercizio dell'attività interpretativa, ha elaborato alcune nozioni autonome e, ai fini della nostra indagine, assume particolare rilievo quella riferita al "coniuge".

Nella sentenza 17 aprile 1986, in causa 59/85, Stato dei paesi Bassi c. Ann Florence Reed, per la prima volta è stata richiesta l'equiparazione tra il "coniuge" ed il "compagno" non coniugato, convivente stabile con un lavoratore migrante cittadino comunitario, per la concessione del diritto di soggiorno, in base a quanto stabilito dal regolamento del Consiglio n. 1612/68<sup>97</sup>, sulla libera circolazione dei lavoratori.

La Corte in tale occasione ha affermato che *in mancanza di qualsiasi indizio di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva, e in mancanza di qualsiasi indizio in senso contrario nel regolamento, si deve dire che, usando la parola "coniuge", l'art. 10 del regolamento si riferisce unicamente al rapporto basato sul matrimonio.*

Occorre peraltro notare che, avvalendosi di un'interpretazione estensiva della nozione di *vantaggio sociale*, affermando il divieto di non discriminazione, la Corte ha stabilito che lo Stato ospite deve concedere la residenza al compagno di sesso opposto, convivente stabile con il lavoratore quando tale *status* è concesso dal primo Stato ai suoi cittadini.<sup>98</sup>

Come è stato sottolineato, tale pronuncia non fornisce tanto una definizione precisa del termine in riferimento al solo atto in cui è contenuta, ma delinea un metodo di interpretazione, una sorta di procedimento logico-giuridico che è stato

---

<sup>97</sup> Tale regolamento oggetto dell'interpretazione della Corte è stato modificato dalla direttiva n.2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, che ha esteso i benefici prima riservati alle famiglie tradizionali anche alle unioni registrate, nei limiti ed alle condizioni cui siano riconosciute dalla legge dello Stato ospite, ma non alle unioni di fatto tra persone di sesso opposto.

<sup>98</sup>Cfr Mori P. (1987), *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o "vantaggio sociale"*, in Giust. Civ., I.

poi seguito anche in altre pronunce. Così come nel caso Arauxo-Dumay c. Commissione, in cui alla moglie di un ufficiale, deceduto poco dopo essersi a lei unito formalmente in matrimonio, dopo diversi anni di convivenza, è stata negata (causa la breve durata del matrimonio), la concessione a suo favore della pensione di reversibilità, sulla base della circostanza che lo Statuto del personale richiedeva una maggiore durata del vincolo civile, non conferendo rilievo alla pur lunga relazione di fatto.<sup>99</sup>

Di particolare interesse appare il punto 28, in cui è espressamente affermato che i termini “coniuge”, “vedova” e “moglie”, sia nella loro definizione giuridica, che nella loro accezione comune, sono riferiti a soggetti che abbiano formalmente contratto un “matrimonio” civile riconosciuto dall’ordinamento, con tutti i diritti e gli obblighi che ne derivano.

Il Tribunale ha confermato la lettura tradizionale data dalla Corte, non ritenendosi competente ad estendere l’interpretazione giuridica dei termini precisi utilizzati nello statuto al fine di far rientrare nella nozione di “matrimonio”, situazioni di convivenza o di unioni di fatto, ovvero nella nozione di “coniuge” o di “moglie” la situazione di un(a) convivente.

Nel caso di interpretazione estensiva, come ha affermato il Tribunale, si verificherebbe una modifica sostanziale che *potrebbe nascere solo da un intervento del legislatore comunitario, qualora quest’ultimo ne ravvisasse l’opportunità.*

Successivamente la Corte sembra mostrare una maggiore “elasticità” ad una equiparazione al matrimonio delle unioni di fatto tra persone di sesso opposto, nella più recente sentenza Eyup<sup>100</sup>.

In realtà il caso di specie presentava elementi del tutto peculiari, nel senso che si trattava di una coppia sposata per due volte, che nel tempo intercorso tra i due

---

<sup>99</sup> Si veda in proposito tribunale di primo grado, sentenza 17 giugno 1993, in causa T-65/92, Arauxo-Dumay c. Commissione, in raccolta 1993.

<sup>100</sup> Corte di giustizia, 22 giugno 2000, in causa C-65/98, Eyup c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg, in Raccolta 2000.

matrimoni, aveva continuato a coabitare, procreato ed allevato figli comuni e contribuendo al benessere del nucleo familiare.

La Corte in tale fattispecie ha stabilito per il periodo *scoperto* dal vincolo formale, l'equiparazione a tutti gli effetti al matrimonio e ciò *in primis* a tutela del riconoscimento del diritto di una moglie turca (compagna/moglie di un lavoratore turco) di accedere all'attività lavorativa subordinata.

Al punto 34 della motivazione si ribadisce che *così, il loro comportamento è stato permanentemente conforme all'obiettivo che costituisce il fondamento di tale disposizione, vale a dire il ricongiungimento familiare effettivo dello Stato membro ospitante.*

Dopo aver riconosciuto l'esistenza nel caso concreto degli elementi che caratterizzano le relazioni familiari, si è superato il dato formale della mancanza del vincolo matrimoniale nel periodo di tempo in cui quelle stesse relazioni si stavano approfondendo e consolidando.

Tale cambiamento di prospettiva fa ritenere ottimisticamente che in futuro alcune coppie di fatto che dimostrino *significant levels of commitment via children, marriage and dependency* possano essere considerate alla stregua di una famiglia.<sup>101</sup>

In tal senso pare che si ponga la Commissione che nella Comunicazione del 2 giugno 2006 inviata al Consiglio e al Parlamento europeo su Spazio di libertà, sicurezza e giustizia del programma di Tampere e nuovi orientamenti,<sup>102</sup> in cui si esorta a *facilitare il reciproco riconoscimento in nuovi settori come, ad esempio le relazioni familiari o civili (convivenze) o anche la filiazione.*

Tuttavia all'oggi il matrimonio civile costituisce il fondamento della concezione ristretta di coniuge sviluppata dalla Corte, in particolare nell'interpretazione delle disposizioni in tema di libera circolazione e norme relative allo Statuto del personale.

---

<sup>101</sup>McGlinn C. (2003), *Challenging the European Harmonisation of family Law: Prospectives on the family*, in Boele-Woelki (ed.).

<sup>102</sup>COM (2004) 401 def.

Tale concezione ha trovato conferma altresì in decisioni sui diritti delle coppie omosessuali nell'ambito dell'applicazione della normativa sulle discriminazioni fondate sul sesso. La Corte ha infatti categoricamente escluso un'equiparazione tra unioni familiari, così come precedentemente definite ed unioni stabili tra persone dello stesso sesso.

Nel caso Grant<sup>103</sup> una dipendente di una società si è opposta alla decisione della stessa di negare riduzioni sui prezzi dei trasporti alla compagna del medesimo sesso, che erano state precedentemente concesse alle coppie di sesso opposto, sia unite da vincolo matrimoniale, sia conviventi di fatto.

Al punto 32 i giudici hanno ritenuto che *sebbene per taluni di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso venga equiparata al matrimonio, benchè in modo incompleto, nella maggior parte degli Stati membri essa non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori dal matrimonio se non per quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare.*

Inoltre la stessa Corte afferma in seguito che le norme nazionali, aventi lo scopo di tutelare la famiglia nel un trattamento "più favorevole alle persone sposate e alle persone di sesso opposto conviventi *more uxorio*, rispetto alle persone conviventi dello stesso sesso, non contrastano né con il diritto comunitario, né con l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta le discriminazioni fondate sul sesso.

Per avvalorare l'insussistenza del contrasto tra il regolamento aziendale impugnato e la normativa in materia di discriminazione fondata sul sesso, la Corte ai punti 27 e 28 sottolinea che la condizione prevista per la concessione del beneficio *de quo*, non può costituire una discriminazione fondata sul sesso *dal momento che essa si applica allo stesso modo ai lavoratori di sesso femminile e a*

---

<sup>103</sup>Corte di giustizia, Sentenza 17 febbraio 1998, in causa C-249/96, Lisa Jaqueline Grant c. South-West Trains Ltd, in Raccolta 1998. Tra i commenti alla sentenza vedi: Guiguet J. (1999), *Le droit communautaire et la reconnaissance de partenaires de meme sexe*, in Cahiers droit eur; Pallaro P. (1998), *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in Dir. Com.sic.int.

*quelli di sesso maschile, dato che le riduzioni sono rifiutate a un lavoratore di sesso maschile se convive con una persona dello stesso sesso, allo stesso modo in cui sono rifiutate a un lavoratore di sesso femminile che convive con una persona dello stesso sesso.*

In tutte le successive pronunce, che riguardano in particolare la libertà di circolazione delle persone o disposizioni dello Statuto dei funzionari, si mantiene la distinzione tra coppie unite da vincolo matrimoniale e coppie di fatto, dal momento che il matrimonio è l'unico presupposto valido per il riconoscimento dell'esistenza di una famiglia, che possa usufruire di tutti i benefici previsti dalla normativa comunitaria.

Per quanto riguarda le unioni tra persone dello stesso sesso, nel caso D. e Svezia c. Consiglio<sup>104</sup>, si conferma l'atteggiamento assunto precedentemente.

Nel caso specifico un dipendente del Consiglio di nazionalità svedese, che aveva regolarmente registrato l'unione stabile con il compagno svedese, aveva chiesto di ottenere per il suo partner il beneficio dell'assegno di famiglia, previsto dallo Statuto per i funzionari delle Comunità, regolarmente sposati con persone di sesso diverso.

La Corte nel punto 50 della sentenza ha escluso la possibilità di equiparare il dipendente registrato come *partner* di un'unione stabile in uno Stato membro al dipendente coniugato ai fini dell'applicazione dello Statuto sopra citato.

Nel caso contrario, ha ribadito la Corte nei punti 32 e 38 della motivazione, una interpretazione estensiva della norma avrebbe potuto comportare un aumento dei suddetti benefici e determinare conseguenze giuridiche e finanziarie, che solo il Legislatore comunitario, attraverso modifiche *ad hoc* della normativa, avrebbe potuto consentire.

---

<sup>104</sup>Corte di giustizia, sentenza 32 maggio 2001, nelle cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, D e Regno di Svezia c. Consiglio, in Raccolta 2001. Tra i commenti alla decisione si vedano in proposito: Caracciolo di Torella E. (2002), *Reid, the changing shape of the "European family" and fundamental rights*, in Eur. Law rev.; Calò E. (2002), *La Corte di giustizia assediata dalle convivenze*, in Riv. not.; Rottola A. (2004), *La valutazione internazionalprivatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in Dir. Un. Eur.

Si segnala che tale Statuto del personale è stato successivamente modificato<sup>105</sup> nel senso di prevedere un' estensione di alcuni benefici, prima ad esclusivo appannaggio delle coppie sposate ed eterosessuali, anche alle unioni registrate riconosciute in uno Stato membro come unioni stabili, non incestuose né poligame, in cui i partner non possono contrarre matrimonio, in quanto non soddisfano le condizioni per la validità dell'atto stesso.

Da tale assunto sembrerebbe possibile ritenere che siano comprese in quest'ultima categoria anche le coppie omosessuali e tutte le coppie eterosessuali che non possono contrarre un matrimonio valido, per la sussistenza di altri impedimenti indipendenti dal sesso dei *partner*.

Occorre segnalare che dal testo dell'emendamento non è specificato lo Stato membro che riconosce l'unione registrata, pertanto potrebbe essere sia quello della cittadinanza e/o della residenza abituale, ma anche quello in cui avviene la registrazione.<sup>106</sup>

In considerazione delle importanti novità introdotte e riprendendo la sentenza D. e Svezia, nel caso specifico all'unione registrata si sarebbe potuto applicare anche la

---

<sup>105</sup> Regolamento (CE, Euratom) n. 723 del Consiglio del 22 marzo 2004 che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità in G.U.C.E., L. 124 del 27 aprile 2004, in particolare all'ottavo considerando si legge: «*I funzionari che vivono in unioni di fatto riconosciute da uno stato membro come unioni stabili e che non hanno accesso giuridico al matrimonio devono beneficiare degli stessi vantaggi delle unioni matrimoniali*». Tuttavia occorre segnalare che tale estensione si riferisce in modo esplicito ai soli assegni familiari, ma non al regime di assicurazione malattia, né ad altre esenzioni.

<sup>106</sup> A tal proposito si vedano i punti i) e iv) dell'art. 1, par.2, lett. C dell'allegato VII che consentono l'estensione dell'assegno familiare al funzionario registrato come partner di un'unione di fatto nel caso in cui:

*«la coppia fornisca un documento ufficiale riconosciuto come tale da uno stato membro, attestante la condizione di membri di un'unione di fatto;..la coppia non abbia accesso al matrimonio civile in uno stato membro; si considera che una coppia ha accesso al matrimonio civile ai fini del presente punto unicamente nel caso in cui i due partner soddisfino l'insieme delle condizioni fissate dalla legislazione di uno stato membro che autorizza il matrimonio di tale coppia.»*

legge svedese (legge sulla cittadinanza comune e del luogo in cui è avvenuta la registrazione).<sup>107</sup>

E' significativo segnalare che tale atteggiamento di maggior apertura nella modifica dello Statuto dei funzionari, trova un ridimensionamento nelle disposizioni contenute della Direttiva 2004/38/CE,<sup>108</sup> applicabile ai cittadini dell'Unione ed alle rispettive famiglie, che modifica il Regolamento n. 1612/68.

Infatti l'art. 2, par. 2, lett. B consente l'equiparazione al coniuge di un'unione regolarmente registrata in base alla legislazione di uno Stato membro, nel caso in cui lo Stato ospitante *equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione* dello Stato stesso.

Il risultato è che gli Stati membri più restii al cambiamento detengono la possibilità di impedire l'ingresso nel proprio ordinamento di unioni registrate valide secondo la normativa di un altro Stato membro.

Con riguardo alle due novità poc'anzi considerate, alcuni in dottrina<sup>109</sup> hanno osservato che il grado di riconoscimento accordato sembra maggiore nel momento in cui gli effetti economici ricadano sulla Comunità, rispetto al caso in cui tali effetti siano fatti ricadere su un singolo Stato membro, verso cui è esercitata la libertà di circolazione.

### **2.3 L'unione matrimoniale e gli effetti del suo scioglimento**

Anche se i provvedimenti citati evidenziano una graduale apertura verso l'equiparazione del partner registrato al coniuge, tuttavia l'interpretazione

---

<sup>107</sup> In proposito si veda Swennen F. (2006), *Atypical Families in EU (Private International) Family Law*, in Meeusen, Pertegas, Straetmans, Sween (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerp.

<sup>108</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che appunto modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 (in G.U.C.E., L. 158 del 30 aprile 2004).

<sup>109</sup> Si veda tra gli altri: Mengozzi P. (2004), *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e Diritto*.

comunitaria non è ancora giunta ad annoverare anche il partner omosessuale stabile, registrato o meno. Mentre si segnala che si è giunti ad un'inclusione in tal senso, nel caso in cui una delle due persone si sia sottoposta ad operazione chirurgica, al fine di cambiare i connotati sessuali.

Il primo caso in cui la Corte ha affrontato la questione del riconoscimento di tali diritti è stato deciso con la sentenza del 30 aprile 1996 in causa C-13/94,<sup>110</sup> in cui si è in particolare analizzato il problema della scelta di comparazione.<sup>111</sup>

Tale decisione è stata poi ripresa dall'Avvocato generale Jacobs che, nelle sue conclusioni presentate il 15 dicembre 2005, in causa C-423/04; Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, si è pronunciato sulla questione di conformità all'art. 4 n. 1 della direttiva 79/7/CEE del Consiglio del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza, in merito al rifiuto di uno Stato membro (Regno Unito) di riconoscere una pensione di anzianità a sessant'anni ad un uomo divenuto donna, considerato che la stessa persona, mantenendo il suo sesso originario (maschile), avrebbe dovuto *ex lege* proseguire per altri cinque anni la sua attività lavorativa.

Nella sentenza del 27 aprile 2006, dopo aver ribadito che spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona e che *il diritto di non essere discriminata in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza*, la Corte ha sottolineato *chetenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento del sesso dell'interessata*. Da ciò la stessa ha dedotto al punto 38 la contrarietà al diritto comunitario della normativa nazionale britannica.

---

<sup>110</sup>In Raccolta 1996.

<sup>111</sup> Si veda in proposito Campbell A., Lardy H. (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, in Eur. Law Rev.

Nella sentenza K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health<sup>112</sup>, la ricorrente della causa principale aveva da molti anni una relazione affettiva e di convivenza con R., una persona nata di sesso femminile e registrata come tale allo stato civile che, in seguito ad un'operazione di cambiamento di sesso, era diventata uomo, senza aver potuto tuttavia modificare il suo atto di nascita, a causa del divieto in tal senso posto dalla normativa britannica. Per tal ragione e, contrariamente alle loro volontà, K.B. ed R. non avevano potuto celebrare il matrimonio.

In mancanza di tale atto, l'ente previdenziale cui la lavoratrice era iscritta aveva informato K.B. che, nel caso in cui fosse deceduta prima di R., quest'ultimo non avrebbe potuto ricevere una pensione di reversibilità, in quanto il beneficio di tale prestazione era riservato al coniuge superstite.

In particolare, si è affermato che il Regno Unito non riconosce la qualità di coniuge in assenza del matrimonio, che può essere contratto soltanto da due persone registrate originariamente come uomo e donna.<sup>113</sup>

La Corte in tale pronuncia afferma il diritto dei transessuali di sposarsi, prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e infatti al punto 33 sottolinea che:*la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso e che dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengono allo stesso sesso, dato che la normativa del regno unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale, costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU.*

---

<sup>112</sup>Corte di giustizia 7 gennaio 2004, in causa C-117/01 in raccolta 2004.

<sup>113</sup> Per i commenti a tale pronuncia si vedano: Tomasi L. (2004), *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in Riv. dir. Int. Priv. Proc.; Morozzo Della Rocca P. (2004), *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazioni dei transessuali*, in Europa e Dir. Priv.; Battaglia E. (2004), *"Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in Dir. Un. Eur.

Si noti che, nonostante la sinteticità della motivazione della sentenza, non si può affermare che il giudice comunitario abbia rinunciato ad esprimere una posizione comunitaria autonoma sulla nozione di famiglia, operando un rinvio “materiale” alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Piuttosto è corretto inserire tale richiamo all’interno del consolidato metodo di individuazione di un principio generale di diritto comunitario, dedotto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e della CEDU.<sup>114</sup>

La Corte dunque si pronuncia sulla normativa di uno Stato membro, relativa ai requisiti per contrarre matrimonio, riconoscendo tuttavia di non avere alcuna competenza in materia di stato civile e giustificando il proprio intervento a causa dell’incidenza diretta che il divieto di modificare i registri pubblici inglesi esercita sull’attuazione del divieto di discriminazioni, fondate sul sesso in ambito lavoristico, fissato nelle fonti originarie e derivate del diritto comunitario.

In particolare, la stessa al punto 34 si riferisce al diritto del coniuge (anche transessuale) di percepire la retribuzione e quindi anche la pensione di reversibilità, senza essere discriminato in base al sesso. Tale diritto è tutelato appunto dall’art. 141 CE e dalla Direttiva 75/117/CEE del 10 febbraio 1975, sul principio di parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

Nel corso del tempo, così come affermato nel punto 35, la Corte si è ritagliata la possibilità di comparare le disposizioni nazionali in materia con il diritto comunitario, anche se al punto 35 della motivazione ha affermato in modo categorico che: *spetta agli Stati membri determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso..come peraltro riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.*

E’ stato osservato che la Corte ha individuato degli standard minimi, necessari al fine di riconoscere l’esistenza del vincolo matrimoniale, rilevante per il diritto comunitario.

---

<sup>114</sup> In tal senso si veda Tomasi L., *Le coppie non tradizionali*, Op.cit.

Innanzitutto tale vincolo deve riguardare solo persone appartenenti a sessi diversi, indipendentemente dal fatto che tale diversità sia originaria o acquisita tramite intervento chirurgico, come analizzato poc'anzi; inoltre gli Stati membri hanno l'onere di verificare che lo stesso rapporto tra i partner non sia fittizio, cioè posto in essere al solo scopo di eludere la normativa vigente in materia di entrata e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi.

In tale ambito, così come si desume dalla lettura della sentenza *Carpenter*<sup>115</sup> è fondamentale che l'analisi delle circostanze di fatto mettano in evidenza che sussiste un effettivo impegno da parte di entrambi i partner ad assumersi le reciproche responsabilità, verso entrambi e l'eventuale prole.

Nel caso specifico, la circostanza di condurre da parte di una moglie filippina di un cittadino britannico *una vita familiare effettiva occupandosi in particolare dei figli di suo marito nati da un precedente matrimonio*, ha consentito ai giudici di dedurre la genuinità del vincolo stesso.

Successivamente nella sentenza *Akrich*<sup>116</sup> la Corte sostiene che *i motivi che hanno potuto spingere un lavoratore di uno Stato membro a cercare un'occupazione in un altro Stato membro sono irrilevanti per quel che riguarda il diritto del lavoratore ad accedere e a soggiornare nel territorio di quest'ultimo Stato, sempre che l'interessato svolga o intenda svolgere un'attività reale ed effettiva e non sono pertinenti neppure per valutare la situazione giuridica della coppia al momento del ritorno dello Stato membro di cui il lavoratore è cittadino*, pertanto avranno un peso nella decisione, soltanto le circostanze relative alla vita di coppia e familiare.

---

<sup>115</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 2002, in causa C-60/00, in Raccolta 2002. È significativo sottolineare che i requisiti indicati dalla Corte, che caratterizzano un matrimonio "autentico", sono le stesse che sono state desunte dall'analisi delle circostanze di fatto nella summenzionata sentenza *Eyup*, in cui la prova di un'interrotta vita comune ha consentito la coabitazione di fatto al vincolo del matrimonio.

<sup>116</sup> Corte di giustizia, sentenza 23 settembre 2003, in causa C-109/01, *Secretary of state for the Home department c. Akrich*, in Raccolta 2003.

La Corte pone però come condizione<sup>117</sup> che il cittadino extracomunitario possieda una *residenza legale*<sup>118</sup> nello Stato membro di origine del cittadino, prima dell'esercizio delle libertà garantite dal Trattato.

Occorre ricordare che ulteriori elementi per valutare la “genuinità” del matrimonio sono contenute in una risoluzione approvata dal Consiglio nel 1997<sup>119</sup>, in cui si fa riferimento alle circostanze che le due persone: non si siano mai incontrate prima del matrimonio; non commettano errori sui loro dati personali e sulla circostanza in cui si sono conosciuti; non parlino una lingua incomprensibile per entrambi; non abbiano celebrato il matrimonio in seguito allo scambio di una somma di danaro<sup>120</sup>.

E' interessante segnalare che alcuni requisiti che sembrano qualificanti ai fini dell'autenticità del vincolo, ad esempio la coabitazione non sono presi in considerazione dai giudici. Così nella sentenza Diatta<sup>121</sup> è affermata l'irrelevanza della coabitazione dei coniugi ed anche il fatto che essi abbiano espresso la volontà di addivenire ad un divorzio, senza però aver agito in tal senso seguendo le procedure previste.

---

<sup>117</sup> La stessa condizione è ritenuta necessaria dall'Avvocato Generale Geelhoed, nelle conclusioni presentate il 27 aprile 2006 in merito alla causa C-1/05, Yunying Jia c. Migrationsverket per un caso di ricongiungimento del genitore del coniuge di un cittadino di uno Stato membro residente in un altro stato membro, economicamente dipendente dall'ultimo.

<sup>118</sup> In senso critico sulla residenza legale del coniuge cittadino di uno Stato terzo si veda: Plender R. (2004), *Quo vadis? Nouvelle orientation des règlessur la libre circulation des personnessuivantl'affaireAkrich*, in Cahiers dr., eur.

<sup>119</sup> Risoluzione del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi in G.U.C.E., C 382 del 16 dicembre 1997. Preceduta da un'altra risoluzione del 1 giugno 1993 sul ricongiungimento familiare (SN 2828/1/93 WGI 1497).

<sup>120</sup> Sono ovviamente escluse le somme devolute a titolo di dote, qualora si tratti di paesi terzi in cui vige tale prassi.

<sup>121</sup> Corte di giustizia, 13 febbraio 1985, in causa 267/83, Diatta c. Land Berlin, in Raccolta 1985. Si veda in proposito anche la sentenza della Corte del 7 luglio 1992 in causa C-370/90, Immigration Appeal Tribunal c. Singh, in Raccolta 1992.

Pertanto è soltanto nel caso di divorzio, che si determina la revocadi tutte le posizioni soggettive riferite al coniuge in quanto tale e, *in primis*, nel caso trattasi di cittadino di un Paese terzo, il diritto di soggiorno.<sup>122</sup>

La competenza a regolare poi i diritti dei coniugi nelle cause di divorzio spetta ancora agli Stati membri. Tale assunto trova conferma in una ormai risalente pronuncia della Corte nel caso Johannes<sup>123</sup>, in cui nel decidere in merito alle pretese dell'ex coniuge risultanti dall'eventuale compensazione dei diritti a pensione, regolate dalla legge sostanziale di cittadinanza comune, si ribadisce l'attribuzione agli Stati membri della competenza a conoscere questioni inerenti il diritto di famiglia.

Tali assunti hanno trovato un successivo ridimensionamento con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e alla luce dell'introduzione del Titolo IV CE.

A conferma di tale *trend* l'emanazione da parte Consiglio del Regolamento CE n. 1347/2000, (detto "Bruxelles II") sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi,<sup>124</sup> e dal successivo Regolamento del Consiglio CE n. 2201/2003 sulla giurisdizione e il riconoscimento delle decisioni in materia

---

<sup>122</sup> Pertanto al coniuge è riconosciuto: il diritto di soggiorno nella legislazione in materia di libera circolazione delle persone, di immigrazione e di asilo, come risulta ad esempio nell'art. 2.2 della Direttiva 2004/38/CE del parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68; o nella Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto di ricongiungimento familiare; nell'art. 2, lett. E e della Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 sullo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; nell'art. 2 lett. H della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, sull'attribuzione ai cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale.

<sup>123</sup> Corte di giustizia, 10 giugno 1999, in causa C-430/97, Johannes c. Johannes, in Raccolta 1999.

<sup>124</sup> Tra i molti commenti in dottrina si vedano: Ancel B. (2001), Muir Watt H. (2001), *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Revue critique*; Bonomi A. (2001), *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. Int.*; Gaudemet-Tallon H. (2001), *Le Règlement n. 1347 du Conseil du 29 mai 2000*, in *Clunet*; Mosconi F. (2001), *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. Proc.*

matrimoniale e di responsabilità genitoriale (detto “Bruxelles II-bis”),<sup>125</sup> che sancisce la “*libera circolazione delle decisioni*” che sanciscono lo scioglimento del matrimonio (Si veda infra Capitolo 3).

Successivamente, come si vedrà, la Commissione ha avviato una riflessione in materia di divorzio e il 14 marzo 2005 ha pubblicato il Libro Verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in tale materia.<sup>126</sup> Al termine del processo consultivo, il 17 luglio 2006 la Commissione ha presentato una proposta di Regolamento del Consiglio, che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale ed introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale.

Obiettivo generale della proposta è istituire un quadro normativo chiaro e completo in materia matrimoniale nell’Unione europea e garantire ai cittadini soluzioni adeguate, per quanto attiene alla certezza del diritto, alla prevedibilità e all’accesso alla giustizia.

Tale documento di cui si darà conto più ampiamente nel Capitolo 3 (in materia di cooperazione giudiziale in materia civile), introduce norme di conflitto armonizzate in materia di divorzio e separazione personale, per permettere ai coniugi di prevedere facilmente quale legge si applicherà al procedimento matrimoniale.

---

<sup>125</sup> In dottrina si rimanda a: Baratta R. (2004), *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova; Biagioni G. (2004), *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. dir. int.; Carbone S. (2004), *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale*, in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano; Conti R. (2004), *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in Fam. Dir.; McEavey P. (2004), *Brussel II-bis: Matrimonial Matters; Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in Int. Comp. Law Quart.

<sup>126</sup> Su di esso si vedano il parere del comitato economico e sociale approvato il 28 settembre 2005 ed il documento elaborato per conto della Commissione a cura del T.M.C. Asser Institut del dicembre 2002 dal titolo “*Practical Problems Resulting from the Non-Harmonisation of Choice of Law Rules in Divorce Matters*”; inoltre Tonolo S. (2005), *Il libro Verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in Riv. Dir. Int.

La norma proposta si basa innanzitutto sulla scelta dei coniugi, che è limitata alle leggi con cui il matrimonio presenta uno stretto legame. In mancanza di scelta, la legge applicabile è determinata in base ad una serie di criteri di collegamento, diretti a garantire che il procedimento matrimoniale sia disciplinato nell'ordinamento giuridico con cui il matrimonio presenta un legame stretto.

Al fine di migliorare l'accesso alla giustizia nei procedimenti matrimoniali, la possibilità di scegliere l'autorità giurisdizionale competente per i procedimenti di divorzio o separazione personale ("proroga"), facilita l'accesso alla giustizia dei coniugi di nazionalità diversa.

La norma sulla proroga si applica sia che la coppia viva in uno Stato membro, sia in uno Stato terzo. La proposta inoltre risponde specificatamente all'esigenza di garantire l'accesso alla giustizia dei coniugi di nazionalità diversa che vivono in uno Stato terzo.

A livello di singoli Stati membri la varietà e diversità delle scelte di politica legislativa in tale materia, confluite nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato nazionale, ha rappresentato all'oggi uno dei maggiori ostacoli alla libera circolazione delle coppie sposate, che intendevano sciogliere il vincolo matrimoniale. Ad aggravare tale situazione, la previsione dell'art. 3 del Reg. CE n. 2201/2003, di sette fori alternativi per instaurare una causa matrimoniale, attribuendo al coniuge che intraprende tale azione di scegliere il foro più favorevole.

Successivamente si darà conto delle importanti novità introdotte soprattutto dall'articolo 81 del TFUE, nel tentativo di risolvere tali questioni nella materia delle cause matrimoniali.

#### **2.4 I figli e la condizione di dipendenza dalla famiglia**

Dall'analisi della giurisprudenza, emerge che la Corte, pur rimandando in alcuni casi alla legislazione degli Stati membri la definizione di alcune nozioni in

materia di diritto familiare, generalmente si affida all'interpretazione "autonoma" dei concetti contenuti negli atti comunitari, di cui si accennava sopra, arrivando anche ad estenderli ad altre fattispecie seguendo il criterio dell'equità.<sup>127</sup>

Un chiaro esempio di tale modalità è rappresentato dalla nozione di figlio a carico, fornita dai giudici di Lussemburgo, che nell'ambito della normativa riferita al ricongiungimento familiare hanno sottolineato il fatto che la stessa condizione *non presuppone neppure l'esistenza di un diritto agli alimenti*, perché ciò presupporrebbe il riferimento alle singole normative nazionali e conseguentemente un'applicazione non uniforme del diritto comunitario.

Le parole espresse nella sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1987, in causa Centre Public d'Aide Sociale de Courcelles c. Marie-Christine Lebon,<sup>128</sup> sono particolarmente esemplificative. Il familiare a carico è definito colui *il cui sostegno è fornito dal lavoratore, senza che sia necessario determinare i motivi, né chiedersi se l'interessato sia in grado di provvedere a se stesso esercitando un'attività retribuita (punto 22)*.

In base a tale ragionamento e, come è stato dimostrato in altre pronunce, non sono rilevanti neppure altre condizioni, tra cui ad esempio la convivenza.<sup>129</sup>

La *dipendenza* va valutata caso per caso e risulta da una situazione di fatto, cioè dall'effettivo sostegno corrisposto alla prole nel soddisfare bisogni essenziali.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Nella sentenza Reed citata è stata posta in essere tale estensione, facendo leva su una interpretazione estensiva attribuita al concetto di "vantaggio sociale" contenuta nell'art. 7 n. 2 del regolamento n. 1612/68, che ha permesso alla Corte, pur in un altro caso, di riferire alla legge dello stato ospite anche le condizioni a cui il lavoratore migrante può fruire delle riduzioni dei prezzi di trasporto a favore delle "famiglie numerose". Nella citata sentenza D. e Svezia c. Consiglio per le unioni validamente registrate tra persone dello stesso sesso, la Corte ha fatto applicazione indiretta della legge dello stato in cui è avvenuta la registrazione, pur rifiutando un'assimilazione alla nozione autonoma di matrimonio come unione civile tra persone di sesso opposto.

<sup>128</sup> Sentenza del 18 giugno 1987, causa n. 316/85, in Raccolta 1987.

<sup>129</sup> Ad esempio ai fini della concessione di una indennità di disoccupazione ad un'aliquota maggiorata. Si veda in proposito Corte di giustizia 16 ottobre 2001, in causa C-212/00, Salvatore Stallone c. Office national de l'emploi (ONEM), in Raccolta 2001.

<sup>130</sup> Si veda Tribunale di primo grado, 11 luglio 2000, in causa T-134/99, Skrzypek c. Commissione, in Raccolta 2001.

Inoltre, dall'analisi delle circostanze di fatto può risultare che i figli siano mantenuti da più soggetti, così come nel caso Peroulakis, dove la Corte ha ritenuto che l'ex coniuge affidatario, pur mantenendo "principalmente" i figli, non era l'unico che espletava tale compito e che quindi anche all'altro genitore spettavano i benefici previsti dallo Statuto, nello specifico gli assegni familiari.

Al fine di garantire i benefici economici previsti dallo Statuto dei funzionari, nel caso di morte di uno dei due genitori, anche se l'evento riguarda il soggetto non dipendente, (sempre che il figlio sia stato riconosciuto ed abbia contribuito al suo mantenimento), si sono di fatto equiparati i figli di coppie non unite da vincolo matrimoniale e quelli delle coppie sposate.<sup>131</sup>

In tale caso l'interpretazione estensiva data allo Statuto è fornita al fine di proteggere l'interesse superiore dei figli al mantenimento, indipendentemente dalla sussistenza attuale del vincolo matrimoniale.

In linea con tale ragionamento, la nozione di *familiare* è stata accordata anche ai figli del coniuge avuti da un precedente matrimonio, come è affermato nella sentenza *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*.<sup>132</sup>

La stessa inclusione del figlio nato da un precedente matrimonio all'interno della famiglia si ritrova anche nel caso *Baumbast e R.*, in cui è espressamente riconosciuto lo *status* di figli a carico ai discendenti del coniuge del lavoratore migrante, non cittadini dell'Unione, ai fini dell'acquisizione del diritto di soggiorno nello Stato dove è stabilito il patrigno.

Al contrario nel caso *Diaz Garcia*,<sup>133</sup> il Tribunale ha escluso l'equiparazione del figlio della concubina di un ufficiale ad un figlio a carico avuto dal coniuge (o ex

---

<sup>131</sup> Si veda in proposito Tribunale di primo grado, sentenza 30 gennaio 1999, in causa T-307/00 C. c. Commissione, in Raccolta, funz. pubbl. 2003.

<sup>132</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno luglio 2002, in causa C-60/00 in Raccolta 2002. Per i commenti sulla stessa si vedano in particolare: Valentino L., *La tutela del coniuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della "famiglia" dei diritti fondamentali*, in Dir. pubbl. comp. Eur., 2002; Acierro R., *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in Dir. Un. Eur., 2002.

<sup>133</sup> Tribunale di primo grado nelle cause *Khouri c. Commissione* e *Diaz Garcia c. Parlamento*; rispettivamente la sentenza del tribunale di primo grado, del 18 dicembre 1992, in causa T-85/91,

coniuge), non avendo riscontrato l'esistenza di un nuovo matrimonio. In tal caso dunque si è interpretata in maniera restrittiva la sussistenza per il dipendente di un obbligo alimentare.<sup>134</sup>

Sembra evidente che mentre per la definizione di figlio a carico la Corte opera una interpretazione autonoma, per la definizione di familiari a carico, intervengono altre definizioni, per esempio la qualificazione delle obbligazioni alimentari (naturali o legali), per le quali occorre riferirsi alle norme di conflitto del foro competente, che ne hanno definito il contenuto specifico.

## 2.5 Verso il riconoscimento dei diritti soggettivi autonomi dei figli

Dall'analisi della giurisprudenza attraverso cui si è arrivati a definire la nozione comunitaria di figlio a carico, si delinea un modello di famiglia che possiamo qualificare "conservatore", costruito intorno alla figura del coniuge, padre, che esercita le libertà garantite dal Trattato, qualificato come "sponsor"<sup>135</sup> a favore dei membri della sua famiglia, al fine di ottenere vari benefici dal diritto comunitario. Sin dalle prime pronunce il coniuge ed i figli sono stati classificati come assolutamente dipendenti dal cd. "sponsor" e fruiscono delle prerogative ad esso attribuite, fintanto che le stesse non gli siano revocate o non siano più in essere. In altre parole godono di determinati diritti in quanto familiari e non *uti singuli*.

In linea con tale assunto, la Corte ha interpretato l'art. 12 del Regolamento n. 1612/1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della

---

Khouri c. Commissione in Raccolta 1992; causa T-43/90, Diaz Garcia c. parlamento ibidem. Si vedano in dottrina: Fallon P. (1998), *Droit familial et droit des Communautés européennes*, in *Revue trim. droit fam.*; Rottola A., *La valutazione internazionale-privatistica dei presupposti*, Op. cit.

<sup>134</sup>La Corte ha confermato tale interpretazione in diverse decisioni tra cui si ricorda: 7 giugno 1972, in causa 46/71, Brandau, in Raccolta 1972; 21 novembre 1974, in causa 6/74, Mouljin, in Raccolta 1974; 19 gennaio 1984, in causa 65/83, Erdini c. Consiglio, in Raccolta 1984; 23 marzo 1988 in causa 248/87, Mouriki c. Commissione, in Raccolta 1998.

<sup>135</sup> Si veda in proposito: Peers R., *Family Union and Community Law*, in Walker (ed.), *Europe's Area Freedom*, op. cit.

Comunità, affermando che *non può creare diritti a favore del figlio del lavoratore nato dopo che quest'ultimo abbia cessato di lavorare e risiedere nello Stato ospitante.*<sup>136</sup>

Occorre dire che tale impostazione è stata modificata nel corso del tempo, riconoscendo alcuni diritti soggettivi in capo al figlio, soprattutto in merito allo *status* di cittadino dell'Unione Europea e alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

Infatti nella sentenza Humer<sup>137</sup> la Corte ha attribuito ad una persona minorene che conviveva con la madre in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva il padre (lavoratore divenuto disoccupato), il diritto di ottenere un anticipo sull'assegno familiare dovuto, dallo Stato di stabilimento del padre. Secondo quanto affermato dai giudici *il diritto alla prestazione controversa trova origine nell'inadempimento dell'obbligo, gravante sul datore di lavoro, di mantenere la famiglia* e ciò anche se la legge non attribuiva alla ragazza la legittimazione, subordinandola alla residenza nello Stato, da cui si era dovuta allontanare per raggiungere la madre.

Sempre con riferimento all'art. 12 del Regolamento n. 1612/1968, nella sentenza Baumbast e R.<sup>138</sup> i giudici hanno ancora una volta interpretato in senso estensivo una disposizione di diritto derivato, riconoscendo il diritto allo studio in uno Stato ospite, al fine di tutelare l'interesse preminente del figlio all'istruzione, rispetto a quello dello Stato ospite di salvaguardia delle risorse economiche. Tanto più considerando irrilevante sia la circostanza che il matrimonio tra i genitori fosse sciolto, sia il fatto che soltanto un genitore fosse cittadino dell'Unione Europea e che quest'ultimo non fosse più lavoratore migrante nello stesso Stato membro.

---

<sup>136</sup> Si veda Corte di giustizia, 21 giugno 1988, in causa 197/86, Brown c. The Secretary of State for Scotland, in Raccolta 1988; 4 maggio 1995, in causa C-7/94, Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen c. Gaal, in Raccolta 1995. Sul punto si veda Mather A. (2005), *The Court of justice and the Union Citizen*, in Eur. Law Journal.

<sup>137</sup> Corte di giustizia, 5 febbraio 2002, in causa C-255/99, Humer, in Raccolta 2002, riportata con una breve nota anche in Eur. Journ. Social Security, 2002.

<sup>138</sup> Corte di giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-413/99, Baumbast e R. c. Secretary of State for the Home Department, in Raccolta 2002.

Si è osservato<sup>139</sup> che in tale circostanza il figlio assume la funzione di “*sponsor*” nei confronti del genitore affidatario, a cui è esteso il diritto di soggiorno, indipendentemente dalla sua nazionalità, al fine di agevolare l’esercizio del diritto riconosciuto al primo.

Tale ragionamento trova conferma anche nella successiva sentenza Chen,<sup>140</sup> in cui si è deciso, in merito alla posizione di una cittadina cinese, la quale partorendo in Irlanda, mirava ad ottenere sia la cittadinanza di quel paese per la nascita, ma soprattutto un permesso di soggiorno per sé e per la stessa figlia nel Regno Unito.

Secondo quanto esplicitato dalla Corte risulta *chiaro, infatti, che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno.*

Al cittadino minore è attribuito il diritto a soggiornare a tempo indeterminato nello Stato membro ospitante e il genitore a cui è affidato gode dello stesso diritto, a meno che il minore non sia coperto da un’adeguata assicurazione per la malattia e non sia a carico di detto genitore.

Occorre dire che l’interesse del figlio a circolare insieme al genitore straniero è comunque condizionato alla circostanza che ciò non diventi un onere economico per lo Stato ospitante.

---

<sup>139</sup>Dougan M., Spaventa E. (2003), *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under article 18 EC*, in Eur. Law Rev.; Lang A. (2003), *Libera circolazione delle persone in ipotesi atipiche*, in Dir. pubbl. comp.eur.

<sup>140</sup>Corte di giustizia, 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, Kunquian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department, in Raccolta 2004.

## 2.6 La tutela del nome di famiglia e il riconoscimento di *status familiari*

Dalla lettura e dall'analisi delle ultime pronunce, sembra di poter affermare che la giurisprudenza della Corte, in seguito ai cambiamenti intercorsi nel contesto sociale, si è progressivamente evoluta verso una nuova tipologia di famiglia.

I componenti della stessa sono titolari, *uti singuli*, di un numero sempre più consistente di situazioni soggettive e di ulteriori posizioni di vantaggio, nel caso in cui rientrano nel modello di famiglia tradizionale e in alcuni casi, anche quando sono membri di una famiglia atipica, sempre che ciò non comporti oneri finanziari per gli Stati membri.

A tali prerogative si aggiunge anche il diritto dei giovani di portare il nome di famiglia in ogni Stato membro.<sup>141</sup> La Corte in un numero consistente di pronunce ha attribuito al diritto al nome il valore di diritto fondamentale *quale risulta dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario*.

Si vedano in tal senso in particolare il caso *Kostantinis*<sup>142</sup>, in cui i giudici hanno optato per l'incompatibilità con la libertà di stabilimento della normativa nazionale che regola la trascrizione in caratteri latini di un nome ellenico, se la traduzione produce l'effetto di confusione per i clienti potenziali del cittadino greco, prestatore di servizi in Germania, che è lo Stato di stabilimento<sup>143</sup>.

La medesima natura fondamentale del diritto al nome, legata alla salvaguardia della dignità umana, è confermata dalla Corte nella sentenza *Grado e Bashir*.<sup>144</sup>

Inoltre nel caso *Garcia Avello*<sup>145</sup> la stessa ha stabilito che gli artt. 12 e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al diniego opposto dal Belgio ad una richiesta di cambiamento di cognome per i figli minorenni ivi residenti ed in

---

<sup>141</sup> Si veda Tonolo S. (2004), *La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in Riv. dir. int. priv. proc.

<sup>142</sup> Corte di giustizia, 30 marzo 1993, in causa C-168/1991, in Raccolta, 1993.

<sup>143</sup> Jayme E. (1994), *Cognome e protezione dell'identità della persona*, in Riv. dir. civ..

<sup>144</sup> Corte di giustizia, 9 ottobre 1997, in causa C-291/96, in raccolta 1997.

<sup>145</sup> Corte di giustizia 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello c. Belgio*, in raccolta 2003.

possesso anche della cittadinanza spagnola, dal momento che *la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro.*

In tale pronuncia si è utilizzato il principio di non discriminazione. Tale discriminazione in base alla nazionalità era giustificata dal Belgio, facendo riferimento al *principio dell'immutabilità del cognome in quanto strumento destinato a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone.* La Corte tuttavia ha rilevato che tale principio non era indispensabile, *a causa della vastità dei flussi migratori all'interno dell'Unione, la filiazione non può essere necessariamente valutata nella vita sociale di uno Stato membro con il metro del solo sistema applicabile ai cittadini di quest'ultimo stato* e che il prevedere, da parte dell'ordinamento spagnolo l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, rende in realtà più evidente il rapporto di filiazione.<sup>146</sup>

Recentemente la Corte è stata adita nuovamente in merito alla compatibilità tra il diritto comunitario e una normativa di uno Stato membro, avente ad oggetto la determinazione del cognome di un minore, non legato all'esercizio delle libertà garantite dal Trattato.

Il minore in questione era nato da due conviventi di nazionalità tedesca in Danimarca, ove aveva abitato principalmente dalla nascita insieme ai genitori, fintanto che la madre aveva stabilito la sua residenza nello stesso Stato con lui, mentre il padre era tornato in Germania, ove lo ospitava abitualmente.

Sul suo certificato di nascita in Danimarca è stato registrato il cognome "Grunkin-Paul" ai sensi della legge sostanziale danese, applicabile in forza delle norme di conflitto danesi, che stabiliscono il cognome sulla base del criterio del domicilio.

Il problema di compatibilità con il diritto comunitario è determinato nei confronti delle norme di conflitto tedesco, poiché i genitori hanno richiesto la registrazione

---

<sup>146</sup> Per un commento si veda: Ballarino T., Ubertazzi B. (2004), *On Avello and Others. A New Departure in the Conflict of Laws?*, in *Yearbook of Private International Law*, VI; Palmieri G. (2004), *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Europa e dir. priv.*

del figlio presso le autorità tedesche, con lo stesso doppio cognome attribuitogli in Danimarca. Tali autorità hanno rifiutato di riconoscere tale nome in forza della normativa tedesca applicabile in quanto legge della nazionalità, che impone la necessaria alternativa tra il cognome del padre e quello della madre. L'opzione in mancanza di accordo viene rimessa al genitore indicato dal Familiengericht, che ha sollevato la questione di interpretazione pregiudiziale innanzi alla Corte.

Il caso assume inoltre caratteri particolarmente interessanti per il diritto comunitario, dal momento che non c'è coincidenza tra lo Stato della residenza abituale con quello della nazionalità acquistata nel momento della nascita.

A differenza di quanto affermato nella causa Garcia Avello, secondo la tesi dell'Avvocato generale, non si perpetra una discriminazione riferita alla cittadinanza, ma sulla natura del diritto al nome, che rappresenta un *elemento fondamentale dell'identità e della vita privata, la cui tutela è ampiamente riconosciuta dalle costituzioni nazionali e nei trattati internazionali*. Da tale premessa si deduce l'incompatibilità tra i diritti di cui gode un cittadino dell'Unione europea, con la normativa di conflitto che prevede per i bipoliti un nome diverso, rispetto a quello che risulta dai registri dello Stato membro, in cui sono nati e risiedono.

Si segnala tuttavia, che nonostante l'importanza della questione di diritto, tale caso non è giunto a decisione, la Corte ha infatti dichiarato la propria incompetenza per mancanza di legittimazione dell'organo remittente (Amtsgericht Niebull), che non è stato ritenuto un giudice ai sensi dell'art. 234 Ce, ma un organo che svolge mere funzioni amministrative<sup>147</sup>.

Dalle considerazioni svolte dalla Corte e dal confronto con le altre pronunce la dottrina maggioritaria ha ritenuto che le suddette questioni possono essere ricondotte nell'ambito del riconoscimento di atti pubblici dello Stato civile di

---

<sup>147</sup> Cfr la sentenza 27 aprile 2006, in Riv. dir. int. Priv. proc., 2006. La Corte cita in particolare le sentenze 17 settembre 1997, in causa C-54/96, Dorsch Consult, in Raccolta, 1997; 21 marzo 2000 nelle cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a., 1997; 14 giugno 2001, in causa C-178/99, Salzmann 2001; e 15 gennaio 2002 in causa C-182/00, Lutz e a.

provenienza comunitaria, che permette ai cittadini dell'Unione di circolare nello spazio europeo con il relativo nome e cognome attestati da un'autorità autorizzata dalla legge.<sup>148</sup> Si mette così in risalto l'elemento volontaristico della scelta dello stato in cui effettuare la prima registrazione.

In linea con tale scelta il testo della convenzione sul riconoscimento dei nomi firmata ad Antalya il 16 dicembre 2005, emanato dalla Commissione internazionale dello stato civile.

Vi è al contempo una lettura contraria che individua nelle considerazioni esplicitate dalla Corte, una conferma che le norme di conflitto comunitarie sono volte alla realizzazione dei valori materiali contenuti nei principi costituzionali comuni agli Stati membri, nei principi generali della Comunità e nella salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

Ciò porterebbe ad escludere che il diritto internazionale privato comunitario tende a produrre soluzioni uniformi, ma al suo interno dovrebbe trovare applicazione principale il principio dello Stato di origine,<sup>149</sup> funzionale comunque alla realizzazione del mercato interno<sup>150</sup>.

Pertanto il concetto di diversità, secondo tale posizione, sarebbe un valore aggiunto e per tanto non impedirebbe l'esercizio delle libertà fondamentali.

Seguendo tale logica diverrebbe anche inutile il lavoro posto in essere dalla Corte, al fine di uniformare i diversi modelli familiari, nel tentativo di creare uno standard unico e comune; infatti il principio del mutuo riconoscimento così interpretato impone il riconoscimento reciproco degli status acquisiti.

---

<sup>148</sup> In merito al riconoscimento degli atti di stato civile si veda ancora le sentenze del 30 marzo 1993, in causa C-336/94, Dafeki, cit., su cui si veda ultimo Fallon P. (2007), *Constraints of internal market law on family law*, in Meeusen, Pertegas, Straetmans, Swennen (eds.).

<sup>149</sup> Sul principio dello stato di origine si rinvia tra i molti contributi in particolare a Fallon P., Meeusen J. (2002), *Private International law in the european Union and the exception of mutual recognition*, in Yearbook Priv. Int. Law; Rossolillo G (2002), *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*; Padova.

<sup>150</sup> Si veda Munari F., *La ricostruzione dei principi*, op. cit.

Secondo altri, tale suddetto principio, pur in assenza di una normativa derivata di diritto internazionale privato della famiglia, sarebbe insito nello stesso concetto di cittadinanza dell'Ue (art. 17 CE).

Il principio in esame influenzerebbe altresì le norme di conflitto statali, svolgendo una funzione di norma speciale di coordinamento che *opera come un limite strutturale al potere degli Stati membri di regolare conflitti di legge "interlocali"*<sup>151</sup>. Un rafforzamento ulteriore sarebbe poi attribuito dall'obbligo di collaborazione tra gli Stati (art. 10 Tce)

In applicazione ai suddetti principi, ad esempio, lo Stato ospitante la cui legge non contempla l'unione registrata, dovrebbe riconoscerla e attribuire gli effetti da essa derivanti al cittadino di un altro Stato membro, a meno che non sussistano ragioni di ordine pubblico che ostano a ciò.

In tale ottica il mutuo riconoscimento si configura come un principio che agisce in via d'eccezione all'applicazione di una norma di conflitto del foro, che entra in gioco a posteriori, così come la clausola dell'ordine pubblico, agendo però, a differenza di questa, per evitare di applicare non solo le norme straniere, ma anche quelle che rappresentano un ostacolo alla realizzazione del mercato interno.

## **2.7 Prospettive future nell'estensione delle prerogative riconosciute ai membri della famiglia**

Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, allo stato attuale sembra difficile ipotizzare l'adozione generalizzata del principio del reciproco

---

<sup>151</sup> Così Baratta R. (2004), *Scioglimento ed invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Padova, che tra le conseguenze derivanti dall'applicazione di tale principio anche l'obbligo per "l'ordinamento di ricezione dello status" di astenersi da qualsiasi sindacato o controllo delle norme di conflitto dello stato di origine così come del contenuto del diritto materiale dello stesso.

A sostegno di questa affermazione è posta la sentenza Dafeki. Inoltre, detta sentenza, letta congiuntamente a Garcia Avallo sembrerebbe suggerire l'estensione del riconoscimento degli status che abbiano la loro fonte sia direttamente nella legge, sia in un negozio giuridico documentato in un atto pubblico prodotto da un organo giurisdizionale o amministrativo.

riconoscimento anche degli *status* personali e familiari senza che vengano prima chiariti sotto un primo profilo le condizioni e le modalità con cui debba avvenire.

Si ritiene infatti innanzitutto che vi debba essere un legame su cui si basa il mutuo riconoscimento, ad esempio la residenza abituale.

Nel caso di un'unione tra omosessuali, tale collegamento non potrebbe sussistere nel caso di registrazione di un'unione in uno Stato, quando la coppia risiede in un altro Stato membro che non riconosce l'istituto dell'unione registrata.

Nel caso specifico di riconoscimento di istituti ignoti, la soluzione è stata identificata nella comparazione ed assimilazione ad istituti che hanno caratteri simili, di volta in volta verificati.<sup>152</sup>

Si prevede inoltre sulla base del principio della libera circolazione, nonché dei principi generali del diritto comunitario, che il riconoscimento spieghi effetti limitati nei confronti delle posizioni soggettive attribuite a quello status dall'ordinamento in cui nasce e al quale viene riferito.<sup>153</sup>

Gli effetti attribuiti non possono essere né aumentati né diminuiti rispetto a quelli originariamente assegnati.

Non tutti gli *status* riferiti ad un determinato istituto dello Stato del riconoscimento sono estensibili a quelli di un altro Stato. Si dovrà valutare attentamente in che modo tali status sono compatibili con le norme vigenti in un altro ordinamento giuridico.

---

<sup>152</sup> A tale scopo, con riferimento ancora alle unioni registrate, ad esempio, si è suggerita una distinzione tra quelle costruite sul modello del matrimonio (come nei Paesi Bassi, Germania, Svizzera) e quelli che sono riconducibili alle obbligazioni contrattuali, come i PACS francesi e la convivenza legale belga.

<sup>153</sup> Tale limite deriva dall'applicazione alla materia degli statuti personali e familiari della giurisprudenza sviluppata dalla Corte nel settore della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi tra cui si ricordano in particolare le sentenze 1 febbraio 2001, in Causa C-108/96, MacQuen, in Raccolta, 2001 e 23 novembre 2000, in Causa C-421/98, Commissione c. Spagna, 2000. Citando tale giurisprudenza Munari F., *La ricostruzione dei principi*, cit., parla di "anticorpi" di cui sarebbe dotato il sistema comunitario per limitare il funzionamento del principio dello stato d'origine che:

*"non può comunque garantire all'interessato lo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quelle che, nello Stato ospite, sono consentite ai soggetti in possesso di status di cui trattasi secondo le leggi di tale ultimo Stato membro".*

Si opera in proposito un cd. test di equivalenza tra le normative applicabili, mantenendo come limite di operatività il ricorso al principio dell'ordine pubblico o i motivi imperativi di interesse generale.<sup>154</sup>

Proprio rispetto alle condizioni da cui dipende l'elargizione di questi benefici gli Stati hanno infatti sempre dimostrato una grande sensibilità che, insieme alla diversità dei valori giuridici posti alla base delle scelte legislative operate da ciascuno Stato membro nei settori delicati della famiglia e delle persone, ha costituito un ostacolo posto alla libera circolazione degli status familiari all'interno dell'Unione

Come più volte affermato, il freno che ha limitato la Corte nell'estendere ad esempio il concetto di coniuge al convivente stabile, con unione registrata o no o di sesso opposto o no è rappresentato dalle conseguenze economiche che si verificherebbero nel caso in cui si ampliasse l'elenco delle categorie protette.

Peraltro lo stesso spazio in cui possono agire i giudici della Corte è alquanto limitato, a causa della competenza attribuita agli Stati sul tema della libertà di circolazione delle persone.<sup>155</sup>

La Corte dunque, attraverso il suo incessante lavoro sta tentando di inserire la materia del diritto di famiglia tra le tematiche di *interesse comunitario*, fino ad arrivare ad intervenire, sulle scelte di politica legislativa degli Stati, restringendo sempre più le loro competenze.<sup>156</sup>

La giustificazione per effettuare interventi volti a garantire il rispetto dei diritti di tutti gli individui, indipendentemente dall'esercizio di attività a risvolto economico, ha avuto ed ha nel concetto di cittadinanza, nei diritti fondamentali

---

<sup>154</sup> Che ad esempio potranno essere opposti al riconoscimento di un matrimonio fittizio, stipulato al solo scopo di eludere la normativa comunitaria sull'ingresso e soggiorno, ma anche degli Stati membri allo scopo, ad esempio, di ottenere una serie di vantaggi sociali legati allo status familiare.

<sup>155</sup> La famosa sentenza Carpenter, cit., si riferisce in maniera efficace alla "*grammatica normativa limitata*" a cui è costretta la Corte. Vedi in proposito anche Tomasi L., *Le coppie non tradizionali*, op. cit.

<sup>156</sup> Rassolillo G. (2004), *Territorio comunitario, situazione interna all'ordinamento comunitario e diritto internazionale privato*, in Riv. dir. int.

dell'individuo, considerato come singolo e come parte di un nucleo familiare, una base molto solida.

Attraverso tale iter si è lentamente intrapresa la strada di riconoscere sempre più autonomia alla figura del genitore, titolare di un diritto soggettivo e svincolato dalla figura delmero sponsor.

Tuttavia resta ancora da affrontare e da aggiornare la nozione tradizionale di matrimonio, contenuta nell'ormai datata impostazione normativa comunitaria, forse una strada possibile sarà accogliere l'impulso riformatore recentemente giunto dalle istituzioni in diversi settori.

La Corte ha dimostrato nel corso degli anni di poter superare l'ostilità degli Stati verso il cambiamento che prevede ripercussioni sull'economia,<sup>157</sup> prevedendo soluzioni determinate sia dai fatti relativi alla causa,<sup>158</sup> sia dalla tutela del soggetto svantaggiato.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> In tal senso si veda la sentenza della Corte di giustizia, 23 marzo 2006, in causa C-408/03, Commissione c. Regno del Belgio, in Raccolta 2006.

<sup>158</sup> L'apertura verso una soluzione equitativa risulta anche dalle sentenze sopra considerate della Corte 22 giugno 2000, in causa C-65/98 Eyup e del Tribunale di primo grado, del 30 gennaio 1999, in causa T 307/00 C. c. Commissione.

<sup>159</sup> Cfr la sentenza 17 settembre 2002, in causa C-413/99, Baumbast e R. c. Secretary of State, cit., ove la Corte ha ritenuto preminente il diritto del figlio a proseguire gli studi e a vivere con il genitore che, di fatto, si prendeva cura di lui.

## Capitolo3

### La Cooperazione giudiziaria in materia civile e il tentativo di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri

#### 3.1 La cooperazione giudiziaria in materia civile: dal Trattato di Maastricht a quello di Amsterdam

Anteriormente all'emanazione del Trattato di Amsterdam<sup>160</sup>, la base giuridica su cui trova fondamento la possibilità di realizzare concretamente la cooperazione giudiziaria in materia civile tra gli Stati membri è data dall'articolo 220 del Trattato CE, che prevede per gli stessi l'avvio di negoziati per promuovere *la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali*. Attraverso tale norma, se da un lato si conferma il principio dell'autonomia normativa dei singoli Stati membri, dall'altro si sollecita a regolare il tema attraverso l'utilizzo delle fonti pattizie.<sup>161</sup>

Tale attività nel corso degli anni ha contribuito a costruire una base giuridica minima per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, agevolando un lento processo di conformazione delle prassi e delle procedure giurisdizionale a livello dei singoli Stati membri. Tuttavia già con la pubblicazione del Trattato di Maastricht<sup>162</sup>, al fine di agevolare la libera circolazione dei cittadini nell'ambito

---

<sup>160</sup> In vigore dal primo maggio 1999.

<sup>161</sup> In proposito si vedano le convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Lugano del 1988 che riguardano la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Esse sono completate nel 1995 dalla convenzione relativa alle procedure di insolvenza e infine nel 1980 dalla convenzione di Roma in merito alle obbligazioni contrattuali.

In seguito nel 1998 è stipulata la convenzione "Bruxelles II", concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, che determina lo Stato membro in cui può essere presentata la domanda di divorzio e le condizioni in base alle quali la decisione potrà essere riconosciuta ed eseguita.

<sup>162</sup> 7 febbraio 1992.

del terzo Pilastro,<sup>163</sup> si promuoveva la cooperazione giudiziaria in materia di giustizia e affari interni.<sup>164</sup>

Nel procedere ad un graduale processo di armonizzazione ha contribuito anche la Corte di giustizia, che pur in presenza del principio dell'autonomia,<sup>165</sup> ha di fatto sanzionato eventuali violazioni dei principi fondamentali del diritto comunitario nel conoscere le normative processuali degli Stati membri. I principi dell'ordinamento comunitario che sono stati chiamati in causa in tale ambito sono stati in particolare:

- a) il principio di equivalenza, secondo il quale i singoli Stati membri non possono adottare nella tutela dei diritti di fonte comunitaria procedure *meno favorevoli di quelle che riguardino ricorsi analoghi di natura interna*;
- b) il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che prevede che i sistemi di diritto processuale dei singoli Stati non rendano *impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario*.

Nel corso degli anni le innumerevoli pronunce sul tema in oggetto hanno contribuito al delinearsi dell'elaborazione giurisprudenziale in merito al *giusto processo* a livello comunitario.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Il sistema su cui si fondava l'Unione Europea si incentrava su tre pilastri: Primo pilastro, rappresentato dalla Comunità europea, che impiega gli strumenti giuridici e le procedure definiti dai trattati istitutivi delle tre originarie Comunità; Secondo Pilastro, che si occupa della Politica estera e di Sicurezza comune (PESC); Terzo pilastro, nel quale viene disciplinata la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, che, nell'originaria impalcatura del Trattato di Maastricht, comprende la cooperazione giudiziaria penale.

<sup>164</sup> Nella formulazione originaria di tale atto è compresa la cooperazione giudiziaria in materia penale. Si veda Art. K, del titolo VI del TUE, secondo un assetto che è stato in parte modificato dal Trattato di Amsterdam.

<sup>165</sup> Secondo cui le modalità di tutela degli interessi giurisdizionali sono riservati ai singoli Stati membri.

<sup>166</sup> In merito al principio di equivalenza citato, si portano ad esempio le pronunce della Corte attraverso le quali si è giunti a ritenere confliggenti con i principi del diritto comunitario le disposizioni degli ordinamenti che nel condizionare l'operatività di determinati strumenti cautelari di tutela alla loro esigibilità entro il territorio nazionale, rendevano meno agevole l'accesso alla giustizia da parte degli stranieri rispetto ai cittadini: in Saldanha, del 2 ottobre 1997; Mund & Fester, del 10 febbraio 1994. Inoltre con riguardo al principio di effettività della tutela giurisdizionale, hanno particolare rilevanza le pronunce interpretative della Corte di Giustizia che hanno costituito il fondamento comunitario della garanzia alla tutela cautelare: Factortame, del 19 giugno 1990; Zuckerfabrick Suderdithmarschen, del 21 febbraio 1991 e Atlanta, del 9 novembre 1995.

Con la redazione del Piano d'azione di Vienna,<sup>167</sup> che ha anticipato il Trattato di Amsterdam, si è perseguito l'obiettivo di operare una semplificazione della normativa relativa alla cooperazione giudiziaria, nonché di anticipare la creazione del cd. spazio giudiziario europeo.

Un'accelerazione di tale processo di integrazione normativa si è compiuta con la pubblicazione del Trattato di Amsterdam. In sostanza si è assistito ad un processo di comunitarizzazione della materia della cooperazione giudiziaria in materia civile, attraverso l'inserimento nel Titolo IV del Trattato Ce ed il trasferimento di tale materia all'interno del cd. primo pilastro, passando da un modello di cooperazione tra Stati (che si esplica attraverso la conclusione di accordi internazionali), ad un altro di vera integrazione a livello sopranazionale, con la possibilità per le istituzioni comunitarie di intervenire attraverso gli strumenti tipici della Comunità europea, in modo particolare attraverso i regolamenti.<sup>168</sup>

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la base giuridica è costituita dall'articolo 81 e successivi (ex articolo 65 del TCE).<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> 3 dicembre 1998.

<sup>168</sup> In particolare l'articolo 61 ha previsto esplicitamente la creazione di uno "spazio di libertà, di sicurezza e giustizia." E, in base al successivo articolo 65, entro 5 anni dalla data di entrata in vigore dello stesso, il Consiglio adotterà "misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno" e ciò al fine di: a) migliorare la semplificazione del sistema per la notifica transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziari, dell'assunzione dei mezzi di prova, del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni; b) promuovere l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei processi civili. Inoltre l'articolo 66 prevede che potranno essere adottate dal Consiglio "misure atte a garantire la cooperazione tra i pertinenti servizi delle amministrazioni degli Stati membri" nelle materie disciplinate dal Titolo IV TCE .

<sup>169</sup> 1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

- a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;
- b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali;
- c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;
- d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;
- e) un accesso effettivo alla giustizia;
- f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;

### **3.2 La cooperazione giudiziaria in materia civile secondo le conclusioni del Consiglio di Tampere**

Ripercorrendo l'evoluzione storica del processo, un valido impulso politico ai fini della realizzazione del sopra menzionato "Piano di azione di Vienna" è rappresentato dalla riunione del Consiglio tenutasi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999.

Nel testo delle conclusioni è contenuto un esplicito richiamo alla costruzione di *uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possono rivolgersi ai tribunali ed alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro e le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione*, ciò in una logica di compatibilità e convergenza tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Inoltre sempre seguendo tale indirizzo il Consiglio europeo ha affermato che *il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni feliciterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli*.

Nel porre il principio del reciproco riconoscimento come *il fondamento della cooperazione giudiziaria dell'unione tanto in materia civile quanto in materia penale*,<sup>170</sup> il Consiglio di Tampere esorta gli Stati membri e le istituzioni comunitarie *a ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie*

---

g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;

h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

3. In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

I Parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione.

<sup>170</sup>Punto 33 delle conclusioni

*per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e sentenze dello Stato richiesto.*

Soprattutto per quanto concerne i titoli relativi alle cause di modesta entità nel settore commerciale o relative ai consumatori e per alcune decisioni in materia di legami familiari, nel punto 34 si auspica il riconoscimento automatico in tutto il territorio dell'Unione, addivenendo addirittura a prevedere la definizione di norme minime sulle procedure.<sup>171</sup>

Con riguardo ai punti 38 e 39 delle conclusioni prese in esame, appare interessante notare che le istituzioni comunitarie sono esortate a produrre una nuova legislazione procedurale nelle cause transfrontaliere.<sup>172</sup> Infine, con riferimento al diritto sostanziale, si ribadisce la necessità di effettuare una serie di studi con l'obiettivo di contribuire al ravvicinamento delle legislazioni e all'eliminazione di eventuali impedimenti al corretto svolgimento dei processi in materia civile.

### **3.3 Le prospettive future e l'attuazione del principio del “reciproco riconoscimento”**

Il testo relativo al programma di misure relative all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze civili è stato adottato dal Consiglio Giustizia Affari Interni il 30 novembre 2000.<sup>173</sup> Esso si compone di una prima parte in cui vengono individuati i settori nei quali devono realizzarsi prioritariamente i progressi.

---

<sup>171</sup> Si veda in proposito anche il punto 37 delle conclusioni, in cui si afferma, con riferimento al programma di misure da adottare entro il dicembre 2000 che *“tale programma dovrebbe anche prevedere l'avvio di lavori su un titolo esecutivo europeo e sugli aspetti del diritto procedurale per i quali sono necessarie norme minime comuni per facilitare l'applicazione di detto principio, nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri”*.

<sup>172</sup> Ad esempio nei settori delle misure preliminari, della raccolta delle prove, degli ordini di pagamento e di scadenza.

<sup>173</sup> Pubblicato in GUCE C12 del 15 gennaio 2001.

Con riferimento ai settori già contemplati dagli strumenti in vigore (regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II) il programma prevede l'adozione di misure volte a rafforzare nello Stato richiesto gli effetti delle decisioni rese nello stato di origine (esecuzione provvisoria, provvedimenti cautelari, compreso il sequestro dei depositi bancari) e di misure destinate a ridurre ulteriormente le procedure intermedie in vista della soppressione dell'*exequatur*. I settori coinvolti riguardano in particolare: il diritto di famiglia (soprattutto per le cause relative alle prestazioni alimentari ed al diritto di visita), nonché il diritto commerciale e della tutela dei consumatori (con riferimento ai crediti non contestati).<sup>174</sup>

Le modalità attraverso le quali attuare il ravvicinamento in tali settori consistono essenzialmente: a) nel limitare i motivi di mancato riconoscimento delle decisioni; b) nel consentire ad un creditore di chiedere sequestri conservativi dei beni del debitore in altri stati membri (sempre che sia stato emesso un provvedimento cautelare nello Stato d'origine); c) nel prevedere in presenza di una sentenza esecutiva, un sequestro europeo relativo ai depositi bancari.

Per i settori in cui non esistono ancora disposizioni che disciplinano il reciproco riconoscimento, nel programma si auspica di conseguire i livelli ottenuti, attraverso l'emanazione dei regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II o nuovi standard di riferimento, mediante l'emanazione di strumenti giuridici *ad hoc*, evitando la fase intermedia.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Ad esempio i casi in cui un creditore ha ottenuto un titolo esecutivo, in seguito alla mancata contestazione da parte del debitore. In tali fattispecie il programma contempla l'abolizione dell'*exequatur* e un titolo esecutivo a livello europeo.

<sup>175</sup> In particolare si fa qui riferimento: alle decisioni sulla potestà dei genitori diverse da quelle adottate in occasione del divorzio o della separazione; alle decisioni relative a situazioni familiari originate da relazioni diverse dal matrimonio; ai regimi patrimoniali tra i coniugi; ai testamenti e alle successioni.

### **3.4 I regolamenti comunitari sul diritto internazionale privato della famiglia – Bruxelles II e Bruxelles II bis.**

La libera circolazione delle decisioni nell'ambito dei temi oggetto di indagine, legati in particolare al diritto di famiglia, rappresenta una risposta ad una concreta esigenza sociale, dal momento che i nuclei familiari spesso costituiti da persone con nazionalità diversa o residenti in Stati diversi, si disgregano e si ricompongono più frequentemente rispetto al passato. Occorre dire che nella materia di cui trattasi si è intervenuti attraverso il regolamento, lo strumento tipico della legislazione comunitaria.

In tale contesto assumono particolare importanza i regolamenti Bruxelles II del 2000 (n. 1347/2000), sostituito dal nuovo regolamento Bruxelles II bis del 2003 (n. 2201/2003) sulla competenza giurisdizionale, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Inoltre il regolamento Bruxelles I (n. 44/2001) prevede un foro speciale per le controversie aventi ad oggetto le obbligazioni alimentari, attualmente sostituito dal Regolamento n. 4/2009 che disciplina gli aspetti relativi alla legge applicabile, alla competenza, al riconoscimento e l'esecuzione delle obbligazioni.

Occorre sottolineare preliminarmente che tali normative non determinano quale sia la legge nazionale che i tribunali dovranno di volta in volta applicare. La risposta a tale quesito dipende dalle disposizioni di diritto internazionale privato relativo agli Stati membri. Tuttavia il lavoro delle istituzioni comunitarie sta andando oltre tale assunto, dal momento che è stata già predisposta una bozza di regolamento (cd. Roma III), che prevede una disciplina uniforme sul diritto applicabile.<sup>176</sup>

Il sopra citato regolamento n. 1347 del 29 maggio 2000 disciplina per la prima volta in ambito comunitario, le materie relative al matrimonio e alla potestà

---

<sup>176</sup> Vedi infra, soprattutto in riferimento alla libertà lasciata ai coniugi di determinare il tribunale competente.

genitoriale, che fino ad allora erano state disciplinate a livello di singoli Stati membri.

Fin dalla sua emanazione emergono i limiti di tale testo: *in primis*, il campo di applicazione è ridotto (infatti non comprende le questioni inerenti la potestà dei genitori, sorte in un momento successivo allo scioglimento del matrimonio e le unioni omosessuali) ed inoltre è sempre necessario, affinché una decisione emessa in uno Stato membro possa trovare attuazione, esperire la procedura di *exequatur*.

Nel successivo regolamento n. 2201/2003 si sono compiuti passi in avanti rispetto al precedente atto, estendendo l'ambito di applicazione a tutti i minori, prescindendo da qualsiasi legame con un procedimento matrimoniale.

### **3.5 Ambito di applicazione della normativa comunitaria, la disciplina della competenza**

Il nuovo regolamento n. 2201/2003 colloca il tema della competenza nel capo II con riguardo alle materie del divorzio, della separazione personale e dell'annullamento del matrimonio (art. 3-7), nonché della responsabilità genitoriale (art. 8-15), seguite da una serie di disposizioni comuni (art. 16-29).<sup>177</sup>

Con riguardo alla materia matrimoniale esso riproduce le norme sulla competenza del regolamento n. 1374/2000. L'art. 7 par. 2 prevede che *il cittadino di uno Stato membro che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro può, al pari dei cittadini di quest'ultimo, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro, né ha la cittadinanza di uno Stato membro.*

---

<sup>177</sup> Inoltre a seguire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sono regolate dal capo III (art. 21-52), suddiviso in sei sezioni concernenti nell'ordine, il riconoscimento (art. 21-27), l'istanza per la dichiarazione di esecutività (art. 28-369), le disposizioni comuni (art. 37-39), l'esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore (art. 40-45), gli atti pubblici e accordi (art. 46), le altre disposizioni (art. 47-52). Il capo IV pone disposizioni sulla cooperazione tra le autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale (art. 53-58), mentre il capo V detta norme di coordinamento con i Trattati internazionali (art. 59-63); infine le disposizioni transitorie sono contenute nell'unica disposizione (art. 64) del capo VI e quelle finali nel capo VII (art. 65-72). GUUE L 338, del 23 dicembre 2003.

La lettura di questo articolo rende evidente che non si esclude l'applicazione del diritto processuale civile della *lex fori*, anche al caso in cui un soggetto possieda una cittadinanza diversa da quella dello stato del foro.

L'art. 3 individua poi sette titoli di giurisdizione, esclusivi, alternativi tra loro, che si sostanziano nella combinazione dei due criteri relativi alla residenza abituale e alla cittadinanza dei coniugi.

Occorre premettere che nel regolamento non è prevista una definizione di *residenza abituale*.

Nel tentativo di individuarne una nozione autonoma comunitaria, ci si è riferiti al lavoro della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ne ha delineato le caratteristiche con riferimento ad altri settori.<sup>178</sup>

In sostanza la residenza abituale è un criterio di fatto, cioè il luogo in cui il soggetto detiene il centro principale dei suoi interessi.<sup>179</sup>

Con riferimento alla cittadinanza, trattandosi di una materia sottoposta alla competenza esclusiva degli Stati membri, questi ultimi determinano liberamente i criteri di acquisto e perdita della stessa.<sup>180</sup>

E' la legge dello Stato di cui si presume la cittadinanza, che stabilisce il possesso della stessa. Nel caso in cui i coniugi hanno doppia cittadinanza, il regolamento

---

<sup>178</sup> Si fa riferimento in particolare alla distinzione tra residenti e non residenti nella materia fiscale.

<sup>179</sup> Il concetto di residenza abituale appare nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, con l'adozione della Convenzione sulla tutela dei minori del 1902. Nemmeno successivamente nelle Convenzioni dell'Aja in cui è utilizzata (tra le altre ricordiamo le Convenzioni del 1961 in materia di protezione dei minori e del 1973 in materia di obbligazioni alimentari della famiglia, incorporate dagli artt. 42 e 45 della L. n. 218/1995) si giunge ad una definizione. E' stato osservato che del concetto di residenza abituale si è privilegiato il criterio del perdurare di fatto di un soggetto in un determinato luogo. Va tuttavia rilevato che, secondo quanto suggerisce la relazione Borràs, che accompagna la Convenzione di Bruxelles del 1998 in materia matrimoniale e di responsabilità parentale (mai stipulata), si deve ritenere che durante i lavori preparatori alla stesura del Regolamento si sia accolta una definizione autonoma di tale nozione riferita al "luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che (...) occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione". In tal senso causa C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt c. Schumacker, Racc. 1995; causa C-391/97, Gschwind c. Finanzamt Aachen- Aussenstadt, Racc. 1999 e causa C-87/99, Patrick Zurstrassen c. Administration des contributions directes, in Racc. 2000.

<sup>180</sup> Inoltre, per il principio di sovranità, ciascuno Stato può disciplinare solamente le condizioni di acquisto e di perdita della propria cittadinanza e non di cittadinanza di altri Stati.

non contempla criteri per individuare il giudice competente,<sup>181</sup> pertanto dovrebbe trovare applicazione la *lex fori*. Ad esempio nel caso dell'Italia, l'articolo 19, comma 2, legge n. 218/1995, di riforma del diritto internazionale privato, stabilisce la prevalenza della cittadinanza italiana, se presente, ovvero di quella con cui il soggetto presenta il legame più stretto.

La Corte di Giustizia nel suo contributo di *omogeneizzazione*, in un'importante sentenza nella causa Laszlò Hadadi c. Csilla Mårta Mesko, ha dichiarato che nel caso in cui entrambi i coniugi possiedono la stessa doppia cittadinanza, in base all'applicazione del regolamento *de quo*, la competenza giurisdizionale è riferita ai giudici di entrambi gli Stati membri. Essi possono adire, a loro scelta, i giudici di uno o dell'altro di tali Stati.<sup>182</sup> Pertanto, ai fini dell'instaurazione del giudizio, rappresentano criteri rilevanti oltre la residenza abituale dei coniugi, anche l'ultima residenza abituale, se uno dei due vi risiede ancora.

Se la domanda è presentata di comune accordo tra le parti, è competente il giudice in cui sussiste la residenza abituale di uno dei due coniugi, dal momento che non vi sono rischi di abuso.

Solo nel caso in cui nessun titolo di giurisdizione sia considerato idoneo ad attribuire la competenza ad un giudice di uno Stato membro, potrà trovare applicazione il diritto nazionale.<sup>183</sup>

L'innovazione più significativa introdotta dal Regolamento n. 2201/2003 rispetto all'antecedente è rappresentato dall'ampliamento del campo di applicazione per ciò che concerne la responsabilità genitoriale. Infatti, al fine di evitare

---

<sup>181</sup> Molto interessante il caso della Francia in cui la Cour de Cassation ha affrontato per la prima volta la questione e si è espressa con una decisione del 2006. Si tratta di una coppia in cui il marito aveva la doppia cittadinanza francese e della costa d'Avorio, mentre la moglie era di nazionalità francese. La Corte ha riconosciuto la competenza giurisdizionale francese "en raison de la nationalité française des parties". Tuttavia in un medesimo caso successivo la medesima Corte ha ritenuto di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte CEE, al fine di stabilire se, in presenza di due cittadinanze entrambe comuni ai coniugi, trovi applicazione l'art. 3, par. 1, lett. B, reg. n. 2201/2003.

<sup>182</sup> Nella causa C-168/08, la fattispecie concreta riguardava una coppia di cittadini ungheresi sposatisi in Ungheria nel 1979, trasferitisi in Francia nel 1980 e in possesso altresì della cittadinanza francese.

<sup>183</sup> Ad esempio il giudice italiano sarà considerato dotato di giurisdizione (nel caso in cui non esista nessun giudice comunitario competente ai sensi dello stesso regolamento), se il matrimonio è stato celebrato in Italia o se uno dei due coniugi possiede la cittadinanza italiana.

discriminazioni tra minori,<sup>184</sup> tale testo elimina la limitazione posta dal regolamento n. 1374/2000, che contemplava solo le questioni sorte nel momento dello scioglimento del matrimonio e riguardanti la responsabilità dei genitori verso i figli di entrambi.

La competenza è attribuita ai giudici dello Stato membro in cui il minore possiede la residenza abituale (ciò ovviamente al fine di tutelare al meglio gli interessi dello stesso).

Tuttavia è stato osservato che nel caso in cui si tratti di un minore di giovane età tale concetto di residenza abituale come fulcro principale degli interessi, assume contorni meno definiti. Per tale ultima ragione, tale requisito ha subito un'evoluzione ed ora si è concordi nel ricercare uno stretto collegamento tra il minore ed un determinato luogo<sup>185</sup>.

Per quanto concerne poi il diritto di visita, l'articolo 11 prevede una competenza speciale nei casi di trasferimento lecito del minore in altro Stato membro, la quale per un periodo di tre mesi permane in capo al giudice dell'ultima residenza abituale, se il titolare del medesimo diritto risiede ancora nello Stato membro di riferimento.

Nel caso di conflitto di provvedimenti (che possono essere validamente adottati sia dal giudice della precedente che dell'attuale residenza), la questione può essere risolta attraverso l'applicazione delle norme sulla litispendenza,<sup>186</sup> oppure in caso contrario, è contemplato nei motivi di mancato riconoscimento ai sensi dell'articolo 23 lettere e) ed f) previsti dal suddetto regolamento.

Nella fattispecie relativa all'illecito trasferimento del minore o mancato rientro in base all'articolo 10 la competenza è attribuita al giudice dell'ultima residenza abituale del minore, se nel frattempo la residenza è in un nuovo Stato membro.

---

<sup>184</sup> Si veda il "considerando" n. 5.

<sup>185</sup> Sulla base della lettura dell'articolo 9 si deduce che anche un soggiorno di durata trimestrale può considerarsi un criterio valido per spostare la residenza abituale.

<sup>186</sup> La questione della litispendenza, ovvero la contemporanea pendenza della lite davanti a più giudici, può sorgere soprattutto nella materia matrimoniale, dal momento che il regolamento individua più giudici alternativamente competenti, pertanto si concretizza il rischio di pervenire a più decisioni, anche contrastanti tra di loro.

Nel caso in cui la sottrazione si è perpetrata al di fuori del territorio comunitario, trovano applicazione le disposizioni relative alla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. Si è osservato che tale disposizione è giustificata dal fatto che un atto di sottrazione non può considerarsi sufficiente a modificare la competenza del giudice, che è di fatto più idoneo a salvaguardare gli interessi del minore. Si segnala che a tale regola sono poste delle limitazioni: a) se il titolare del diritto di affidamento accetta il trasferimento; b) se il minore è stato integrato in un nuovo Stato e il titolare del diritto di affidamento non ha agito il proprio diritto per un anno. Infine nel caso in cui le condizioni dell'art. 10 sono soddisfatte, la competenza è regolata ai sensi dell'articolo 8.

Nel tentativo di integrare la Convenzione dell'Aja del 1980, rafforzando le tutele poste a garanzia degli interessi del minore, l'articolo 11 del regolamento prevede norme uniformi per i procedimenti in merito al ritorno del minore che è stato sottratto. In tali casi il fattore "tempo" è considerato fondamentale, motivo per cui la disposizione auspica una rapida conclusione dei procedimenti (apponendo un termine di sei mesi).

Sempre al fine di garantire l'interesse del minore, non può essere emessa una sentenza che nega il rientro dello stesso, se il soggetto che lo ha richiesto non è stato messo nella condizione di essere ascoltato. Inoltre anche al minore è garantita la possibilità di essere ascoltato, a meno che ciò sia considerato inopportuno, in seguito all'effettuazione di valutazioni relative all'età o alle condizioni psicologiche.

L'articolo 12 disciplina poi l'unico caso di proroga di competenza, che può sorgere nel caso in cui la questione in materia di responsabilità genitoriale è connessa con un altro procedimento.

In tal caso il giudice adito può conoscere la questione sulla responsabilità genitoriale nel caso in cui: a) almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale; b) se la competenza sia accettata da entrambi i coniugi titolari di tale responsabilità, nel momento in cui hanno adito le autorità giudiziarie.

I motivi per cui la competenza per proroga cessa sono limitati ai seguenti casi: a) se la sentenza relativa ai rapporti tra coniugi è passata in giudicato; b) se la causa si è conclusa per altra ragione; c) se la decisione riguardante il procedimento in tema di responsabilità genitoriale, pendente al momento del passaggio in giudicato della decisione sullo scioglimento del matrimonio, è passata in giudicato.

Molto interessante appare poi la previsione dell'articolo 14 sulla competenza residuale, prevista nel caso in cui non sia possibile determinare la residenza abituale del minore. Il criterio utilizzato è rappresentato dalla semplice presenza del minore in uno Stato membro, che attribuisce di fatto la competenza al giudice dello stesso. Anche nei casi di minori rifugiati o sfollati dai loro Paesi, sussiste la competenza residuale, per determinare un foro che sia prossimo al minore.

Dal momento che il principio generale è rappresentato dal garantire comunque un foro al minore, tale ultima previsione non si applica nel caso in cui la residenza abituale sia individuata in uno Stato terzo. Tale soluzione è senz'altro modellata sulla base di quanto previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980; infatti l'articolo 5 della stessa prevede che il criterio generale della competenza è rappresentato dalla residenza abituale.

In tale ottica si legga anche l'articolo 15 del regolamento<sup>187</sup> che contempla il trasferimento di competenza (proposto dal giudice adito o richiesto da altro giudice) e l'inizio della causa dinnanzi ad un giudice più idoneo a tutelare gli interessi del minore, purchè sussista il consenso di almeno di una delle parti.

La richiesta di trasferimento non può essere intesa come una mancata accettazione di rendere giustizia, anche perché qualora il procedimento non sia iniziato entro un termine stabilito o le autorità giurisdizionali non accettano la competenza, il primo giudice giunge comunque ad una conclusione nel merito.

Infine occorre ribadire che il sistema è stato costruito in modo da evitare che una causa in una materia cos' delicata come la responsabilità genitoriale non sia

---

<sup>187</sup> Ispirato all'art. 13 della Convenzione dell'Aja.

accettata da alcun giudice; pertanto laddove il trasferimento non è effettuato, il giudice adito deve ritenere la propria competenza e giungere ad una conclusione nel merito.

### 3.6 Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese negli Stati membri

Il Capo II del regolamento in esame disciplina il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti emanati da giudici degli Stati membri in altri Stati membri. L'obiettivo fondamentale è di evitare situazioni d'incertezza, nonché vedere riconosciuto in qualsiasi Stato membro lo *status* giuridico e familiare del cittadino. Infatti il principio della reciproca fiducia<sup>188</sup> tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri è posto alla base del sistema che regola tale tematica. Ciò innanzitutto attraverso la limitazione delle procedure, nonché la riduzione dei casi in cui si prevede il mancato riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni.

Il procedimento risulta essere il medesimo sia per le cause matrimoniali, sia per quelle aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale.<sup>189</sup>

Nel testo dello stesso è contenuta una definizione di “decisione”: *una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi, annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla*

---

<sup>188</sup> Alcuni in dottrina hanno osservato, in riferimento a tali aspetti (riconoscimento automatico delle sentenze), un parallelismo con i sistemi federalistici, in particolare con quello statunitense, che nel Full Faith and Credit Clause (art. IV, sec. 1 della Costituzione), prevede l'obbligo di tale riconoscimento, ma anche l'affermazione per via giurisprudenziale della tecnica del mutuo riconoscimento nel settore delle libertà fondamentali. Tuttavia è stato successivamente escluso tale accostamento, dal momento che la Comunità non prevede un patto di tipo federale diretto alla estinzione degli Stati, in quanto soggetti di diritto internazionale. Inoltre gli stati membri continuano a mantenere una funzione di governo. Non è quindi decisivo che la Comunità contenga aspetti propri di un sistema federalistico, come ad esempio il principio del mutuo riconoscimento in materia di libera circolazione e il principio del riconoscimento in materia civile e commerciale. (Baratta R., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in *Il diritto internazionale privato della famiglia*, Op. cit).

<sup>189</sup> E' necessario premettere che le decisioni in materia matrimoniale possono avere un contenuto variegato. Oltre ad incidere sul rapporto tra coniugi, possono avere ad oggetto la condanna di un coniuge alla prestazione pecuniaria a favore dell'altro, nonché disposizioni sull'assegnazione della casa familiare e sull'affidamento dei figli. Le parti della decisione aventi contenuto patrimoniale sono invece escluse dal riconoscimento perché, come già detto, quest'ultimo non concerne i rapporti patrimoniali tra coniugi, ancorché definiti nel provvedimento di modificazione o estinzione del matrimonio.

*responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione.*

Il riconoscimento delle decisioni avviene automaticamente, senza che sia necessario ricorrere ad alcuna procedura intermedia.<sup>190</sup> Infatti l'articolo 14 prevede che ai fini dell'aggiornamento delle iscrizioni nei registri dello stato civile nello Stato richiesto, non è necessaria alcuna procedura, a condizione che la sentenza che modifica lo *status* matrimoniale sia passata in giudicato nello Stato d'origine.

Ciascuna parte interessata può chiedere che la decisione sia o non possa essere riconosciuta in uno Stato membro. Il procedimento è identico a quello per la dichiarazione di esecutività e l'esito finale è l'emanazione di una sentenza di mero accertamento.

Se è richiesto il riconoscimento, la competenza territoriale è data dalla *lex fori*. Mentre per l'esecuzione è competente il giudice del luogo della residenza abituale della persona per cui si richiede l'esecuzione o di quella del minore cui l'istanza si riferisce.

Negli articoli 37 e 39 sono indicati i documenti da allegare. Già in questa fase il giudice valuta l'insussistenza di motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione della decisione. Il riconoscimento e l'esecuzione possono anche essere parziali. Nel caso in cui la parte interessata faccia opposizione contro la sentenza (che dichiara l'esecutività), si verifica l'apertura, eventuale, della seconda fase.<sup>191</sup>

Il regolamento limita poi alle circostanze indicate dagli articoli 22 e 23, i motivi di rifiuto per le decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Il primo motivo si verifica quando il riconoscimento è contrario all'ordine pubblico. Ovviamente, nello spirito generale della disciplina, il limite a tale principio è

---

<sup>190</sup> Così come stabilito dalla Convenzione di Bruxelles e in Italia dall'articolo 64 della legge n. 218/95.

<sup>191</sup> In Italia, la competenza è attribuita alla Corte d'Appello; l'opposizione deve essere presentata nel termine di un mese dalla notificazione della dichiarazione di esecutività. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione ha la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del foro, il termine è di due mesi a partire dalla data della notificazione in mani proprie o nella residenza. La decisione emessa in merito all'opposizione può essere impugnata, tramite ricorso in Cassazione.

rappresentato ancora una volta dalla garanzia dell'interesse superiore del minore.<sup>192</sup>

Il secondo motivo ostativo comune alle due materie in esame attiene al rispetto del diritto di difesa del convenuto, che si trova nell'impossibilità di presentare la propria difesa a causa di una notificazione tardiva della domanda giudiziale. Sempre che quest'ultimo non abbia accolto la decisione, procedendo con la registrazione nei registri dello stato civile.

Il terzo motivo concerne il contrasto tra giudicati, nel caso in cui non si è applicata o si è applicata in maniera scorretta la norma sulla litispendenza. A titolo di esempio nella materia matrimoniale si verifica quando la decisione è incompatibile con un'altra emessa in un procedimento tra le stesse parti nello Stato membro richiesto o nel caso in cui la decisione è incompatibile con un'altra (anteriore), resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, con le stesse parti, purché la decisione emessa precedentemente possieda le condizioni previste per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Si utilizza il criterio temporale solo per le sentenze che sono state emesse in uno Stato diverso da quello richiesto. Occorre dire che nella materia della responsabilità genitoriale tale criterio è invertito a favore della sentenza più recente, dal momento che tali provvedimenti sono modificabili in base al sopravvenire di nuove circostanze di fatto. Pertanto, si presume che il giudice che per ultimo ha conosciuto la causa ha adottato un provvedimento, il quale dovrebbe essere più idoneo a tutelare l'interesse del minore.

In materia di responsabilità genitoriale, la sentenza non può essere riconosciuta o eseguita se essa è incompatibile con una sentenza successiva, resa nello Stato richiesto o in un altro Stato, purché presenti le condizioni per esservi riconosciuta.

Il criterio temporale è invertito a favore della sentenza più recente. Come già detto, questa scelta è giustificata dal fatto che i provvedimenti in materia di

---

<sup>192</sup> Sempre allo scopo di consentire la più ampia circolazione delle decisioni, tale definizione, si è osservato, deve essere interpretata restrittivamente.

responsabilità genitoriale sono modificabili alla luce di nuove circostanze e situazioni di fatto, infatti si presume che il giudice, che per ultimo ha conosciuto della questione, ha adottato un provvedimento che meglio risponde all'interesse superiore del minore.

Altri motivi di diniego, previsti solo per le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, riguardano ad esempio il caso in cui il minore non ha avuto la possibilità di essere ascoltato nel giudizio di merito.<sup>193</sup> Inoltre è contemplato il caso di una persona che ritiene che la decisione emessa sia lesiva della propria responsabilità genitoriale e non ha avuto la possibilità di essere ascoltata. Ciò al fine di consentire un contraddittorio minimo nelle fasi del merito del processo.<sup>194</sup>

Interessante è poi la previsione che stabilisce che la decisione in tale materia, non può essere riconosciuta nel caso in cui si riscontri una violazione degli obblighi di consultazione e di collaborazione tra autorità nazionali competenti in materia.

Si precisa inoltre che, in base all'articolo 18 il riconoscimento di una decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, non può essere negato, perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per gli stessi fatti appunto il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio. Il giudice, comunque, in sede di *exequatur* deve limitarsi a riconoscere o meno la decisione, non potendo riesaminarla nel merito.

Inoltre con riguardo alle decisioni relative al diritto di visita e di ritorno del minore si prevede un regime più agevolato di circolazione negli Stati membri.<sup>195</sup> Infatti gli articoli 41 e 42 stabiliscono che le decisioni in materia vengono automaticamente riconosciute ed eseguite in tutti i Paesi dell'Unione Europea, senza che sia necessario ricorrere ad alcuna procedura. Ciò a condizione che sia allegato un certificato che attesta che le parti e il minore hanno avuto la possibilità di essere

---

<sup>193</sup> Ad eccezione dei casi d'urgenza, se l'ascolto del minore costituisce un principio cardine della procedura dello Stato membro richiesto.

<sup>194</sup> Tale motivo opera esclusivamente ad eccezione di parte e non può essere rilevato d'ufficio dal giudice.

<sup>195</sup> L'annessione della materia del diritto di visita nel regolamento ha origine da un'iniziativa del governo francese volta al mantenimento di regolari rapporti tra il figlio ed il genitore separato o divorziato che risiedono in Stati diversi. L'estensione di tale disciplina alle decisioni sul ritorno del minore si fonda sull'esigenza di salvaguardia anche l'interesse del genitore affidatario, nel caso in cui il figlio non faccia ritorno nello Stato di residenza al termine del periodo di visita in altro Stato membro.

ascoltate, fatte salve le ragioni di inopportunità. Tale documento non è impugnabile, tuttavia è possibile presentare domanda di rettifica, nel caso in cui non riproduca in maniera corretta il contenuto della decisione. Tale procedimento è alternativo e non sostitutivo del procedimento di *exequatur* poc' anzi accennato.

### **3.7 I procedimenti relativi alle crisi coniugali: questioni relative al diritto applicabile. Proposta di regolamento Roma III.**

Il tema sinora trattato, attraverso la disamina dei regolamenti da Bruxelles I a Bruxelles II bis, ha riguardato nelle cause di separazione e divorzio il profilo della determinazione del giudice dotato della competenza giurisdizionale.

Tuttavia è stata osservata da più parti l'opportunità di stabilire, come accennato sopra, anche la legge che il giudice competente deve applicare e ciò in virtù del fatto che nella prassi si sono verificate situazioni in cui risultava complesso stabilire quale fosse il diritto applicabile.

In tale prospettiva il 17 luglio 2006 è stata approvata una proposta di Regolamento<sup>196</sup> che modifica il regolamento n. 2201/2003, limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale. Il Regolamento n. 1259/2010 (cd. Roma III) prevede che a partire dal 2012 si applichino regole uniformi europee per quanto attiene i suddetti aspetti. L'obiettivo principale si sostanzia nel rafforzare la fiducia reciproca nelle decisioni rese nei vari Stati membri, nonché nel delineare una cornice normativa completa a livello di Unione Europea, garantendo ai cittadini la salvaguardia di principi fondamentali, quali la certezza del diritto e l'accesso alla giustizia. Il problema infatti si pone dal momento che le leggi nazionali sono diverse tra loro, sia dal punto di vista del diritto sostanziale che delle norme di conflitto.

---

<sup>196</sup> COM 2006 399, 2006/0135 CNS.

Tale proposta prevede un ulteriore superamento della disciplina del regolamento Bruxelles II, nella misura in cui attribuisce nelle cause di separazione e divorzio un ruolo sempre più incisivo alla perfezione di un accordo tra le parti nell'individuazione della competenza.

Uno dei punti più significativi della proposta *de quo* riguarda la possibilità per i coniugi di scegliere di comune accordo la legge applicabile, a condizione che la stessa sia: a) la legge che fa riferimento allo Stato di residenza abituale di entrambi, nel momento della conclusione dell'accordo; b) la legge dell'ultima residenza abituale dei coniugi, nel caso in cui uno dei due vi risiede ancora; c) la legge dello stato di cui uno dei due coniugi possiede la cittadinanza, nel momento della conclusione dell'accordo; d) la legge del foro.<sup>197</sup>

Sulla base della decisione di avvalersi della procedura di cooperazione rafforzata si è proceduto all'emanazione di tale proposta, che troverà applicazione in quegli Stati che hanno deciso di aderirvi (Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia; Italia, Lettonia, Lussemburgo Ungheria, Malta, Austria, Portogallo, Romania e Slovenia).

Le regole contenute in tale atto non si applicano alle cause relative all'annullamento del matrimonio, agli obblighi di mantenimento, alla responsabilità genitoriale, agli effetti patrimoniali del matrimonio, a trust o successioni e alla capacità giuridica delle persone fisiche.

A decorrere appunto dalla data del 21 giugno 2012, le disposizioni si applicano ai procedimenti avviati e agli accordi tra coniugi in merito alla legge applicabile. Anche gli accordi stipulati anteriormente a tale data producono effetti, purché conformi alle disposizioni degli articoli 6 e 7, per ciò che concerne il consenso, la validità formale e sostanziale dell'accordo.

---

<sup>197</sup> Si veda in proposito Oberto G. (2011), *La rilevanza della residenza abituale del coniuge in diritto comunitario, nella determinazione della giurisdizione e della legge applicabile, in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio. La litispendenza internazionale. I provvedimenti provvisori e cautelari in casi d'urgenza*, in [www.http://giacomooberto.com/torino2011/oberto\\_traccia\\_relazione.htm](http://giacomooberto.com/torino2011/oberto_traccia_relazione.htm).

Infine il regolamento indica quali sono i criteri, al fine di individuare la legge da applicare nel caso in cui i coniugi non abbiano concluso un accordo. Infatti, nel caso di mancanza di un accordo, l'articolo 8 stabilisce che per il divorzio e la separazione personale si fa riferimento alle leggi dello Stato di riferimento.

## **Capitolo4**

### **Le politiche dell'Unione Europea**

#### **4.1 La libera circolazione delle persone**

##### **4.1.1 Introduzione**

La realizzazione del mercato comune, così come prefigurata dall'articolo 3 del TUE, prevede l'eliminazione tra gli Stati membri degli ostacoli agli scambi di merci, nonché alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali.

In particolare la libera circolazione delle persone originariamente, non riguarda, almeno in via di principio, la persona in quanto tale, ma in quanto soggetto che svolge appunto un'attività lavorativa al di là del territorio nazionale o che sia ad esso collegata da vincoli familiari. Tale libertà ha il suo punto di riferimento nel principio fondamentale che corrisponde al divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'articolo 18 del TFUE.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, ritroviamo tre gruppi di norme che individuano le tre ipotesi principali: il lavoro subordinato (artt. 45-48); il lavoro autonomo localizzato stabilmente nel territorio di uno Stato membro (artt. 49-55); la prestazione di servizi, cioè un'attività economica prestata occasionalmente in uno Stato membro diverso da quello dello stabilimento (artt. 56-62).

Nel corso degli anni l'impostazione disegnata dal Trattato di Roma, sostanzialmente incentrata sugli spostamenti economicamente rilevanti, si è progressivamente evoluta nel senso di consentire la libera circolazione alla quasi totalità delle persone, in possesso della cittadinanza di uno Stato membro. La giurisprudenza della Corte ha ampliato considerevolmente il novero dei soggetti

ammessi a beneficiare di tale libertà e anche il diritto derivato, come si evincerà tra breve, ha riconosciuto ai cittadini, seppure con alcune limitazioni, un diritto di soggiorno generalizzato, nonché un diritto a circolare liberamente, pur in assenza di una attività lavorativa.

Ovviamente il tema si presta ad essere declinato e analizzato da varie angolazioni e nel presente paragrafo, si cercherà in particolare di esaminare l'evoluzione delle regole relative alla circolazione dei familiari dei lavoratori subordinati, cittadini dell'Unione, che rimandano a sollecitazioni interessanti in merito al diritto al ricongiungimento familiare. Si rinvia ad altra sede le delicate questioni relative alla circolazione ed al ricongiungimento dei cittadini extracomunitari.

Il contributo si concluderà con una disamina delle recenti politiche poste in essere dalle istituzioni comunitarie nella materia della libera circolazione.

#### **4.1.2 La libera circolazione dei lavoratori: una questione di famiglia**

Il diritto al ricongiungimento familiare consente al soggetto che risiede o soggiorna regolarmente in uno Stato di essere raggiunto dai suoi familiari, residenti in altri Paesi.<sup>198</sup>

L'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, recependo il testo dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconosce come diritto *di ogni persona il rispetto della propria vita familiare*, non prevedendo limitazioni legate alla condizione del titolare del diritto stesso (cittadino comunitario o no, lavoratore subordinato o autonomo, studente ecc.), ma ad esigenze dell'autorità pubblica esplicitamente indicate.<sup>199</sup> Tale

---

<sup>198</sup>Codinanzi M., Amalfitano C. (2008), La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.2.

<sup>199</sup>Cfr. art. 8, comma 2: "*Non può esservi ingerenza di autorità pubblica (...) a meno che (...) sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla*

impostazione è stata confermata nel corso del tempo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che si è espressa nel senso di un delicato bilanciamento di interessi.

Tuttavia dall'analisi della normativa a livello comunitario, non sembrerebbe potersi attribuire al diritto al ricongiungimento una posizione soggettiva autonoma, intrinseca alla stessa condizione di cittadino di uno Stato membro della Comunità, essendo questa prerogativa strettamente legata alla condizione del cittadino in qualità di lavoratore, al fine di facilitarne la mobilità.

In questo senso depone il quadro normativo generale, infatti l'articolo 45 del TFUE (ex articolo 39 del Trattato CE) che assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Ue e, più diffusamente le successive disposizioni,<sup>200</sup> non contengono alcun riconoscimento di un diritto al ricongiungimento in capo al cittadino dell'Unione.

Per quanto riguarda il diritto derivato, l'impianto del regolamento n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, ha riconosciuto ai lavoratori subordinati cittadini di uno Stato membro, occupati nel territorio di un altro Stato membro, la possibilità di essere raggiunti da alcune categorie di familiari *qualunque sia la loro cittadinanza*.<sup>201</sup> In tale testo si ritrovano espliciti riferimenti agli articoli 48 e 49 del Trattato CE che nella materia di cui trattasi considerano la mobilità dei lavoratori all'interno dell'Unione come un valore aggiunto, al fine di migliorare la loro condizione di vita e della

---

*pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.*"

<sup>200</sup> A seguire l'articolo 48 TFUE sulla protezione sociale; il 131 TFUE sul miglioramento e sostegno dell'Unione europea all'azione degli Stati membri; l'articolo 162 sull'istituzione del Fondo Sociale europeo per migliorare la possibilità di occupazione e la mobilità geografica dei lavoratori; nonché l'articolo 166 TFUE sulla attuazione di una politica di formazione professionale.

<sup>201</sup> Si veda in proposito il quinto "considerando" il quale prevedeva che "Considerando che il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e dignità, che sia assicurata di diritto e di fatto la parità di trattamento per tutto ciò che si riferisce all'esercizio stesso di un'attività subordinata e nell'accesso all'alloggio e che siano eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto del lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le condizioni di integrazione della famiglia nella società del paese ospitante".

loro famiglia, contribuendo parimenti allo sviluppo economico degli Stati membri.<sup>202</sup>

Il regolamento 1612/68 riconosce il diritto al ricongiungimento al lavoratore dipendente, che presta la propria attività lavorativa in un altro Stato membro.<sup>203</sup> Vasottolineato che sia il Trattato CE che il Regolamento stesso non contengono una definizione di *lavoratore*. Secondo una giurisprudenza costante della Corte, *la nozione di lavoratore riveste una portata comunitaria e non deve essere interpretata in modo restrittivo*. Pertanto il lavoratore è colui *che svolge per un certo periodo in favore di un'altra e sotto la direzione di questa delle prestazioni in cambio delle quali riceve una remunerazione* e sono confermati i tre elementi classici della definizione di lavoratore subordinato nelle legislazioni nazionali degli Stati membri: la prestazione, la remunerazione e il vincolo di subordinazione.

Occorre segnalare che tale regolamento è stato sostituito dal successivo n. 492/201, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Ue, il quale ha operato sostanzialmente il riordino della materia. Per quanto riguarda gli aspetti relativi ai legami familiari, nella sezione 3 "Famiglia dei lavoratori", all'articolo 10 ci si limita a prevedere che i figli del cittadino di uno Stato membro, che sia o sia stato occupato sul territorio di un altro Stato membro, sono ammessi a frequentare i corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini di tale Stato, se i figli vi risiedono. Vi è infine un'esortazione rivolta agli Stati membri ad

---

<sup>202</sup>Procedendo nella lettura dei "considerando", la parità di trattamento assume un'importanza fondamentale, soprattutto se si considera il momento storico in cui viene redatta, subito dopo la sottoscrizione del Trattato e quindi rappresenta un assunto a cui gli Stati membri dovranno ispirarsi nel determinare le politiche del lavoro.

<sup>203</sup>Nel senso di un'ulteriore evoluzione va anche la direttiva n. 148 del 1973, in materia di stabilimento e prestazione di servizi, in cui si prevede per il lavoratore autonomo che si reca in un altro paese comunitario a svolgere la propria attività lavorativa, il diritto al ricongiungimento con i familiari individuati nel suddetto regolamento (articoli 1 e 2).

incoraggiare le iniziative che permettano ai figli stessi di frequentare nelle migliori condizioni i predetti corsi.<sup>204</sup>

Tornando al nostro *excursus*, se dal contesto brevemente descritto a partire dall'emanazione del regolamento 1612/68, si può affermare che il diritto al ricongiungimento non ha una posizione soggettiva autonoma, ma funzionale rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori, di conseguenza il fondamentale diritto al rispetto della vita familiare, così come affermato dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, risulterebbe subordinato alla libertà di circolazione.

Successivamente la politica delle istituzioni comunitarie e soprattutto della Commissione si è mossa nel senso di estendere il diritto al ricongiungimento, svincolato dall'effettivo esercizio dell'attività lavorativa. Tale lavoro sfocerà nel corso degli anni novanta nell'emanazione di tre importanti direttive: 90/364, 90/365, 90/366, rispettivamente sul diritto di soggiorno dei soggetti inattivi, dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la loro attività professionale e degli studenti. Se da un lato è ampliato il novero dei soggetti titolari del diritto, dall'altro si delineano ulteriori condizioni per l'ingresso ed il soggiorno dei membri della famiglia ammessi al ricongiungimento.

Tuttavia dal quadro normativo esposto, come detto, emerge un approccio estremamente limitato e settoriale del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Ue, nonostante l'emanazione delle suddette direttive e delle estensioni apportate. Consapevole di tale limite la Commissione ha cominciato a perseguire un disegno ambizioso che intendeva collegare il diritto di circolazione e soggiorno non più al requisito di un'attività professionale o a quelli di volta in

---

<sup>204</sup>In estrema sintesi, in base a tale atto che non apporta particolari modifiche, i cittadini Ue hanno diritto di cercare lavoro in un altro paese Ue; di lavorare in tale paese senza bisogno di un permesso di lavoro; di restarvi anche quando l'attività professionale è terminata; di godere della parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali. Sono definite inoltre aree specifiche in cui la discriminazione fondata sulla nazionalità è vietata: l'accesso all'occupazione, le condizioni di lavoro, i vantaggi sociali e fiscali, l'accesso alla formazione, l'iscrizione alle organizzazioni sindacali; l'alloggio, l'accesso all'istruzione per i figli dei lavoratori. Esistono delle restrizioni all'esercizio di tali diritti per motivi politici e di pubblica sicurezza, salute e lavoro nel settore pubblico

volta richiesti nelle direttive del 1990, ma al concetto più generale di “cittadinanza”. Ciò anche sull’onda dell’emanazione del Trattato di Maastricht, che ha appunto introdotto l’istituto della cittadinanza (art. 17-22) e, in particolare, l’articolo 18 ha collegato alla stessa il *diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*.

Nel 1996 si è creato un gruppo ad alto livello sulla libera circolazione delle persone,<sup>205</sup> che nell’anno successivo ha presentato un rapporto contenente ben ottanta raccomandazioni, al fine di garantire al meglio la libera circolazione e con il chiaro intento di sostituire l’approccio settoriale con un *corpus* normativo ispirato al principio di uguale trattamento per tutti i cittadini dell’Unione. Tale testo è trasposto in una comunicazione contenente il piano d’azione per la libera circolazione, in cui si sottolinea l’importanza di apportare alla normativa esistente consistenti integrazioni, dando reale attuazione al principio della libertà di circolazione delle persone. Successivamente una risoluzione del Parlamento<sup>206</sup> ha confermato tale inadeguatezza, non limitandosi però ad estendere la libertà di circolazione delle persone ad ogni cittadino dell’Ue, ma prospettando una equiparazione tra cittadini Ue e di paesi terzi ed esortando la Commissione a *presentare, in primo luogo, testi consolidati della normativa esistente sulla libertà di circolazione e il diritto di soggiorno e, quindi, di inserire tali testi consolidati, nel codice generale in materia di circolazione e soggiorno.*<sup>207</sup>

Occorre rilevare che tale assunto è rimasto per anni inascoltato e l’assenza di una evoluzione delle politiche a livello europeo nel senso di quanto auspicato dalle istituzioni comunitarie (soprattutto con riferimento ai cittadini di paesi terzi), è soprattutto in buona sostanza all’atteggiamento ostile degli Stati membri, che attraverso i loro diritti interni hanno continuato a complicare le condizioni di ingresso, soggiorno ed allontanamento dei cittadini di altri Stati membri e delle loro famiglie, tanto da ignorare che *l’entrata e il soggiorno sul loro territorio di*

---

<sup>205</sup> Bollettino Ufficiale C.E. 1/2- 1996.

<sup>206</sup> COM (97) 586 C4 – 0650/97, in GUCE C 292 del 21 settembre 1998.

<sup>207</sup> Punto numero 3 della Risoluzione.

*cittadini comunitari, non sottostanno alla loro politica d'immigrazione, ma discendono dalla loro libertà di circolazione all'interno dell'Unione.*<sup>208</sup>

Raccogliendo tale spirito nasce la direttiva 2004/38<sup>209</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio, sul tema del diritto dei cittadini dell'UE e dei membri delle loro famiglie di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, che riunisce in un unico testo il complesso *corpus* legislativo esistente nel settore d'ingresso e di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea nei territori degli Stati membri. Infatti è intervenuta ad apportare modifiche al regolamento n. 1612/68 e ad abrogare tutta una serie di direttive, che si sono susseguite nel corso del tempo e di fornire un quadro quanto più possibile sintetico e semplificato della materia, superando il carattere frammentario che aveva avuto sino ad allora.

Di notevole importanza ai fini della nostra disamina appaiono le disposizioni della stessa direttiva 2004/38, dal momento che introduce una definizione di famiglia più ampia rispetto alla normativa allora vigente. A tale scopo il testo propone un elenco in cui si ricomprende: il coniuge, il partner, che abbia stipulato con il cittadino dell'Unione "un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro", i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o del partner, gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o del partner. Dimostrando in tal modo non solo di recepire la recente giurisprudenza della Corte, ma soprattutto di prendere in considerazione l'evoluzione che la materia della famiglia ha registrato nel corso degli anni all'interno dei singoli ordinamenti.

L'articolo 3 stabilisce che la normativa si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza e ai familiari che lo accompagnino o lo raggiungano in un secondo momento. Lo Stato membro ospitante facilita l'ingresso e il soggiorno di ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, se è a carico o convive nel Paese di

---

<sup>208</sup> Martin D. (1996), *Loi du 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire*, in *Revue du droit des étrangers*, n. 91.

<sup>209</sup> Del 29.4.2004.

provenienza con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente o nel caso del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata. Allo Stato membro ospitante spetta l'obbligo di esaminare la situazione personale e motivare un eventuale rifiuto.

L'articolo 7 riconosce il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi alle seguenti persone: al lavoratore subordinato o autonomo o a chiunque abbia a disposizione risorse economiche sufficienti per se stesso e per i propri familiari, nonché di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato che lo ospita o di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato per frequentare a titolo principale un corso di studi o per la propria formazione professionale, nonché di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione, anche in mancanza di cittadinanza di uno Stato membro.<sup>210</sup>

Nel caso di soggiorno superiore a tre mesi, lo Stato membro ospitante può, in base all'articolo 8, richiedere ai cittadini dell'Unione l'iscrizione presso le autorità competenti entro 3 mesi dall'ingresso. In tal caso si procederà alla consegna di un attestato d'iscrizione.<sup>211</sup>

Per quanto riguarda il rilascio dell'attestato ai familiari del cittadino dell'Unione che siano in possesso della cittadinanza della stessa, gli Stati membri possono prescrivere i seguenti documenti: a) carta di identità o passaporto in corso di validità; b) documento che attesti la qualità di familiare o l'esistenza di un'unione

---

<sup>210</sup> Conserva la qualità di lavoratore subordinato o autonomo colui che è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di malattia o di infortunio; chi si trovi in stato di disoccupazione involontaria dopo aver prestato un'attività lavorativa per oltre un anno e registrato presso un ufficio di collocamento al fine di cercare un lavoro.

Il suddetto diritto è riconosciuto anche al lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo inferiore ad un anno ma per un periodo non inferiore a sei mesi: quando l'interessato segue un corso di formazione professionale collegato alla precedente attività svolta.

<sup>211</sup> Per il rilascio gli Stati membri possono unicamente richiedere a chi ne fa richiesta di esibire una carta di identità o un passaporto in corso di validità, una conferma di assunzione del datore di lavoro o un certificato di lavoro o una prova dell'attività autonoma esercitata e nel caso art. 7 1 lettera b) di fornire anche la prova di poter soddisfare le condizioni previste per i cittadini di cui alla lettera c) di dimostrare di disporre di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi.

registrata;c) attestato di iscrizione del cittadino dell'Unione, che gli interessati accompagnano oraggiungono.

Nel caso in cui invece i familiari non siano in possesso della cittadinanza dell'Unione europea l'articolo 9 prevede che gli Stati membri rilascino una carta di soggiorno su domanda dell'interessato, che deve essere presentata entro il termine di tre mesi dall'arrivo. Si contemplano inoltre anche delle sanzioni nel caso in cui non si ottemperi a tale prescrizione.

Molto interessanti, relativamente al tema oggetto d'indagine, appaiono le disposizioni successive. In particolare, l'articolo 13 in tema di divorzio, annullamento o scioglimento dell'unione registrata, stabilisce che tali situazioni non rilevano per quanto concerne il diritto di soggiorno dei familiari aventi la cittadinanza di uno Stato membro e anche dei familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro nel caso in cui:a) il matrimonio e l'unione siano durati almeno tre anni, di cui almeno uno nello Stato membro ospitante; b) se il coniuge o il partner di uno Stato membro ha ottenuto l'affidamento dei figli in base ad accordi tra i coniugi o tra i *partners*; c) in situazioni particolarmente complesse (ad esempio l'aver subito violenza domestica durante il matrimonio o l'unione registrata), che esigono la conservazione del diritto di soggiorno. Inoltre, si annovera anche il caso in cui il coniuge beneficia, in base ad un accordo tra gli stessi o in base ad una decisione giudiziaria, di un diritto di visita del figlio minore, a condizione che il giudice ritenga che le visite debbano obbligatoriamente essere effettuate nello Stato membro ospitante o nel caso in cui esse siano considerate necessarie. Tuttavia si rileva che anche in tale frangente si subordina il diritto di soggiorno al requisito che i cittadini dimostrino di esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, o di disporre persé e per i propri familiari di risorse economiche adeguate, nonché di un'assicurazione per la malattia.

Pertanto l'articolo 14 subordina a motivi economici il diritto di soggiorno per i cittadini Ue ed i loro familiari, nel senso che se tale soggiorno diviene troppo oneroso per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Come abbiamo visto, il diritto di soggiorno non può essere negato al *partner* del cittadino europeo – in possesso o meno la cittadinanza di uno Stato membro – sia esso legato da un rapporto di coniuge, sia esso legato da un patto riconosciuto nello Stato di provenienza.

E qui si pone il problema dell'assimilazione al coniuge del partner dello stesso sesso, ammesso per esempio dalla legislazione belga, olandese o spagnola.

Rifiutando un emendamento del Parlamento europeo, la Commissione sembrò gettare ogni possibilità di assimilazione, considerando che il diritto comunitario non può “imporre a certi Stati membri delle modifiche del diritto di famiglia”. Ma, secondo il diritto privato internazionale, uno Stato può riconoscere gli effetti di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato, anche se il proprio diritto materiale non riconosce tale unione, se esso giudica comunque che questo riconoscimento non porti attentato al suo ordine pubblico.<sup>212</sup> La situazione si complica ulteriormente quando la legge di certi Stati membri consente l'unione omosessuale non solo per i propri cittadini, ma anche per i residenti. In base a tale assunto ad esempio un cittadino italiano e un francese sposati in Belgio, potrebbero veder riconosciuto il loro matrimonio anche negli altri Stati membri, compresi l'Italia o la Francia.

L'articolo 16 prevede che il cittadino che abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante, consegue il diritto al soggiorno permanente in detto Stato. Ovviamente tale principio si estende anche ai familiari. La perdita dello stesso avviene solo nel caso di assenze dallo Stato membro di durata superiore a due anni consecutivi.

I familiari del lavoratore subordinato o autonomo conviventi godono del diritto di soggiorno permanente, se il lavoratore ha acquisito il diritto in forza del paragrafo 1 del suddetto Regolamento.

---

<sup>212</sup> Si veda in proposito le disamine del capitolo 2 del presente lavoro di ricerca.

Interessante è osservare che nel caso in cui il lavoratore muore quando è ancora in attività, senza aver maturato il diritto di soggiorno, i familiari possono continuare a godere del diritto di soggiorno permanente, se il lavoratore subordinato o autonomo, alla data del suo decesso, ha soggiornato in via continuativa nel territorio dello Stato per almeno due anni o se il decesso avviene a causa di infortunio sul lavoro o per malattia professionale o il coniuge superstite abbia perduto la cittadinanza di tale Stato, a seguito del suo matrimonio con il lavoratore subordinato o autonomo.

In base all'articolo 18 i familiari conviventi, ma non in possesso della cittadinanza di uno Stato membro, acquisiscono il diritto di soggiorno permanente, dopo aver soggiornato legalmente e in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante, sempre che soddisfino le condizioni richieste.

Dopo aver verificato la durata del soggiorno, gli Stati membri, su richiesta dell'interessato, rilasciano un documento che attesta tale soggiorno permanente, il quale viene rilasciato in tempi brevi (art. 19).

L'articolo 20 prevede poi per i familiari di diversa cittadinanza che la Carta di soggiorno permanente sia rilasciata entro sei mesi dalla domanda e sia rinnovabile di diritto ogni dieci anni. La validità della stessa non è inficiata dalle interruzioni che non superano i due anni.

Il principio di parità di trattamento è ribadito anche in questa normativa, sempre nell'ottica della trasversalità con cui le istituzioni comunitarie perseguono le loro politiche.

Infatti l'articolo 24 prevede che il cittadino che risiede nel territorio dello Stato membro ospitante gode di parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato ospitante. Le uniche deroghe sono contemplate per i primi tre mesi di soggiorno, in cui lo Stato ospitante non è tenuto ad attribuire prestazioni di assistenza sociale e a concedere aiuti finanziari per il mantenimento agli studi e per lo svolgimento di corsi di formazione professionale eventualmente frequentati.

Lo spirito di tutela dei familiari che ispira tutta la normativa *de quo* si rende manifesto anche nel caso di emissione di un provvedimento di allontanamento. Infatti l'articolo 28 stabilisce che in tale circostanza lo Stato membro deve tener conto sia della durata del soggiorno, dell'età, dello stato di salute, della situazione economica e familiare, della integrazione sociale e culturale e dei legami nel paese ospitante.

E' impedito allo Stato membro ospitante di adottare provvedimenti di allontanamento nei confronti del cittadino o del suo familiare, che abbiano maturato il diritto di soggiorno permanente, a meno che non vi siano gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Inoltre nel caso di un minore, l'allontanamento è consentito solo se sia fatto nell'interesse dello stesso.

Sempre al fine di assicurare un giusto equilibrio tra gli obiettivi di libertà, sicurezza e giustizia, tenuto conto dei diritti fondamentali e delle libertà dei cittadini, si ritiene che non si debbano operare distinzioni tra la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione e quella dei cittadini dei Paesi terzi.<sup>213</sup> Trovano ovviamente sostegno gli elementi innovativi, che sono apportati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in particolare dall'articolo 294) nel settore della libertà, sicurezza e giustizia.<sup>214</sup>

#### **4.1.3 Considerazioni conclusive**

---

<sup>213</sup> Si rende necessario in proposito vigilare sull'applicazione di misure di accompagnamento che potrebbero in teoria ed in pratica essere utilizzate per giustificare l'introduzione di specifici controlli soprattutto nelle regioni frontaliere. Il Parlamento sostiene che sia opportuno, nel quadro di affermazione dei diritti in virtù della proclamazione della Carta di Nizza, estendere la procedura di codecisione a tutti i settori connessi alla giustizia ed agli affari interni, nonché i diritti dei cittadini dei paesi terzi.

<sup>214</sup> Dal momento che al Parlamento sono attribuiti poteri di codecisione per quasi tutte le questioni che attengono allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Inoltre, nella maggior parte dei casi, il Consiglio adotta le decisioni a maggioranza qualificata, provocando una accelerazione dei tempi di costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

In conclusione si può affermare che attraverso l’emanazione della direttiva 2004/38, come già accennato, si sono apportate importanti innovazioni non solo in materia di libera circolazione e soggiorno dei cittadini degli Stati membri, ma anche e soprattutto in tema di ricongiungimento, depurando l’istituto dalle connotazioni “economiche” e meramente funzionali alla libera circolazione dei lavoratori, antico retaggio di una vecchia concezione dell’ordinamento comunitario. Infatti in tale ottica lo strumento *de quo* recupera la sua dimensione di strumento di tutela di un diritto fondamentale dell’uomo, cioè il diritto di vivere e spostarsi nel territorio di altri Stati, avendo al seguito il proprio nucleo familiare e ciò indipendentemente dalla circostanza che il soggetto titolare dello stesso sia un lavoratore subordinato o autonomo, pensionato, studente o perfino cittadino di uno Stato terzo legalmente residente nel territorio di uno Stato membro.<sup>215</sup>

Tuttavia a tutt’oggi la disciplina relativa al diritto al ricongiungimento presenta tratti di disomogeneità, soprattutto per quanto riguarda le categorie dei soggetti coinvolti e si sviluppa su un piano legislativo multilivello.

Inoltre la teorica protezione ad esso accordata, subisce forti limitazioni poste dal legislatore, al fine di creare un bilanciamento tra un’interpretazione estensiva nell’ottica appunto di tutela della vita familiare le limitazioni introdotte nella prassi. Infatti, se da un lato si tende ad assicurare al nucleo familiare condizioni di vita adeguate, dall’altro occorre trovare un ragionevole compromesso con altri principi quali le politiche economiche, l’ordine pubblico e la sicurezza comune. A tutt’oggi le disfunzioni, almeno prendendo in considerazione l’esperienza del nostro ordinamento, si sono verificate soprattutto in seguito agli specifici interventi in materia d’immigrazione (che tuttavia esulano da tale disamina), volti ad affrontare la rimarchevole espansione del fenomeno dei flussi migratori e che

---

<sup>215</sup> Si veda in proposito la direttiva 2002/225 relativa al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi legalmente residenti nel territorio di uno Stato membro, con la quale l’ordinamento comunitario attribuisce per la prima volta il diritto al ricongiungimento anche ai cittadini extra-comunitari e ciò sempre in considerazione dell’enorme rilevanza che la famiglia ed il vivere unitamente ad essa assumono nella vita di ogni uomo.

si sono caratterizzati da elevati livelli repressivi.<sup>216</sup> Tanto che sul punto è stato giustamente affermato che *la concreta configurazione della disciplina del ricongiungimento familiare, può per molti versi essere considerata la cartina di tornasole dell'indirizzo politico in materia d'immigrazione.*<sup>217</sup>

Sarebbe auspicabile in prospettiva immaginare, seguendo l'intento della legislazione comunitaria ed internazionale, un diritto al ricongiungimento non solo quale strumento di integrazione familiare, cos' come delineato dalle direttive 2004/38, 2002/225 e dalla tutela accordata dalla Carta dei diritti fondamentali (artt. 7 e 52, 15 e 45), ma con una portata ancora più ampia, quale istituto inclusivo di natura sociale (si pensi ad esempio a tutti quei soggetti meritevoli di una protezione particolare, quali il minore, il rifugiato, il perseguitato ecc..) . La realizzazione di questo scenario sarebbe ad oggi particolarmente complessa, dal momento che presupporrebbe una condivisione prima di tutto culturale e successivamente di politica legislativa da parte di tutti i soggetti coinvolti.

#### **4.1.4 Le recenti politiche in tema di libera circolazione delle persone**

L'incessante lavoro della Commissione è teso a tutt'oggi a garantire l'applicazione delle disposizioni emanate dall'Unione europea sulla libera circolazione in tutti gli Stati membri.<sup>218</sup> Le imprese, i cittadini e i loro familiari hanno beneficiato del fatto

---

<sup>216</sup> Si vedano: legge cd. "Turco-Napolitano" (L. n. 40 del 1998); legge Bossi-Fini (L. n. 189 del 2002).

<sup>217</sup> Cascelli A. (2010), *Recenti modifiche della disciplina del ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari*, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, del 2.7.2010.

<sup>218</sup> In particolare tale istituzione nel garantire il rispetto della concreta attuazione della Direttiva 2004/38/CE ed in particolare essendo emersi per alcuni Stati gravi problemi relativi al rispetto delle garanzie procedurali e sostanziali, ha emanato provvedimenti per garantire che tutti gli Stati membri operino nel rispetto della normativa comunitaria. Come ha dichiarato la vicepresidente Viviane Reding Commissaria per la giustizia "Il diritto alla libera circolazione è uno dei diritti più cari ai cittadini dell'UE". "Voglio assicurare che tutti i cittadini europei possano effettivamente godere del diritto di libera circolazione. Gli avvenimenti verificatisi l'estate scorsa sono stati un campanello d'allarme per l'Europa. La Commissione non esiterà a farsi sentire se gli Stati membri non applicano correttamente questo diritto fondamentale, con particolare riferimento alle garanzie procedurali che proteggono i cittadini dell'UE da provvedimenti di allontanamento arbitrari o contrari al principio di proporzionalità. Constato con soddisfazione che la maggior parte degli Stati membri ha ora dato piena attuazione alle norme dell'UE sulla libera circolazione. Mi aspetto che gli altri paesi vi provvedano rapidamente. La Commissione europea manterrà una ferma vigilanza fino a che tutti gli Stati

che si sta procedendo allo smantellamento degli ostacoli interni alla circolazione delle persone.<sup>219</sup>

E' ormai assodato che l'Unione europea deve continuare a percorrere il cammino tracciato, con l'obiettivo di rendere realmente fruibile lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia da parte di tutti i cittadini. Nel corso del 2009<sup>220</sup> la Commissione ha emanato una Comunicazione, concernente gli orientamenti per un migliore recepimento ed una migliore applicazione della direttiva 2004/38. Tale atto è stato concepito nell'ottica di fornire agli Stati membri alcuni orientamenti, al fine di chiarire i diritti dei cittadini e dei loro familiari e illustrare agli Stati membri le misure che possono adottare, soprattutto in caso di abusi di diritto e di matrimoni fittizi. In tal senso la Commissione si impegna a provvedere da un lato all'aggiornamento della guida destinata ai cittadini, affinché essi raggiungano una migliore conoscenza dei loro diritti e, dall'altro, a promuovere l'organizzazione di incontri bilaterali con gli Stati membri.

Come emerge dalla lettura del documento La prima rilevazione sulla cittadinanza dell'Unione, pubblicato nel 2010, la Commissione è costantemente impegnata a rimuovere i rimanenti ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini europei. Secondo i risultati di un sondaggio di Eurobarometro, pubblicato nel settembre 2011<sup>221</sup> emerge che nel corso degli anni i Paesi membri hanno migliorato, sotto vari aspetti, le condizioni per la mobilità occupazionale. Nonostante ciò, risulta ancora molto bassa la percentuale di cittadini europei, che vive e lavora in uno Stato membro diverso dal proprio Paese d'origine (solo il 3%). Innanzitutto si rileva che vi è poca consapevolezza dei diritti sia da parte dei cittadini, ma anche

---

membri avranno dato risposta congrua alle preoccupazioni giuridiche sollevate dalla Commissione." Dall'estate 2010 la Commissione ha individuato complessivamente 786 casi, avvertendo gli stati che il ricorso ai procedimenti d'infrazione ai sensi del Trattato sarebbe stato inevitabile, nel caso in cui non si fossero risolti i problemi rilevati. Il risultato ottenuto è che 711 casi (circa il 90%) sono stati risolti attraverso il dialogo e/o la presentazione di modifiche legislative e solo 75 casi sono stati oggetto di procedimenti d'infrazione.

<sup>219</sup> Si è registrato un'incremento della mobilità della forza lavoro proveniente dai nuovi Paesi annessi alla Ue tra il 2004 ed il 2007 e ciò ha comportato un aumento del Pil dell'Ue di circa 40 miliardi di Euro.

<sup>220</sup> COM (2009) 313 def.

<sup>221</sup> Speciale Eurobarometro 363 del 2011 "Internal Market. Awareness, perceptions and impacts".

da parte dei datori di lavoro (il 67% delle persone denuncia un deficit di informazione), inoltre è elevata la percentuale di lavoratori migranti, che denunciano pratiche discriminatorie. Infatti le amministrazioni o le imprese possono introdurre norme discriminatorie in tema di assunzioni o stabilire requisiti di nazionalità per mansioni specifiche. Altresì le norme relative alle retribuzioni e alle progressioni di carriera potrebbero subire modifiche rispetto a quanto previsto per i lavoratori in possesso della cittadinanza dello Stato membro di riferimento. Spesso si rileva un problema di mancato riconoscimento delle qualifiche professionali e delle esperienze maturate. Secondo tale indagine sarebbero proprio questi gli ostacoli che tendono a scoraggiare i cittadini Ue dal trasferirsi e lavorare in un altro Stato membro.

Di qui le recenti misure proposte dalla Commissione europea<sup>222</sup> per garantire una efficace applicazione della legislazione vigente, favorendo la mobilità all'interno dell'Ue e limitando la perpetrazione di discriminazioni basate sulla nazionalità. Tale proposta si concretizza da un lato nel fornire canali ufficiali dove i lavoratori migranti dell'Ue e i datori di lavoro, possano ottenere informazioni, assistenza e consulenza in merito ai loro diritti, dall'altro prevedere mezzi di ricorso nel caso in cui si verificano casi di discriminazioni e infine consentire a sindacati e altre organizzazioni di avviare procedimenti amministrativi e giudiziari, al fine di tutelare i diritti dei lavoratori.

Inoltre la Commissione in qualità di garante del Trattato, continuerà ad istruire le procedure d'infrazione, nei confronti degli Stati membri, il cui diritto nazionale non sia conforme alla normativa comunitaria vigente (art. 45 TFUE e Regolamento n. 492/2011).<sup>223</sup>

Si segnala, non certo da ultimo, per ordine d'importanza, che i finanziamenti comunitari (in particolare il Fondo Sociale Europeo), rappresentano un valido strumento, attraverso cui le istituzioni comunitarie cercano di far fronte a

---

<sup>222</sup>Proposta del 26 aprile 2013.

<sup>223</sup> Il risultato di tale lavoro è contenuto in una relazione sull'applicazione della direttiva stessa, che sarà successivamente trasmessa dalla stessa Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio.

specifiche problematiche in questo caso discriminatorie e a contribuire all'attuazione ed alla diffusione delle linee di politica.

La promozione della mobilità è anche uno degli obiettivi della strategia Europa 2020 ed, in particolare, dell'iniziativa *Youth on the move*.

Di particolare utilità sono inoltre i servizi che la rete Eures fornisce alle persone in cerca di lavoro, interessate a trasferirsi in un altro Paese per lavorare e studiare e ai datori di lavoro che desiderano assumere persone di un altro Paese.

## **4.2 I Congedi parentali**

### **4.2.1 La genesi della disciplina dei congedi parentali**

Al fine di ricostruire il quadro normativo in cui si colloca l'emanazione della direttiva relativa ai congedi parentali (96/34 CE), appare opportuno approfondire brevemente il contesto culturale in cui a partire dagli anni novanta è maturata.<sup>224</sup>

Infatti è in tale arco temporale che comincia a comparire nei documenti ufficiali europei la parola *conciliazione*, che affonda le radici in una rivoluzione culturale, che fa emergere l'esigenza di apportare un cambiamento nella modalità di organizzazione dei tempi dedicati al lavoro retribuito e di quelli rivolti al lavoro di cura, svolto prevalentemente dalle donne all'interno della famiglia.

Tale esigenza di adeguare gli strumenti normativi al mutato contesto sociale nasce dalla convergenza di due importanti fattori: i mutamenti del mercato del lavoro; la progressiva trasformazione dei ruoli dell'uomo e della donna all'interno del nuovo contesto familiare.

A livello comunitario il Trattato istitutivo della Comunità Europea introduce il principio di parità retributiva. Successivamente con l'emanazione del Protocollo sulla politica sociale del Trattato di Maastricht e con l'incorporazione al Trattato

---

<sup>224</sup>Calafà L. (2004), *Congedi e rapporti di lavoro*, Padova: Caedam.

di Amsterdam tra gli obiettivi e le azioni della Comunità viene sancito in maniera esplicita il principio di pari opportunità tra uomini e donne.

L'azione di armonizzazione in tale materia era uno degli obiettivi perseguiti della Commissione, spesso ostacolata dai governi nazionali, basti pensare che l'emanazione dell'accordo quadro del 1995 avviene a dieci anni di distanza<sup>225</sup> dalla proposta di Direttiva del Consiglio avente ad oggetto i congedi per motivi familiari.

Si segnala che l'autonomia collettiva a livello europeo ha fortemente contribuito a produrre un grande impulso nel sostegno alla conciliazione dei doveri familiari e parentali riferiti alla tutela del lavoro.

In tale ottica, come è stato sottolineato da alcuni, non è un caso che il primo accordo concluso tra gli attori sociali a livello europeo sia un'azione diretta al sostegno della conciliazione tra vita lavorativa e familiare, proprio con l'intento di raggiungere una più equa distribuzione tra i sessi del lavoro di cura, tradizionalmente riferito alle donne.<sup>226</sup>

Appare opportuno proporre un breve *excursus* storico relativo agli atti normativi aventi ad oggetto la protezione sociale dei genitori lavoratori, al fine di tratteggiare il percorso seguito dalle istituzioni comunitarie nel perseguimento ed affermazione delle politiche anche a livello dei singoli Stati membri.

Uno dei primi documenti rilevanti per quanto concerne la tematicade *quo* è rappresentato senz'altro dalla raccomandazione del Consiglio n. 92/241/CEE del 31 marzo 1992 sulla custodia dei bambini.<sup>227</sup> In tale testo si intravede il tentativo di attuare quanto previsto dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 in tema di conciliazione, pur nella consapevolezza della ridotta efficacia dello strumento regolativo in se stesso. Il punto fondamentale della

---

<sup>225</sup> In GUCE, 27 novembre 1984.

<sup>226</sup> Miscione M., (a cura di) *La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali, I congedi parentali*, Milano, Ipsoa.

<sup>227</sup> In GUCE, n. L. 123 del 08/05/1992.

raccomandazione è rappresentato dall'affermazione del principio dell'equa distribuzione tra uomini e donne delle responsabilità lavorative e familiari.

All'articolo 6 si afferma che *si deve incoraggiare la maggiore partecipazione degli uomini al fine di assicurare una più equa ripartizione delle responsabilità parentali tra uomini e donne e permettere a queste ultime una partecipazione più efficace nel mercato del lavoro.*<sup>228</sup>

A tal proposito alcuni in dottrina hanno sottolineato come l'obiettivo perseguito era quello di considerare i congedi come veri e propri diritti sociali e non solo come tutele riferite ai lavoratori ed alle lavoratrici.<sup>229</sup>

E' interessante considerare che i genitori a cui sono rivolti ed organizzati i servizi non sono solo coloro che svolgono un lavoro, ma anche chi segue corsi di formazione per trovare un lavoro, nonché coloro che sono alla ricerca di un lavoro.

In seguito è stata emanata la direttiva n. 92/85/CEE<sup>230</sup> sul miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento,<sup>231</sup> in cui si introduce un congedo per maternità per un tempo di 14 settimane ininterrotte, da ripartire nel periodo che precede e segue il parto.

Durante tale lasso di tempo la lavoratrice mantiene la retribuzione e/o il versamento di un'indennità. Infine nel caso di prestazioni lavorative rischiose per la salute della donna è contemplato l'esonero.

Il 14 dicembre del 1995 viene sottoscritto l'accordo quadro sui congedi parentali<sup>232</sup> tra gli attori sociali di livello europeo (UNICE, CES, CEEP), ciò a conferma della regola introdotta nel Trattato di Maastricht, in base alla quale il dialogo sociale può diventare un motore propulsivo e non solo, nel caso in cui a

---

<sup>228</sup> Gottardi D. (1999), *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, 3.

<sup>229</sup> Si veda in proposito Ales E.(1999), *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo Stato sociale*, in DL, I e Saraceno C. (2001), *Politiche del lavoro e politiche della famiglia, una alleanza lunga e problematica*, in LD.

<sup>230</sup> In GUCE, L. n. 348 del 28.11.1992.

<sup>231</sup> In Italia tale documento è stato recepito parzialmente con il D.lgs. n. 645 del 23 novembre 1996.

<sup>232</sup> Il primo accordo collettivo europeo.

livello istituzionale non si riesca a trovare un sufficiente consenso, tale da poter emanare atti aventi natura vincolante.<sup>233</sup>

In una successiva Direttiva del Consiglio del 3 giugno 1996 n. 96/34/CE, concernente l'Accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, CEEP e CES, si è proceduto attraverso lo strumento dell'allegazione del testo dell'accordo stesso.<sup>234</sup>

Prima di procedere alla disamina del testo dell'Accordo e della Direttiva, dall'analisi dell'iter che ha caratterizzato la loro genesi, sembra evidente che il percorso che ha caratterizzato l'azione comunitaria in materia di tutela e sostegno alla genitorialità ha avuto come punto di partenza innanzitutto l'affermazione di un principio di non discriminazione per quanto concerne la retribuzione tra uomini e donne.

Successivamente e a partire dagli anni novanta, in seguito alle profonde trasformazioni appena accennate, l'esigenza di creare strumenti di conciliazione tra la vita familiare e lavorativa diventa concreta ed urgente.

#### **4.2.2 L'accordo Quadro europeo e la Direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34/CE**

In via preliminare occorre rilevare che ad una prima lettura il testo dell'Accordo, potrebbe apparire relativamente sintetico. In realtà la risposta a questo ipotetico rilievo è fornita proprio nell'*incipit* del testo normativo (punto 9) in cui si precisa:

---

<sup>233</sup> Gottardi D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, Op. cit

<sup>234</sup> Occorre segnalare che l'esclusione del Regno Unito e dell'Irlanda del nord è stata sanata attraverso l'emanazione della Direttiva 97/75/CE, che modifica l'Accordo, posticipando il termine per la recezione della Direttiva n. 96/34 al 15 dicembre 1999.

Altro aspetto interessante riguarda lo strumento normativo scelto dal Consiglio per la recezione dell'accordo. In un primo tempo la Presidenza italiana del Consiglio, nella persona di Tiziano Treu, in qualità di Ministro del Lavoro, ha optava per l'adozione di un regolamento, dal momento che l'atto doveva limitarsi a conferire una vincolatività generalizzata all'accordo quadro. Tuttavia la Commissione era di parere contrario, nel senso che riteneva più opportuna l'emanazione di una direttiva (tale posizione era avvalorata anche da un parere del Servizio giuridico del Consiglio). Si veda in proposito: Biagi M. (1996), *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in DRI, n. 3.

*considerando che il presente accordo è un accordo quadro che stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale, distinto dal congedo di maternità e sull'assenza dal lavoro per cause di forza maggiore e rinvia agli stati membri ed alle parti sociali per la determinazione di condizioni d'accesso e di modalità di applicazione, affinché si tenga conto della situazione particolare di ciascuno Stato membro.*

Da un punto di vista contenutistico l'Accordo opera una netta distinzione tra *congedi di maternità*, strettamente legati alla nascita del figlio e volti a tutelare la salute della madre e del bambino ed i *congedi parentali*, riferiti sia alla madre che al padre, volti a salvaguardare le esigenze di “cura” per i primi anni successivi all'evento della nascita, così come sancito nella clausola 2.1 in cui si afferma *che fatta salva la clausola 2.2, il presente accordo attribuisce ai lavoratori, di ambo i sessi, il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino ad un'età non superiore ad 8 anni determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali.*

L'altra novità di rilievo è contenuta nella clausola 2.2 in cui il congedo parentale viene riconosciuto come un diritto individuale, che in linea di principio non può essere trasferito, infatti *per promuovere la parità di opportunità tra gli uomini e le donne le parti firmatarie del presente accordo considerano che il diritto al congedo parentale previsto alla clausola 2.1 dovrebbe, in linea di principio, essere attribuito in forma non trasferibile.*

E' del tutto evidente che tale assunto rappresenta un vero punto di svolta per l'ordinamento comunitario, anche se occorre notare che la portata dello stesso è temperata dall'inciso *in linea di principio*. Tuttavia è stato anche osservato che d'altra parte si tratta di una prescrizione minima.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano l'introduzione della locuzione *congedi parentali*, ha rappresentato una vera e propria rivoluzione, sostituendo il termine *astensione facoltativa*, il cd. periodo di allattamento, diritto riferito alla madre

lavoratrice subordinata, attribuibile al padre solo nel caso di rinuncia da parte di quest'ultima.<sup>235</sup>

Va comunque sottolineato che gli studi a livello di diritto comparato, avevano già assimilato l'astensione facoltativa così come disciplinata dalla legge italiana al congedo parentale di derivazione europea.<sup>236</sup>

L'Accordo quadro e successivamente la Direttiva 96/34/CE riconoscono alle lavoratrici ed ai lavoratori aventi un rapporto di lavoro subordinato, un diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, con il fine di sostenere la conciliazione della vita professionale e familiare delle suddette persone. Il testo normativo prevede una durata minima di tre mesi, che possono essere goduti fino al compimento dell'ottavo anno del figlio.

Come si è già avuto modo di considerare, tale diritto è riconosciuto formalmente a ciascuno dei due genitori (clausola 2.2).

Così come stabilito nella clausola 3.a., oltre che a tempo pieno o parziale il congedo può essere *frammentato* o costituire un *credito d'imposta* e per poter accedervi è necessario subordinarlo *ad una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno*.

I punti successivi riguardano il sistema delle tutele individuali: la clausola 2.4 disciplina la protezione dal licenziamento determinato dalla domanda o dalla fruizione dello stesso congedo; la clausola 2.5 la garanzia che nel momento del rientro sia mantenuto lo stesso posto di lavoro e se ciò non fosse possibile l'assegnazione di un lavoro analogo; nonché la clausola 2.6 il mantenimento dei diritti acquisiti o che si acquisiranno fino al termine del congedo.

Di particolare interesse sono poi le disposizioni di chiusura che fanno salve le normative interne più favorevoli inoltre *resta impregiudicato il diritto degli Stati*

---

<sup>235</sup>E' con la L. n. 53/2000 e successivamente con il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 che l'Italia ha manifestato la volontà di superare la vecchia terminologia riferita alle cd. "astensioni" dal lavoro a favore delle nuove denominazioni più in linea con gli altri Stati membri.

<sup>236</sup> Si veda tra gli altri Izzi D. (1997), *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in DPL, 40.

*membri e/o delle parti sociali di stabilire, con l'evolversi della situazione, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse, purché le prescrizioni minime previste nel presente accordo siano rispettate.*

Dopo aver dettato i caratteri minimi del congedo, la direttiva prevede come unico limite di accesso *una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno*, inoltre gli Stati membri e/o le parti sociali potranno *adeguare le condizioni d'accesso e le modalità d'applicazione del congedo parentale alle circostanze particolari proprie dell'adozione*. Ovviamente in tale contesto la parola "adozione" si riferisce a quanto previsto dalle disposizioni di ciascuno Stato membro. Per quanto riguarda l'Italia nello specifico si attueranno le previsioni di equiparazione tra l'adozione e le altre forme d'ingresso in un contesto familiare.<sup>237</sup>

Con riguardo alle modalità di utilizzazione si prevede la presentazione di una richiesta (preavviso) da parte del lavoratore, i cui termini verranno stabiliti dalla legge o dalle parti sociali. Inoltre il datore di lavoro può *previa la consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi ed alle prassi nazionali, è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa (ad esempio allorché il lavoro è di natura stagionale, o se non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una funzione particolare rivesta importanza strategica)*.

Si sottolinea la rilevanza della scelta degli attori sociali prima e del Legislatore comunitario in seguito, di inserire in un quadro generale le circostanze che consentono al datore di lavoro di limitare il godimento di tale diritto individuale. Inoltre si prevede la possibilità di autorizzare *accordi particolari intesi a soddisfare le esigenze operative ed organizzative delle piccole imprese*.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Miscione M., (a cura di) *La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali*, Op.cit.

<sup>238</sup> Si rileva che tale previsione è stata oggetto di contestazione nel ricorso presentato da UEAPMAE nella causa T – 135/96. Occorre segnalare che il criterio utilizzato per individuare a livello comunitario le piccole e medie imprese, è quello stabilito per gli aiuti di stato.

Significativa, come si diceva poc'anzi, appare poi la parte finale dell'Accordo, in cui si disciplinano le tutele individuali, di cui si faceva cenno poc'anzi.

In termini di diritto comparato appare rilevante la previsione della garanzia di rientro al termine del periodo di congedo, dal momento che non è contemplata nel nostro ordinamento e soprattutto in relazione alla folta casistica sul tema, con specifico riguardo al mutamento delle mansioni, nonché al trasferimento di sede, che caratterizza soprattutto i settori produttivi contraddistinti da forte articolazione territoriale.

E' stato osservato che la formula contenuta nel punto 5 della clausola 2) *al termine del congedo parentale, il lavoratore ha diritto di ritornare allo stesso posto di lavoro o, qualora non sia possibile, ad un lavoro equivalente o analogo che corrisponde al suo contratto o al suo rapporto di lavoro*, pur prevedendo il decadere del diritto nel caso di impossibilità, rappresenta sicuramente una tutela minima, volta a colmare l'assenza di una previsione simile riferita ad esempio alla normativa italiana.

Nelle disposizioni finali si prevede inoltre che attraverso la legislazione e la contrattazione collettiva gli Stati membri potranno definire il contratto o il rapporto di lavoro *per il periodo di congedo parentale*, così come *le questioni di previdenza ed assistenza sociale legate al presente accordo devono essere esaminate e determinate dagli Stati membri secondo la legge nazionale, tenendo conto dell'importanza della continuità dei diritti alle prestazioni di previdenza e assistenza sociale per i diversi rischi, in particolare dei diritti dell'assistenza sanitaria*.

Una nota interessante è sicuramente rappresentata dalla circostanza che si rende necessario contemplare tra i contenuti della normativa comunitaria, le cd. assenze dal lavoro per cause di forza maggiore, che non sono strettamente legate alla cura dei figli piccoli, ma possono derivare da ragioni urgenti, causate da eventi quali la malattia e l'infortunio.

Ovviamente anche in tali casi l'ottica *minimal* della Direttiva si limita a prevedere il diritto alla sospensione della prestazione lavorativa, lasciando agli Stati membri e/o alle parti sociali la determinazione delle modalità attraverso cui autorizzare i lavoratori stessi ad assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore.

Infine a chiusura del sistema, appaiono particolarmente rilevanti le norme che oltre a far salve le discipline interne più favorevoli, stabiliscono espressamente che gli Stati membri possono introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori.

#### **4.2.3 Evoluzioni delle politiche di conciliazione**

Pertanto un significativo intreccio, si delinea tra crescita dell'occupazione, cambiamenti demografici e politiche di pari trattamento tra donne e uomini e ciò appare quanto mai necessario in un'Europa allargata.

Un altro capitolo fondamentale ai fini della comprensione dell'evoluzione delle politiche comunitarie rivolte alla genitorialità è senz'altro rappresentato dall'impulso dato dai Fondi Strutturali<sup>239</sup> e dal Fondo di Coesione Sociale, che sono stati creati dalla Commissione europea al fine di cofinanziare gli interventi previsti dagli Stati membri a livello regionale ed orizzontale.<sup>240</sup>

L'articolo 158 e seguenti del Trattato istitutivo della Comunità prevedono infatti che l'Unione europea, al fine di favorire lo sviluppo delle regioni più arretrate, persegue una politica di coesione economica e sociale. Tale programmazione, iniziata nel 1994 è a carattere settennale.

Occorre dire che già a partire dal primo settennio di programmazione si è rivolta una particolare attenzione al tema delle pari opportunità tra uomini e donne nel

---

<sup>239</sup>FESR – Fondo Europeo di sviluppo regionale; FSE – Fondo Sociale Europeo; FEOGA – Fondo Europeo Orientamento e garanzia in Agricoltura; SFOP – Strumento Finanziario di orientamento per la Pesca

<sup>240</sup> A livello regionale i fondi vengono destinati agli interventi previsti all'interno dei Programmi operativi, sulla base degli obiettivi definiti attraverso il processo di programmazione.

mercato del lavoro, tanto che quest'ultimo è stato annoverato tra gli obiettivi comunitari prioritari.

In tale periodo le azioni si sono rivolte principalmente su priorità verticali, quali l'adozione di azioni positive per consentire alle stesse di superare il *gap* esistente nel mercato del lavoro nella formazione e nella fruizione dei servizi.<sup>241</sup>

Il Trattato di Amsterdam nel 1997 introduce il principio del *mainstreaming* di genere,<sup>242</sup> che promuove l'integrazione delle politiche di pari opportunità nel complesso delle politiche comunitarie e nel 2000 la Strategia di Lisbona, al fine di aumentare l'occupazione femminile individua la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna come obiettivo prioritario.

Pertanto è a partire dalla programmazione 2000-2006 che l'Unione Europea integra la dimensione di genere nel suo più importante intervento finanziario volto alla coesione economica e sociale degli Stati membri.<sup>243</sup>

Già nei documenti metodologici della programmazione la Commissione europea pone particolare enfasi all'integrazione delle politiche di genere, ponendo l'accento in particolare su: programmazione, valutazione *ex ante*, monitoraggio e valutazione delle azioni cofinanziate.<sup>244</sup> Tanto che nel documento che comprende tutto il prospetto della programmazione dei fondi per le regioni dell'obiettivo 1 -

---

<sup>241</sup> Si veda in proposito il Programma Now-Nuove opportunità per le donne.

<sup>242</sup> Tale principio impone sia l'adozione di progetti specifici (priorità verticali), sia misure che integrino le altre politiche comunitarie in un'ottica di genere (priorità orizzontali).

<sup>243</sup> In tale periodo e a differenza di quanto avvenuto nella precedente programmazione (1994-1999), i fondi strutturali vengono destinati a tre obiettivi e non più a cinque:

Obiettivo 1: promuove lo sviluppo e l'adeguamento strutturale delle regioni in ritardo di sviluppo; sono comprese in particolare le Regioni il cui Pil è inferiore al 75% della media europea, ovvero le regioni del mezzogiorno d'Italia;

Obiettivo 2: supporta la riconversione socio-economica dei territori con difficoltà strutturali;

Obiettivo 3: con riferimento alle Regioni escluse dall'obiettivo 1, promuove l'ammodernamento dei sistemi di istruzione, formazione e occupazione.

<sup>244</sup> Copiosa è la redazione di documenti che contengono orientamenti pratici al fine di attuare il *mainstreaming*, di cui viene fornita anche una nuova definizione "Per *mainstreaming* si intendono gli sforzi atti ad assicurare che tutti i provvedimenti e le attività generali (in sede di programmazione, attuazione, sorveglianza e valutazione), tengono conto in modo attivo ed esplicito degli effetti sulla condizione maschile e femminile. Il termine comprende anche la progettazione, attuazione, sorveglianza e valutazione di misure ed attività specifiche intese a promuovere l'uguaglianza tra i sessi in termini di partecipazione e benefici. Nel complesso i Piani e i programmi dovrebbero contribuire a migliorare la parità tra i sessi e riuscire ad evidenziare il proprio impatto prima, durante e dopo la fase di attuazione"

Quadro Comunitario di Sostegno 2000-2006 – si afferma che *la valorizzazione delle risorse femminili e la diffusione della cultura di parità si va affermando come importante principio trasversale dell’azione di policy e non solo di azioni specifiche aggiuntive.*<sup>245</sup>

L’importanza di tale assunto è confermata anche nel corso del 2006 dalla redazione da parte della Commissione di una Tabella di marcia per la parità per il periodo 2006-2010<sup>246</sup>.

Attraverso tale documento la Commissione ha definito le sue priorità ed il suo quadro d’azione per la promozione della parità fino al 2010, proseguendo così la sua missione di promuovere la parità tra uomini e donne e assicurare che tutte le sue politiche contribuiscano a tale obiettivo.

In particolare, per quanto riguarda il favorire l’equilibrio tra vita familiare ed attività professionale gli ambiti prioritari e le relative azioni da implementare riguardano: orari di lavoro flessibili per donne e uomini; aumentare i servizi di custodia, migliori politiche di conciliazione tra lavoro e vita familiare per donne e uomini.

Durante il Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2006 è stato approvato il Patto per la parità di genere,<sup>247</sup> che segna la volontà di impegnarsi per l’attuazione delle politiche che hanno lo scopo di promuovere l’occupazione delle donne e garantire

---

<sup>245</sup> Concretamente possiamo dire che il principio di trasversalità delle pari opportunità viene attuato prevedendo nei bandi degli interventi cofinanziati dai fondi strutturali, l’attribuzione di punteggi elevati a quei progetti che presentano elementi che favoriscono l’ottica di genere.

Per quanto riguarda l’Italia, nel 1999 il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri elabora un modello V.I.S.P.O “Valutazione d’Impatto Strategico delle Pari Opportunità”, che oltre all’elaborazione di un metodo per valutare l’impatto di genere, declina altri quattro sotto-obiettivi a cui ispirare l’azione di programmazione degli interventi: 1° obiettivo Globale: Miglioramento delle condizioni di vita al fine di rispondere meglio ai bisogni delle donne; 2° Obiettivo Globale: Miglioramento dell’accessibilità delle donne al mercato del lavoro e alla formazione; 3° Obiettivo Globale: Miglioramento della situazione lavorativa delle donne sul posto di lavoro e redistribuzione del lavoro di cura; 4° obiettivo Globale: Promozione della partecipazione delle donne alla creazione di attività socio-economiche. Tale modello costituisce ancora un valido strumento nella fase programmatica degli interventi ai fini dell’affermazione del principio di pari opportunità.

<sup>246</sup> COM (2006)92 def.

<sup>247</sup> Conclusioni della Presidenza, 7775/1/06/ REV 1.

unequilibrio migliore tra la vita professionale e la vita privata, per rispondere appunto alle sfide demografiche.

Altro testo significativo è rappresentato dalla Comunicazione sul futuro demografico dell'Europa,<sup>248</sup> adottata dalla Commissione il 12 ottobre 2006.

Parallelamente sono molteplici le azioni poste in essere in tempi abbastanza recenti dalla stessa Commissione. Si cita tra l'altro, la proclamazione del 2007 quale anno europeo per la promozione della pari opportunità per tutti; inoltre una consultazione formale delle parti sociali,<sup>249</sup> su un orientamento possibile di un'azione comunitaria in materia di conciliazione tra vita professionale privata e familiare, compresa la promozione di modalità di lavoro flessibili, lo sviluppo di servizi di custodia e di cure e la revisione eventuale delle disposizioni esistenti, per quanto riguarda il congedo di maternità ed il congedo parentale.

In tale ambito occorre segnalare che il quadro legislativo è stato considerevolmente migliorato attraverso l'adozione della direttiva 2006/54/CE, che semplifica e modernizza la legislazione comunitaria esistente in materia di parità di trattamento tra donne e uomini.<sup>250</sup>

Nel dicembre 2006 poi si è provveduto alla creazione di un Istituto europeo per la parità di genere e l'importanza di tale tematica figura, tra l'altro, tra gli obiettivi generali del nuovo quadro per il processo di protezione sociale e inclusione sociale adottato dal Consiglio europeo nel marzo 2006.<sup>251</sup>

Si segnala inoltre anche l'adozione della programmazione dei Fondi strutturali e degli orientamenti comunitari in materia di coesione per il periodo 2007-2013, che prevedono sia azioni specifiche, sia l'integrazione di una prospettiva di genere in tutte le azioni previste. La nuova programmazione si basa sull'Agenda di Lisbona e introduce delle variazioni sia per quanto riguarda la composizione dei Fondi

---

<sup>248</sup> COM (2006)571 def.

<sup>249</sup> SEC(2006)1245.

<sup>250</sup> Gli Stati membri dovevano operare la trasposizione della stessa non più tardi dell'agosto 2008.

<sup>251</sup> In base al documento 6801/06 del Consiglio del 27.02.2006.

strutturali e la loro denominazione,<sup>252</sup> nonché la definizione degli obiettivi, che rimangono essenzialmente tre.<sup>253</sup> Si rende noto che rispetto alla precedente architettura, si prevede un contesto caratterizzato da maggiore trasparenza e semplificazione.<sup>254</sup>

E' interessante notare come l'approccio della Strategia alle Pari Opportunità di genere è sancito all'articolo 16 del regolamento (CE) 1083/2006, riguardante l'attuazione dei fondi. Infatti all'articolo 16 *parità tra uomini e donne e non discriminazione* riafferma che la Commissione e gli Stati membri *provvedono affinché la parità tra uomini e donne e l'integrazione della prospettiva di genere siano promosse nel corso delle varie fasi di attuazione (programmazione, attuazione, implementazione e valutazione) dei fondi, inoltre adottano le misure necessarie per prevenire ogni discriminazione fondata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, le disabilità, l'età o l'orientamento sessuale durante le varie fasi di attuazione dei Fondi ed in particolare nell'accesso agli stessi.*

---

<sup>252</sup> Il FEOGA si trasforma in FEASR e lo SFOP in FEP.

<sup>253</sup> I nuovi obiettivi sono: Obiettivo "Convergenza": che riguarda gli Stati membri il cui Pil pro capite è inferiore al 75% della media comunitaria ed è diretto ad accelerare la convergenza degli Stati membri in ritardo nello sviluppo, migliorando la crescita e l'occupazione attraverso l'aumento della qualità degli investimenti, lo sviluppo dell'innovazione e della società della conoscenza, l'adattabilità ai cambiamenti economici e sociali, la tutela dell'ambiente, nonché il miglioramento dell'efficienza amministrativa. Per l'Italia le regioni ammesse sono la Campania, la Puglia, la Calabria e la Sicilia e la Basilicata, a titolo transitorio.

Obiettivo Competitività regionale ed occupazionale: è rivolto alle Regioni che non sono in ritardo di sviluppo, al fine di rafforzare la competitività e l'occupazione; anticipare i cambiamenti economici; promuovere l'innovazione, l'imprenditorialità, la tutela dell'ambiente, l'adattabilità dei lavoratori e lo sviluppo di mercati di lavoro che ne favoriscano l'inserimento. Per l'Italia le regioni coinvolte sono tutte quelle che non rientrano nell'Obiettivo Convergenza e la Sardegna ammessa a beneficiare dello stesso a titolo transitorio. I finanziamenti provengono dal FESR e dal FSE.

Obiettivo Cooperazione territoriale ed europea: è volto a rafforzare la cooperazione transfrontaliera, transnazionale, ed interregionale, basandosi sull'iniziativa Interreg. I finanziamenti provengono dal FESR e tendono a promuovere la ricerca di soluzioni congiunte a problemi comuni tra le autorità confinanti in materia di sviluppo urbano, rurale e costiero, nonché la creazione di reti di PMI.

L'articolazione territoriale degli interventi si suddivide in: PON (Programmi operativi nazionali); POR (Programmi operativi regionali) monofondo; POIN (Programmi operativi interregionali).

<sup>254</sup> Ciò si traduce in diversi Programmi operativi per ciascun Fondo.

L'articolo 6 richiede poi agli Stati membri di integrare il tema delle pari opportunità nella gestione operativa dei programmi a livello regionale.<sup>255</sup>

Tuttavia è stato osservato da più parti che nonostante gli sforzi prodotti e gli impulsi forniti dalle istituzioni comunitarie, nel nostro Paese mancano gli strumenti legislativi, nonché le prassi per misurare gli effetti dei progetti promossi nell'ottica di genere, afferenti alla precedente programmazione.<sup>256</sup>

Molti obblighi limitano la libera scelta<sup>257</sup> degli individui di conciliare la vita professionale e la vita privata<sup>258</sup>, ad esempio la mancanza di servizi per la custodia dei figli, gli aspetti economici, la penalizzazione della carriera, la difficoltà del rientro sul luogo di lavoro, il rischio di perdita di competenze, nonché il perdurare di certi stereotipi.

I dati riferiti al nostro Paese<sup>259</sup> mostravano poi chiaramente che la cura dei figli, l'assistenza agli anziani ed il lavoro domestico, uniti alla cronica carenza di servizi pubblici, pesano soprattutto sulle donne e rappresentano una vera e propria emergenza per il futuro. In seguito alla nascita dei figli, si registra una precoce uscita delle donne dal mercato del lavoro.

Spesso, dopo aver lasciato il posto di lavoro o essere state costrette a farlo, il reinserimento delle stesse è difficilissimo ed i tassi di disoccupazione di lunga durata registrano questo dato negativo.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> Anche per tale periodo di programmazione si è mantenuto il Modello V.I.S.P.O., previo adeguamento delle precedenti aree d'intervento, rispetto ai nuovi indicatori di valutazione per i nuovi Programmi operativi.

<sup>256</sup> Forse si dovrebbe lavorare in futuro per dotare il nostro Paese di una legge sulle statistiche di genere. Spesso i dati posseduti sono disaggregati e non consentono di cogliere pienamente l'aspetto di genere.

<sup>257</sup> Molto interessanti a questo proposito sono le riflessioni sul concetto di *temps choisis*, partendo dalla logica del miglioramento della qualità della vita delle persone che lavorano, elaborate dal gruppo di ricerca francese di Echange et Projet, le cui conclusioni sfoceranno nel Rapporto Supiot. Si veda in proposito Supiot A. (2003) (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Roma: Carocci.

<sup>258</sup> Altieri G. (2007), *Uomini e donne moderni, le differenze di genere nel lavoro e nella famiglia: nuovi modelli da sostenere*, a cura di G. Altieri, IRES Studi & Ricerche, Roma: Ediesse.

<sup>259</sup> Vedi in proposito L. Pavan-Woolfe "2007: Anno Europeo per la Pari Opportunità e l'uguaglianza tra donne e uomini", in Fare rete per l'inclusione sociale: spunti di riflessione Sede di tecnostuttura delle regioni per il FSE, Roma 8 marzo 2007.

<sup>260</sup> In Francia e in Inghilterra le infrastrutture per l'infanzia e le persone anziane sono buone. I congedi parentali incoraggiano i padri a prendersi cura della famiglia. Il risultato è che il tasso di occupazione delle donne è elevato. Le famiglie hanno sicurezza economica, perché entrambi i coniugi lavorano e il tasso di fertilità conseguentemente aumenta. Sono in definitiva società che investono nel futuro. Vedi in proposito

In Italia gli interventi legislativi più significativi in materia risalgono ormai all'anno 2000<sup>261</sup> ed hanno messo in luce una rinnovata attenzione al tema di una più efficace distribuzione dei carichi familiari, per quanto affermato poc'anzi. In particolare, attraverso l'emanazione delle leggi n. 53/2000 e n. 328/2000, il Legislatore ha tentato di individuare come possibili soluzioni del problema: una reale condivisione dei compiti e delle responsabilità familiari<sup>262</sup>; una maggiore flessibilità di orari e armonia nell'organizzazione dei tempi; nonché la costruzione di un solido sistema di servizi sociali per la famiglia (riforma del welfare).<sup>263</sup>

Di notevole interesse, per i temi oggetto della riflessione successiva, appare l'articolo 9 della stessa legge n. 53, che concerne la promozione di misure a sostegno della flessibilità e destina una quota di risorse derivanti dal Fondo per l'occupazione, ex legge n. 236/93, *in favore di aziende che applichino forme contrattuali che prevedono azioni positive per la flessibilità*, ivi includendo non solo interventi che accompagnino il reinserimento di quelle/quelli lavoratrici/lavoratori che abbiano usufruito dei succitati congedi, ma anche e soprattutto programmi che permettano *particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro connesse alla cura dei figli*.

Purtroppo i dati relativi alla fruizione di tale opportunità evidenziano che le enormi potenzialità di tale provvedimento normativo non sono state recepite fino in fondo dal momento che la sua applicazione appare limitata a singole esperienze

---

alcuni contributi contenuti in Calafà L. (2007) *Paternalità e lavoro*, Bologna: Il Mulino; Calafà L., Gottardi D. (1999 e 2000), *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, parte I in Dir. Mer.lav., 1999 e parte II in Dir. Mer.lav., 2000.

<sup>261</sup> Primi tentativi di tratteggiare le caratteristiche del concetto del lavoro di cura: Gottardi D. (2001), *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in Lav. Dir. e Scarpelli F. (2003), *Curare: un lavoro di uomini e di donne, di locali e di immigrati*, Relazione al Convegno nazionale "Curare ed essere curati: un'opportunità, un diritto.", tenutosi a Milano il 17.

<sup>262</sup> In particolare, attraverso l'emanazione della legge n. 53/2000 si è inteso superare il "taglio" della sola parità, individuando, finalmente, il diritto alla paternità come diritto/dovere del padre in quanto tale, piuttosto che un diritto da esercitare in alternativa a quello della madre.

<sup>263</sup> "Dal Nap 2004, emerge che il ricorso al sostegno finanziario (assegno di 1.000 euro, per ogni figlio nato dal 1 dicembre 2003 al 31 dicembre 2004, che sia secondo o ulteriore per ordine di nascita), unitamente allo sviluppo dei soli servizi per la prima infanzia sembrano essere i principali strumenti di conciliazione. Segnatamente il sostegno finanziario rappresenta una tipologia d'intervento cheal contrario della legge n. 53/2000, non presuppone un'evoluzione del modello culturale di famiglia, né incide in modo diretto sulla rimozione degli ostacoli alla conciliazione." Vedi in tal senso: Loi D. (2005), *I più recenti strumenti normativi volti a favorire la conciliazione*, in Prospettive sociali e sanitarie, n. 4-5.

aziendali, nell'ambito delle quali i mutamenti dei modelli organizzativi, sembrano essere motivati soprattutto da esigenze produttive, nonché di gestione del personale, piuttosto che da obiettivi connessi alla responsabilità sociale ed al miglioramento della qualità della vita e delle condizioni di lavoro.

Pertanto all'oggi dobbiamo constatare che la normativa *de quo* non ha ancora costituito, come si sperava, la leva attraverso la quale operare una redistribuzione all'interno del sistema di condivisione del lavoro di cura, organizzazione del lavoro e dei tempi di vita.

Indubbiamente il contributo offerto dal Legislatore in questo, come in altri interventi normativi sul tema in oggetto, è frutto di un lento ed inesorabile processo (che potrebbe/dovrebbe orientare al genere le politiche attive del lavoro), sviluppatosi appunto in seguito all'elaborazione della Strategia Europea per l'occupazione.

Come detto sopra l'enfasi posta sulla promozione di pari opportunità, la previsione di destinare una quota rilevante di risorse a questo fine, di realizzare e valutare interventi specifici e trasversali e l'attenzione posta al tema della conciliabilità vita/lavoro, hanno certamente avuto il merito di favorire il passaggio dalla riflessione all'azione su queste tematiche. Le modalità concrete di gestione delle iniziative cofinanziate dai Fondi Strutturali ed il progressivo decentramento delle funzioni di governo del mercato del lavoro hanno, inoltre favorito la crescita di politiche attive su scala locale.

Il passaggio dall'enunciazione ai fatti è tutt'altro che semplice, pertanto appare sempre più significativo il proseguimento dell'azione delle istituzioni comunitarie ed in particolare della Commissione sulla necessità di continuare a lavorare e a consolidare gli sforzi prodotti in tale ambito, avendo come obiettivi a breve termine: assicurarsi che i congedi parentali siano indirizzati sia alle donne che agli uomini e che siano non trasferibili, interessanti finanziariamente, frazionabili e aventi una durata che non possa costituire un freno per il rientro sul posto di lavoro; continuare a sviluppare servizi di cura accessibili per le persone a carico;

ad esempio con riguardo al tema dell'invecchiamento della popolazione si possono prevedere *congedi filiali* per persone anziane, attraenti per donne e uomini; promuovere i *congedi di paternità*, che permettono ai padri di essere coinvolti nelle responsabilità domestiche e familiari fin dalla nascita dei bambini; intensificare la lotta contro gli stereotipi, indirizzata soprattutto agli uomini e alle imprese; prevedere misure di accompagnamento durante il congedo parentale, ai fini di preservare l'occupabilità dei lavoratori; accompagnare le PMI nell'attuazione di misure per conciliare la vita professionale, la vita privata e la vita familiare.

#### **4.2.4 I congedi di paternità ed i cambiamenti in atto**

Dalle analisi precedentemente svolte emerge che uno dei punti più controversi su cui si sta spingendo per arrivare ad una evoluzione *in primis* culturale, ma anche della legislazione in materia è rappresentato dal tema dei congedi di paternità.

Come abbiamo visto nel 1992 la Direttiva europea aveva come fulcro la protezione della donna in stato di gravidanza o che aveva partorito o che si trovava nel periodo dell'allattamento e prevedeva un periodo minimo di 14 settimane di congedi di maternità.

Già a partire dal 2008 la Commissione presenta una proposta di revisione della stessa Direttiva, enucleando i seguenti obiettivi: migliorare la protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere e durante il periodo di allattamento; agevolare il rientro delle stesse nel mercato del lavoro; intervenire in tema di diritto del lavoro rendendolo più favorevole alle donne; promuovere la conciliazione vita familiare e lavorativa.

Nel marzo del 2010 il Parlamento europeo con 390 voti favorevoli, 192 contrari e 59 astensioni ha approvato la proposta di revisione della legislazione europea in

materia di congedi di maternità, portandoli da 14 a 20 settimane<sup>264</sup>, tutte remunerate al 100% dello stipendio.

L'Emendamento 50 – Congedo di paternità - alla proposta di Direttiva, concernente le modifiche della Direttiva 92/85/CEE, prevede per i lavoratori la cui *partner* stabile ha partorito di recente, il diritto a godere di un periodo continuativo di congedo di paternità totalmente retribuito e non trasferibile per almeno due settimane, durante il congedo di maternità.

Occorre subito dire che tale ultima previsione ha scatenato forti opposizioni, soprattutto perché alcuni Stati membri l'hanno giudicata troppo onerosa. Tuttavia il parere della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali ribadisce l'importanza di sostenere misure di conciliazione, al fine di giungere a livello europeo ad una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro, contribuendo in tal modo anche a limitare il fenomeno della segregazione, nonché a risolvere l'annoso problema relativo ai differenziali salariali tra uomo e donna.

La maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro continua ad essere fortemente auspicata e sostenuta, al fine di aumentare la competitività a livello globale e scongiurare il problema dell'invecchiamento attivo.

Secondo gli orientamenti di politica comunitaria, le ricette per ovviare a tale *gap* coinvolgerebbero il miglioramento di tutti gli aspetti<sup>265</sup> che sono intrinsecamente legati al principio di pari opportunità tra uomini e donne, così come sancito nell'articolo 141, paragrafo 3 del Trattato Ce.

E' solo recentemente che nel nostro Paese si è cominciato a riconoscere l'importanza del ruolo paterno all'interno della famiglia per ciò che concerne l'educazione dei figli. La strada segnata dagli orientamenti comunitari verso

---

<sup>264</sup> Occorre precisare che tale misura non riguarda il nostro Paese, dal momento che la legislazione già prevede per la neo mamma un periodo di astensione obbligatoria di cinque mesi.

<sup>265</sup> Adeguamento delle norme in materia di congedi parentali; durata degli stessi; tema delle retribuzioni; salvaguardia dei diritti e degli obblighi delle donne che usufruiscono del congedo di maternità o che rientrano al lavoro dopo tale periodo.

l'affermazione del principio delle pari opportunità, prosegue ora con l'assunzione e la condivisione delle responsabilità familiari da parte di entrambi i genitori.

A tal proposito si segnala che un progetto di legge presentato nel 2010 apporterebbe modifiche al D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, introducendo anche nel nostro ordinamento l'obbligo per il padre lavoratore di astenersi dal lavoro per un periodo di almeno tre giorni entro i cinque mesi dalla nascita del figlio. Inoltre è contemplata la possibilità di concordare un congedo più lungo, part-time e altri permessi di otto ore a settimana entro i primi tre anni di vita del bambino. Ciò consentirebbe di colmare almeno in parte il ritardo dell'Italia nelle politiche di sostegno alla genitorialità.<sup>266</sup>

In tale scenario ciò che resta da verificare è se i congedi parentali possono avere conseguenze negative sulla carriera dei lavoratori. Spesso infatti ciò è stato lamentato soprattutto dalle lavoratrici madri, in quanto percepiti dal datore di lavoro come uno scarso investimento in prospettiva da parte della lavoratrice/ri.

#### **4.3L'orientamento sessuale**

Il principio di non discriminazione, manifestazione del più generale principio di eguaglianza, rappresenta uno dei cardini della normativa internazionale relativa ai diritti umani. In particolare l'articolo 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948 contiene due indicazioni relative alle discriminazioni di genere<sup>267</sup>: *ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella*

---

<sup>266</sup> Il primo caso di congedo obbligatorio per i neo padri è frutto in Italia è un progetto finanziato ex articolo 9 legge n. 53/00, che ha riconosciuto appunto 3 giorni di congedo obbligatorio ai padri. Ciò dimostra che è possibile invertire tale tendenza e colmare il gap culturale che ancora sconta purtroppo il nostro paese rispetto ad altri Stati europei.

<sup>267</sup> Il principio di non discriminazione è ormai considerato come manifestazione del principio di uguaglianza. Sinteticamente, secondo tale assunto, situazioni simili devono essere trattate in modo uguale, mentre situazioni diverse in modo differente. In caso contrario e in mancanza di ragionevoli giustificazioni le condotte si devono considerare discriminatorie.

*presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità.*

*L'articolo 7 poi vieta qualsiasi forma di discriminazione: tutti sono eguali dinanzi alla legge hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione.*

In ambito di Unione Europea tale principio è consacrato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) all'articolo 8 e all'articolo 14. Il primo prevede che: *1. ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui*". Il secondo afferma che: *il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita e di ogni altra condizione.*<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> A tal proposito si sottolinea che i giudici di Strasburgo, nella sentenza del 22 gennaio 2008, E.B. c. Francia, hanno affermato che tale principio "è profondamente radicato nella giurisprudenza della Corte".

E' stato da più parti osservato che nonostante vi sia una lista di motivi per cui si possa perpetrare una discriminazione, la Corte non l'ha mai considerata esaustiva e spesso ha utilizzato tale ultima disposizione per condannare violazioni del principio suddetto, per motivi non ricompresi nella suddetta lista.<sup>269</sup>

L'articolo 10 del TFUE prevede che *nella definizione e nella attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.*

E il successivo articolo 19, I c. (ex art. 13 TCE) stabilisce che *fatte salve le altre disposizioni del presente Trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale.*

Tali principi sono enunciati anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 21 stabilisce cheè *vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.* Il principio di non-discriminazione ivi previsto tende a

---

<sup>269</sup> Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa a fattispecie in cui venivano in rilievo gli orientamenti o l'identità sessuale dei ricorrenti, emerge la tendenza a ricondurre le violazioni della Convenzione soprattutto all'articolo 8 della CEDU, relativa al diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, piuttosto che all'articolo 14, relativo al divieto per gli Stati di effettuare discriminazione degli individui nel godimento di diritti e libertà. Ad esempio, nella sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre 1981 si afferma che l'orientamento sessuale costituisce una manifestazione essenzialmente privata della personalità umana, mentre più recentemente, con la pronuncia *Goodwin c. Regno Unito* dell'11 luglio 2002 si è ribadito che l'art. 8 CEDU attua unaprotezione della sfera personale che comprende il diritto di ciascuno di stabilire i dettagli della propria identità come essere umano e che appare ragionevole esigere dalla società che si accettino degli inconvenienti per consentire ad alcune persone di vivere nella dignità e nel rispetto, conformemente all'identità sessuale scelta.

garantire la parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla nazionalità, il sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le credenze, la diversa abilità, l'età o l'orientamento sessuale o l'identità di genere.

Per quanto concerne poi il diritto derivato, uno dei testi normativi più significativi a livello europeo è rappresentato dalla direttiva 2000/78 sulla lotta contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nel luogo di lavoro. Nel nostro Paese il tema *de quo* è disciplinato dal Decreto Legislativo n. 216/03 che ha recepito la stessa Direttiva. In estrema sintesi si prevede che chi ritiene di essere discriminato, può rivolgersi al Giudice, al fine di ottenere la cessazione del comportamento discriminatorio.

Si segnala poi la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/38 sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale atto, che è stato già ampiamente esaminato, contempla in un unico testo il *corpus* legislativo esistente nel settore del diritto d'ingresso e di soggiorno dei cittadini dell'Unione nel territorio degli Stati membri. Particolarmente rilevante, riferito a tale tematica, è la previsione dell'applicazione della stessa a qualsiasi soggetto con cittadinanza europea, che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza; ai familiari che la accompagnino o la raggiungano, tra cui il partner o la partner che ha contratto con questa un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, nel caso in cui la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto della normativa dello stesso. Inoltre si prevede che lo Stato membro ospitante, nel rispetto della legislazione nazionale, faciliti l'ingresso e il soggiorno del "partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata" (articolo 3).

Altra fonte comunitaria di riferimento è rappresentata dalla Direttiva del Consiglio 2004/83, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o

apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

Per quanto riguarda gli atti non vincolanti, il Parlamento europeo è intervenuto più volte esortando gli Stati membri di legiferare in materia antidiscriminatoria con risoluzioni che, più o meno sinteticamente, affermano la necessità di adottate legislazioni antidiscriminatorie in vari ambiti dalle legislazioni nazionali.<sup>270</sup>

Il 26 settembre 2000 l'Assemblea ha approvato la raccomandazione n. 1474, in cui si esortano gli Stati membri a riconoscere la parità di diritti per le coppie omosessuali, a prevedere un divieto esplicito di discriminazione basata sull'orientamento sessuale e ad introdurre una completa legislazione antidiscriminatoria. Tale atto è stato preceduto il 6 giugno da un'analogha raccomandazione, in cui si invitavano gli Stati membri a includere, fra le cause di riconoscimento del diritto di asilo nel proprio territorio e a garantire il diritto di immigrazione per i partner di coppie dello stesso sesso, anche la persecuzione degli omosessuali.

Il 16 maggio 2008 il Parlamento ha emanato un importante Risoluzione sull'omofobia in Europa e, da ultimo, si segnala la Risoluzione del 24 maggio 2012, in cui oltre a fornire una definizione articolata di omofobia, si sanzionano le recenti normative, approvate in svariati Paesi Ue, fortemente discriminatorie e si procede ad una rassegna della situazione legislativa a livello nazionale.

In tale ottica si colloca anche il precedente Parere del Comitato delle Regioni non discriminazione, pari opportunità e applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone, emanato il 18 giugno 2009, in cui si sostiene l'attività della Commissione a presentare nuove proposte per l'applicazione del principio di

---

<sup>270</sup> Risoluzione 13 marzo 1984: proposta dall'eurodeputata italiana dettagliata ed espressamente rivolta contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale; Risoluzione 11 giugno 1986: Risoluzione 26 maggio 1989: Risoluzione 22 novembre 1989; Risoluzione 23 luglio 1990; Risoluzione 8 febbraio 1994; Risoluzione 17 settembre 1996: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione 8 aprile 1997: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione *Sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea* approvata dal Parlamento europeo il 17 settembre 1998.

parità di trattamento fra le persone, anche indipendentemente dall'orientamento sessuale, ponendo i principio di non discriminazione e il benessere delle persone come priorità assolute in un contesto europeo sempre più diversificato in seguito all'allargamento. Si auspica inoltre che le amministrazioni locali istituiscano un'Autorità per i diritti e le pari opportunità per l'applicazione concreta del principio di pari opportunità in tutti gli interventi regionali cofinanziati con le risorse comunitarie.

E' in tale contesto che maturano una serie di interessanti proposte legislative, in particolare la Proposta di direttiva del Consiglio del 2 luglio 2008<sup>271</sup> ha l'obiettivo di garantire al di fuori dei luoghi di lavoro,<sup>272</sup> una tutela contro la discriminazione fondata sull'età, l'handicap, le tendenze sessuali e la religione o le convinzioni personali.<sup>273</sup> Credo sia importante osservare che tale proposta lascia impregiudicate le normative nazionali in materia di stato coniugale e di famiglia. Il filo rosso che lega le normative emanate nel corso del tempo è quello di cercare di colmare le lacune e mettere al passo alcuni Stati membri (tra cui l'Italia) con le legislazioni antidiscriminatorie già vigenti in materia in molti Stati membri (Danimarca, Finlandia, Francia, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Svezia, Svizzera, Slovenia, Canada, Israele, Sudafrica, numerosi Lander tedeschi e Stati degli Usa e dell'Australia).

C'è da rilevare che molti Stati europei hanno adottato iniziative per allinearsi alle due direttive UE 2000/43/CE, che vieta, nella vita di tutti i giorni, la discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, nonché la direttiva sulla

---

<sup>271</sup> COM 2008-426.

<sup>273</sup> Si rileva che la successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2009, ha accolto con favore tale proposta di direttiva del Consiglio. In tale sede il Parlamento si è espresso con 363 voti favorevoli, 226 contrari. E' stato notato che l'aver richiamato nella proposta di direttiva tutti i fattori di discriminazione presenti nella Direttiva 2000/78, può costituire un segnale che non tutti gli obiettivi prefissati siano stati raggiunti. La proposta fa esplicito riferimento alle tipologie di discriminazioni precedentemente delineate (dirette ed indirette), ma in sede di discussione è stata citata anche la multi-discriminazione, ovvero quel trattamento discriminatorio costituito da due o più fattori tra quelli citati nel testo. Gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire a coloro che sono vittime di trattamenti discriminatori, di poter ricorrere ad un organo giudiziario e/o amministrativo e di ottenere un risarcimento proporzionato. Si esorta inoltre questi ultimi ad istituire gli organismi di parità autonomi indipendenti ed accessibili a tutti.

parità di trattamento in materia di occupazione 2000/78/CE, che vieta la discriminazione, in materia di occupazione e formazione, fondata sulla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Questo include i dieci nuovi Stati membri che sono entrati nell'UE nel mese di maggio 2004.

Il 31 marzo 2010 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato un'importante raccomandazione agli Stati membri riguardante le Misure per combattere la discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.<sup>274</sup>

Tuttavia occorre rilevare che la mancanza di dati empirici sulle discriminazioni, la carenza sistematica di una politica che ponga in essere azioni efficaci nell'ottica del contrasto alle discriminazioni rende complessa l'applicazione della normativa. Tanto che operatori ed associazioni denunciano un limitato utilizzo dei divieti di discriminazione, nonché degli strumenti sanzionatori, tanto da definire inadeguate le tutele previste, così come viene ribadito dall'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali (FRA)<sup>275</sup>

A livello nazionale queste importanti battaglie sono sostenute soprattutto dal mondo dell'associazionismo. In Italia, ad esempio, la prima ricerca specifica sulle discriminazioni sul lavoro di omosessuali, bisessuali e transessuali è stata condotta da Arcigay, in collaborazione con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.<sup>276</sup> I dati riportati tracciano un quadro nitido su un fenomeno allarmante e, per certi aspetti, ancora invisibile e aiutano a delineare ipotesi su possibili strategie di prevenzione ed intervento. Tra le prime azioni utili suggerite vi è l'informazione sul luogo di lavoro. Come già detto, altro punto critico è rappresentato dal fatto che nel nostro Paese non esiste ancora una legge a contrasto dei reati commessi per odio verso persone omosessuali, bisessuali e

---

<sup>274</sup> Tale direttiva intende assicurare la parità di trattamento negli ambiti della protezione sociale, la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, l'istruzione e l'accesso e la fornitura di beni e servizi.

<sup>275</sup> Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali (FRA); *Omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli stati membri dell'Ue*, Relazione di sintesi, 2009.

<sup>276</sup> Lelleri L., a cura di, (2011), *Io sono io lavoro (report finale)*, edizione Arcigay.

transgender. E' all'oggi impossibile avere una rilevazione statistica attendibile o reperire informazioni ufficiali dalle forze dell'ordine in merito a tali reati, dal momento che non esiste una fattispecie specifica. E' per colmare questa lacuna che ogni anno Arcigay pubblica una rassegna di casi di omofobia, discriminazioni e violenza ai danni di tali persone. L'obiettivo è ancora una volta rompere il muro di silenzio dietro a cui spesso rimangono nascosti tali atti di violenza. Unitamente le maggiori associazioni europee ritengono opportuno che si giunga finalmente ad emanare una direttiva orizzontale finalizzata alla tutela contro la discriminazione fondata sull'età, la diversa abilità, l'orientamento sessuale e l'identità di genere in ogni ambito della vita, compreso la protezione sociale, la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, il lavoro, l'istruzione e l'accesso e fornitura di beni e servizi, nonché le politiche abitative.

In tema di legami familiari, percorrendo un passo indietro, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000 richiede di garantire alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali. Occorre dire che su tale parità il nostro Paese deve fare uno sforzo ulteriore, al fine di adeguarsi al cammino intrapreso dall'Europa volto all'allargamento dei diritti civili. Ad oggi la battaglia è soprattutto culturale, nel senso di maturare la consapevolezza della necessità di emanare una legge, così come già avvenuto in altri Paesi, che estenda il matrimonio civile anche alle coppie dello stesso sesso e la creazione di istituti distinti dal matrimonio, che contemplano il riconoscimento giuridico delle unioni civili, nel rispetto delle differenti modalità di legami sentimentali e affettivi, in linea con ciò che è già avvenuto in molti Stati membri.

A parere di chi scrive la genitorialità è la capacità non solo di procreare,<sup>277</sup> ma l'attitudine ad educare e prendersi cura dei propri figli e queste sono inclinazioni umane che non dipendono dall'orientamento sessuale della persona, quindi anche *gay* lesbiche transessuali e *transgender* le possiedono. Gli ultimi dati ci segnalano che ad esempio in Italia sono almeno 100.000 i figli, che vivono in famiglie

---

<sup>277</sup> Che può essere limitato solo dalla sterilità e non dall'orientamento sessuale.

omogenitoriali o con un genitore transessuale. Occorre innanzitutto tutelare tali soggetti e introdurre leggi che prevedano la parità di diritti rispetto a figli che crescono in famiglie eterosessuali.<sup>278</sup> Pertanto in tale logica sarebbe auspicabile la possibilità di adozione interna alla coppia omosessuale, riconoscendo legalmente la figura del co-genitore, come avviene nelle coppie eterosessuali. Inoltre l'accesso all'adozione per le coppie dello stesso sesso, a pari titolo con le coppie di sesso diverso, coerentemente con le leggi vigenti a tutela dei/delle figli/e adottati/e. Una legge che regoli la responsabilità genitoriale delle/dei partner di fatto, anche dello stesso sesso.

Per quanto riguarda la transessualità ed il transgenderismo è molto interessante la campagna europea STP 2012, Stop Trans Depathologization, per la depatologizzazione del transessualismo, congiuntamente alla eliminazione dello stesso dal DSM o quantomeno la revisione del termine che stigmatizza le persone “*trans*” come disforiche e quindi malate mentali, condizionandone e impedendone di fatto l'autodeterminazione e l'inserimento sociale e lavorativo.

Sarebbe opportuno un intervento legislativo al fine di tutelare al meglio e ampliare i diritti delle persone transessuali nello specifico attraverso: a) la possibilità di cambiare nome in accordo con la propria identità di genere senza passare dall'intervento di cambio di sesso; b) la garanzia di accesso gratuito alle cure ormonali specifiche; c) una legge che garantisca e tuteli le persone transessuali da ogni tipo di violenza e discriminazione.

In conclusione si può affermare che a causa della mancanza di consenso politico per affrontare il tema delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale nel nostro Paese, il diritto comunitario è ancora una volta l'unico mezzo per stimolare il Legislatore italiano ad assumere decisioni in materia. L'emanazione di una nuova direttiva potrebbe produrre i suoi effetti positivi e portare il Legislatore italiano a colmare quel *gap* che ancora persiste e che impedisce di garantire la piena uguaglianza. Si ritiene che in tale contesto sia opportuno prevedere azioni

---

<sup>278</sup> Report finale “Io sono io lavoro”, op. cit..

positive e parallelamente riforme sul tema. Il punto centrale è che manca agli Stati membri una prospettiva “comune” in materia di famiglia ed è complicato pensare che i sistemi di garanzia contro le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale possano avvicinarsi tra di loro. Tuttavia con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, si continua ad auspicare un rafforzamento della tutela dei diritti in esse contenuti, soprattutto volgendo l’attenzione agli Stati in cui alcune fattispecie non trovano “cittadinanza”. Nel nostro Paese sembrerebbe di intravedere un primo passo in tal senso nell’emanazione della proposta di legge di estenderla cd. legge Mancino, misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa all’omofobia e transfobia. Tale testo è stato già recentemente discusso alla Camera ed ora passa al vaglio del Senato.

## **Bibliografia**

- Acierno R. (2002), *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*
- Adinolfi A. (2001), *Art. 68*, in Fausto Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova.
- Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali (FRA) (2009), *Omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli stati membri dell'Ue*, Relazione di sintesi.
- Ales E. (1999), *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo Stato sociale*, in *DL*, I.
- Albors-Llorens A. (1998), *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Rev.*
- Ales E. (2011), *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*, in *Diritto del Lavoro*.
- Altieri G. (2007), (a cura di) *Uomini e donne moderni, le differenze di genere nel lavoro e nella famiglia: nuovi modelli da sostenere*, IRES Studi & Ricerche, Ediesse.
- Ancel B., Muir Watt H. (2001), *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Revue critique*
- Arrigo G. (2001), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Prime osservazioni*, in *Diritto del Lavoro*
- Arrigo G. (1998), *La politica sociale nel Trattato di Amsterdam: una "riforma minore" destinata a crescere*, in *Diritto del Lavoro*
- Ballarino T., Ubertazzi B. (2004), *On Avello and Others. A New Departure in the Conflict of Laws?*, in *Yearbook of Private Internationale Law*, VI
- Ballestrero M.V. (2000), *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. & dir*

- Baratta R. (2004), *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova
- Barbera M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia
- Bariatti S. (1986), *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova
- Baratti S. (2001), *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*
- Battaglia E. (2004), "Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, in *Dir. Un. Eur.*
- Biagi M. (1998), *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *Dir.rel.ind.*
- Biagi M. e Salomone R. (2000), *L'Europa sociale e il diritto al lavoro: il ruolo della "European social Charter"*, in *Lav. giur.*
- Biagi M. (2001), *La nuova Carta europea: valori o precetti?* In *Contratti e contratt.coll.*
- Biagi M. (1996), *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *DRI*, n. 3.
- Biagioni G. (2004), *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*
- Becchi P. (2009), *Il principio di dignità umana*, Brescia: Morcelliana
- Blanplain R. (1998), *Il Trattato di Amsterdam e le sue conseguenze: fine del modello sociale europeo*, in *Dir. lav.*, I

- Bonaiuti M. (2005), *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti “Bruxelles I” e “Bruxelles II”*, in Riv. dir. int. Priv. proc.
- Bonomi A. (2001), *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in Riv. dir. Int.
- Braibant B. (2001), *La Charte des droits fondamentaux*, in Droit soc.
- Bronzini G. (2009), *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in Riv. It. Dir. Lav., II
- Bucher A. (2000), *La famille en droit international privé*, in RecueildesCours
- Calafà L. (2004), *Congedi e rapporti di lavoro*, Padova:Caedam
- Calafà L. (2007), (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna: Il Mulino
- Calafà L., Gottardi D. (1999 e 2000), *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, parte I in Dir. Mer.lav., 1999 e parte II in Dir. Mer.lav., 2000
- Campbell A., Lardy H. (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, in Eur. Law Rev.
- Capotrotti F. (1991), *La mission de la Court et le système de la Convention de Bruxelles*, in DuintjerTebbens, Kennedy, Kohler (a cura di.), *Compétencejudiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du Colloque sur l’interpretation de la Covention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la prospective de l’espace judiciaire européen*, Luxembourg, le 11 et 12 mars 1991
- Carabelli U.(2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari: Cacucci
- Caracciolo Di Torella E. (2000), *Childcare, employment and equality: first (false) steps of the Court*, in Eur. Law Rev.
- Carbone S. (2004), *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale*, in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano

Carinci F., Pizzoferrato A. (2000), *“Costituzione” europea e diritti sociali fondamentali*, in Lav. e dir.

Carbone S, e Queirolo I., a cura di (2008), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Giappichelli

Caracciolo di Torella E., Reid E. (2002), *The changing shape of the “European family” and fundamental rights*, in Eur. Law rev.

Caracciolo Di Torella E. (2000), *Childcare, employment and equality: first (false) steps of the Court*, in Eur. Law Rev.

Calò E. (2002), *La Corte di giustizia assediata dalle convivenze*, in Riv. not.

Carbone S.M. (2004), *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale*, in Carbone S.M., Frigo M., Fumagalli L., *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano

Cartabia M. (2001), *Commento all’art. 51*, in Bifulco R. (a cura di), *L’europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*, Bologna: Il Mulino

Cartabia M. (2008), *I diritti fondamentali e la cittadinanza della Corte*, in *Le nuove istituzioni europee*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi

Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sopranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. Dir. Pub. Eur.*, 2

Caselli A. (2010), *Recenti modifiche della disciplina del ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 2.7*

Chiti M. P. (2000), *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale*, in RTDP

Condinzani M., Nascimbene B. (1997), *Lavoro (libera circolazione delle persone: profili generali)* in Chiti M., Greco G., *Trattato di Diritto Amministrativo europeo – Parte Speciale*, Volume II, Milano.

Codinzani M. (2005), *La nozione di “giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso di diritto interno” nel titolo IV del Trattato CE: Osservazioni in margine al caso Dem’Yanenko*, in Lenza (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per*

*il diritto internazionale, comunitario, interno*. IX Convegno SIDI – Roma 17-18 giugno 2004, Napoli

Codinanzi M., Amalfitano C. (2008), *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, n.2

Conti R. (2004), *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. Dir.*

Coppel J., O’Neill A. (1992), *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *CMLR*

Coussirat-Coustière V. (1996), *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’homme*, in *Internationalisation des droit de l’homme et évolution du droit de la famille*, Paris

Coussirat-Coustière V. (2000), *Famille et Convention européenne des Droits de l’Homme*, in *Protection des droits de l’homme: la prospective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Koln-Berlin-Bonn-Munchen

Cubeddu MG, Patti S. (2008), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano: Giuffrè

Deakin S. (1997), *Integration through Law? The law and Economics of European Social Policy*, in J. T. Addison, W. Siebert S. (a cura di), *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonization and Regulation*, London: The Dryden Press.

De Burca G. (1995), *The Language of Rights and European Integration*, in J. Shaw, G. More (a cura di), *New legal Dynamics of European integration*, Oxford University Press

Del Punta R. (2001), *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir.rel.ind.*

De Marco E. (2009), *Elementi di democrazia partecipativa*, in D’Amico B. (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano: Giuffrè

Dougan M., Spaventa E. (2003), *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under artiche 18 EC*, in *Eur. Law Rev.*

Egan M. (2000), *Constructing a European Market*, Oxford University Press.

- Fallon P. (1998), *Droit familial et droit des Communautéseuropéennes*, in Revue trim. droit fam.
- Fallon P. (2007), *Constraints of internal market law on family law*, in Meeusen J., Pertegas M., Straetmans G., Swennen F. (eds.). *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerp-Oxford
- Fallon P. (2004), *Libertéscommunautairesetrégles de conflit de lois*, in Fuchus Muir Watt, Pataut (eds.), *Le conflits de lois et le systèmejuridiquecommunautaire*, Paris
- Fallon P., Meeusen J. (2002), *Private International law in the european Union and the exeception of mutual recognition*, in Yearbook Priv. Int. Law
- Foglia R. (1997), *La politica sociale dopo Amsterdam*, in *Diritto delle relazioni Industriali*, I
- Foglia R. (2001), *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, in Riv.dir.sic.soc.
- Fontana G. (2009), *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in q.riv. La Corte di Strasburgo
- Garofalo L. (2000), *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del trattato CE*, in Dir. Un.Eur
- Giubboni S. (2001), *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS
- Giubboni S. (2001), *Politiche sociali e leggi dell'economia . L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS
- Giubboni S. (2002), *Diritti sociali e mercato. Saggio sulla dimensione sociale dell'integrazione comunitaria*, Perugia
- Giubboni S. (1997), *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in ADL, n. 6
- Giubboni S.; MilitelloM.G. (2010), *"Titolo politica sociale"* in Curti, Gialdino (a cura di), *Commentario al Trattato sull'Unione Europea ed al trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, Edizioni giuridiche Simone

- Gaudemet-Tallon H. (2001), *Le Règlement n. 1347 du Conseil du 29 mai 2000*, in *Clunet*
- Gottardi D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Parma 4-5 giugno
- Gottardi D. (2001), *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *Lav. Dir.*
- Scarpelli F. (2003), *Curare: un lavoro di uomini e di donne, di locali e di immigrati*, Relazione al Convegno nazionale "Curare ed essere curati: un'opportunità, un diritto", tenutosi a Milano il 17 gennaio 2003
- Gottardi D. (1999), *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, n. 3
- Greco P. (2000), *Mercato globale e tutela del lavoro*, Salerno
- Guiguet J. (1999), *Le droit communautaire et la reconnaissance de partenaires de même sexe*, in *Cahiers droit eur.*
- Hervey R. (1995), *Migrant workers and their family in the European Union: the pervasive market ideology of Community law*, in Shaw, Moore (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford
- Izzi D., *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *DPL*, 1997, n. 40
- Jacobs F. G. (2001), *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice*, in *ELR*
- Jayne E. (1994), *Cognome e protezione dell'identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*
- Kahn-Freund O. (1979), *L'incidenza delle costituzioni sul diritto del lavoro*, in *DLRI*
- Knook A. (2005), *The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union*, in *Com. Mar. Law Rew.*
- Lanfranchi M.P. (1994), *Droit communautaire et travailleurs migrants des Etats tiers*, Parigi

- Lang A. (2003), *Libera circolazione delle persone in ipotesi atipiche*, in Dir. pubbl.comp.eur.
- La Torre M. (1998), *Cittadinanza e diritti sociali. Una prospettiva europea*, in Inchiesta
- Lenaerts K., Foubert P. (2001), *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice*, in Legal Issues of Economic Integration
- Lenaerts K. (2003), *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in Van der Mensbrugge (ed), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur
- Leonardi R. (1998), *Coesione, convergenza e integrazione nell'Unione Europea*, Bologna: Il Mulino,
- Lyon-Caen G. (1992), *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in Droit ouvrier,
- Lo Faro A. (1999), *The Social Manifesto: Demystifying the Spectre Haunting Europe*, in ELJ
- Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, Giuffrè
- Loi D. (2005), *I più recenti strumenti normativi volti a favorire la conciliazione*, in Prospettive sociali e sanitarie, n. 4-5, marzo
- Lucani G. (2000), *Diritti sociali e integrazione europea*, in La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno tenutosi a Perugia nei giorni 7-9 ottobre 1999, Padova
- Magno P. (1998), *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea dopo Amsterdam*, in Il diritto del Lavoro, I
- Mancini G.F. (1989), *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità Europee*
- Mancini G.F. (1988), *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e*

*l'ordinamento italiano, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam*

Martin D. (1996), *Loidu 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire*, in *Revue du droit des étrangers*, n. 91

Masselot P. (2000), *La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification?*, in *Cahiers dr. Eur.*

Mather A. (2005), *The Court of Justice and the Union Citizen*, in *Eur. Law Journ.*

McEleavy P. (2004), *Brussel II-bis: Matrimonial Matters; Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *Int. Comp. Law Quart.*

McGlenn C. (2000), *Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye*, in *Eur. Law Rev*

McGlynn C. (2001), *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?*, in *Eur. Law Rev.*

McGlenn C. (2003), *Challenging the European Harmonisation of family Law: Prospectives on the family*, in Boele-Woelki (ed.)

Mengoni M. (1998), *I diritti sociali*, in *Arg. Dir.lav.*, n.1, 3

Mengozzi P. (2004), *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e Diritto*

Miscione M., a cura di (2001), *La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali*, in *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa

Miscione M. (2001), a cura di, *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro "esterno" e responsabilità familiari*, in *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa

Miscione M. (2001), a cura di, *Alla ricerca di un contemperamento tra lavoro e responsabilità familiari: i congedi per eventi e cause particolari*, in *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa

Miscione M., a cura di, (2001), *L'articolazione dei congedi per maternità nelle ipotesi di parto prematuro*, in *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa

- Modello V.I.S.P.O, (1999) *Valutazione d’Impatto Strategico delle Pari Opportunità* Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri
- Mori P. (1987), *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o “vantaggio sociale”*, in Giust. Civ. I
- Morijn J. (2006), *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schimdburger and Omega in the Light of the European Constitution*, in Eur. Law Journ.
- Mosconi F. (2001), *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Riv. dir. Proc
- Morozzo Della Rocca P. (2004), *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazioni dei transessuali*, in Europa e dir. Priv.
- Munari F. (2006), *La ricostruzione dei principi internazional-privatistici impliciti nel sistema comunitario*, relazione presentata alla Tavola rotonda di diritto internazionale privato del sistema comunitario, macerata, 7-8 ottobre 2005, in Riv.Dir. Int. Priv. Proc.
- Nap occupazione 2003-2006*, documento ufficiale Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, 2006
- Nascimbene B. (2004), *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in Riv. Dir. Proc.
- Nunin R. (2001), *Diritti dei padri lavoratori ed esigenze dell’impresa: primi interventi della giurisprudenza a tutela della fruizione dei congedi parentali* (nota a Trib. Venezia 3 luglio 2001, ord.), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 10
- Nunin R. (2001), *Sul diritto del genitore agli assegni familiari per i figli naturali riconosciuti non conviventi* (nota a Cass. Sez. Lav., 20 dicembre 2000, n. 15978), in *Famiglia e diritto*, n. 5
- Oberto G. (2011), *La rilevanza della residenza abituale del coniuge in diritto comunitario, nella determinazione della giurisdizione e della legge applicabile, in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio. La litispendenza internazionale. I provvedimenti provvisori e cautelari in casi d’urgenza*, in [www.http://giacomooberto.com/torino2011/oberto\\_traccia\\_relazione.htm](http://giacomooberto.com/torino2011/oberto_traccia_relazione.htm)

- Oliveira A.C. (1996), *Third country nationals and European Union Law*, Firenze
- Oliveira A.C. (2002), *Workers and Other Persons: Step-by-step From Movement to Citizenship – Case law 1995-2001*, in *Common Market Law Rev.*
- Orlandini G. (2008), *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*; in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*
- Ovey C., White R. (2002), *Jacobs and Withe, The European Convention of Human Rights*, 3 ed., Oxford
- Paganetto L. e Becchetti I. (2000), *I rischi e le sfide della globalizzazione*, in *Disoccupazione e povertà: cause e rimedi*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma il 5-10 settembre 2000, Giubileo dei docenti universitari, Roma
- Pallaro P. (1998), *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Dir. Com.sic.int.*
- Palmieri G. (2004), *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Europa e dir. priv*
- Papux Van Delden M.L. (2002), *L'influence des droits de l'homme sur l'hosmose des modles familiaux*, Bale
- Parere del comitato economico e sociale approvato il 28 settembre 2005 ed il documento elaborato per conto della Commissione a cura del T.M.C. AsserInstitut del dicembre 2002 dal titolo "PracticalProblemsResulting from the Non-Harmonisation of Choice of Law Rules in DivorceMatters"
- Patarini M. (2006), *Art. 8*, in Defilippi C., Bosi D., Harvey R. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli
- Pavan-Woolfe L., "2007: Anno Europeo per la Pari Opportunità e l'uguaglianza tra donne e uomini", in *Fare rete per l'inclusione sociale: spunti di riflessione Sede di tecnostuttura delle regioni per il FSE*, Roma 8 marzo 2007
- Peers S. (2004), *Family Reunion and Community Law*, in Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford
- Pernice I. (2009), *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, in *Cambridge Jour. Eur. Law*

Perone G. (2001), *Verso una "Costituzione sociale europea?" Presupposti, obiettivi ed efficacia della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir.lav.*

Perulli A. (1999), *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova

Pilia, R. (2005), *I diritti sociali*, Napoli, Novene

Plender R. (2004), *Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, in *Cahiers dr.*, eur

Plender R. (1988), *International migration law*, Dordrecht

Poires Maduro M. (1998), *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford Press University, 1998.

*"Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale."* (in G.U.C.E., C12 del 15 gennaio 2001)

Report finale *"Io sono io lavoro"*, (2001) prima indagine italiana sul lavoro e le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender/transessuali, a cura di Raffaele Lelleri, Arcigay.it, Bologna

Reich N., Harbacevica S. (2003), *Citizenship and family on trial: a family optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, in *Common Market Law rev*

Ricci C. (2007) *La famiglia nel diritto internazionale privato*, a cura di Bariatti S, Milano: Giuffrè

Rodriguez-Pinero M., Casas E. (1996), *In Support of a European Social Constitution*, in Davies P., et al. (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Webberbum*, Oxford: Clarendon Press

Rossi P. (2004), *L'incidenza dei principi di diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*

Rossolillo G. (2002), *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*; Padova

- Rassolillo G. (2004), *Territorio comunitario, situazione interna all'ordinamento comunitario e diritto internazionale privato*, in Riv. dir. int.
- Rottola A. (2004), *La valutazione internazionaleprivatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in Dir. Un. Eur.
- Ricci C. (2007), *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato* di Bariatti S., Milano: Giuffrè
- Russo N (1995), Art. 8, in Pettiti L.E., Decaux E., Imbert P.H.(éds.), *La Convention Européenne de droit de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995
- Saraceno C. (2001), *Politiche del lavoro e politiche della famiglia, una alleanza lunga e problematica*, in LD
- Savorani G. (2012), (a cura di), *Famiglie in movimento*, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza di Genova 2012, Milano: Giappichelli
- Scarponi S. (2001), (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001; Perone, *Globalizzazione e diritto del lavoro: sfide e possibili risposte*, in Dir. Lav., I
- Sciarra S. (2002), *Market freedom and Fundamental Social Rights*, EUI Working Papers, Law, n. 3
- Sciarra S. (1996), *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in Davies P. et al. (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Prospectives*. Liber Amicorum Lord Wedderburn, Oxford: Clarendon Press
- Seatzu F. (2009), *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La comunità internazionale*, 11
- Simitis S. (1996), *Dismantling or Strengthening Labour Law: the Case of the European Court of Justice*, in ELJ
- Staples H. (1999), *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, The Hague
- Supiot A. (2003), a cura di, *Il futuro del lavoro*, ed. Carocci, Roma

Swennen F. (2006), *Atypical Families in EU (Private International) Family law*, in Meeusen, Pertegas, Straetmans, Sween (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerp

Tomasi L. (2004), *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in Riv. dir. Int. Priv. Proc.

Tonolo S. (2005), *Il libro Verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in Riv. Dir. Int

Tonolo S. (2004), *La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in Riv. dir. int. priv. proc.

Treu T. (2001), *Politiche del lavoro*, Bologna

TreuT. (2001), *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, in Dir. Rel. Ind.

TreuT. (2000), *Diritti sociali europei: dove siamo*, in Lav.dir

Valentino L. (2002), *La tutela del coniuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della "famiglia" dei diritti fondamentali*, in Dir. pubbl. comp. Eur

Veneziani B. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in Riv.Giur. lav., I

Villani U. (2004), *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in Dir. Un. Eur

Vincenti U. (2009), *Diritti e dignità umana*, Bari: Laterza

WeilerJ. H. H. (1985), *Il sistema comunitario europeo*, Bologna: Il Mulino

Weiler J.H.H. (1986), *Eurocracy and Distrust. Some Questions Concernine the Role ofthe European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in Washington Law Review

Weiss M. (1998), *Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale*, in Dir. rel. Ind., I

Weiss M. (2001), *Le prospettive del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, in Dir.rel.ind.

ZencovichZ. (2001), *Art. 8*, in Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova.