UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

DALLO STATUS DI CITTADINO AI DIRITTI DI CITTADINANZA

a cura di

FULVIO CORTESE

GIANNI SANTUCCI

ANNA SIMONATI

2014

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

2

2014

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato sottoposto alla valutazione di un qualificato Referee *rappresentante delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro, il quale ne ha approvato la pubblicazione all'esito di una procedura che garantisce trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato del Revisore e dell'Autore o del Curatore.*

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2014
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-558-3
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (https://iris.unitn.it) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-6342-661-8.

Settembre 2014

DALLO STATUS DI CITTADINO AI DIRITTI DI CITTADINANZA

a cura di
Fulvio Cortese
Gianni Santucci
Anna Simonati

Università degli Studi di Trento 2014

INDICE

Pag.

Fulvio Cortese, Gianni Santucci, Anna Simonati
Prefazione 1

Diego Quaglioni
*«*Omnes sunt cives civiliter*». Cittadinanza e sovranità fra storia e diritto* 5

PARTE PRIMA - LA CITTADINANZA FRA DIMENSIONE NAZIONALE E LIVELLO SOVRANAZIONALE

Fulvio Cortese
Cittadinanza e liberalizzazioni 17

Elisabetta Pederzini
Tra nazionalità e riconoscimento: lo statuto personale delle società 51

Luisa Antoniolli
Cittadinanza e mercato nella prospettiva del diritto europeo. Dal consumatore al cittadino: andata e ritorno? 75

Gracy Pelacani
Gli status intermedi e la cittadinanza dell'Unione. Un possibile percorso 101

Silvia Pellizzari
La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale 127

Pag.

Elena Mattevi
Cittadino o straniero. Rilevanza della distinzione per il diritto penale. Dal codice alla disciplina dell'immigrazione 149

Maryellen Fullerton
State Citizenship in the United States: a Shadow of its Former Self 175

PARTE SECONDA - LA CITTADINANZA FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Alessandra Magliaro
Cittadinanza, territorialità e residenza nel diritto tributario 201

Alvise Schiavon
Il ruolo "attivo" del cittadino nell'esperienza giuridica romana: uno sguardo alle fonti epigrafiche 221

Gregorio Arena
La cittadinanza attiva nella Costituzione 241

Nicola Lugaresi
Cittadino digitale e anonimato in rete 251

Anna Simonati
La cittadinanza di genere*: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto* 285

Notizie sugli Autori 311

PREFAZIONE

Fulvio Cortese, Gianni Santucci, Anna Simonati

Il presente volume rappresenta il risultato di un percorso che la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ha intrapreso a partire dal 2011, con la promozione di un vero e proprio seminario interno, aperto alla partecipazione degli afferenti e dedicato, in quel caso, alla controversa materia del regime giuridico dell'acqua e delle sue differenti e molteplici utilizzazioni. Le testimonianze di quella prima – e feconda – iniziativa riposano, oggi, nel volume dal titolo *L'acqua e il diritto* (Trento, 2011). Si è trattato di un'occasione per immaginare di poter contribuire alla disseminazione, nella società civile, di un approccio e di un metodo con cui affrontare la migliore conoscenza di argomenti sensibili e dibattuti. Così era (ed è) il tema dell'acqua; così è (ed è destinato a restare per molto tempo ancora) quello della cittadinanza.

Pertanto, la riuscita dell'esperimento e l'importanza delle ricadute che esso può concretamente agevolare ci hanno spinto, a due anni di distanza, a proporre un secondo seminario, *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, dalla cui discussione – fertile e vivace anche in questo caso – è nato il progetto di dare corpo al presente volume.

Se peraltro l'incontro fra i colleghi del Dipartimento che si è svolto nel 2013 ha costituito il punto di partenza della riflessione corale che ha condotto alla presente pubblicazione, questa rappresenta, rispetto a quello, una produzione autonoma. In primo luogo, emergono nel volume vari approfondimenti, in cui gli autori hanno fatto tesoro delle sollecitazioni emerse in quella sede per sviluppare ed approfondire ulteriormente i loro contributi. In secondo luogo, non c'è piena coincidenza dal punto di vista soggettivo. In particolare, è con soddisfazione che possiamo segnalare la presenza dello scritto sul valore della cittadinanza nell'ordinamento statunitense di Maryellen Fullerton (Professor of Law presso la Brooklyn Law School e nel 2013 Fulbright Distinguished Professor of Law nella nostra Facoltà). Più in generale, il volume ospita

contributi volti a dare traccia dell'attuale processo di "scomposizione" della nozione tradizionale della cittadinanza, ossia del suo declinarsi in modo di volta in volta differente a seconda di una specifica esigenza funzionale ovvero di una dimensione precettiva preminente. Ne risulta un effetto complessivo che solo a una prima sensazione può ritenersi di "indebolimento" del concetto. L'allontanamento dalla sua originaria matrice, infatti, non necessariamente ne determina minore vitalità. Al contrario, pare di poter dire che il concetto di *cittadinanza* ha gradualmente disseminato di nuovi sviluppi semantici non solo ambiti (segnatamente, quelli latamente giuspubblicistici) in cui esso affonda tradizionalmente le sue radici, ma anche campi del diritto rispetto ai quali appariva originariamente del tutto estraneo.

Nei vari *paper* emerge, con nitidezza, siffatta prospettiva trasversale. Si è cercato, però, un criterio sistematico di classificazione, e infatti il libro è diviso in due parti.

La prima indaga – percorrendo itinerari fra loro diversi, ma in fondo convergenti – i modi con cui si pone il legame (storico) tra cittadinanza e ordinamento, esaminandone così le trasformazioni progressive, soprattutto sotto l'influsso del diritto dell'Unione europea. Tali sviluppi sono di volta in volta affrontati con riguardo a problemi o a settori disciplinari specifici, rispetto ai quali si è avuto modo di constatare non solo un'alterazione sempre più marcata di quel fondamentale legame, bensì anche un suo complessivo riposizionamento in forme inedite, secondo un paradigma definibile come "plurale". Questa parte, che (come già segnalato) si chiude con alcune importanti sollecitazioni comparatistiche sulla mutazione della concezione stessa della cittadinanza all'interno dell'ordinamento federale degli Stati Uniti, evidenzia un lato, per così dire, *negativo* del presente assetto delle idee e dei convincimenti più diffusi sul tema: la cittadinanza – come *status* generale dell'individuo – non è più in grado di rispondere univocamente a tutte le esigenze per le quali la sua invocazione era stata finora molto utile e proficua.

I saggi contenuti nella seconda parte, invece, presentano tentativi di valorizzazione *positiva*, se non di ridefinizione, del concetto della cittadinanza.

Questo concetto, cioè, visto nel momento della sua crisi più conclamata, viene messo alla prova, vuoi dinanzi ad alcune interpreta-

zioni che ne misurano la tenuta dinanzi a fenomeni o a sensibilità che sembrerebbero esigerne una completa riformulazione, vuoi di fronte alla constatazione che lo studio su alcune radici del patrimonio giuridico della cultura occidentale può ancora fornire sollecitazioni per l'accreditamento di approcci oggi innovativi. Così concepita, quella della cittadinanza, anche se frammentata in un arcipelago che mal sopporta la riconduzione ad una cornice unitaria, ri-emerge come *tecnica* tutt'altro che tramontata, capace di continuare a farsi sintesi efficace delle tante domande sociali che, nell'età della globalizzazione, tendono a stratificarsi e a competere l'una con l'altra.

In questa prospettiva, auspichiamo che il volume possa rappresentare un utile contributo nel poliedrico panorama della riflessione giuridica sulla *cittadinanza*. In particolare, speriamo che l'inconsueta compresenza di chiavi di lettura autonome (e forse a tratti anche divergenti) possa costituire un ulteriore elemento di stimolo a riflessioni e approfondimenti futuri.

«*OMNES SUNT CIVES CIVILITER*». CITTADINANZA E SOVRANITÀ FRA STORIA E DIRITTO

Diego Quaglioni

Alla cara memoria di Vittorio Conti

Nel 2005, scrivendo sul numero 7 di *Rechtsgeschichte*, la rivista del Max-Planck-Institut di Francoforte, Michael Stolleis diede il titolo di *Bürgersouveränität* ad una duplice recensione del piccolo libro di Pietro Costa, *Cittadinanza*, e della mia altrettanto scarna monografia, *La sovranità*, l'uno e l'altra apparsi a brevissima distanza di tempo presso gli Editori Laterza, rispettivamente nelle collane *Universale* e *Biblioteca essenziale*[1]. Stolleis notava allora, presentando le due asciutte "monografie in parallelo", che in Italia l'editoria scientifica poteva permettersi di trattare grandi temi in sedi editoriali destinate dichiaratamente ad un pubblico più vasto dei soli specialisti[2]:

> Der italienische Büchertisch ist reich gedeckt. Enger wohl als anderswo ist die Verbindung zwischen der Welt der Gelehrten, der Universitätsausbildung und dem breiten Publikum. Es ist nicht anstößig, ein großes Thema auf hundert Seiten gemeinverständlich zu behandeln, nur die wichtigste Literatur zu verzeichnen und das Ganze in gefälliger Form unter die Leute zu bringen. Der Verlag Laterza hat mit seiner kleinformatigen Serie «Universale» gerade die Nr. 856 erreicht, in einer parallelen Biblioteca «Essenziale» die Nr. 56. Dort gibt es Klassikertexte,

[1] M. STOLLEIS, *Bürgersouveränität*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 7, 2005, 172-173. Cfr. P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, 856; D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 56. Per una coincidenza niente affatto singolare, a Costa e a chi scrive si devono le voci *Cittadinanza* e *Sovranità. Un paradigma premoderno*, nella silloge U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007, rispettivamente 41-55 e 549-562.

[2] M. STOLLEIS, *Bürgersouveränität*, cit., 172.

> «Einführungen» in alle Künste und Wissenschaften, aber auch zugespitzte Thesen, aus der Rechtsgeschichte etwa von Bretone und Talamanca «Il diritto in Grecia e a Roma» oder Grossis «Prima lezione di diritto». Auch die beiden letzten Bändchen beider Reihen, die hier vorgestellt werden, stammen von bekannten Rechtshistorikern.

L'espressione *Bürgersouveränität*, che in lingua tedesca plasma il concetto della sovranità popolare, si prestava pertanto benissimo allo scopo di riunire nel medesimo spazio di una recensione due complessi di problemi (cittadinanza e sovranità) che formano in realtà, nella modernità giuridica e politica, un intreccio e un nesso inscindibili. Si trattava della intelligente sottolineatura della nascita ad un parto dei due termini-concetto, del loro carattere per così dire relazionale, non in una dimensione astrattamente concettuale ma in quella, concreta e vivente, della storia del pensiero giuridico moderno. Nella dimensione della modernità giuridica e politica, l'idea di cittadino non è pensabile se non in relazione alla sovranità, e viceversa l'idea di sovranità rinvia immediatamente e di necessità all'idea di cittadino, la cittadinanza – se risponde al vero il paradigma tracciato da Costa – non essendo altro che il luogo della relazione fra potere e soggetti[3]:

> L'espressione 'cittadinanza', nel linguaggio comune e nel lessico giuridico tradizionale, designa l'appartenenza di un individuo a uno Stato ed evoca principalmente i problemi relativi alla perdita e all'acquisto dello status di cittadino. In tempi recenti, tuttavia, il termine 'cittadinanza' ha acquisito un significato più ampio, tanto da divenire un termine corrente del 'discorso pubblico' odierno. In questa prospettiva conviene intendere per 'cittadinanza' il rapporto politico fondamentale, il rapporto fra un individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce […]. 'Cittadinanza' è un'espressione utilizzabile per mettere a fuoco il rapporto politico fondamentale e le sue principali articolazioni: le aspettative e le pretese, i diritti e i doveri, le modalità di appartenenza e i criteri di differenziazione, le strategie di inclusione e di esclusione. Studiare questi temi dal punto di vista della 'cittadinanza' significa assumerli come profili di un oggetto di analisi di cui si intende sottolineare l'unitarietà.

[3] P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., 3-4.

La modernità, dunque. Mai come in questo caso si rivela valido il pensiero secondo cui la modernità giuridica è intessuta di elementi non-moderni, anzi, secondo cui i concetti giuridico-politici della modernità non sono altro che l'esito di problematiche medievali portate alle loro estreme conseguenze[4]. Se si volessero individuare tre punti di osservazione di carattere per così dire paradigmatico, come espressioni di momenti di passaggio entro la tradizione occidentale, si potrebbero scegliere agevolmente tre aspetti salienti della dottrina giuspolitica nel pensiero di Rousseau, di Bodin e di Bartolo: la modernità pienamente dispiegata, l'ambiguo transito tra due mondi, il medioevo della grande scolastica giuridica del diritto comune[5].

Alla vigilia della Rivoluzione che ha posto il Cittadino al centro di ogni discorso sull'ordine giuridico e politico, Rousseau ironizza sulla incomprensione del "vero senso" della cittadinanza nella tradizione po-

[4] Cfr. B. SORDI, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, n. 29, 2007, 260-276, e più diffusamente D. QUAGLIONI, *«Dominium», «iurisdictio», «imperium». Gli elementi non-moderni della modernità giuridica*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, in G. DILCHER, D. QUAGLIONI (a cura di), 3. *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità – Die Anfänge des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne* (*Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento - Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, Contributi/Beiträge*, 25), Bologna-Berlin, 2011, 663-678.

[5] Sintetizzo qui riflessioni e ricerche svolte in passato in più sedi ed occasioni. Cfr. D. QUAGLIONI, *Le radici teoriche della dottrina bartoliana della cittadinanza*, in ID., *«Civilis sapientia». Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra Medio Evo ed Età Moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini, 1989, 127-144; ID., *The Legal Definition of Citizenship in the Late Middle Ages*, in A. MOLHO, K. RAAFLAUB, J. EMLEN, A. ARBOR (a cura di), *City-States in Classical Antiquity and Medieval Italy*, Stuttgart, 1991, 155-167; ID., *Cittadino e Stato. Dalla «République» di Bodin al «Contrat social» di Rousseau*, in ID., *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, 277-294; ID., *«Civitas»: appunti per una riflessione sull'idea di città nel pensiero politico dei giuristi medievali*, in V. CONTI (a cura di), *Le ideologie della città europea dall'Umanesimo al Romanticismo*, Firenze, 1993, 59-76; ID., *'Les citoyens envers l'État': The Individual as a Citizen, from Bodin's République to Rousseau's Contrat social*, in J. COLEMAN (a cura di), *The Individual in Political Theory and Practice*, Oxford, 1996, 269-279 (anche nell'ed. in lingua francese *«Les citoyens envers l'État»: l'individu en tant que citoyen, de la République de Bodin au Contrat social de Rousseau*, in J. COLEMAN (a cura di), *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique*, Paris, 1996, 311-321).

litica così come nelle idee ricevute dei suoi contemporanei. Lo stesso Bodin, per Rousseau, è il miglior esempio di una tendenza tipica della cultura francese, giacché per i francesi il termine *citoyen* «exprime une vertu, et non pas un droit» (a fare eccezione, per l'autore del *Contrat social*, è solo d'Alembert: «Nul autre auteur François, que je sache, n'a compris le vrai sens du mot *Citoyen*»). È perciò che i francesi confondono *ville* e *cité*[6]:

> Le vrai sens de ce mot s'est presque entièrement effacé chez les modernes; la plupart prennent une ville pour une Cité, et un bourgeois pour un Citoyen. Ils ne savent pas que les maisons font la Ville, mais que les Citoyens font la Cité. Cette même erreur coûta cher autrefois aux Carthaginois. Je n'ai pas lû que le titre de *Cives* ait jamais été donné aux sujets d'aucun Prince, pas même anciennement aux Macédoniens, ni de nos jours aux Anglois, quoique plus près de la liberté que tous les autres. Les seuls François prennent tous familièrement ce nom de *Citoyens*, parce qu'ils n'en ont aucune véritable idée, comme on peut le voir dans leurs Dictionnaires, sans quoi ils tomberoient en l'usurpant dans le crime de Lèze-Majesté: ce nom chez eux exprime une vertu, non pas un droit.

Questa nota a pie' di pagina accompagna il luogo del capolavoro di Rousseau, il *Contrat social* del 1762, in cui si parla dell'atto di origine di un corpo collettivo come persona pubblica, che un tempo «prenoit […] le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *Corps politique*, lequel est appelé par ses membres *Etat* quand il est passif, *Souverain* quand il est actif, *Puissance* en le comparant à ses semblables». I suoi membri, che nel loro insieme costituiscono il popolo, prendono il nome di cittadini in quanto membri del Sovrano, e soggetti in quanto destinatari delle leggi dello Stato[7]. Termini equivoci,

[6] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social; ou, Principes du droit politique*, I, 6 (éd. R. Derathé, in J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, III, Édition publiée sous la direction de B. Gagnebin et M. Raymond, Paris, 1964, 361).

[7] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, 6, ed. cit., p. 362: «et s'appellent en particulier *Citoyens* comme participans à l'autorité souveraine, et *Soujets* comme soumis aux loix de l'Etat». Su questo famoso passo del *Contrat social* c'è un'ampia letteratura; qui mi limito ad indicare H. REINER, *Rousseaus Idee des Contrat Social und die Freiheit des Staatsbürgers*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXXIX, 1950, 36-62; O. VOSSLER, *Rousseaus Freiheitslehre*, Göttingen, 1963; I. FETSCHER, *Rousseaus poli-*

scrive Rousseau, adducendo la «pauvreté de la langue» per discolparsi, più avanti, dall'accusa di essersi contraddetto affermando che occorre «bien distinguer les droits respectifs des Citoyens et du Souverain»[8].

Quanto scrive Rousseau a poco meno di vent'anni dalla Rivoluzione in Francia ha un carattere emblematico. Stesso carattere ha la dottrina di Bodin. Rousseau del resto non fa che rimeditare alcuni dei motivi fondamentali del pensiero giuridico-politico della prima età moderna e di Bodin in particolare, fino al punto che il suo pensiero assume l'aspetto di un rovesciamento della teoria bodiniana della sovranità in chiave democratica[9]. Scrive infatti l'autore del *Contrat social*[10]:

> On voit par cette formule que l'acte d'association renferme un engagement réciproque du Publique avec les particuliers, et que chaque individu, contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport; savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers, et comme membre de l'Etat envers le Souverain. Mais on ne peut appliquer ici la maxime du droit civil que nul n'est tenu aux engagements pris avec lui-même, car il y a bien de la différence entre s'obliger envers soi, ou envers un tout dont on fait partie.

Qui Rousseau riecheggia Bodin nel celebre capitolo sulla sovranità dei suoi *Six livres de la République* (1576), dove il giurista francese rifiuta l'idea stessa dell'autolimitazione del sovrano, così cara alla tradizione medievale e ai fautori della "sovranità giocata a due", alle-

---

tische Philosophie. Zur Geschichte der demokratischen Freiheitsbegriffs, Neuwied am Rhein u. Berlin, 1968[2] (trad. it. in L. DERLA, *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà*, Milano, 1972); e soprattutto il capitolo dedicato a *L'idéal de la Cité et le modèle du citoyen*, in B. BACZKO, *Rousseau. Solitude et communauté*, traduit du polonais par C. Brendhel-Lamhout, Paris-La Haye, 1974, 312-338.

[8] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, 4, ed. cit., p. 373.

[9] L'intuizione è di S. MASTELLONE, *Storia ideologica d'Europa da Savonarola a Adam Smith*, Firenze, 1979, 336: «Rousseau rifonda i concetti fondamentali della *République* di Bodin». Una prima indagine sulla diffusione europea del pensiero di Bodin, fino al XVIII secolo, è ora nel volume collettaneo H.A. LLOYD (a cura di), *The Reception of Bodin*, Leiden-Boston, 2013 (dove esemplare è il caso italiano, illustrato da V.I. COMPARATO, *The Italian "Readers" of Bodin, 17th-18th Centuries: Readers of Bodin in Italy - From Albergati to Filangieri*, 343-370).

[10] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, 7, ed. cit., 362.

gando come «ragione necessaria» la "massima romana" conservata nel titolo *De verborum obligationibus* del Digesto (45, 1, 108, 1), che nella lettura un po' adattata che ne offre Bodin così suona: «Nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit»[11]. L'auto-obbligazione, impossibile nel caso del principe-sovrano, *legibus solutus*, è invece possibile per il cittadino di Rousseau, parte del sovrano collettivo che è il corpo politico, e allo stesso tempo soggetto dello Stato[12].

Più che un salto radicale, c'è qui il riconoscimento di un vincolo assai stretto con l'esperienza giuridica protomoderna e le sue profonde radici medievali (lo ha riconosciuto lo stesso Derathé, chiedendosi «en quel sens Rousseau reste attaché à l'héritage du passé; en quel sens il prépare et annonce l'avenir»)[13]. La stessa annotazione rousseauviana che, a torto, accusa Bodin di non aver compreso la differenza tra *ville* e *cité*, ha nel testo bodiniano la sua spiegazione, almeno per quel che riguarda il cenno, altrimenti assai poco chiaro, ai cartaginesi. Era stato infatti Bodin a ricordare, citando il motto ciceroniano *Non est in parietibus res publica*, come gli ambasciatori cartaginesi ritornassero in patria cer-

[11] Cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, a cura di M. ISNARDI PARENTE, Torino, 1988[2], 360-361; cfr. D. QUAGLIONI, *Giuramento e sovranità. Il giuramento come limite della sovranità nella «République» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in P. PRODI (a cura di, in collaborazione con E. MÜLLER-LUCKNER), *Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit*, München, 1993, 97-111.

[12] *I sei libri dello Stato* di J. BODIN, I, cit., 360-361: «Se […] il principe sovrano è per legge esente dalle leggi dei predecessori, ancor meno egli sarà obbligato a osservare le leggi e le ordinanze fatte da lui stesso: si può ben ricevere la legge dagli altri, ma non è possibile comandare a se stesso, così come non ci si può imporre da sé una cosa che dipende dalla propria volontà, come dice la legge: *nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit*; ragione necessaria, che dimostra in maniera evidente come il re non possa essere soggetto alle leggi». La massima è di Giavoleno. Cfr. quanto più diffusamente esposto a questo proposito in D. QUAGLIONI, *'Les citoyens envers l'État': The Individual as a Citizen, from Bodin's République to Rousseau's Contrat social*, cit., con ampia discussione delle tesi di S. ELLENBURG, *Rousseau's Political Philosophy. An Interpretation from Within*, Ithaca-London, 1976, e di J. MILLER, *Rousseau. Dreamer of Democracy*, New Haven-London, 1984.

[13] R. DERATHE. *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1970[2] (rist. 1995), 377.

ti che Roma avrebbe rispettato l'impegno di non distruggere la loro città, scoprendo solo poi che i romani, radendo al suolo la città nemica, avevano inteso osservare il significato giuridico del nome *civitas*[14].

Bodin subiva, come ho scritto altrove, un curioso contrappasso, dal momento che era stato proprio l'autore della *République* a scrivere, in una sua opera precedente, la *Methodus* del 1566, che il principe dei giuristi medievali, Bartolo, «civitatem muris definiit»[15]. Eppure egli si proponeva come il traghettatore della migliore dottrina giuridica della temperie medievale nel mondo moderno, raccogliendo l'eredità bartolista anche in materia di cittadinanza. Lo si avverte distintamente nella sua definizione del cittadino come «suddito libero dipendente dalla sovranità altrui», formula che inaugura una stagione nuova nel pensiero giuridico europeo della prima modernità: «il s'appelle citoyen: qui n'est autre chose en propres termes, que le franc subiect tenant de la souveraineté d'autruy […]. Or […] entre les citoyens l'un est naturel, l'autre naturalisé: le citoyen naturel est le franc subiect de la Republique où il est natif […]. Le citoyen naturalisé est celuy qui s'est advoué de la souveraineté d'autruy, et y a esté receu […]. De plusieurs citoyens, soyent naturels, ou naturalisés […] se fait une Republique»[16].

---

[14] *I sei libri dello Stato* di J. BODIN, I, cit., 279, dove si legge che «infatti la città (*civitas*) non era attaccata alla sede né alle mura di Cartagine […]. Ma i Romani non l'avrebbero spuntata così facilmente se gli ambasciatori avessero capito bene la differenza che esiste fra città nel senso di *urbs*, e città nel senso di *civitas*». Il motto, attribuito a Pompeo, si legge in CICERONE, *Ad Atticum*, VII, 11, 3.

[15] Cfr. ancora D. QUAGLIONI, *«Civitas»: appunti per una riflessione sull'idea di città nel pensiero politico dei giuristi medievali*, cit., per la spiegazione di questo spunto polemico, riferito probabilmente non a Bartolo ma alla tradizione ulteriore, per esempio al giurista Paolo di Castro, che nel primo Quattrocento, commentando la l. *Ex hoc iure*, nel titolo *De iustitia et iure* del Digesto (1, 1, 5), al fine di fondare la *civitas* sul diritto delle genti, appigliandosi alle parole «aedificia collata» e riferendole alle mura, aveva affermato: «si aliquis populus simul coadunatus esset sine aliqua constructione murorum, etiam si tot homines essent quot sunt Romae, non esset universits approbata, nec haberet iura universitatis» (PAULI CASTRENSIS, *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1575, fol. 7rB).

[16] Così si legge nell'ultima edizione francese curata dall'autore: *Les six livres de la Republique* de I. BODIN ANGEVIN. *Ensamble une Apologie de Rene Herpin*, A Paris, Chez Iacques du Puis, 1583, 68, 71-72; cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, cit., 265, 270-271.

Si potrebbe dire che qui la cittadinanza è già, semplicemente, la condizione giuridica di chi fa parte di uno Stato, anche se la "modernità" della formula è messa alquanto in discussione da quel «soggetto libero», che col suo riferimento implicito al servaggio, sia pure in negativo, rivela un residuo della concezione premoderna del soggetto come *subiectus*, come posto (alla lettera) su di un gradino inferiore rispetto al *superior*. Il fatto è che, per quanto strano possa apparire a coloro che guardano alla storia (e in particolare alla storia giuridica) come ad una vicenda segnata da forti discontinuità più che da continuità, la concezione bodiniana della cittadinanza è fortemente tributaria della dottrina di diritto comune e, in particolare, proprio di quella di Bartolo.

È infatti a Bartolo che si deve, a mezzo il secolo XIV, una dottrina di piena parificazione della cittadinanza acquisitiva alla cittadinanza originaria. Ha scritto a questo proposito Julius Kirshner: «Confusion about the validity of acquired citizenship occurred when statutes dealing with the legal status of new citizens were ambiguously worded, utterly equivocal, or in conflict with one another»[17]. Le lacune e le ambiguità del diritto municipale formavano l'oggetto quotidiano dell'intervento di una scienza giuridica di tipo sapienziale (letteratura commentariale e soprattutto letteratura consulente), intesa a rivestire dei princìpi romanistici la norma di diritto statutario, a partire da due fondamentali problemi: intorno al potere della *civitas* di creare nuovi cittadini e intorno allo *status* di questi ultimi[18].

La dottrina di Bartolo è depositata nella *sedes materiae*, il titolo *Ad municipalem et de incolis* del Digesto (50, 1), dove più che il richiamo allo schema romanistico dei modi d'acquisto della cittadinanza («ipso iure facit aliquem municipem nativitas, manumissio, et adoptio») spicca la definizione del cittadino come *species* rispetto alla generica condizione del *municeps*, e della cittadinanza originaria e acquisitiva

[17] J. KIRSHNER, *«Civitas sibi faciat civem»: Bartolus of Sassoferrato's Doctrine con the Making of a Citizen*, in *Speculum*, XLVIII, 1973, 694-713.

[18] Per tutto ciò cfr. ancora D. QUAGLIONI, *The Legal Definition of Citizenship in the Late Middle Ages*, cit., e più diffusamente E. CORTESE, *Cittadinanza (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1960, 132-140. Una visione più ristretta si può trovare in P. RIESENBERG, *Citizenship at Law in Late Medieval Italy*, in *Viator*, V, 1974, 333-346.

come sottospecie della *civitas*[19]. Si deve poi ricordare la *repetitio in l. Si is qui pro emptore*, nel titolo *De usucaptionibus et usurpationibus* del Digesto (41, 3, 15), dove Bartolo espone per la prima volta la sua concezione della cittadinanza come istituto di diritto delle genti e di diritto civile, negando ad essa ogni base nel diritto naturale, e dove la cittadinanza acquisitiva, contro ogni ambiguità della legislazione statutaria, è disegnata nella forma di una *fictio inductiva* («quae naturam, et veritatem imitatur» e che «fingit esse id, quod non est», o che, più esattamente, «est in re certa non existente possibili, pro existente a iure facta assumptio»)[20]. A questa soluzione, che secondo la sua stessa testimonianza appartiene al primo scritto "pubblicato" dal grande giurista, Bartolo terrà fede nelle *lecturae* successive, fino ad incastonarla in un *consilium* di eccellente fattura e straordinaria efficacia argomentativa[21]. Scrive Bartolo[22]:

> Est […] constitutio iuris civilis que facit aliquem civem propter originem vel propter dignitatem vel propter adoptionem […]. Unde non est dicendum quod quidam sunt cives naturaliter, quidam civiliter. Immo est dicendum quod omnes sunt cives civiliter: aliqui tamen propter naturalem originem, aliqui propter aliam causam. Unde si civitas facit statutum quod quicunque habet ibi domum sit civis, vere erit civis […]; et vere et proprie civis est, quicunque recipitur, ut munera subeat.

Si tratta, con tutta probabilità, della prima, compiuta applicazione di un canone normativistico nell'evoluzione storica dell'istituto della cittadinanza, da allora in poi non più rigorosamente collegata ai

[19] Facendo eco ad Ulpiano, Bartolo riconosce che «hodie utimur isto vocabulo large, et improprie, ut quilibet civis civitatis dicatur municeps» (BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Secundam ff. novi Partem*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, fol. 230vA).

[20] BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam ff. novi Partem*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, fol. 104rA; e cfr. in proposito J. KIRSHNER, *«Civitas sibi faciat civem»: Bartolus of Sassoferrato's Doctrine con the Making of a Citizen*, cit., 698.

[21] BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam ff. novi Partem*, Venetiis, cit., fol. 106vA: «fuit prima lex quam meis auditorib. In scriptis tradidi: e eam prout tunc composui, nullo addito hic transcribi feci».

[22] Ne dobbiamo l'edizione a J. KIRSHNER, *«Civitas sibi faciat civem»: Bartolus of Sassoferrato's Doctrine on the Making of a Citizen*, cit., 713.

soli princìpi "naturalistici" del *ius sanguinis* e del *ius soli*. Kirshner ha descritto in questo modo l'andamento sillogistico della formula bartoliana: «True citizens can be made by statute. X is made a citizen by statute. X is therefore a true citizen»[23]. La formula sintetizza e impone una dottrina destinata, con arricchimenti notevoli nel passaggio all'età umanistica, che però non ne alterano il significato sul piano dottrinale[24], ad essere la base ferma del concetto e dell'istituto della cittadinanza, la cui configurazione non può che coincidere con la sua storia, anche, se non forse soprattutto, nel nostro presente gravido di nuovi problemi nella relazione tra i soggetti e il potere e memore di un recente "passato che non passa", in cui, per dirla con la Arendt delle *Origini del totalitarismo*, «la perdita di una comunità politica esclude l'individuo dall'umanità»[25].

[23] J. KIRSHNER, *«Ars imitatur naturam»: A Consilium of Baldus on Naturalization in Florence*, in *Viator*, V, 1974, 289-331 e soprattutto 310.

[24] Cfr. ancora J. KIRSHNER, *Paolo di Castro on «cives ex privilegio»: A Controversy over the Legal Qualifications for Public Office in Early Fifteenth-Century Florence*, in A. MOLHO, J.A. TEDESCHI (a cura di), *Renaissance Studies in Honor of Hans Baron*, Firenze, 1971, 227-264; ID., *Messer Francesco di Bici degli Albergotti d'Arezzo, Citizen of Florence (1350-1376)*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, n.s., II, 1972, 84-90; e ID., *Between Nature and Culture: An Opinion of Baldus of Perugia on Venetian Citizenship as Second Nature*, in *The Journal of Medieval and Renaissance Studies*, IX, 2, 1979, 179-208.

[25] H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di A. Guadagnin, Milano, 1997, 412; su cui si veda ora A. ARGENIO, *L'iniziatore di nuovi inizi: una riflessione su Hannah Arendt*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, X, 2008, 75-96 e soprattutto 78; cfr. inoltre D. QUAGLIONI, *La cultura giuridica e le "incertezze" dei diritti umani*, in G. CORNI, G. HIRSCHFELD (a cura di), *L'umanità offesa. Stermini e memoria nell'Europa del Novecento*, Bologna, 2003 («Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni», 60), 469-488.

PARTE PRIMA

LA CITTADINANZA FRA DIMENSIONE NAZIONALE E LIVELLO SOVRANAZIONALE

CITTADINANZA E LIBERALIZZAZIONI[*]

Fulvio Cortese

SOMMARIO: *1. La cittadinanza e i diritti: l'evoluzione di un rapporto. Un problema storico. - 1.2.* (segue) *Un problema concettuale. - 1.3.* (segue) *Un problema pratico. - 2. Il variabile equilibrio tra politiche pubbliche, garanzie e "liberalizzazione" dello status di cittadino: tre casi sintomatici. La tecnica sistematica di sperimentazione puntuale adottata dalla Corte di giustizia. - 2.1.* (segue) *L'approccio assiologico dei giudici ordinari. - 2.2.* (segue) *L'oscillante concretezza del giudice amministrativo. - 3. L'erompere di una prospettiva ottimalistica: le sue ambiguità. - 3.1.* (segue) *Le sue chances.*

1. La cittadinanza e i diritti: l'evoluzione di un rapporto. Un problema storico

La questione che ci si propone di indagare in questo contributo è strettamente connessa allo scioglimento di un duplice interrogativo.

Da un lato, si tratta di capire quali siano, oggi, i *diritti di cittadinanza* e quali ne siano, correlativamente, le principali *forme di garanzia*. Dall'altro, occorre sondare se, e come, il tema, a sua volta complesso, delle *liberalizzazioni* possa incidere sull'estensione e sulla qualità di quelle stesse fattispecie.

Entrambi gli obiettivi paiono apparentemente inafferrabili, vuoi per un chiaro problema di ampiezza (sia dell'oggetto, sia della lente che

[*] Il presente scritto è lo sviluppo di riflessioni avviate in un periodo precedente alle occasioni di discussione da cui vogliono essere traccia tutti i saggi contenuti in questo volume. Esso, infatti, ha come base – che viene quindi ripresa, sia pur in forma parzialmente aggiornata e rivista – il testo della relazione ("Liberalizzazioni e garanzie dei diritti di cittadinanza") tenuta in occasione del Convegno "Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi" (Copanello, Villaggio Guglielmo, 29-30 giugno 2012) e successivamente pubblicata con il medesimo titolo in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 141 ss.

dovrebbe inquadrarlo), vuoi per l'aggiuntiva difficoltà, ad un primo sguardo, di cogliere un nesso immediato tra l'universo delle situazioni giuridiche soggettive riconducibili alla nozione di cittadinanza e il paniere altrettanto frastagliato di interessi, poteri, pretese, obblighi e doveri che le dinamiche di liberalizzazione mettono in campo o, sempre più spesso, in contrapposizione.

La soluzione più facile, naturalmente, esiste ed è accessibile. Potrebbe giovarsi, infatti, della comoda constatazione di un panorama assai fluido, incerto, e quindi in qualche modo più facilmente (*i.e.* più "arbitrariamente") circoscrivibile. La nozione di cittadinanza, del resto, è entrata fortemente in crisi, anche dal punto di vista della sua idoneità a definire univocamente un determinato ambito di significati condivisi[1]. Sarebbe dunque possibile optare per una delle sue tante ed eterogenee declinazioni, ad esempio quella della *cittadinanza amministrativa*[2], e in simili confini muoversi per illuminare, quanto all'argomento del presente intervento, zone, ulteriormente ristrette, di sicura rilevanza: quella dei diritti procedimentali, che spettano a tutti i soggetti potenzialmente riguardati dall'esercizio della funzione; o quella della regolazione e della gestione di numerosi servizi pubblici, specialmente locali, rispetto ai quali, attualmente, i cittadini vengono in gioco non più, o non solo, in quanto appartenenti ad una determinata *civitas*, bensì in quanto fruitori

[1] In argomento la letteratura è amplissima. V., tra le introduzioni più chiare e sintetiche all'evoluzione storica e ai problemi più attuali della disciplina della cittadinanza, i saggi di P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, di É. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, 2012, e di R. BELLAMY, *Citizenship. A Very Short Introduction*, Oxford, 2008. V. anche, per i mutamenti che quell'evoluzione e quei problemi comportano nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, G. TROPEA, *Considerazioni su cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale (Atti del Convegno. Reggio Calabria, 30-31 ottobre 2003)*, Milano, 2005, 227 ss.

[2] Su tale nozione cfr., *ex plurimis*, le chiare riflessioni di R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss. Ma v. anche i contributi raccolti in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, nonché, per osservazioni di carattere storico e teorico-generale, S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss. V. anche *infra* il saggio di S. PELLIZZARI, in questo Volume.

di prestazioni potenzialmente producibili da una molteplicità di operatori o, per lo meno, di prestazioni assoggettate ad un regime definibile, in senso lato, come "di mercato".

Il fatto è che, assumendo questa visuale (pure completamente non tranquillizzante), la panoramica rischierebbe, all'opposto, di essere eccessivamente definita, perdendosi, cioè, l'opportunità di notare, nella dinamica tra cittadinanza e liberalizzazioni, rapporti più profondi e non meno importanti.

Difatti, se anche si provasse a pensare, semplicemente, alla cittadinanza *tout court* – alla cittadinanza, in altri termini, di cui tutti i più tradizionali e diffusi manuali di diritto pubblico o costituzionale si occupano allorché introducono il tema degli elementi costitutivi dello Stato (popolo, territorio e sovranità) – ci si potrebbe agevolmente accorgere che già quel solo concetto ha avuto molto a che fare, storicamente, con il rapporto tra politica e mercato. L'idea di cittadinanza figliata dalla dogmatica ottocentesca, e poi trasformatasi in uno con le evoluzioni della forma di Stato (da liberale a democratico, da Stato di diritto a Stato costituzionale di diritto), era ed è rimasta a lungo radicata a precise esigenze politico-istituzionali e a specifiche istanze di disciplina, da parte del pubblico potere, dell'ordine economico-sociale e delle sue mutevoli fisionomie[3].

Le testimonianze, in proposito, potrebbero essere molte.

In via esemplificativa, ma anche per procedere subito *in medias res*, può ricordarsi un passo di Proudhon, direttamente dalla Francia della seconda metà dell'Ottocento, forse non molto conosciuto nel contesto degli studi giuridici, eppure particolarmente sintomatico:

> «Le classi operaie a tutti gli altri diritti dell'uomo e del cittadino antepongono, non senza ragione, il diritto al lavoro, o meglio, la garanzia del lavoro, perché da questa dipendono la loro libertà e il loro mantenimento […]. La dogana è incomoda, e vi sono collegati abusi enormi: spesso le tasse doganali sono state soltanto strumento di monopolio e

[3] Sul rapporto tra politica e diritto, ma anche tra diritto ed assetto economico, nel processo di evoluzione dello Stato, da liberale a democratico, v. le ricostruzioni offerte da R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. CARTA, F. CORTESE (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico. Esperienze, lessico, prospettive*, Padova, 2008, 157 ss.

> sorgente di illeciti arricchimenti: spesso la protezione destinata al lavoro e al commercio si è volta a favorire industrie arretrate o imprese assurde. Prima di avvalersi del libero scambio, il monopolio ha sfruttato la protezione. Io non difendo quindi la dogana, ma ne giustifico lo scopo e affermo che l'abolizione delle dogane non è per nulla l'ultima parola della scienza, come si vorrebbe far credere. Lo scopo di questa istituzione fu quello di creare fra produttori e consumatori un legame di garanzia, che aveva come suo risultato la garanzia del lavoro per gli operai: e quelli che hanno stipulato il trattato libero scambista [si allude al trattato stipulato nel 1860 tra Francia ed Inghilterra, n.d.r.] non oserebbero certo dire di essersi menomamente preoccupati di questo grave interesse»[4].

L'estratto è molto eloquente. La discussione sull'aspirazione socio-politica all'allargamento della *base* della cittadinanza e dei diritti civili e politici che ad essa sono connessi viene strutturalmente collegata alla *domanda* di ulteriori, e quasi preminenti, *garanzie*, che non solo possono comportare una mutazione del contenuto della cittadinanza medesima e dello Stato che di essa si rende strumento, ma che sono strettamente intrecciate anche con *altre scelte*, di natura puramente economica e, al contempo, di natura così eminentemente costituzionale.

Viene, anzi, da pensare, nella lettura, che l'Autore voglia sottolineare che queste scelte non sono soprattutto economiche, bensì soprattutto costituzionali, o, meglio ancora, *costitutive*, idonee, cioè, a fungere da presupposto ineludibile per il buon funzionamento di uno specifico assetto istituzionale e di una determinata soluzione degli equilibri sociali.

Non solo, quindi, la cittadinanza e i suoi diritti sono stati storicamente oggetto di un'evoluzione tesa ad ampliarne le proiezioni operative (il farsi dello Stato liberale in Stato democratico è fenomeno fin troppo noto)[5]. In questa evoluzione, le opzioni di politica economica, e segnatamente quelle tese ad allargare i confini dei mercati, non sono mai state una variabile del tutto indipendente, e ciò perché esse costituivano, e costituiscono ancora, il fondamento in base al quale immagi-

[4] P.-J. PROUDHON, *La capacità politica delle classi operaie*, Città di Castello, 1921, 1ª ed. it., 221-223 (orig. *De la Capacité politique des classes ouvrières*, Paris, 1865).

[5] Ancora una volta si rinvia alle belle ed efficaci pagine di R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico*, cit., in part. 159 ss.

nare un'*allocazione* costituzionale di diritti e di libertà, nonché a prefigurarne un corrispondente meccanismo di *tutela*.

La duplicità del quesito di partenza, pertanto, assume necessariamente una forma ricorsiva: cittadinanza e liberalizzazioni costituiscono, innanzitutto dal punto di vista storico, una sorta di *endiadi*, giacché le differenti soluzioni politiche che si vogliano di volta in volta ipotizzare e realizzare sul secondo versante implicano coerenti variazioni sul primo e ne condizionano dall'interno l'espressione, l'effettività e gli strumenti di protezione giuridica.

Si può aggiungere, poi, che, sempre dal punto di vista storico, l'immenso laboratorio dello Stato liberale ottocentesco, delle sue dialettiche socio-politiche e della cultura giuridica ed istituzionale in esso cresciuta può evidenziare un'ulteriore caratteristica, degna di menzione proprio in questa sede.

Le conseguenze che le opzioni economiche possono sortire sul "governo" dei diritti e della cittadinanza – e quindi sullo stabilimento dei rapporti tra ordine giuridico ed ordine economico-sociale – mettono in gioco una relazione che non si caratterizza soltanto per il suo carattere biunivoco. Questa relazione pare anche destinata alla riproposizione costante delle opposizioni che può generare e del conflitto tra un'istanza di autorità e di controllo (in funzione, per l'appunto, di garanzia e di riconoscimento sociale e giuridico) ed un'altra istanza, viceversa, di massima espansione, percepita come naturale e quindi ineluttabile, del mercato o, meglio, della *ricchezza*, che di quello si serve per manifestarsi, per implementarsi e per fungere, a sua volta, da inesauribile baluardo di (una certa) libertà.

Anche a tale riguardo può essere utile proporre un passo, questa volta assai celebre, perché tratto da uno dei classici del liberalismo continentale:

> «Il commercio conferisce alla proprietà una qualità nuova, la circolazione: senza circolazione la proprietà non è che un usufrutto; l'autorità può sempre influire sull'usufrutto perché può togliere il godimento; ma la circolazione pone un ostacolo invisibile e invincibile a questa azione del potere sociale.

> Gli effetti del commercio si estendono ancor più lontano: non soltanto esso affranca gli individui, ma, creando il credito, rende l'autorità dipendente.
> Il denaro, dice uno scrittore francese [si allude, forse, a Montesquieu, n.d.r.], è l'arma più pericolosa del dispotismo, ma è al tempo stesso il suo più potente freno; il credito è sottoposto all'opinione; la forza è inutile; il denaro si nasconde o fugge; tutte le operazioni dello Stato sono sospese. Il credito non aveva la stessa influenza presso gli antichi; i loro governi erano più forti dei privati; i privati sono più forti dei poteri politici della nostra epoca; la ricchezza è una potenza più disponibile a ogni istante, più applicabile a ogni interesse e quindi assai più reale e meglio obbedita: si sfugge al potere ingannandolo; per ottenere i favori della ricchezza bisogna servirla: questa deve vincere»[6].

Vero è – e lo si potrebbe rammentare a gran voce – che, sempre sul piano storico, la "battaglia" politico-sociale cui alludeva Proudhon nella citazione riprodotta in precedenza aveva messo in crisi il modello prefigurato in quest'ultima riflessione, conducendo, nel contesto delle Costituzioni rigide del Secondo Dopoguerra, ed anche nel caso italiano, alla chiara ri-formulazione dell'esigenza di garanzia sopra illustrata quale perno di una nuova forma di Stato, nel graduale ed ulteriore superamento della classica formula operaista[7].

Non si può, tuttavia, negare che attualmente – e nonostante il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico e la costituzionalizzazione di precise regole di intervento e di "impegno" pubblico nell'ordine economico-sociale a garanzia costante di diritti e libertà non solo civili e politici – siano sempre ed ancora i movimenti del commercio e della ricchezza, questa volta sul piano globale e non semplicemente internazionale, a rimettere in discussione le acquisizioni istituzionali prodottesi nel corso del Novecento e ad invertire nuovamente la rotta della cittadinanza, dei suoi diritti e delle sue garanzie[8].

---

[6] B. CONSTANT, *La libertà degli Antichi paragonata a quella dei Moderni*, in ID., *Conquista e usurpazione*, cur. L.M. BASSANI, Torino, 2009, 216 (orig. *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819; ed. Paris, 1920).

[7] Cfr. in proposito L. NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica "fondata sul lavoro"?*, in *Lav. dir.*, 2009, 427 ss.

[8] Illuminanti, sul punto, le ricostruzioni di P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lav. dir.*, 2009, in part. 60-61.

Ad un determinato *discorso di verità* se ne sta sostituendo un altro[9], quello di una razionalità neoliberale che concepisce il mercato non tanto (o non solo) come oggetto collocabile in un certo spazio, bensì come «meccanismo di adeguamento», come «forma politica che organizza l'umana convivenza» *tout court* e che «estende la concorrenza a tutti i settori dell'attività dell'uomo»[10], ivi compreso quello dell'organizzazione pubblica, soggetta a sistemi di misurazione e di valutazione capaci di influenzarne scopi, metodi e prospettive, così come di renderne potenzialmente vani gli sforzi[11].

Oggi, quindi, ad essere in crisi non è *un modello* di Stato (quale figura di un dato equilibrio tra ordine giuridico ed ordine politico, e quindi tra ordine giuridico ed ordine economico-sociale), ma è *lo Stato*, frammentato e destrutturato, dall'interno e dall'esterno, così come è destrutturata e frammentata tutta l'articolazione tradizionale dei pubblici poteri, chiamati, ora, a nuove ricomposizioni e a nuovi ruoli[12].

---

[9] Così A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberismo e la giustizia*, Milano, 2012, 13, che riprende con ciò un'espressione (*discorso di verità*) già utilizzata da M. FOUCAULT (in *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 36).

[10] *Ibidem*, 14.

[11] Il fenomeno è molto conosciuto, oltre che dibattuto. Sul punto sono particolarmente incisive queste osservazioni: «Beyond the State, there are supra-national and global authorities, which set standards for national administrations and monitor their domestic implementation. National bodies are accountable to both national executives and to supra-national and global authorities. The State, while retaining control over resources and legitimation processes, has lost its exclusive control over law and social welfare. This produces a situation of structural uncertainty»: così S. CASSESE, *The Rise of The Administrative State in Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, in part. 1005. In argomento v. sempre ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, e ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

[12] Emblematico, in tale direzione, ciò che si ricava da questo sintetico brano, tratto dal *World Public Sector Report - Globalization and the State*, United Nations, 2001, 32 (il testo integrale è reperibile al seguente indirizzo: *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan012761.pdf*): «La globalizzazione non ha indebolito gli Stati, ma ne ha cambiato le funzioni. Gli Stati non sono più degli attori universali, ma si sono trasformati in soggetti catalizzatori, facilitatori, garanti, orientatori, negoziatori, mediatori e costruttori di consenso. La globalizzazione, pertanto, sta producendo un nuovo assetto per nuovi ruoli, stimolando processi di aggregazione e associazione, nonché forme di partenariato tra poteri pubblici, cittadini e imprese, rinforzando l'in-

Per un inevitabile gioco di specchi, del resto, è la stessa cittadinanza a riflettere in se stessa questo processo di decostruzione: quella nazionale non ha più una riconosciuta ed autonoma *capacità assorbente*. Non si può più dire, a rischio di essere clamorosamente smentiti dalla preponderante e schiacciante forza della realtà che ci circonda quotidianamente, che, sempre restando ad un'espressione cara all'Ottocento letterario d'Oltralpe, «le droit incarné, c'est le citoyen»[13]. O meglio: è ancora vero che si può affermare l'esistenza di una cittadinanza *ogni qual volta* esista un nucleo più o meno ordinato di diritti e di libertà riconosciuti ai singoli individui in un determinato contesto. Ma tale affermazione non potrà più riferirsi alla sola cittadinanza nazionale correlata alle regole e ai "compiti" di un determinato ordinamento statale, in quanto a quella si potranno facilmente sovrapporre, con significati di non minore rilevanza, una cittadinanza locale, una cittadinanza regionale, una cittadinanza europea, così come altre, nuove e spesso compresenti *formule d'appartenenza circostanziata e funzionale*, quali la già evocata cittadinanza amministrativa (o, ancor più precisamente, "le" differenti cittadinanze amministrative, che si potrebbero enumerare caso per caso) o la cittadinanza d'utenza (tipica del "consumatore" e delle sue prerogative) o la cittadinanza d'impresa, etc.

Alla decostruzione dello Stato corrisponde, dunque, una decostruzione della cittadinanza che ad esso era storicamente affiancata. Alla perdita del ruolo di garanzia svolto dal primo, ed in parallelo all'incapacità di quello di essere ancora "sovrano" dell'ordine economico-sociale, corrisponde così anche la perdita della capacità di sintesi di una nozione di *status* che a molti effetti è tuttora rilevante e che, tuttavia, proprio sul piano della "battaglia" storica che ne voleva estendere le proiezioni pratiche, si è "sbriciolata" in una polvere di aspirazioni, di

---

fluenza dell'opinione pubblica sulle istituzioni sui governi […]. In questa prospettiva le vecchie strutture decisionali, burocratiche e gerarchizzate, risultano inutili. Le strutture unitarie, compatte e piramidali, frutto del razionalismo del XVIII Secolo, non rappresentano più il modo di essere che contraddistingue la realtà delle amministrazioni pubbliche contemporanee» (traduzione nostra).

[13] V. HUGO, *Ce que c'est l'exil* (1875), in ID., *Combats politiques et humanitaires*, cur. G. GENGEMBRE, Paris, 2002, 123.

interessi e di pretese, tendenti, a loro volta, a riaggregarsi episodicamente in occasione di specifiche arene di conflitto.

1.2. (segue) *Un problema concettuale*

Da storico, il problema diventa, in tal modo, anche concettuale, definitorio o, dovremmo dire, dogmatico.

La "liquidità" degli assetti e dei rapporti che coinvolgono Stato, cittadinanza, garanzie giuridiche e situazione economica[14] non conduce soltanto ai descritti processi di riaggregazione; essa porta anche alla declamazione diffusa di un *nuovo universalismo*, se non di una *cittadinanza globale*[15].

Questa, però, paradossalmente, mentre persegue la finalità di produrre un'ulteriore aggregazione di matrice cosmopolitica che sia pretesamente in grado di fornire garanzie a tutti i livelli, conduce a compimento l'anzidetta decostruzione dello Stato e della sua forma democratica, nonché la dissoluzione del nesso tra scelte costituzionali e attribuzione pubblica di poteri di controllo, vigilanza e regolazione.

Un tale pericolo, spesso, non è percepito.

Tra i fautori della cittadinanza globale, molti tendono a leggervi uno stimolo per la riattivazione dei meccanismi positivi della rappresentanza politica e dello Stato democratico: proprio la ri-scoperta di valori universali e di "diritti" che possono essere vantati in ogni luogo dovrebbe fungere da catalizzatore per la polarizzazione di dibattiti, di scontri, di alternative politiche e, quindi, di scelte rinnovate, secondo una fisiologia *gius-generativa* che viene apertamente rappresentata come più conferente, oltre che come più incisiva e capace di imporsi anche indipendentemente dalle dinamiche delle singole realtà istituzionali:

[14] L'uso dell'attributo "liquido" non può che rimandare ad una chiave di lettura particolarmente nota e sintonica rispetto ai processi decostruttivi indicati nel testo, che si inseriscono, a loro volta, in trasformazioni dalla portata ben maggiore (v. Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, 8ª ed.).

[15] Per un'agile introduzione cfr. S. BENHABIB, *Cittadini globali*, Bologna, 2008.

> «Mentre le dottrine del diritto naturale sostengono che i princípi che stanno alla base della politica democratica sono refrattari alle azioni trasformative della volontà popolare, e il positivismo giuridico identifica la legittimità democratica con le norme correttamente stabilite da un legislatore sovrano, la politica giusgenerativa è un modello che ci permette di pensare a interventi creativi che mediano tra le norme universali e la volontà delle maggioranze democratiche. […] Poiché dipendono da processi contingenti di formazione della volontà democratica, non tutte le politiche giusgenerative producono risultati positivi. A differenza della legislazione promulgata, la validità delle norme cosmopolitiche non è dipendente da iterazioni giusgenerative e democratiche. Questa validità è basata su fondamenti normativi indipendenti.
> […] La presenza di altri che non condividono le memorie e la morale della cultura dominante sollecita il legislatore democratico a riformulare il significato dell'universalismo democratico. Ben lungi dal comportare una disgregazione della cultura democratica, sfide di questo genere mettono in evidenza la profondità e l'ampiezza della cultura della democrazia. Solo le comunità politiche saldamente democratiche sono capaci di questa riformulazione universalistica, attraverso la quale rimodellare il significato del loro essere popolo»[16].

Eppure, il *rischio* che *si rompa* definitivamente un paradigma – *costituzionale* – di equilibrio tra ordine economico-sociale ed ordine giuridico è messo apertamente in luce da quegli osservatori, talvolta radicali, che hanno fatto tesoro del grande e storico laboratorio istituzionale di cui si è detto nel paragrafo precedente.

Si è, cioè, avvertito che i nuovi universalismi che attraversano il dibattito, soprattutto politologico, possono trasformarsi facilmente e rapidamente nell'esatto contrario di ciò che vorrebbero costruire, ossia, anziché nella responsabilizzazione dei diversi contesti sociali, nella *produzione* di un individuo che non esiste in natura e, quindi, di una cittadinanza solo fittizia, molto astratta, sottratta alle dinamiche dell'ordine politico e, per ciò solo, destinata a "sciogliersi" nella ricordata "liquidità" del panorama globale[17].

[16] S. BENHABIB, *Cittadini globali*, cit., 67-68 (il primo paragrafo) e 107 (il secondo). Recentemente, assume ed argomenta largamente una posizione parimenti ottimistica S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, in part. 66 ss.

[17] Questa, ad esempio, è l'impostazione seguita da S. ŽIŽEK, *Difesa dell'intolleranza*, Troina, 2003, in particolare per sottoporre a severa critica tutti i filoni di pensiero che, proprio muovendo da prospettive universalistiche, arrivano a relativizzare il conte-

Il motore immobile di queste trasformazioni è, ancora una volta, il mercato, inteso, come si è rapidamente accennato nel paragrafo precedente, non come propulsore di una razionalità politica rafforzativa delle istituzioni propriamente democratiche, bensì come artefice di un ordine che «propone di sostituire alla deliberazione collettiva e alla discussione su ciò che è legittimo e illegittimo un'organizzazione della società concreta e più modesta, ma efficace ed efficiente, basata sulla libertà»[18].

In questo percorso, il cittadino globale, titolare di diritti e libertà fondamentali, tutelato nella sua dignità di uomo, salvaguardato nella sua *nudità* indipendentemente da ogni appartenenza socio-culturale, socio-politica o socio-economica raggiunge uno stato di sublimazione tale da poter essere considerato alla stregua di un essere completamente *artificioso*, non riconoscibile e, soprattutto, privato di quelle aspirazioni – come si è visto, storiche – che hanno contraddistinto il momento di passaggio, anche drammatico, dallo Stato liberale allo Stato democratico[19].

---

nuto storico delle lotte per i diritti e a farsi interpreti di istanze *puramente* multiculturali. È bene segnalare che questa impostazione non è in alcun modo co-essenziale all'adesione alle convinzioni politiche (neo-marxiste e neo-leniniste) che l'hanno animata, giacché quelle medesime convinzioni vengono "rilanciate" da quegli interpreti (anche giuristi) che perseguono ricostruzioni contrarie: v. B. DE SOUSA SANTOS, *Diritto ed emancipazione sociale*, Troina, 2008, in part. 205 ss.

[18] A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, cit., 15.

[19] V. sempre S. ŽIŽEK, *Diritti umani per Odradek?*, Roma, 2005, in part. 10 ss., in cui, peraltro, si richiama la pari impostazione di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, 415. In breve, sostiene il sociologo sloveno, «il paradosso sta nel fatto che si venga privati dei diritti umani proprio nel momento in cui, all'interno della propria realtà sociale, si è effettivamente ridotti a un essere umano "in generale", senza cittadinanza, professione, etc., vale a dire *proprio quando si diventa effettivamente l'ideale PORTATORE di "diritti umani universali"* (i quali mi appartengono "indipendentemente" dalla mia professione, dal mio sesso, dalla mia cittadinanza, dalla mia religione, dalla mia identità etnica…)» (11). È per questa ragione che Žižek arriva a paragonare «l'uomo in quanto tale privato di ogni qualificazione fenomenica» ad un «mostro inumano, qualcosa di simile all'*Odradek* di Kafka» (18), ossia all'essere immaginario, simile ad un rocchetto di filo, che viene descritto in un celebre racconto dell'autore praghese (*Il cruccio del padre di famiglia*, del 1917, in F. KAFKA, *La metamorfosi e tutti i racconti pubblicati in vita*, Milano, 2002, 169 ss.).

1.3. (segue) *Un problema pratico*

Il carattere strutturale del nesso tra determinate opzioni di cittadinanza e determinate soluzioni di "liberazione" del mercato non ha, poi, ricadute esclusivamente su di un piano ideale, e quindi "distante" dalle esperienze concrete del comune cittadino.

A ben vedere, ad un livello "micro", i problemi che possono sorgere dalla considerazione di quell'originario nesso sono anche di carattere eminentemente pratico, dal momento che mettono in serio, ed anche ragionevole, dubbio la tenuta complessiva, l'efficacia e la proporzionalità stessa degli accorgimenti istituzionali che dovrebbero garantire, implicitamente e, per così dire, sin dalla cornice, l'attribuzione di una certa cittadinanza, e che dovrebbero, altresì, consentirle di funzionare quale motore propulsivo delle principali politiche pubbliche.

Sul punto, può essere pertinente la seguente ed acuta sollecitazione:

> «Nei servizi pubblici locali, tutto si amplifica. È vero, infatti, che con le società a partecipazione multicomunale si è concretamente avuto un miglioramento sotto il profilo della rappresentanza territoriale, attraverso la partecipazione di tutti i comuni al capitale ed alla governance, ma resta il fatto che la collettività dei residenti-rappresentati e quella degli utenti non coincidono. Si pensi a Venezia, ad esempio, in cui l'utenza dei servizi è assai più vasta e variegata categoria rispetto a quella dei residenti. La prima è rappresentata da stabili collettività e non solo da turisti mordi e fuggi: pendolari istituzionali (lavoratori presso uffici in Venezia storica, ma residenti in comuni differenti); studenti non residenti; immigrati; proprietari di seconde case. In sostanza, per quel che riguarda alcuni servizi pubblici, la categoria dei residenti è talvolta minoritaria. Eppure, le scelte politiche sui servizi manifestano chiaramente l'interesse per quest'ultima, comprensibilmente avvertita dai decisori come l'unico nucleo destinatario di tutela.
>
> Si è detto che, per l'attuale difetto di rappresentatività rispetto agli interessi dei loro portatori, l'efficienza del servizio e l'efficacia delle decisioni rappresenti l'unico canone di riferimento davvero democratico.
>
> Sia nel governo del territorio sia nel governo dei servizi esiste quindi la necessità di sgomberare il campo dalle false certezze e di riscrivere le regole di rappresentatività regolato-decisore. In uno scritto dell'anno scorso, si è parlato di "contratto di voto", per affermare che la residenza può essere ancora uno strumento utilizzabile solo se la sua definizione

> nasce non da un atto autoritativo fondato su parametri anch'essi fissati unilateralmente ed anacronistici, bensì da un accordo tra l'ente locale, che richiede parametri minimi di stabilità degli interessi, ed il cittadino, che decide qual è il luogo in cui si svolge la parte più rilevante della propria vita e dei propri interessi. Per comprendere il difetto nel collegamento tra utenza e rappresentanza, è sufficiente pensare allo studente che studia nove mesi all'anno a Firenze o a Bologna, che usa i mezzi pubblici più dei residenti e che, oggi, non può votare nel luogo in cui principalmente risiede. Ancor più stridente è il contrasto con riferimento ai residenti extracomunitari, per i quali appare del tutto disatteso il detto liberale *no taxation without representation*»[20].

La dinamica così descritta è molto eloquente e consente di aggiungere alle osservazioni finora svolte un ulteriore tassello.

Il fenomeno delle aggregazioni funzionali di interessi come manifestazione di percorsi di legittimazione alternativa rispetto a quella della cittadinanza non mette in discussione soltanto quest'ultima nozione. Esso conferma in modo ancor più chiaro lo stretto legame che esiste tra l'allocazione ed il riconoscimento di uno *status* socio-politico tendenzialmente unitario e la volontà di affidare ad esso il ruolo decisivo di fondamento della parallela unitarietà del sistema rappresentativo in cui si risolve l'autodeterminazione della comunità (territoriale) di riferimento.

Sicché, a fronte di fenomeni di liberalizzazione, e di conseguente aumento delle possibilità di *scelta* (da un lato) e del numero dei possibili *fruitori* (dall'altro), è quello stesso *status* unitario a subire le pressioni più forti, poiché o diventa del tutto disponibile e/o indifferente al godimento di talune utilità (e si dà, in tal modo, la necessità di prefigurare sistemi di rappresentanza o, meglio, di partecipazione diversi da quelli tradizionali) o è comunque destinato ad essere rivisto o implementato (e si verifica, quindi, l'opportunità di modificarne l'estensione o di sostituirlo con altre nozioni a tendenziale vocazione unitaria).

---

[20] M. DUGATO, *Problematiche giuridiche del rapporto tra governo del territorio e servizi pubblici locali*, relazione tenuta al Convegno "Governo del territorio e servizi pubblici locali: verso un nuovo concetto di cittadinanza urbana?", organizzato dall'Università di Firenze (Firenze, 6 dicembre 2007), reperibile *on line* al seguente indirizzo: *http://www.iuav.it/Facolta/facolt--di/OSSERVATOR/riflession/Osservatorio-Venezia-1 D238C.pdf*.

Entrambe le opzioni sono molto difficili, sia perché importano uno sforzo di rivisitazione dogmatica (oltre che ideologica) particolarmente intenso, sia perché toccano sensibilità e paradigmi dominanti e rassicuranti (come sono quelli che si realizzano nel "certificare" il proprio senso di appartenenza e la consapevolezza di essere *intraneus* ad un certo sistema con le possibilità di vedersi garantite alcune prestazioni rispetto ad una indefinita comunità di *extranei*).

Anche il legislatore, al cospetto di queste difficoltà, entra facilmente in crisi, dal momento che, mentre può riuscire a "liberare" la fruibilità e la disponibilità di certi vantaggi, percepisce una sorta di endemico affanno, se non di paralisi vera e propria, allorché si tratti di disciplinare nuovamente i presupposti fondamentali delle pregresse distribuzioni.

D'altra parte, e ribadendo quanto specificato sin dall'inizio di questo contributo, l'attinenza del problema distributivo e del rapporto tra ordine giuridico, ordine politico ed ordine economico-sociale al tema costituzionale rende quasi comprensibile il ritardo o la ritrosia delle assemblee legislative: la missione da compiere è molto impegnativa; è, come si è detto, di natura costituzionale. "Liberalizzare" servizi e attività significa, in definitiva, "liberalizzare" lo *status* di cittadino ed esigerne una ricollocazione od una sostituzione con istituti o con soluzioni idonee a non travolgere del tutto le garanzie che a quello sono connesse ed il loro significato storicamente progressivo.

2. Il variabile equilibrio tra politiche pubbliche, garanzie e "liberalizzazione" dello status di cittadino: tre casi sintomatici. La tecnica sistematica di sperimentazione puntuale adottata dalla Corte di giustizia

L'analisi della relazione tra liberalizzazioni e diritti di cittadinanza conduce ben presto alla constatazione che ciò che non viene deciso dal legislatore (o che, anche per le ragioni da ultimo accennate, *non può* essere deciso dal *solo* legislatore ordinario) deve trovare comunque un punto di equilibrio, e che a tale compito, sia pur così complesso, provvede spesso la giurisprudenza, con esiti, invero, molto variabili.

A fini puramente descrittivi, può essere interessante creare una sorta di parallelismo tra i fenomeni-problemi già traguardati nei paragrafi precedenti e tre casi giurisprudenziali, distinti ma ugualmente sintomatici dei differenti approcci che i giudici seguono ogni qual volta si trovano di fronte a situazioni specifiche nelle quali si palesa la rottura di un determinato rapporto tra ordine giuridico-politico ed ordine economico-sociale. Sono approcci, peraltro, che in talune fattispecie tendono a convivere e forse anche a scontrarsi, con esiti che non sono sempre scontati.

Può essere notevole, per cominciare, il raffronto tra l'estratto surriprodotto di Proudhon ed un orientamento fatto proprio in alcune importanti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

È un accostamento che si può compiere solo fino ad un certo punto; occorre esserne pienamente consapevoli. Tuttavia, è un dato di fatto la circostanza che uno dei più grandi risultati dell'Unione europea sia giunto proprio sul piano dell'incremento delle possibilità materiali di realizzazione personale che i cittadini degli Stati membri hanno cominciato ad avere per mezzo dell'abbattimento delle "vecchie" restrizioni alla libera circolazione e di soggiorno. Un legame di garanzia – quello *à la Proudhon* – si è parzialmente rotto, a favore, viceversa, di occasioni che possono maturare anche oltre i confini statali.

In alcuni settori, infatti, anche di indubbia rilevanza sociale, ed anche di prevalente e perdurante pertinenza nazionale, gli effetti di questo ampliamento di prospettive sono di un certo spessore. Quasi paradossalmente, proprio l'abbattimento del valore esclusivo ed assorbente della cittadinanza statale ha potuto, in peculiari contesti, garantire a cittadini di un determinato Stato la possibilità di fruire, in un altro ordinamento, di prestazioni che il proprio Stato non poteva garantire allo stesso modo. Mentre, da parte dell'ordinamento "ospite", la potestà di stabilire limiti all'accesso e di far valere un autonomo legame di garanzia, lungi dallo scomparire del tutto, si trasforma da regola ad eccezione, suscettibile di esame e di valutazione circostanziata[21].

[21] V., su questi profili, recentemente, F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe*, in *European Law Journal*, Vol. 18, Issue 5, 2012, 694 ss.

In materia, ad esempio, di alta formazione e di istruzione professionale, la Corte di giustizia ha espresso e ribadito più volte un convincimento così compendiabile:

> «Gli artt. 18 TFUE e 21 TFUE [sono le disposizioni che, come è noto, si occupano, rispettivamente, di divieto di discriminazione in base alla nazionalità e di libertà di circolazione e soggiorno, n.d.r.] ostano ad una normativa di uno Stato membro che limiti il numero di studenti non considerati residenti di tale Stato che possono iscriversi per la prima volta in corsi di formazione medica e paramedica di istituti di istruzione superiore del medesimo Stato, salvo che il giudice nazionale, in esito ad una valutazione di tutti i pertinenti elementi presentati dalle autorità competenti, non constati che tale normativa risulti giustificata con riguardo all'obiettivo della tutela della sanità pubblica.
> Infatti, una simile disparità di trattamento tra gli studenti residenti e gli studenti non residenti costituisce una discriminazione fondata indirettamente sulla nazionalità, a meno che essa non possa essere giustificata dall'obiettivo diretto a mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, equilibrato ed accessibile a tutti laddove contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della sanità pubblica. A tale riguardo, occorre valutare se la normativa sia idonea a garantire la realizzazione di tale legittimo obiettivo e se essa non vada al di là di quanto necessario ai fini del suo conseguimento, valutazione che compete al giudice nazionale. […]
> A tal fine, in un primo momento, esso è tenuto a verificare la sussistenza di rischi reali per la tutela della sanità pubblica. […]
> In un secondo momento, il giudice nazionale, qualora dovesse ritenere che sussistano rischi reali per la tutela della sanità pubblica, dovrà valutare, alla luce degli elementi forniti dalle autorità competenti, se la normativa possa essere considerata idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela della sanità pubblica. […]
> Infine, in un terzo momento, spetta al giudice nazionale valutare se la normativa non vada al di là di quanto necessario ai fini del conseguimento dell'obiettivo invocato e, in particolare, se l'obiettivo di interesse generale invocato non possa essere conseguito per mezzo di misure meno restrittive volte ad incoraggiare gli studenti che compiano i loro studi nella comunità interessata a stabilirvisi, al termine dei loro studi, o volte a invogliare professionisti formatisi al di fuori di detta comunità a stabilirsi sul territorio di quest'ultima. Parimenti, spetta ad esso esaminare se le autorità competenti abbiano conciliato, in maniera adeguata, la realizzazione di detto obiettivo con le esigenze poste dal diritto dell'Unione e, in particolare, con la facoltà per gli studenti provenienti da altri Stati membri di accedere agli studi di insegnamento superiore, ove

tale facoltà costituisce l'essenza stessa del principio della libera circolazione degli studenti»[22].

Come si vede – e rievocando, con ciò, anche i lineamenti essenziali della controversia giunta dinanzi al giudice europeo – la Corte non avalla l'idea che la combinazione tra divieto di discriminazione secondo la nazionalità e libertà di circolazione e soggiorno (ovvero quella che si può definire come *regola base*) abbia un unico, uniforme ed univoco risultato: ossia la negazione concreta della possibilità, per lo Stato belga, come per ogni altro Stato membro, di adottare una disciplina che restringa le possibilità di accesso di determinati studenti, nel caso francesi, a specifici curricoli formativi.

La Corte, semplicemente, avverte che una tale limitazione (ovvero quella che si può definire come *eccezione circostanziata*) è praticabile soltanto laddove adeguata nei confronti della tutela di quegli interessi statali che l'Unione europea considera comunque (e positivamente) attinenti all'*hard core* della sovranità nazionale.

Il dato ancor più interessante, peraltro, consiste nella circostanza che questo scrutinio di compatibilità sia *decentrato*, rimesso al giudice nazionale, secondo quel noto sistema di *dialogo cooperativo* che da molto tempo coinvolge le autorità giurisdizionali di tutti gli Stati membri, che le "abitua" a diffusi esercizi di apprezzamento e di bilanciamento, e che le responsabilizza in un disegno costituzionale strutturalmente concepito come "composito" e "a più velocità".

La prima lezione che si dovrebbe trarre da questa giurisprudenza è che la "liquefazione" verso l'alto della cittadinanza statale, ad opera, in questo caso, delle prerogative offerte dall'affermazione di libertà fondamentali del diritto dell'Unione europea, non si realizza mediante alternative "secche".

Essa funziona, innanzitutto, in una cornice di integrazione sovranazionale nella quale gli Stati – e le rispettive tradizioni costituzionali – non hanno perduto la propria soggettività e possono, quindi, atti-

[22] Corte di giustizia (Grande Sezione), 13 maggio 2010, in causa C-73/08, *Bressol*, in *Racc.*, 2010, I-02735. Per un commento cfr. S. GROSBON, *Libre circulation et systèmes de sélection universitaire: une équation complexe*, in *Revue des affaires européennes*, 2009-10, 635 ss.

vare, anche solo *in parte qua*, strumenti eccezionali di garanzia territoriale e sociale[23].

La seconda lezione, poi, in quanto direttamente declinabile dalla prima, coincide con l'idea che gli equilibri politici del rapporto tra ordine giuridico (cittadinanza statale) e ordine economico-sociale (possibilità di diventare, come nella fattispecie in esame, un medico e di svolgere la relativa professione) non sono del tutto sottratti alle decisioni dei sistemi rappresentativi degli Stati membri; si tratterebbe, piuttosto, di sondare la compatibilità e la proporzionalità effettive delle misure eventualmente adottate caso per caso rispetto ai margini previsti dai Trattati e agli obiettivi che, coerentemente con essi, i singoli Stati vogliano ragionevolmente perseguire.

Per dirla in altro modo, l'affermazione di una cittadinanza europea che si nutre di libertà fondamentali capaci di "liberare" gli individui dai tradizionali legami di garanzia interni alle comunità nazionali non conduce necessariamente ad un'assenza di garanzia: quelle libertà *aggiungono* una garanzia ad un'altra o, meglio, aggiungono *una* garanzia ad un sistema plurale di *garanzie*, che possono convivere a patto di uno sforzo di razionalizzazione e di *solidarietà* sovranazionale.

La terza lezione, infine, ci rivela che, nell'Unione europea, questa sorta di paradigmatica e "mobile" visione della cittadinanza, in particolare di quella *lato sensu* sociale, non ambisce alla cristallizzazione di modelli fissi, bensì, anche per il tramite dell'ammissione di un controllo trasversale e delocalizzato da parte dei giudici statali, ad una tecnica di sistematica sperimentazione puntuale, suscettibile, semmai, di circolazione istituzionale e di affermazione pragmatica, anche *ex post* ed anche sul piano delle politiche nazionali.

Ciò dovrebbe ricordarci – valorizzando in questa direzione anche gli stimoli provenienti da alcuni studi, tanto fortunati quanto discussi da tutta la comunità scientifica[24] – che non è così pacifico che il meccanismo dell'integrazione sovranazionale (prima comunitaria, poi

[23] Su questo profilo v. i rilievi di M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee*, Bologna, 2007, in part. 62 ss.

[24] Si allude all'opera di P.L. LINDSETH, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010.

europea) abbia quale fine prevalente la realizzazione di scopi radicalmente diversi da quelli che avevano storicamente immaginato gli Stati nazionali che l'hanno avviata; il fine (era e) rimane, semmai, la scelta, degli Stati, di un *modus operandi* diverso, di una strategia che non fa della "liberalizzazione" una meta *a prescindere* e che individua nella posizione di basilari "libertà fondamentali", a quella comunque strumentali, un differente *dispositivo* di sviluppo e di implementazione / interpretazione dei compiti pubblici e del benessere sociale.

2.1. (segue) *L'approccio assiologico dei giudici ordinari*

È, tuttavia, frequente constatare, nella giurisprudenza, anche un metodo diverso, spesso confortato, per la verità, da indicazioni normative realmente innovative e "propulsive".

Anche in questa occasione si può ricordare un caso concreto, deciso dal giudice ordinario italiano[25] sulla scorta di quanto ha dedotto dal diritto dell'Unione europea ed implicante, nuovamente, una questione di diritti di cittadinanza (nel senso finora inteso), ossia un problema di verifica sulla legittimità (o meno) di una disciplina (territoriale, e precisamente regionale) finalizzata a restringere l'accesso dei residenti di medio periodo al godimento di una forma di assistenza sociale. Anche in questo caso, inoltre, si può comparare il caso con quanto osservato *supra* circa i problemi concettuali che coinvolgono la rivisitazione della cittadinanza statale a fronte dell'affermazione di diritti di titolarità *superiore* a quella dell'ordinamento puramente interno.

Valga, in via preliminare, la considerazione di questo breve riassunto:

> «…il giudice del lavoro del Tribunale di Udine ha accolto il ricorso presentato da un cittadino rumeno, sostenuto da ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), CGIL, CISL e UIL contro il diniego all'erogazione dell'assegno di natalità regionale (meglio conosciuto come bonus bebè) da parte del Comune di Latisana per mancanza del requisito di residenza decennale in Italia e quinquennale nel FVG previsto dall'art. 8 bis della legge regionale FVG n. 11/2006.

[25] Trib. Udine, ord. 30 giugno 2010, disponibile *on line* nel suo testo integrale al seguente indirizzo: *http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1092&l=it*.

> Il giudice di Udine ha accolto le tesi sostenute nel ricorso e che a suo tempo erano state anche indicate dalla Commissione europea […] il requisito di anzianità di residenza costituisce una forma di discriminazione indiretta o dissimulata a danno dei cittadini dell'Unione europea residenti nel FVG, in quanto può essere più facilmente soddisfatto dai cittadini italiani che da quelli di altri Paesi dell'UE e, pertanto, viola i principi di libertà di circolazione e di parità di trattamento di cui al diritto dell'Unione europea. Il giudice di Udine ha inoltre giustamente rilevato che tale discriminazione non ha una ragionevole giustificazione in quanto si riferisce ad una misura attinente alla tutela della famiglia, della natalità, dei minori e delle funzioni genitoriali, istituti che, per loro intrinseca natura e finalità, si richiamano a valori di valenza universale e che pertanto debbono rivolgersi indistintamente a tutta la popolazione residente, senza distinzioni, in adesione a principi costituzionali e a quanto previsto dalle convenzioni internazionali vincolanti per l'Italia (ad es. la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo).
> In considerazione del fatto che il diritto comunitario ha un'efficacia ed applicabilità immediata e diretta nell'ordinamento interno e prevale su qualsivoglia norma interna ad esso incompatibile, il giudice di Udine ha ordinato al Comune di Latisana di disapplicare la norma regionale nella parte in cui impone il requisito di anzianità di residenza.
> Sono del tutto evidenti le implicazioni di questa ordinanza rispetto alla ristrutturazione dell'intero sistema di welfare regionale voluta dal legislatore regionale del FVG nel corso dell'ultima legislatura; ristrutturazione centrata sul requisito di anzianità di residenza con la finalità di escludere dal novero dei beneficiari il maggior numero possibile di cittadini stranieri, comunitari compresi.
> Alla luce dell'ordinanza del giudice di Udine, le associazioni promotrici del ricorso insisteranno dunque con la Commissione europea a Bruxelles affinché promuova la procedura di infrazione del diritto comunitario con riferimento a tutte le norme discriminatorie varate in questi anni dal legislatore regionale e palesemente in contrasto con il diritto comunitario. Ugualmente, le associazioni promotrici si appellano ai Comuni del FVG affinché rispettino il diritto comunitario e disapplichino le norme regionali discriminatorie che confliggano con esso. Le associazioni promotrici annunciano inoltre la presentazione di ulteriori ricorsi nei tribunali del FVG»[26].

Di che cosa rende testimonianza simile vicenda? Di certo essa ci conferma che l'affermazione di un sistema multilivello di tutela dei

[26] Sintesi e "notizia" tratte dal sito dell'ASGI-Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (*www.asgi.it*): *ibidem*.

diritti può ampliare le occasioni di godimento di utilità e di beni che, in caso contrario, senza il *rafforzativo* dato dal necessario rispetto di "diritti" assolutamente non comprimibili, non sarebbero attingibili se non da parte di chi, di fatto, è formalmente qualificato come membro di una determinata comunità territoriale.

Il punto più interessante, però, sembra un altro. Esso ha a che vedere con l'approccio che i giudici ordinari stanno da tempo seguendo in merito all'interpretazione e alla tutela del *diritto a non essere discriminati*, ossia di quella peculiare situazione soggettiva che, oltre ad essere sancita nei Trattati, trova riscontro anche nel diritto derivato ed è stata recepita in specifiche disposizioni del diritto nazionale (v. l'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998, rubricato, per l'appunto, «Azione civile contro la discriminazione», che disciplina peraltro un procedimento semplificato ed accelerato; ma v. anche l'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, nel contesto dell'attuazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, sull'attuazione del principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica)[27].

È, questa, una forma di garanzia che – come è stato dimostrato da una prassi applicativa assai nota[28] – conduce ad uno scrutinio giurisdizionale assai profondo, idoneo ad implicare (tante volte in modo positivo) il mutamento ed il condizionamento (anche successivo), di indirizzi politici formatisi in seno alle assemblee o in capo agli esecutivi che siano stati democraticamente scelti come "responsabili" di fronte ad una comunità socio-politica ben individuata.

Se questo fenomeno, da un lato, conferma tutte le opportunità che la "cultura" di alcuni diritti può stimolare in ordine alla ri-vitalizzazione dei dibattiti politici e del senso stesso della cittadinanza politica, dall'altro, esso segna ulteriormente i pericoli di una logica di immediata e netta *cittadinanza prevalente*, quasi che la si possa "esplodere" anche al punto di ignorare, e contestualmente *risolvere*, le ipotesi in cui il cennato meccanismo "giusgenerativo" non si attivi o non funzioni. L'effetto *boomerang* che si ripercuote sulla cittadinanza quale perno di

[27] In tema v., *ex multis*, D. STRAZZARI, *Discriminazione e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, in part. 213 ss.

[28] Cfr. A. CASADONTE, A. GUARISO, *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenziale dei primi dieci anni*, in *Dir. immigr. citt.*, n. 2/2010, 59 ss.

un sistema di rappresentanza e di responsabilità è del tutto evidente e può consistere, come tale, in paralizzanti crisi di rigetto[29].

Oltre a ciò, si può segnalare non solo la maggiore cautela dell'atteggiamento metodologico dimostrato dalla Corte, ma anche la diversità strutturale del giudizio in cui si impegna il giudice nazionale. In quest'ultimo caso, infatti, il giudice di diritto interno è molto più netto di quanto non sia il giudice europeo, e ciò perché, come anche la sintesi surriprodotta mette in chiaro, l'impostazione che il primo assume tende ad essere di natura dichiaratamente *assiologica*. Viceversa, la Corte sembra privilegiare un approccio *argomentativo* e "correttivo" delle principali distorsioni che possono insorgere sul piano nazionale, dimostrando, in qualche modo, che la sovrapposizione di regimi diversi può comportare effetti migliorativi, anche di notevole portata, in un contesto nel quale si possa riconoscere una certa flessibilità[30].

---

[29] In proposito è emblematica la vicenda in cui si è risolto uno dei *leading cases* di tale materia. Nel 2008 il Comune di Brescia aveva destinato a favore dei nuovi nati alcune specifiche provvidenze. In particolare, il Comune aveva previsto di assegnare la somma di 1000 Euro, ma a condizione che i genitori non superassero determinate soglie reddituali e che almeno uno di essi avesse la cittadinanza italiana. Il Tribunale di Brescia, cui si sono rivolti alcuni cittadini stranieri residenti nel Comune, ha condannato, sia pur in via cautelare, l'amministrazione locale, e ciò proprio sulla base del particolare strumento di garanzia disciplinato dal diritto nazionale e dal diritto europeo. Il Tribunale, precisamente, ha ritenuto discriminatoria e quindi illegittima la condizione relativa alla titolarità della cittadinanza italiana, ed ha ordinato al Comune di ammettere al "bonus bebè" anche i nuovi nati i cui genitori fossero entrambi stranieri, salvo il rispetto del limite di reddito. Il Comune, a fronte di questa sentenza, ha deciso di revocare *in toto* la decisione di assegnare questo tipo di provvidenza. Ma il Tribunale di Brescia, nuovamente chiamato in causa dai cittadini stranieri, che si sono considerati come vittime di un comportamento sostanzialmente ritorsivo, ha ritenuto che anche questa seconda determinazione fosse discriminatoria. È opportuno rammentare, per quanto interessa in questa sede, che l'amministrazione comunale si era difesa anche sostenendo che non si potesse riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a dirimere specificamente tale questione, hanno confermato la giurisdizione del giudice civile (Cass. civ., SS.UU., 15 febbraio 2011, n. 3670; il testo integrale di questa pronuncia è facilmente reperibile anche *on line* al seguente indirizzo: *http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=2880*).

[30] Cfr. sul punto F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, in part.

Prova ne sia il fatto che la Corte – da poco interrogata in un'altra fattispecie, senz'altro diversa, ma, *ai nostri fini*, quasi perfettamente omologa[31] – ha ribadito la posizione metodologica già illustrata nel precedente paragrafo: la parità di trattamento costituisce la *regola base*; sono ammissibili (ma, per l'appunto, sono ammissibili) solo *eccezioni circostanziate*, trattandosi, questa volta, non tanto di valutarne l'adeguatezza rispetto a clausole di riserva di carattere generale (come avviene per quanto riguarda le eccezioni stabilite dal diritto primario), bensì di accertare l'espressa intenzione statale di derogare alla regola base e l'attinenza stessa della fattispecie controversa alla disciplina positivamente prevista dall'Unione (e, con ciò, la riconducibilità del diritto all'alloggio dei residenti di lungo periodo provenienti da Paesi terzi dell'Unione al novero delle prestazioni essenziali individuate dal diritto derivato materialmente applicabile)[32].

329 ss. Ma v. anche, sia pur in una prospettiva che si propone di indagare soprattutto i diversi orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, M. DANI, *Assembling the fractured European consumer*, LEQS Paper No. 29/2011, in part. nelle sue conclusioni, 44 ss. (*paper* disponibile al seguente indirizzo: *http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper29.pdf*).

[31] Corte di giustizia (Grande Sezione), 14 aprile 2012, in causa C-571/10, *Kamberaj*: v. al seguente indirizzo: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0571:IT:HTML*.

[32] Tale è la conclusione della Corte in quest'ultimo caso: «L'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello status di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata e che il paragrafo 4 del medesimo articolo 11 non trovi applicazione».

2.2. (segue) *L'oscillante concretezza del giudice amministrativo*

In giurisprudenza vi è anche traccia dei limiti "pratici", e della connessa istanza di tutela, che la cittadinanza (specie locale) viene ad evidenziare allorché se ne debba misurare la persistente tenuta rispetto alle trasformazioni della disciplina dei servizi pubblici locali. Anche di questo profilo si è già detto, almeno dal punto di vista astratto.

Concretamente, invece, il caso che si può prendere in considerazione, anche per testare quale sia la reazione del giudice amministrativo italiano – e ciò sempre in un ambito che il diritto dell'Unione europea ha "investito" da più parti –, concerne il modo con cui il Consiglio di Stato ha cercato di mettere ordine nel novero dei rimedi attivabili dal cittadino-consumatore-utente del servizio idrico integrato. In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che i singoli cittadini di un Comune possono direttamente impugnare gli atti con i quali la stessa amministrazione comunale, per mezzo dei suoi competenti organi elettivi, si sia espressa sulle modalità della gestione del servizio idrico integrato all'interno dell'Ambito territoriale ottimale cui afferisce[33].

Il ragionamento seguito dai giudici di Palazzo Spada merita di essere direttamente ripreso:

> «42. La Sezione intende sottolineare come l'ambito della tutela non possa essere circoscritto in base ad astratte quanto tradizionali concezioni, ma piuttosto essere considerato nei suoi profili di stretta inerenza alla realtà effettuale e in particolare alla coerenza del sistema e alla sua capacità di dare risposte che assicurino in ogni caso l'effettività della tutela.
> 43. Sotto questo profilo è opportuno rammentare che la posizione degli utenti di un servizio pubblico è stata innovata profondamente dalla legislazione e che il quadro normativo offre oggi ben più che spunti per ritenere incardinata in quei soggetti una specifica titolarità e quindi una legittimazione alla tutela.
> 44. Si ravvisa la necessità di trascrivere l'articolo 2 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, che così recita:
> "1. Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede na-

[33] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2009, n. 5501, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.
2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:
a) alla tutela della salute;
b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;
d) all'educazione al consumo;
e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza".
45. La lettura del precetto impone di modificare in modo profondo l'orientamento precedente che assegnava agli utenti di un servizio pubblico una posizione per dir così subalterna, nella migliore delle ipotesi, all'attivazione di un soggetto collettivo o portatore comunque di interessi diffusi.
46. Con estrema chiarezza la disposizione prevede la tutela dei diritti e degli interessi individuali oltre che collettivi e conferisce a determinati valori elencati nel secondo comma, se correlati ad un soggetto utente o consumatore, la qualità di diritti fondamentali.
47. Ciò è confermato, per quanto occorrer possa, dalle previsioni del secondo periodo del comma 5 dell'articolo 140-bis del medesimo testo legislativo, che, seppure in diverso contesto (azione collettiva risarcitoria), salvaguarda l'esperibilità dell'azione individuale.
48. La filosofia innovativa del Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 è costituita dalla centralità del soggetto utente e consumatore e dal conseguente presidio della sua posizione soggettiva, che non costituisce più prerogativa esclusiva dell'ente o associazione di tipo collettivo, ma che unisce allo strumento di tutela individuale quello proprio delle situazioni diffuse.
49. Per quanto qui interessa costituisce diritto fondamentale degli utenti l'erogazione di un servizio pubblico secondo standard di qualità ed efficienza […]»[34].

[34] *Ibidem*.

Nell'economia di questa indagine, simili passaggi si segnalano per più motivi:

a) il circuito politico-rappresentativo che si alimenta di una cittadinanza politica locale non viene più considerato come una garanzia esclusiva;
b) si acquisisce implicitamente il fatto che la "liberalizzazione" del servizio si traduce nella realistica considerazione sulla possibile insufficienza delle proiezioni partecipative e politiche della cittadinanza locale, in ragione del mutato quadro istituzionale e normativo;
c) viene evidenziato che questa medesima forma di cittadinanza non può rimanere estranea al riconoscimento di interessi che sono ormai divenuti trasversali, propri del consumatore-utente, e che, anzi, vengono ormai qualificati come "diritti fondamentali" di questa specifica figura;
d) viene da ciò ricavata l'individuazione, in capo ai cittadini locali, di una situazione legittimante che, proprio in base alla presa d'atto della rottura di un originario e "classico" legame di garanzia tra ordine giuridico-politico ed ordine economico-sociale, vuole porre un argine ad un possibile *deficit* di tutela.

Con grande concretezza, quindi, il giudice amministrativo cerca, con i propri strumenti, e con il dosaggio specifico del *bisogno di tutela* (e della teoria delle condizioni dell'azione), di far fronte ad una parziale ricollocazione / ridefinizione della cittadinanza locale.

Vero è, tuttavia, che, proprio in quanto intrecciato con le peculiarità delle singole tipologie di controversia, questo approccio non è sempre coerente, potendo dar luogo, come si è puntualmente verificato in talune ipotesi, a fenomeni non del tutto conciliabili con l'istanza, rilevata finora, di ragionevole ampliamento della protezione giuridica.

Ad esempio, è utile rammentare che, proprio con riguardo a fattispecie simili a quelle citate nel paragrafo precedente, il bilanciamento del menzionato *bisogno di tutela* non ha funzionato allo stesso modo, conducendo, peraltro, il giudice amministrativo a sostenere una ricostruzione logicamente ineccepibile, ma ancora legata ad una visione assai tradizionale e meno "realistica".

Il caso è quello della legittimazione a ricorrere delle associazioni poste a tutela di interessi collettivi e di un orientamento del Con-

siglio di Stato concernente l'impossibilità di riconoscerla in presenza di ricorsi volti a tutelare interessi potenzialmente confliggenti all'interno dello stesso gruppo di riferimento.

Orbene, questo orientamento è stato invocato e ribadito anche in materia di edilizia residenziale pubblica, allorché si è discusso della legittimazione a ricorrere, a protezione delle istanze di residenti extracomunitari illegittimamente discriminati in sede di assegnazione degli alloggi, di associazioni volte, nel contesto nazionale, alla tutela degli interessi degli inquilini e/o dei lavoratori.

Per il Consiglio di Stato, infatti, in quel frangente, l'attivazione dell'ente esponenziale, anche se intenderebbe farsi carico di un'esigenza che, come si è visto, ha natura trasversale ed avrebbe anche potuto esprimersi mediante l'attivazione di un rimedio giurisdizionale *ad hoc* (di fronte, peraltro, ad un organo giudicante di differente natura), avverrebbe in modo apertamente "rivale", mettendo gli interessi di alcuni associati contro gli interessi di altri associati. È vero, quindi, che ciò non potrebbe accadere, non potendo, cioè, l'ente esponenziale diventare strumento di un gruppo determinato tra gli aderenti all'associazione[35].

[35] Questo è il tenore dell'argomentazione seguita dal giudice amministrativo: «Le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto, non solo quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della categoria stessa, ma anche ogniqualvolta si tratti di perseguire comunque il conseguimento di vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria, con l'unico limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni concernenti i singoli iscritti ovvero capaci di dividere la categoria in posizioni disomogenee. Tali principi sono a loro volta la proiezione dell'altro principio secondo cui l'interesse collettivo deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con interessi di singoli associati o di gruppi di associati atteso che un'associazione di categoria è legittimata a proporre ricorso soltanto a tutela della totalità dei suoi iscritti, non anche per la salvaguardia di posizioni proprie di una parte sola degli stessi. Se infatti si riconoscesse all'associazione di categoria la legittimazione ad agire anche in questi ultimi casi si avrebbe una vera e propria sostituzione processuale che i principi generali ammettono solo nei casi in cui la legge espressamente la prevede (nella fattispecie, il Sunia non agisce a tutela di un interesse collettivo riferibile in via unitaria e indivisibile a tutti gli aspiranti all'assegnazione di un alloggio di edilizia pubblica, ma a tutela dell'interesse di una parte di essi – extracomunitari e soggetti comunque non aventi una lunga residenza nella provincia. Della tutela di tale interesse, tuttavia, sono

Si noti che questa ricostruzione è interessante non solo per comprovare le oscillazioni in cui può incorrere il giudice amministrativo, ma anche per sottolineare ulteriormente che gli effetti "liberalizzanti" dell'abbattimento di determinate barriere spaziali e/o geografiche possono mettere in crisi, oltre alla disciplina della cittadinanza nazionale (e/o di quella locale), tutta la disciplina delle *regole di appartenenza* e tutte le garanzie che su quella disciplina sono state elaborate dagli interpreti in un lungo processo di studio e di approfondimento.

3. L'erompere di una prospettiva ottimalistica: le sue ambiguità

L'analisi "a campione" che si è brevemente condotta traccia uno scenario di decifrazione non facile, suscettibile, come tale, sia di letture favorevoli, sia di ricognizioni critiche.

Non si può negare, in proposito, che, sul crinale scosceso delle interpretazioni (le quali, come subito si vedrà, possono essere reciprocamente e radicalmente opposte), si possa formare anche una prospettiva ottimalistica, volta, cioè, a valorizzare e tesaurizzare le opportunità che le predette forme di aggregazione funzionale possono comportare.

Lungi, cioè, dal travolgere completamente il modello (o tanto meno la finalità) del "contenitore" sintetico rappresentato dalla nozione tradizionale della cittadinanza, se ne potrebbe ipotizzare un *aggiornamento* ovvero una *nuova formula* di "composizione" di diritti, libertà, interessi e prerogative che possono eventualmente non coincidere con quelli storicamente percepiti come basilari ed irrinunciabili. Come è stato puntualmente rilevato, «ai diritti, e alle loro dinamiche, bisogna (…) guardare come a un processo mai compiuto, soprattutto nel senso che i diritti sono perennemente insidiati, sono sempre a rischio, e perciò esigono strategie di difesa e di attuazione, costituiscono un campo dove si confronta una molteplicità di soggetti»[36].

---

arbitri i titolari della situazione incisa con la conseguenza che deve escludersi che a questi possa sostituirsi una associazione che costituisce invece centro esponenziale dell'interesse collettivo della categoria degli inquilini e degli aspiranti tali») (così Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2007, n. 4692, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 2471).

[36] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 93.

In altri termini, se il rapporto tra ordine giuridico-politico ed ordine economico-sociale assume gradualmente punti di equilibrio diverso, capaci di mettere "fuori gioco" il ruolo decisivo di una certa accezione della cittadinanza e del soggetto-Stato che ad essa si correla, perché non pensare che anche la "vecchia" cittadinanza possa "resistere", mantenersi ferma, ma mutare, se non implementare, il suo percorso e, conseguentemente, i canali di realizzazione delle aspirazioni ritenute socialmente più rilevanti?

La domanda trova risposte diverse a seconda del peso – predominante o, viceversa, insufficiente – che si intenda attribuire alla dogmatica della rappresentanza politica.

A segnalazione, ad esempio, delle fortissime ambiguità di alcuni dei più noti processi di riaggregazione funzionale dei "diritti" – di quelli, peraltro, più facilmente imputabili, già in superficie, a processi di "liberalizzazione" – si può considerare la seguente provocazione:

> «…è lecito interrogarsi su chi ci rimetta quando il legislatore decide di rafforzare la difesa dei diritti dei consumatori.
> Sarebbe troppo facile rispondere: ci rimettono i "professionisti" e i "produttori", ossia le due categorie che il *Codice del consumo* individua e contrappone ai "consumatori" e agli "utenti". Questa è la mappatura degli interessi coinvolti resa esplicita dal legislatore.
> Ma se usciamo dalla struttura degli interessi organizzati dalla legge e guardiamo la situazione che questa legge produce nell'ambito del complesso degli interessi sociali, possiamo aggiungere altre "voci" alla mappatura. Il fatto stesso che il legislatore intesti alle categorie dei "consumatori" e degli "utenti" alcuni diritti definiti "fondamentali" e relativi a beni costituzionali (quali la tutela della salute, la sicurezza, l'informazione, la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico etc.), che sono tradizionali componenti del sistema dei diritti garantiti a tutti i *cittadini* (e generalmente estesi anche agli *stranieri*) ci rivela un dato che a prima vista potrebbe sfuggire. Ci sono almeno altre due categorie di soggetti a cui la tutela dei diritti dei consumatori "toglie" qualcosa: una categoria più vasta – quella dei "cittadini" – che viene *sostituita* dalla categoria privilegiata dei consu-

matori; ed un'altra categoria che invece viene *esclusa* dai benefici, quella dei non abbienti, dei "non-consumatori"»[37].

In questa prospettazione, evidentemente, il peso che si riconosce alla rappresentanza politica, ed alla nozione di cittadinanza che a quella è correlata, appare notevolmente ampio.

Si può affermare, allo stesso modo, che, sempre in questa visione, quel peso tende a condizionare l'equilibrio complessivo delle garanzie e della *giustificazione* stessa dei poteri pubblici che sono chiamati a predisporre quelle garanzie e ad intervenire affinché esse siano effettive. Poiché, e restando comunque nei confini di questa cornice ideale, la cittadinanza identifica il profilo soggettivo del meccanismo costituzionale in base al quale avviare, riconoscere e considerare come validi ed efficaci i processi di produzione normativa e i loro prodotti: ciò che si muove al di fuori di questo quadro ha sempre bisogno di un richiamo o di un rinvio formale, in altre parole di una "testa di ponte", parimenti costituzionale, che ne consenta l'ingresso e la valorizzazione. È in questo senso, allora, che si *spiega* un ordine "preciso" delle fonti e delle funzioni; esso è strettamente coerente con l'esigenza che si dia realizzazione al disegno "costituzionale" del rapporto tra ordine giuridico-politico ed ordine economico-sociale, rivestendo, la cittadinanza, una posizione centrale.

Il ruolo della cittadinanza, così, presenta una *forza centripeta* particolarmente accentuata, dovendosi, semmai, ripensare all'ampiezza del novero dei soggetti che ne possono essere titolari ed alle migliori modalità per evitare che la dialettica del circuito politico-rappresentativo introduca nelle garanzie connesse ai diritti di cittadinanza costituzionalmente acquisiti la logica (pericolosa) dei "vasi comunicanti": ossia la logica secondo cui l'obsolescenza della tenuta di quel circuito potrebbe essere compensata dall'introduzione e dalla proliferazione di

[37] R. BIN, *I diritti di chi non consuma* (Relazione al Convegno "Diritti dell'individuo e diritti del consumatore", Milano, 14 dicembre 2007), reperibile in *Forum dei Quaderni costituzionali*: *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0159_bin.pdf*. Il testo della relazione è stato poi pubblicato anche in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95 ss.

"nuovi diritti", questa volta, però, non più concepiti nella *normalità* di ciò che è in principio *insopprimibile*, bensì nella *potenzialità* positiva della *discrezionalità* normativa e della proliferazione di molteplici ed eterogenee fonti.

3.1. (segue) *Le sue chances*

La domanda summenzionata, tuttavia, può anche trovare risposte decisamente meno scettiche, perché tese, specialmente, a cogliere lo stretto legame tra il pericolo della logica (da ultimo descritta) dei "vasi comunicanti" e le *chances* di un periodo di grande ed innegabile transizione, nel quale provare ad isolare momenti capaci di recuperare istanze partecipative su di un piano apertamente e qualitativamente non comparabile.

La "forza dei fatti" (ed anche di quei "fatti" che, pur essendo produttivi di diritto, non restano che "fatti" alla luce della dogmatica pura dell'ordinamento democratico statale e costituzionale) non consentirebbe più di riaffermare l'esistenza di "ordini" rigorosamente prestabiliti; ve ne sarebbero tanti, compresenti e funzionali, per l'appunto, ciascuno dotato di autonoma rilevanza proprio in quanto emergente dalla necessità di ri-dare tutela e garanzia a situazioni giuridiche soggettive che la predetta "forza dei fatti" richiede di "giuridificare" su di un altro e inedito livello.

La *chance*, pertanto, non consisterebbe nell'accettazione di un paradigma totalmente alternativo a quello derivante dalla combinazione tra cittadinanza, rappresentanza politica e produzione giuridica. Non si tratterebbe, cioè, di avallare il fenomeno per il quale il controllo sociale sull'equilibrio tra ordine giuridico-politico e ordine socio-economico debba inevitabilmente passare dai poteri disciplinati nello Stato costituzionale di diritto agli altri "poteri" del mercato, capaci di selezionare autonomamente la rilevanza mutevole di interessi, diritti e libertà. Si tratterebbe di ri-generare dinamiche di rappresentanza mediante l'affermazione trasversale di principi obiettivi di partecipazione, trasparenza, contraddittorio, etc., validi in ogni contesto in cui possa ri-proporsi un problema di garanzia.

Ad esempio, e a dimostrazione della proposizione concreta di una simile lettura, si può considerare quanto ha recentemente sostenuto altra parte della dottrina:

> «Il superamento dell'identificazione dell'amministrazione con un soggetto posto "in alto e al centro" e lo sviluppo della stessa in senso policentrico non implicano il venir meno dei rischi di un uso illegittimo, arbitrario o tout court antidemocratico del potere amministrativo. Quello che cambia sono il modo in cui questi rischi si possono presentare e le modalità attraverso cui è possibile farvi fronte e superarli. La consapevolezza della presenza di molteplici centri di interesse pubblici e privati capaci di influenzare la dinamica del potere amministrativo richiede di prendere atto di come questa si traduca in una serie di vicende legate alla "microfisica" del potere e di spostare quindi l'attenzione dalla sola relazione binaria tra autorità e libertà alle molteplici relazioni di sovraordinazione, di dipendenza e in senso lato di "disciplinamento" che caratterizzano il rapporto fra i diversi centri coinvolti nella dinamica del potere. È all'interno di queste relazioni che sono da ricercare sia i tratti autoritativi tipici del potere amministrativo, sia i rischi di un suo uso illegittimo, arbitrario, non democratico o comunque piegato a interessi particolari ed è quindi nella dinamica di tali relazioni che vanno inseriti quei correttivi che servono ad assicurare la legittimità e più in generale il consenso ed il controllo democratico del potere.
> Gli istituti e le pratiche della democrazia partecipativa rivelano la loro utilità proprio qui. Essi infatti consentono a un numero più alto di interessi di esprimersi in modo attivo nella dinamica del potere e attribuiscono ai loro portatori la possibilità di esercitare direttamente anche di fronte ad esso la propria sovranità di cittadini di un ordinamento democratico, incidendo concretamente sul governo della cosa pubblica. In particolare, gli istituti della democrazia partecipativa permettono di moltiplicare le relazioni rilevanti nella dinamica di esercizio del potere amministrativo e consentono quindi di bilanciare ed equilibrare questa dinamica nel senso del perseguimento dell'interesse generale, sottraendola dal rischio di essere influenzata soltanto dagli interessi più "forti". L'ampliamento della partecipazione introduce cioè un condizionamento democratico e un limite alla "relazione di potere" che fa capo all'organizzazione amministrativa, bilanciando gli effetti di "disciplinamento" in essa prodotti da alcuni centri rilevanti con l'"attivazione democrati-

ca" degli altri centri che altrimenti ne resterebbero solo i destinatari passivi»[38].

Anche questo passo, dunque, è esemplare, non solo perché offre una manifestazione plastica di come sia possibile individuare alcuni spunti di positiva ricostruzione dei fenomeni di crisi in atto. Esso prova anche che, in un'ottica ottimalistica, si può dare un significato *euristico* particolarmente profondo a meditazioni e ad esperienze – come sono quelle evocabili allorché si ragioni di democrazia partecipativa – ancora particolarmente controverse e, quanto ai loro risultati, assai "ondivaghe" (o, quanto meno, diversamente interpretabili).

In ogni caso, tuttavia, che si voglia aderire ad una visione scettica o che si voglia, piuttosto, inseguire un disegno di promozione di una innovativa immagine della soggettività e delle situazioni giuridiche che ad essa sono correlate, non c'è dubbio che i nuclei forti di entrambe le letture siano inevitabilmente destinati a convivere.

Della prima – di quella lettura, cioè, che nei meccanismi della rappresentanza politica intravede ancora il baluardo insuperabile per la garanzia di determinate libertà, per la tutela di determinati diritti e per la concretizzazione di determinate aspirazioni sociali – resta sicuramente valida l'ispirazione che l'ha sempre animata, quella della "lotta per": quella tipica di un *necessario* movimento complessivo dell'ordinamento, che ha come scopo principale l'implementazione e l'arricchimento delle conquiste costituzionali tradizionali, non certo il loro pratico sovvertimento.

Della seconda impostazione – ossia di quella che constata l'insufficienza del circuito politico-rappresentativo e la rigidità delle forme di garanzia in cui esso si traduce – è utile acquisire la coscienza della sorprendente multipolarità della rete dei poteri, pubblici e privati, che possono intercettare e condizionare i processi di soddisfazione dei diritti. Questi poteri, infatti, vengono, a più livelli, *attraversati*, a loro volta, da istanze di riconoscimento, partecipazione, contraddittorio, difesa, ovvero, in altri termini, da una sorta di «sensibilità costituzionale diffu-

[38] M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, 35.

sa»[39], costantemente nutrita dalla riproposizione, anche nell'ambito dell'età del mercato globale, di scelte *fondamentali* destinate a rinnovarsi caso per caso[40]. Sicché, questa seconda lettura è in qualche modo indispensabile anche alla riaffermazione della prima, dal momento che «una democrazia deliberativa richiede che l'esercizio del potere politico e la distribuzione dei costi e dei benefici debbano essere giustificati non dal semplice fatto che una maggioranza sia favorevole, ma sulla base di ragioni che possono essere giudicate, da tutti i cittadini o da molti di essi, come rivolte all'interesse pubblico»[41].

Per concludere, se l'invocazione della cittadinanza vale ancora – anche in più contesti diversi, come invocazione di un determinato equilibrio di garanzia nel rapporto tra ordine politico-giuridico ed ordine economico-sociale – resta sempre viva un'insopprimibile esigenza di coordinamento politico-amministrativo, nella quale la cittadinanza medesima possa risolversi in un nuovo *diritto* alla condivisione delle più diverse scelte allocative[42]. L'esercizio della *funzione di governo*, però, quale luogo privilegiato del coordinamento, non potrà più collocarsi soltanto sul piano dell'esperienza statale o delle ri-articolazioni organizzative di essa, ma, lungi dall'essere perseguito da un solo legislatore o da un solo e grande "esecutore", dovrà comunque e di nuovo affacciarsi e realizzarsi in tutte le sedi nelle quali si tratti, ancor oggi, di "prendere i diritti sul serio"[43] (sia l'amministrazione a doverne tener conto, sia il giudice, sia, ancora, il soggetto "privato" che voglia agire all'interno della "comunità di diritto" in cui opera e trae beneficio).

---

[39] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 99.

[40] *Ibidem*, 102: «Persona e non proprietà; cittadinanza inclusiva e non regressioni verso una cittadinanza censitaria che affida l'effettività dei diritti alla disponibilità di risorse economiche; ambiente e non uso distruttivo delle risorse; conoscenza come bene comune e non come oggetto di appropriazione privata; salute come libertà di governo della vita e non come oggetto di poteri esterni; lavoro ed esistenza libera e dignitosa e non regressione verso il lavoro come merce. E l'eguaglianza (…)».

[41] Così C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 331-332.

[42] In tema, sia consentito rinviare a F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

[43] Rammentando così il titolo di un celebre e fortunato saggio di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010 (n. ed. integrale de *Taking Rights Seriously*, 1977).

TRA NAZIONALITÀ E RICONOSCIMENTO: LO STATUTO PERSONALE DELLE SOCIETÀ

Elisabetta Pederzini

Non occorre qui evocare le più sofisticate e autorevoli teorie riduzioniste in tema di personalità giuridica per intendere come il concetto stesso di cittadinanza mal si attagli alle società, alle quali, infatti, ci si riferisce convenzionalmente in termini di nazionalità[1].

Ad una non acritica disamina, tuttavia, la locuzione mostra l'equivoco implicito nella sua dimensione di mera variante semantica o terminologica, incapace di cogliere le peculiarità dell'attributo sul versante concettuale, ove riferito ad entità diverse dalle persone fisiche.

Da un canto, perché la nazionalità esprime comunque un'idea di legame di un soggetto rispetto a uno Stato ("appartenenza") imperniato su relazioni di ordine socioculturale non prive di un substrato storico che esclusivamente agli individui persone fisiche può essere riferito[2]. Dall'altro, perché il rinvio alla nazionalità come ad uno dei possibili momenti di collegamento con gli elementi materiali di uno Stato, popolo e territorio, non può essere correlato alle società commerciali se

---

[1] A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1939; F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; T. BALLARINO, *La nazionalità delle società e la condizione delle società straniere. Problemi generali in chiave comparatistica*, in *Studi Urbinati*, 1969-1970, 137 ss.; A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 351 ss.

[2] T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, Torino, 1994, 3 ss., ove il rilievo relativo all'utilizzo dei termini «nazionalità», «riconoscimento», «statuto personale» introduce e induce la discussione teorica su una possibile diversità problematica allorquando riferita alle questioni di ordine internazionalprivatistico relative alle società commerciali anziché alle persone fisiche.

non in un significato astratto e, per così dire, traslato[3]. Ad avere un contatto effettivo e tangibile con gli elementi materiali dello Stato, infatti, possono essere rispettivamente le persone fisiche che alla società partecipano, in qualità di soci o di componenti degli organi amministrativo e di controllo, e i beni che il patrimonio imputato alla società compongono e grazie ai quali l'attività di impresa può essere esercitata.

Anche il concetto di nazionalità, quando riferito alle società commerciali, sconta quindi un approccio non privo di ambiguità e si limita ad esprimere una visione oltremodo parziale e riduttiva.

Disvela la *fictio juris* che sottende la costruzione stessa della persona giuridica e segna icasticamente la differenza rispetto alla persona fisica, la cui esistenza biologica prescinde dalla creazione ad opera di un determinato ordinamento giuridico. L'attribuzione della nazionalità esprime in definitiva la capacità regolativa di un determinato Stato che, in maniera del tutto autonoma e arbitraria, può legittimare e definire la condizione giuridica di un determinato soggetto mentre non può, com'è ovvio, interferire o incidere sulla nazionalità attribuita da altri ordinamenti[4].

Ne consegue che il riferimento al contatto tra società e territorio, dunque in definitiva tra società e Stato, non definisce altro se non la localizzazione nell'ordinamento in forza del quale e ai sensi della cui legge esse sono state costituite[5].

Le società, dunque, non esistono indipendentemente da una legge che le regolamenti: acquistano giuridica esistenza solo allorché

[3] Si vedano le condivisibili osservazioni di M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. società*, 2010, 1251 ss.

[4] «Ogni ordinamento può (…) solo provvedere a costituire una società nazionale e riconoscere una società straniera, ma non certo costituire direttamente nel foro una società straniera»: così P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di* Anstalten *e* Treuunternhemen *nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XV, Milano, 1978, 85 ss. Per un'accurata e dotta ricostruzione dei profili problematici inerenti al concetto di personalità giuridica, cfr. M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica* (diritto privato), in *Enc. dir*., vol. XXXIII, Milano, 1983, 234 ss.; G.L. PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1988, 61 ss.

[5] M.V. BENEDETTELLI, *op. cit*., 1254.

un ordinamento riconosca, in ragione di determinati parametri o procedure, la loro costituzione e il loro funzionamento. Ricorre quasi tralatiziamente nelle pronunce della Corte di giustizia l'asserto secondo il quale «…diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico (…) nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento»[6].

In quanto strutture organizzative tipizzate per l'esercizio in forma collettiva dell'impresa, le società hanno, per converso, frontiere tendenzialmente mobili, o meglio, presentano la spiccata attitudine ad attraversare le frontiere degli Stati, a sviluppare e ad espandere le attività economiche oltre i confini segnati dalla potestà territoriale dei singoli Stati di costituzione o d'incorporazione: pertanto, la questione di reale rilievo, dogmatico e pragmatico insieme, attiene all'individuazione della legge che di volta in volta sia applicabile alle società, e alle loro articolazioni operative qualificabili come filiali, succursali, sedi secondarie, quando esse presentino carattere di transnazionalità.

Ogni volta che le imprese assumono carattere transnazionale e le attività delle società si svolgono in una pluralità di Stati, oltre i confini nazionali di ciascuno di essi, la questione fondamentale riguarda pertanto l'identificazione non già della *nazionalità* – in astratto e una volta per tutte come dato ontologico immutabile – quanto piuttosto del

[6] Come ampiamente noto, in principio fu la sentenza *Daily Mail* a sancire il principio della consustanzialità o vincolo necessario tra società e ordinamento di costituzione (CGCE, 27 settembre 1988, causa 81/87) seguita dalla sentenza *Überseering* (CGCE, 5 novembre 2002, causa C-208/00) e, più di recente, dalla pronunzia sul caso *Cartesio* (CGUE, 16 dicembre 2008, causa C-210/06). Cfr. P. TROIANIELLO, *Lo stabilimento delle società nell'Unione europea*, Napoli, 2009; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010; E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*[2], Torino, 2011, 96 ss. V. anche F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato Galgano*, vol. LIV, Padova, 2010, 133, ove il richiamo all'insufficienza rappresentata dalla *fictio juris* sottesa alla personalità giuridica.

diritto applicabile nel singolo Stato sulla scorta di precisi criteri di collegamento: la c.d. *lex societatis* o legge regolatrice delle società[7].

Ponendosi, dunque, dal punto di osservazione dei diversi ordinamenti con i quali le società vengono a contatto, individuarne lo statuto personale significa coglierne, concretamente e in relazione a ciascuno di essi, in ragione dei dettami internazionalprivatistici e criteri di collegamento adottati, la legge regolatrice[8].

Non è allora inutile una precisazione di tipo lessicale da condurre in apice, relativa alla non infrequente utilizzazione della espressione nazionalità in maniera fungibile e indifferenziata rispetto a quelle di statuto personale o legge regolatrice, benché esse sottendano concettualità diverse e rispondano a diversi problemi giuridici.

Intendendo allora e correttamente la nazionalità in senso sostanzialmente figurato, sono società nazionali gli enti regolati dalla legge nazionale di un determinato Stato, che è quello dal punto di vista del quale ci si pone per analizzare una determinata fattispecie.

D'altro canto l'attribuzione della (propria) nazionalità da parte di uno Stato determinato comporta il riconoscimento, nell'ambito di quel medesimo ordinamento statuale, di una *summa divisio* tra società domestiche e società straniere, senza offrire indizi né soluzioni rispetto al quesito cruciale concernente il diritto applicabile alle società diverse dalle società nazionali allorché esse presentino elementi di contatto con il suo territorio.

Si è più sopra osservato come questo collegamento reale con gli elementi materiali di uno Stato non possa coinvolgere se non in senso traslato le società – che non preesistono come enti a sé stanti alla legge

[7] Individuare lo statuto personale della singola società significa infatti definire «una legge regolatrice che è anteriore alla stessa qualificazione della nazionalità»: così T. BALLARINO, *op. cit.*, 352, ove la valutazione tutta e solo in negativo del concetto di nazionalità delle società, di cui al testo. Cfr. pure F. GALGANO, F. MARRELLA, *op. loc. citt.*

[8] La dinamica della estraneità delle società rispetto a un ordinamento dato, che in esso non esauriscono completamente la propria attività – e correlativamente del contatto con altro o altri ordinamenti nei quali quell'attività si trovino ad esercitare in parte per avervi aperto o trasferito segmenti operativi dell'impresa – riflette infatti un problema di schietto diritto internazionale privato.

che le definisce e regolamenta – ma riguardi esclusivamente beni e persone: gli individui che ne fanno parte e il patrimonio ad esse imputato.

Sarebbe tuttavia erroneo desumere la nazionalità delle società dalla cittadinanza delle persone fisiche che le compongono o che le controllano, così come dalla cittadinanza dei loro *managers* o amministratori, magari applicando un incerto quanto precario criterio di prevalenza. La preponderanza del capitale straniero o la presenza di una maggioranza di soci o di gestori aventi una determinata cittadinanza non costituiscono criteri idonei ad imputare alla società una nazionalità per così dire derivata e definirne, corrispondentemente, lo statuto personale o la legge applicabile[9].

Non è certo sconosciuto, nell'orizzonte del diritto internazionale privato comparato, il criterio cosiddetto del controllo, che sostanzialmente considera decisiva, ai fini dell'attribuzione della nazionalità, l'appartenenza del capitale sociale. Né è difficile intuirne la radice storica, legato com'è alle legislazioni emanate in tempo di guerra, strumentali alla individuazione del carattere nemico degli interessi dai quali proteggere la nazione, e delle società alle quali, in definitiva, non consentire l'accesso agli interessi economici dello Stato[10]. Nell'ordinamento interno se ne può rinvenire una labile traccia nella norma (tuttora) dettata all'art. 2510 cod. civ., a tenore della quale «Sono salve le disposizioni delle leggi speciali che vietano o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri»[11].

---

[9] «Secondo l'ordinamento giuridico italiano costituiscono elementi determinanti per l'individuazione della nazionalità di una società il luogo dove essa è stata costituita, la sede dell'amministrazione centrale, o la localizzazione dell'oggetto principale dell'impresa, a nulla rilevando invece il profilo della partecipazione maggioritaria (italiana o straniera) al capitale della società medesima»: così il Consiglio di Stato nella decisione 12 febbraio 1974, n. 158, pubblicata in *Foro it*., 1974, III, c. 331 ss.

[10] T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 25 ss.; ID., *Diritto internazionale privato*, cit., 358.

[11] Lo rileva correttamente, tra gli altri, R. MONACO, *L'efficacia delle leggi nello spazio*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, tomo 4, Torino, 1964, 142. Osserva F. CAPOTORTI, *op. cit*., 220 s., come la formale distinzione tra nazionalità dei soci e nazionalità della società riceva in realtà da questa norma significativa conferma.

Il silenzio delle armi non ha tuttavia reso del tutto obsoleto il concetto. La guerra ha, in un certo senso, mutato asse e cambiato scenario. Al principio del controllo si è di recente fatto richiamo nel tentativo di colpire il reale centro decisionale e di potere dei grandi attori della nuova scena economica mondiale, i gruppi multinazionali, in occasione di immani disastri ecologici e ambientali[12]. Sembra riecheggiare così l'antico monito di Ferrara, secondo il quale andrebbe sempre condotta una indagine sul sostrato delle persone giuridiche, in modo da adeguare «la forma alla realtà»[13].

A quel medesimo principio fanno riferimento, soprattutto nei titoli della stampa non specializzata, i frequenti richiami alla dilagante perdita di "italianità" delle società tradizionalmente identificate con il *made in Italy*: Loro Piana e Alitalia che diventano "francesi" per effetto delle acquisizioni da parte di LVMH e di Air France, Telefónica S.A. che minaccia di far diventare "spagnola" Telecom Italia, Valentino che, cedendo il controllo a un fondo sovrano del Qatar, diventa una *maison* "mediorientale". A più riprese il legislatore è stato indotto da scalate vere o solo annunciate a predisporre interventi modificativi della legislazione finanziaria in tema di offerte pubbliche d'acquisto allo scopo di difendere l'"italianità" delle società quotate contro acquisizioni che le avrebbero denazionalizzate.

L'elemento che adatta e traduce sul piano normativo quel contatto tra le società e i singoli Stati – e che riguarda, in fatto, beni e persone che alle società partecipano e che alle società appartengono – si riflette tecnicamente nel concetto di *sede*, declinabile anzitutto nelle accezioni relative di sede principale e sede secondaria. Un concetto meno esposto a fluttuazioni che rischierebbero d'imporre un continuo aggiornamento della nazionalità – dunque della legge regolatrice – dell'ente e certo meno storicamente connotato, ma soprattutto più rispettoso del reale valore normativo della personalità giuridica e coerente con il significato di disciplina speciale di una pluralità di rapporti giuridici costruita sul principio dell'autonomia patrimoniale più o meno perfetta

[12] T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali e il "velo" delle società transnazionali*, in AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di M. Giuliano*, Padova, 1989, 839 ss.

[13] F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, 165 ss.

e della più o meno perfetta reciproca alterità soggettiva fra società e soci.

Rispetto alla variabile della sede principale, la sede statutaria o sede legale rappresenta il *dove* della scelta fondativa dei soci: il luogo, risultante dallo statuto, nel quale la società nasce per volontà dei soci fondatori e nei registri del quale viene iscritta a seguito del perfezionamento del processo costitutivo. La sede amministrativa (definita anche come sede reale) identifica invece il luogo nel quale, a termini di legge, si svolgono i processi decisionali e gestori: il luogo nel quale gli organi amministrativi a ciò deputati formano e assumono la volontà che sarà imputata all'ente[14]. Con l'espressione oggetto principale o centro principale degli affari il riferimento è, infine, al luogo nel quale la società conduce in prevalenza la propria attività imprenditoriale, instaurando rapporti negoziali con i terzi.

In base al nostro ordinamento sono società italiane, quindi società soggette interamente al diritto italiano, quelle costituite in Italia e che sul territorio italiano abbiano la propria sede, perciò distinte dalle società straniere, definibili come tali anzitutto ed essenzialmente perché costituite in uno Stato diverso dall'Italia, che vengono riconosciute con i caratteri e nei limiti fissati dall'ordinamento che ad esse ha conferito personalità o soggettività giuridica[15].

Così dispone l'art. 25 della legge 19 maggio 1995, n. 218, prima vera e propria norma di conflitto espressamente dettata per regolare il trattamento internazionalprivatistico delle società e delle altre persone giuridiche private[16].

---

[14] M.V. BENEDETTELLI, *op. cit*., 1255 s., ove la corretta distinzione tra sede amministrativa e sede reale o effettiva, come luogo in cui si svolgono "di fatto" i processi decisionali, nel caso in cui esso diverga dal luogo prescritto dalla legge regolatrice per le adunanze degli organi sociali.

[15] T. BALLARINO, D. MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, Padova, 2006; F. GALGANO, F. MARRELLA, *op. cit.*, 132 ss.

[16] Sino alla emanazione della legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato non era in realtà rinvenibile nel nostro ordinamento alcuna norma destinata risolvere i potenziali conflitti di legge relativamente alle società e alle altre persone giuridiche private. Si legga una succinta ricostruzione della evoluzione che ha condotto dal progetto di legge del 1984 al testo approvato nel 1995 ed attualmente in vigore in G. BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri*

Non tutte le società straniere, nondimeno, sono fatte oggetto del medesimo trattamento: l'applicazione della seconda parte del primo comma della disposizione postula infatti l'introduzione di una fondamentale distinzione tra le società straniere che abbiano compiuto e formalizzato il processo costitutivo all'interno di uno dei paesi appartenenti all'Unione europea – anzi, di uno tra i paesi firmatari dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo del 2 maggio 1992 che ad essi estende la libertà di stabilimento: inclusi quindi Islanda, Liechtenstein e Norvegia – e tutte le altre, in un sistema sostanzialmente binario.

Per le prime il riconoscimento alla stregua di società di diritto straniero è incondizionato: esse vengono ammesse ad operare in Italia sulla base del diritto che ne ha originariamente disciplinato costituzione e funzionamento, sulla base cioè del loro statuto personale originario e, in questa prospettiva, definitivo, anche qualora instaurino con il territorio italiano un legame forte, trasferendovi la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa, ovvero aprendovi sedi secondarie destinate ad esercitare parzialmente o integralmente l'attività economica.

Limitatamente alle società costituite in un paese diverso da quelli appartenenti all'Unione europea (o aderenti allo Spazio Economico Europeo), l'istituzione di un collegamento territoriale forte con l'ordinamento nazionale, sotto forma di localizzazione italiana della sede dell'amministrazione o di svolgimento in Italia del segmento principale dell'oggetto dell'impresa, comporta che esse subiscano, per continuare a usare questa forma lessicale, una sorta di nazionalizzazione: se riguardate dall'angolo prospettico del nostro paese e dei suoi tribunali esse vengono, in altre parole, sottoposte alla disciplina del diritto italiano[17].

---

enti, in AA.VV., *La riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1996, 66 ss.: «In base all'art. 25 della legge di riforma, sarà ormai chiaro che la nazionalità dell'ente non può essere intesa altrimenti che nel senso di sottoposizione alla legge indicata dall'art. 25 medesimo. In questo senso la norma internazionalprivatistica diviene strumento di interpretazione di tutte le norme, a cominciare dall'art. 16 preleggi, che si riferiscono al carattere nazionale o straniero di un ente»: così R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, voce *Società* (nazionalità e legge regolatrice), in *Dig. disc. priv.*, *Sezione commerciale*, vol. XIV, Torino, 1997, 142.

[17] L'art. 230 del codice di commercio del 1882 stabiliva testualmente che «Le società costituite in un Paese estero, le quali hanno nel Regno la loro sede e l'oggetto

L'art. 25 della cennata legge di riforma del diritto internazionale privato ha infatti compendiato entrambi i criteri che, sia detto con un certo grado di approssimazione, si contendono attualmente il campo nell'ambito del diritto internazionale privato comparato ai fini della individuazione della legge regolatrice delle società[18]. Se in base al principio, cosiddetto dell'incorporazione, le società sono rette dal diritto dello Stato nel quale esse hanno perfezionato il proprio processo costitutivo, il riferimento al principio della sede reale o effettiva importa per converso l'assoggettamento all'ordinamento del territorio nel quale le società abbiano stabilito la sede amministrativa ovvero localizzato l'esercizio quanto meno della parte principale della loro attività. Questo secondo criterio viene infatti assunto dal nostro legislatore alla stregua di eccezione correttiva della *lex societatis*, determinata in via di principio con riferimento all'ordinamento del luogo di costituzione, al fine di valorizzare il contatto col territorio dello Stato e la conseguente applicazione del diritto italiano.

Due criteri ordinatorî che, nelle diverse sfumature che li connotano nei singoli sistemi nazionali di diritto internazionale privato, si fronteggiano con fondamenti, ragioni storiche e conseguenze profondamente diverse[19].

L'uno, il criterio dell'incorporazione, esprime storicamente la scelta dei paesi a forte vocazione coloniale, adusi all'emigrazione delle società, e riflette l'esigenza al tempo stesso di controllo sulle attività "oltremare" delle imprese incorporate sul territorio nazionale e di protezione dei cittadini espatriati, forti della certezza del diritto della madre patria: vocazione che diviene sostanzialmente attitudine all'esportazio-

---

principale della loro impresa, sono considerate come società nazionali e sono soggette… a tutte le disposizioni del presente codice».

[18] F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 45 ss. Cfr. pure J. WOUTERS, *Private international law and freedom of establishment*, in *European Business Organization Law Review*, 200l, 103 ss.

[19] Afferma che la distinzione dottrinale tra le due teorie non individua norme di conflitto univoche e precise, ma rappresenta una mera classificazione degli ordinamenti in "famiglie" sulla base di alcune affinità, l'utilità e il senso della quale emergono soprattutto su un piano storico e giuspolitico, cogliendo le scelte di fondo compiute dai singoli ordinamenti nei confronti dello spazio e dei valori giuridici prodotti da altri ordinamenti, F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 49.

ne anche di regole e principî giuridici. L'altro, per converso, il criterio della sede reale, riflette assai meglio la vicinanza concreta al tessuto economico di uno Stato, alla sua collettività, alle regole in tema di concorrenza e di rapporti di lavoro: dominante nei paesi continentali meta di immigrazione societaria che esprime un'opposta esigenza fortemente protettiva nei confronti della possibile contaminazione con principî e valori appartenenti ad altri ambienti e sistemi giuridici[20].

In ragione del primato del diritto comunitario e grazie al contributo interpretativo della Corte del Lussemburgo, il criterio che individua lo statuto personale delle società collegando la legge applicabile alla effettiva localizzazione territoriale dell'ente non trova applicazione relativamente alle società nate all'interno dell'Unione.

Nonostante l'evidente incidenza della scelta della normativa di conflitto sul fondamento stesso della libertà di stabilimento, il Trattato sul funzionamento dell'Unione non si esprime a favore dell'uno né dell'altro criterio di collegamento spaziale. Anzi, la formulazione volutamente omnicomprensiva dell'art. 54 sembra considerare come sostanzialmente fungibili i diversi criteri della «sede sociale», della «amministrazione centrale» e del «centro di attività principale» delle società, attribuendo ad essi identica rilevanza ai fini della equiparazione alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri: tanto da indurre una parte della dottrina a ravvisare i fondamenti di una *nazionalità europea* delle società radicata proprio nel dettato dell'art. 54 TFUE. Il compito di chiarire il rapporto di coerenza o di antinomia dell'uno o dell'altro principio rispetto al fondamentale canone della libertà di stabilimento è quindi toccato alla Corte di giustizia.

Se la pronunzia sul caso *Centros* già ne incrina, implicitamente, la portata a livello comunitario, è solo con la sentenza *Überseering* che la Corte prospetta nitidamente l'incompatibilità della teoria della sede reale con i principî comunitari sulla libertà di stabilimento.

L'applicazione rigorosa del criterio della sede reale determina l'obbligo, per una società che intenda trasferire all'estero l'amministrazione, di ricostituirsi nello Stato ospitante secondo le regole proprie dell'ordinamento di destinazione, a pena di non vedersi riconosciute per-

[20] S. RAMMELOO, *Corporation in private international law*, Oxford, 2001, 11 ss.

sonalità né capacità giuridica. Il sostanziale disconoscimento dell'identità delle società comunitarie "in entrata" perché non conformi al diritto dello Stato ospitante integra una conseguenza radicalmente inconciliabile con la libertà di stabilimento, anzi la negazione stessa del principio di libera mobilità transfrontaliera delle imprese.

È evidente quindi che la Corte non si limita a dichiarare l'incompatibilità del criterio internazionalprivatistico della sede effettiva con le norme del Trattato ma, affermando il principio secondo il quale lo Stato ospitante è tenuto a riconoscere e a rispettare la capacità giuridica e processuale che la società abbia acquisito nel paese d'origine, sostanzialmente crea una norma di conflitto applicabile alle società che esercitano il diritto di stabilimento.

Tanto le società straniere costituite in uno dei paesi membri dell'Unione quanto le società straniere costituite in altri Stati possono naturalmente instaurare con il territorio italiano un legame più lasco, istituendovi sedi secondarie con rappresentanza stabile, quindi, sostanzialmente, agenzie, succursali, filiali. Pur rimanendo a tutti gli effetti persone giuridiche di diritto straniero – dunque soggetti giuridici la cui esistenza, capacità e struttura debbono essere giudicate in base alla legge dello Stato nel quale si siano costituite – esse dovranno comunque sottostare all'applicazione necessaria di un segmento di norme nazionali che esprimono un altrettanto lasco controllo: alcune regole che attengono sostanzialmente alla trasparenza relativa agli atti sociali, alla diffusione pubblicitaria delle generalità e dei poteri dei rappresentanti oltre che, ovviamente, tutte le disposizioni che fissino condizioni a cui l'ordinamento nazionale scelga di sottoporre l'esercizio dell'attività d'impresa o di particolari attività d'impresa[21].

[21] V. per tutti il commento relativo all'articolo 2508 cod. civ. di L. ENRIQUES, *Delle società costituite all'estero - Artt. 2507-2510*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2007, 27 ss. L'art. 230 del Codice di commercio del 1882 così disponeva: «Le società legalmente costituite in un Paese estero, le quali stabiliscono nel Regno una sede secondaria od una rappresentanza, sono soggette alle disposizioni del presente codice riguardanti il deposito, la trascrizione, l'affissione e la pubblicazione dell'atto costitutivo, dello statuto, degli atti che recano cambiamenti all'uno o all'altro, e dei bilanci; devono pubblicare inoltre il nome delle persone che dirigono od amministrano tali sedi, od altrimenti rappresentano la società nello Stato».

Quella appena descritta si configura tuttavia come una prospettiva nazionale dunque statica, e perciò limitata e incompleta, nell'osservazione dello statuto personale delle società: prospettiva alla quale occorre affiancare una dimensione che sia insieme europea e globale, che tenga conto, in altre parole, dell'appartenenza all'Unione europea e della mondializzazione dell'economia.

In questo senso, due sono i fenomeni che spiccano con prepotente centralità: l'abbattimento delle barriere tra gli Stati europei per la valorizzazione del libero stabilimento delle società rispetto a un mercato del tutto privo di steccati, e l'apparire sulla scena economica mondiale dei gruppi d'impresa multinazionali, attori in grado di dialogare alla pari con gli Stati, capaci di condizionarne le scelte anziché esserne condizionati, sovente capaci, nei passaggi dall'uno all'altro, di cumulare vantaggi e provvidenze.

Quanto alla dimensione europea, è noto come nell'interpretazione evolutiva che la Corte di giustizia ha dato della libertà di stabilimento garantita dal Trattato l'originario dovere (negativo) di trattamento non discriminatorio tra società nazionali e società straniere abbia assunto il sembiante dell'obbligo (positivo) di disapplicare qualunque normativa, anche del tutto priva di connotati discriminatorî, che, direttamente o indirettamente, rischi di ostacolare o scoraggiare la massima e libera circolazione delle società sull'unico e comune mercato[22].

L'esito decisivo che al consolidarsi di quell'orientamento è conseguito attiene al doveroso, unanime riconoscimento delle società costituite in conformità delle regole di altri ordinamenti nazionali europei. Il fenomeno della mobilità transfrontaliera intracomunitaria delle società comporta, così, che nessun ostacolo possa essere frapposto all'ingresso sul territorio di tutti gli altri paesi, in una forma di massimizzazione dell'autonomia dei privati nella scelta della forma societaria utilizzabile e della legge applicabile, vale a dire nella scelta del luogo nel quale perfezionare il procedimento costitutivo onde derivarne lo statuto normativo dell'ente, e mantenerlo indipendentemente dall'esercizio dell'attività d'impresa nel paese d'incorporazione o in altri Stati dell'Unione.

[22] L. ENRIQUES, *op. cit.*, 22 s.

Una libertà di scelta amplissima, destinata a incontrare, essenzialmente, un triplice ordine di limiti. Anzitutto, una prima soglia è identificabile nella disciplina imperativa dei mercati regolamentati, in ragione dell'importanza e della caratura degli interessi pubblici in gioco. In base all'art. 1, lett. *w)* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza) si intendono per «emittenti quotati» i soggetti, italiani o esteri, che emettono strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati italiani: ad essi si applica, indipendentemente dalla nazionalità, tutta la disciplina di mercato, ed in particolare le regole in tema di trasparenza, comunicazioni al pubblico, informazioni privilegiate e *insider trading*.

In secondo luogo, funge da (relativo) bastione il Regolamento n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliera: dettando norme comuni ai fini dell'individuazione della competenza e della giurisdizione, e in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia fallimentare, si muove sul terreno dell'uniformità delle regole di conflitto al dichiarato scopo di «dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica»[23].

Un terzo condizionamento trae origine proprio da alcune delle più recenti pronunzie della Corte del Lussemburgo, che sembrano voler riaffermare un estremo baluardo di sovranità statale, sotto forma di legittima competenza nazionale ad impedire una dissociazione tra sede statutaria e sede effettiva[24]. Più esattamente, ad impedire a una società

[23] Se ne legga un accurato commento in: G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (a cura di), *The EC Regulation on Insolvency proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2009. Si vedano anche le osservazioni critiche di F.M. MUCCIARELLI, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, 14, 2013, 175 ss. Sulla Proposta di modifica presentata dalla Commissione Europea il 12 dicembre 2012 e sulle ragioni che l'hanno resa necessaria, cfr. P. FAZZINI, M. WINKLER, *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. Intern*., 2013, 141 ss.

[24] Sentenza *Cartesio* (CGUE, 16 dicembre 2008, causa C-210/06), sulla quale si vedano i commenti di P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Comm*., 2009, II, 614 ss. e di S. CRESPI*, Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2009, 869 ss.; sentenza *Vale Építési kft*

di mantenere il collegamento meramente formale della iscrizione nei registri del paese d'origine, per trasferire altrove la sede effettiva pretendendo di conservare la *lex societatis* originaria, ovverosia lo statuto legale corrispondente all'ordinamento dello Stato dell'originaria incorporazione.

Come si è accennato, entro il perimetro segnato da questi margini massima è la libertà dei privati quanto alla scelta della nazionalità, ossia dello statuto normativo personale da attribuire o far acquisire alle società da essi costituite: ciò che equivale alla libertà di selezionare la più conveniente tra le legislazioni nazionali europee astrattamente applicabili, in ragione della maggiore efficienza od opportunità della regolamentazione societaria, oltre che lavoristica, creditizia, fiscale.

Alla valorizzazione estrema dell'autonomia negoziale nel momento della localizzazione dell'impresa corrisponde una forma di sostanziale extraterritorialità degli ordinamenti statali[25]. L'applicazione rigorosa del criterio dell'incorporazione realizza quasi istituzionalmente una forma di extraterritorialità, perché il suo significato più autentico attiene alla libertà delle parti nella scelta della sottoposizione a un sistema di regole nazionali indipendentemente da un legame reale con il territorio: il luogo di costituzione definisce la legge applicabile alle società qualunque sia il paese nel quale esse si trovino, nel corso del tempo, ad operare effettivamente e ad esercitare l'attività di impresa, anche in maniera articolata attraverso l'apertura di sedi secondarie, succursali, filiali[26].

L'ampiezza della libertà garantita ai privati si misura altresì sulla facoltà di scegliere di dismettere una nazionalità per acquisirne un'altra. Se infatti la Corte di giustizia riconosce ai singoli Stati la capacità

(CGUE, 12 luglio 2012, causa C-378-10), a commento della quale si legga la nota di F. OCCELLI, in *Giur. it*., 2013, 855 ss.

[25] «Le regole del diritto societario fissate da ciascun Paese, dunque, sono destinate a spiegare i loro effetti concreti al di là dei confini della nazione ove ha sede ogni singola società e la loro applicazione può coinvolgere società che sono costituite all'estero: né può dirsi, al riguardo, che il grado di maturazione delle regole di diritto internazionale societario sia tale da fornire una risposta esauriente ai problemi che possono sorgere»: così G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, vol. II, *Le società*, Bologna, 2013, 357.

[26] S. RAMMELOO, *op. cit.*, 128 ss.

di negare alle società l'allontanamento della sede effettiva nella continuità del solo legame originario dell'iscrizione della sede statutaria, con conseguente conservazione dello *status* di società nazionale, ammette, per converso, quella che convenzionalmente si definisce la trasformazione internazionale o mutamento della sola nazionalità, ovvero il passaggio da società nazionale dello stato di incorporazione a società nazionale dello stato di destinazione o *reincorporazione*, mantenendo inalterate la propria soggettività o personalità e capacità giuridica[27].

A partire da un controverso *obiter dictum* contenuto nella sentenza *Cartesio*, ribadito nella pronunzia sul caso *Vale Építésí kft* infatti, il trasferimento della sede (reale) accompagnato dalla conservazione dello *status* di società nazionale nonostante la soppressione del collegamento previsto dallo Stato di costituzione deve essere tenuto distinto dal trasferimento della sede (reale) *con contestuale cambiamento del diritto nazionale applicabile*, ove cioè la società si converta in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si trasferisce. Infatti, nell'interpretazione dei giudici comunitari, la libertà di stabilimento consente a una società di trasformarsi in un tipo di società soggetta al diritto nazionale di un altro Stato membro, con ciò attuando il mutamento della propria legge regolatrice (del proprio *statuto normativo personale*) senza che siano necessari scioglimento e liquidazione nel paese d'origine, purché lo Stato ospitante lo permetta, e a meno che una restrizione a tale libertà sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, nel rispetto delle condizioni relative al consueto test *Gebhard*[28].

---

[27] F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 155 ss.; A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. Impresa*, 2006, 760 ss.

[28] «Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione. Tuttavia, una siffatta ipotesi di trasferimento della sede di una società costituita a norma della legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro senza cambiamento

È di tutta evidenza come la trasformazione internazionale delle società, vale a dire il fenomeno consistente nel mutamento volontario della *lex societatis*, sia strettamente correlato a – e condizionato da – le regole nazionali di diritto internazionale privato dei paesi coinvolti dal "passaggio". Si tratta, per definizione, di una «fattispecie con elementi di estraneità» che pone, altrettanto tipicamente, un problema di coordinamento internazionalprivatistico dei vari ordinamenti giuridici toccati dalla delocalizzazione[29].

In proposito, e relativamente agli effetti dello spostamento di sede, occorre quindi, anzitutto e in termini astratti, distinguere.

Qualora il trasferimento di sede avvenga tra Stati che seguono la teoria dell'incorporazione, sia il paese di emigrazione che il paese di destinazione riconosceranno il mantenimento dello statuto personale originario, quello attribuito dalla soggezione alla legge del luogo di costituzione. Viceversa, in caso di passaggio da uno Stato che adotta il criterio dell'incorporazione a uno Stato che aderisce alla teoria della sede reale, per poter acquisire la nazionalità di quest'ultimo occorre lo scioglimento dell'ente seguito una sua ricostituzione secondo i dettami del diritto societario ivi vigente; mentre per lo Stato di partenza la società continuerà ad essere regolata dalla originaria *lex loci incorporationis*.

Nella dislocazione tra paesi che seguono identicamente il principio della sede reale, la soppressione del collegamento territoriale importa estinzione della società nel paese di provenienza e necessaria ricostituzione in base ai precetti normativi vigenti nel paese di arrivo ai fini del relativo riconoscimento. Nel caso, infine, del trasferimento da

---

del diritto cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita. Infatti, in quest'ultimo caso, la facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta». Cfr. F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ultt. citt.*

[29] M.V. BENEDETTELLI, *op. cit*., 1252 s.

uno Stato che adotta il criterio della sede reale a uno che segue il principio dell'incorporazione, lo Stato di approdo riconoscerà la società come esistente secondo il diritto del luogo di costituzione: tuttavia, dal momento che lo Stato di partenza qualifica il fenomeno in termini di scioglimento ed estinzione, la società dovrà obbligatoriamente procedere alla reincorporazione, onde evitare d'incorrere nella condizione di società *apolide*[30].

La questione si pone, in realtà, in termini assai più complessi sul piano applicativo. In primo luogo perché l'effetto finale deve essere consentito dai singoli ordinamenti coinvolti o comunque non vietato, né direttamente, né indirettamente, soprattutto alla luce della perdurante validità della regola sancita nel 1988 nella celeberrima sentenza *Daily Mail* in tema di legittimità di limitazioni alle società "in uscita", a fronte della dichiarata incompatibilità comunitaria di qualsivoglia limitazione "in entrata", inossidabile portato della successiva dottrina *Centros*[31]. E poi perché l'effetto finale, lungi dal realizzarsi automaticamente all'assunzione della deliberazione da parte dell'organo competente, postula una serie di adempimenti contestuali o successivi e conseguenti, quali iscrizioni, cancellazioni, depositi e formalizzazioni.

In particolare, l'effetto consistente nella denazionalizzazione, vale a dire la perdita della nazionalità originaria e l'acquisizione di quella propria di altro e diverso ordinamento statuale, si ricollega non già alla delibera di trasferimento della sede all'estero autonomamente considerata, quanto piuttosto alla cancellazione dai registri nei quali la

[30] Su cui anche *infra* nel testo.

[31] L'indagine comparatistica condotta da E. WYMEERSCH, *Il trasferimento delle società nel diritto societario europeo*, in *Riv. società*, 2003, 723 ss. rivela un quadro ostile al cambiamento della *lex societatis*, in quanto il trasferimento della sede verso altri paesi viene variamente limitato (e non solo disincentivato) grazie a una serie di strumenti – appartenenti al diritto societario, alle norme di conflitto e al diritto tributario – così da determinare una situazione che «difficilmente può essere considerata compatibile con il regime di libera circolazione dei soggetti giuridici previsto dal Trattato». Si cfr. pure la più aggiornata analisi di F.M. MUCCIARELLI, *op. cit*., 45 ss. e 81, secondo cui anche in ambito comunitario pochi sono gli ordinamenti che consentono alle proprie società di mutare statuto personale, trasferendosi in enti di altri ordinamenti, senza dovere preventivamente procedere a scioglimento e liquidazione.

società era originariamente iscritta e alla nuova iscrizione nei registri dello Stato nel quale la sede viene collocata[32].

Se si volge lo sguardo all'Italia, la mancanza di una disciplina specifica in materia di trasformazione internazionale non è supplita dalle disposizioni che impongono maggioranze assembleari rafforzate nel caso di delibere aventi ad oggetto il trasferimento della sede all'estero (art. 2369 c.c.) e legittimano inderogabilmente i soci assenti, dissenzienti, astenuti all'esercizio del diritto di recesso (art. 2437, comma 1, lett. *c)* cod. civ.), né tantomeno dalla regola internazionalprivatistica secondo la quale «i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato (…) hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati» (art. 25 legge 31 maggio 1995, n. 218) che non va oltre un formale rinvio alle singole discipline nazionali, materiali e di conflitto, dei paesi coinvolti.

Da nessuna delle cennate statuizioni, infatti, è dato desumere se esista o meno, nell'ordinamento italiano, una regola di volontaria adozione della nazionalità di un altro paese, come effetto automatico e necessario della scelta del trasferimento della sede sociale, senza scioglimento e definizione liquidativa dei rapporti in essere, quindi senza previa estinzione nazionale, né se a quell'effetto, in ipotesi ammissibile e ammesso, debbano poi contribuire e in quale modalità e misura adempimenti e formalità successivi e ulteriori.

Sulla sponda comunitaria, invece, due sono le previsioni normative che sembrano fondare il riconoscimento della trasformazione internazionale.

L'art. 8, comma primo, del Regolamento sulla Società Europea dispone espressamente che «la sede sociale della SE può essere trasferita in un altro Stato membro conformemente ai paragrafi da 2 a 13. Il trasferimento non dà luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica»: con ciò legittimando la libera trasferibilità della sede sociale della SE da un paese all'altro, senza che alla dislocazione corrisponda una estinzione. L'art. 5 del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, ammettendo che la società risultante dalla fusione transfrontaliera possa essere una società di un altro Stato membro, consente che il

[32] F.M. MUCCIARELLI, *op. cit*., 52 ss.

trasferimento intracomunitario della sede delle società, con conseguente mutamento dello statuto personale, possa realizzarsi semplicemente grazie a un'operazione straordinaria di fusione con società soggette alla legislazione di un altro Stato membro.

Come si è innanzi anticipato, è stato però il contributo della Corte del Lussemburgo a fornire un decisivo argomento per ammettere la praticabilità dello spostamento intracomunitario della sede con contestuale mutamento del regime legale applicabile (*lex societatis*).

Il principio espresso nelle pronunzie *Cartesio* e *Vale Építési kft* – che qualifica limitazioni contrarie alla libertà di stabilimento le previsioni nazionali atte a impedire il trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del regime legale applicabile, ove la società si converta in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato in cui si è trasferita – comporta infatti l'ammissibilità, in Italia come in ogni altro paese appartenente alla UE, delle trasformazioni internazionali che abbiano come luogo di destinazione e d'arrivo uno Stato membro[33].

In tal guisa, la lettura delle norme interne necessariamente conforme ai principî dell'ordinamento comunitario (canone indiscusso, ora precetto di diritto positivo nel novellato art. 2507 c.c.) dovrebbe orientare l'interpretazione del primo comma dell'art. 25 legge 30 maggio

[33] F.M. MUCCIARELLI, *op. cit*., 177 ss.; P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 620 ss. In dottrina, ammettevano l'effetto "trasformativo" del trasferimento della sede all'estero, tra gli altri: A. SANTA MARIA, voce *Società* (Diritto internazionale privato), in *Enc. dir*., vol. XLII, Milano, 1998, 898 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 374 s. Di contrario avviso invece, testualmente criticando la tesi espressa in *obiter* dalla Corte, M.V. BENEDETTELLI, *op. cit.*, 1270 ss.: «Quando poi il trasferimento della sede sociale sia in realtà volto a modificare la legge regolatrice dell'ente nella perdurante esistenza di questo, quando cioè esso si configuri come una fattispecie di *trasformazione* societaria (sia pure peculiare, comportando la modifica dello Stato di incorporazione) non ci sembra, in linea di principio, che le norme primarie sulla libertà di stabilimento possano essere interpretate estensivamente sì da imporre ad uno Stato membro (si tratti di quello di partenza e/o di quello di arrivo) di attribuire validità ad una operazione che la sua *lex societatis* vieta espressamente o comunque non contempla quale parte integrante della disciplina sociale». In giurisprudenza, si vedano le diverse posizioni di: Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Le Società*, 1997, 574 ss., con nota di F. FIMMANÒ; App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. not*., 2000, 167 ss.; Cass., SS.UU., 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc*., 2005, 1381 ss.

1995, n. 218 nel senso non schiettamente letterale dell'applicabilità – sempre e solo – della legge dello Stato di *incorporazione* o costituzione originaria, quanto dell'individuazione della *lex societatis* anche in ragione dell'avvenuta – e volontaria – *reincorporazione*[34].

Il dubbio, rispetto alla disciplina applicabile in caso di passaggio verso paesi non appartenenti alla UE, si coniuga peraltro alla certezza che in ogni caso, anche nei trasferimenti intracomunitari, l'assunzione della soggettività giuridica del paese di destinazione e il conseguente mutamento dello statuto personale sono legati agli adempimenti formali della cancellazione dai – e della iscrizione nei – registri nazionali destinati a realizzare la pubblicità delle imprese.

Incertezze applicative, lacune disciplinari, e il mancato dialogo fra ordinamenti, potrebbero così assecondare comportamenti opportunistici volti a far dissolvere, grazie a un ben orchestrato trasferimento di sede, le tracce di società destinate a rimanere operative e indebitate, allo scopo evidente di sottrarle anzitutto alla scure delle procedure concorsuali[35].

Può accadere infatti che una società italiana, a seguito dell'assunzione di una delibera modificativa della sede per trasferimento all'estero, chieda e ottenga la cancellazione dal registro delle imprese italiano e non provveda altresì alla contestuale iscrizione nei registri pubblicitarî predisposti dall'ordinamento straniero di destinazione, e cionondimeno continui a esistere e ad operare, producendo, commercializzando, concludendo trattative e affari nel proprio mercato (economi-

[34] Opta per la lettura "testuale" della norma, legata al dato storico e immutabile della primigenia iscrizione, D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, 131 ss. Analogamente R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *op. cit*., 154. A favore del principio per cui il vincolo necessario tra persone giuridiche e ordinamento non deve per forza riguardare l'ordinamento storico di originaria costituzione, si schierano P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ultt. citt.* Più ampi riferimenti in F.M. MUCCIARELLI, *op. cit*., 173 ss. Sottolinea il potenziale effetto in termini di concorrenza tra ordinamenti anche relativamente alle *reincorporazioni*, sul modello americano, S. CRESPI, *op. cit.*, 885 s.

[35] Parla espressamente di «vuoto normativo» in cui imprenditori e consulenti possono «infilarsi senza troppi ostacoli» F.M. MUCCIARELLI, *Da Monopoli a Londra, passando dal Lussemburgo: appunti sull'emigrazione delle società italiane*, in *Giur. Comm*., 2012, II, 583 ss.

co e territoriale) di riferimento. La sua condizione sarà quella di una società *fantasma* o, meglio, di una società *apolide*, completamente priva dell'attributo giuridico della nazionalità: formalmente non più esistente e riconosciuta nell'ordinamento di partenza, non ancora esistente né formalmente riconoscibile e identificabile nell'ordinamento di arrivo, eppure economicamente attiva e funzionante.

Una *apolidicità* che riguarda non già l'assenza di diritti soggettivi in favore dell'ente e in capo ai suoi soci, sibbene lo sfruttamento abusivo del diritto in senso oggettivo da parte degli stessi soci: riaffiorano così, dietro l'usbergo protettivo della personalità giuridica, le persone fisiche, a dare corpo, spessore ed energia alla società, avvantaggiandosi di una lacuna legislativa (nazionale) e della carenza di una regolazione (anche su base convenzionale) a carattere internazionale.

A rendere nient'affatto remota l'ipotesi contribuiscono, da un canto, la cennata incertezza in ordine agli effetti della delibera avente ad oggetto lo spostamento della sede in un paese straniero, dall'altro la non univoca prassi operativa seguita dagli uffici italiani del registro delle imprese: uffici che si muovono per così dire in ordine sparso, rendendo possibile la cancellazione di una società senza previa verifica della già avvenuta iscrizione nel paese di destinazione o della legittimità dell'operazione alla luce delle sue norme sostanziali e di conflitto[36].

A rendere particolarmente pericolosa l'ipotesi, nel senso del rischio della sottrazione (diremmo della vera e propria fuga) rispetto alla regolazione normativa dell'insolvenza contribuisce invece il fatto che la nostra legge fallimentare circoscrive in un anno a partire dalla cancellazione dal registro delle imprese il termine entro il quale una società può essere dichiarata fallita, a condizione naturalmente che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cancellazione o nell'anno successivo. L'art. 10 l. fall. è stato dettato sul presupposto della cancellazione *per scioglimento e liquidazione*, introducendo una presunzione di coinci-

[36] Si veda in proposito il fatto relativo alla sentenza *Interedil*: Corte giust. 20 ottobre 2011, C-396/09 *Interedil Srl in liquidazione* v. *Fallimento Interedil Srl*, con nota di F.M. MUCCIARELLI, *Da Monopoli a Londra*, cit., 583 ss. («È abbastanza prevedibile che talune imprese cerchino di approfittare di questa situazione confusa e trasferiscano la sede all'estero sperando che il proprio ufficio del registro le cancelli senza troppo interrogarsi sulla legge applicabile o sull'eventuale iscrizione in registro estero», *ivi*, a 587).

denza tra cancellazione della società ed estinzione dell'impresa. Presunzione relativa, vincibile da prova contraria nelle sole ipotesi, marginali, di cancellazione d'ufficio.

Alla dimensione assiologica della norma è evidentemente del tutto estranea la fattispecie della cancellazione volontaria per trasferimento della sede all'estero e assoggettamento ad una nuova legge regolatrice (*trasformazione internazionale*) ma la sua formulazione letterale non distingue tra diverse modalità ed effetti della cancellazione, apparentemente precludendo un'interpretazione correttiva[37].

In concomitanza con i cennati, recenti, interventi della Corte di giustizia, ad avviso dei quali il diritto comunitario non può imporre agli Stati di conservare la nazionalità alle società che decidano di dissociare sede statutaria e sede effettiva, almeno due ordinamenti nazionali (Ungheria e Germania) hanno espressamente legittimato quella dissociazione, finendo col realizzare un'ulteriore forma di extraterritorialità. Consentire alle società di costituirsi nel paese perfezionando il procedimento d'incorporazione, quivi esercitare attività d'impresa e successivamente trasferire la sede effettiva stabilendosi altrove, rimanendo tuttavia "società nazionali" grazie al mantenimento dell'ubicazione della sola sede statutaria comporta infatti una forma di definitività dello statuto normativo personale originario (almeno fino alla possibile scelta dei soci di cambiarlo) e il conseguente controllo sulle attività economiche originariamente nazionali anche dopo la loro emigrazione oltrefrontiera[38].

[37] F.M. MUCCIARELLI, *op. ult. cit.*, 588. Sulla questione, si registrano due recenti interventi della Suprema Corte. Ad avviso di Cass. SS.UU., 11 marzo 2013, n. 5945: «Quando la cancellazione di una società dal registro delle imprese sia conseguenza non di un procedimento di liquidazione, ma del trasferimento all'estero della sede della medesima società (sul presupposto che essa continui a svolgere la propria attività sia pur in un altro Stato) non trova applicazione l'art. 10 legge fall., nella parte in cui impedisce la dichiarazione di fallimento di un'impresa che sia stata cancellata da oltre un anno». Asserisce Cass. SS.UU., 18 aprile 2013, n. 9414: «Qualora il trasferimento della sede sociale appaia fittizio esso non determina, come conseguenza della cancellazione della società dal registro italiano delle imprese, il decorso del termine di cui al citato art. 10 legge fall.».

[38] Cfr. S. CRESPI, *op. cit.*, 889.

Tracciando in questo modo una linea evolutiva in parziale sincronia alla progressiva, inarrestabile, erosione giurisprudenziale degli spazi consentiti agli ordinamenti statali ed in parziale anticipazione degli sviluppi possibili di quella, alcune legislazioni nazionali hanno finito con l'assecondarne gli esiti più estremi, sino ad ammettere una forma di mobilità transfrontaliera non (ancora) riconosciuta dalla Corte di giustizia.

Trova così ulteriore conferma il rilievo per cui l'orientamento dei giudici del Lussemburgo possiede una formidabile potenzialità rispetto alla mutazione delle legislazioni nazionali dei singoli Stati membri dell'Unione: ha avuto e tuttora ha la forza di innescare una competizione normativa tra ordinamenti, spronati alla continua ricerca del massimo grado di flessibilità e di efficienza delle norme societarie sia al fine di attrarre capitali stranieri, sia allo scopo di non perdere ingenti capitali nazionali.

Sulla valutazione degli effetti, positivi o negativi, della concorrenza tra sistemi normativi nazionali e sul rapporto, simmetrico o antitetico, tra concorrenza e armonizzazione non si registra ancora unitarietà di letture. Pare innegabile, tuttavia, che il *mercato delle regole*, nella sua valenza di strumento idoneo a stemperare le divergenze legislative tuttora esistenti tra i diversi Stati membri, contribuisca significativamente a quella *convergenza delle regole* che, nell'ambito del mercato unico, consente il sostanziale (benché non formale) superamento della *dimensione nazionale delle regole*.

CITTADINANZA E MERCATO NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO EUROPEO

DAL CONSUMATORE AL CITTADINO: ANDATA E RITORNO?

Luisa Antoniolli

SOMMARIO: *1. Evoluzione e contenuto della cittadinanza europea. - 2. Costituzione europea e Codice civile europeo: significato e fallimento di due "grands projets". - 3. Consumatore e mercato interno: un cittadino in cerca di autore? - 4. Diritto sociale europeo: fra diritto privato e diritto pubblico. - 5. Consumatore-cittadino europeo: quo vadis?*

1. Evoluzione e contenuto della cittadinanza europea

La cittadinanza europea[1] è una nozione che ha occupato uno spazio importante nelle riflessioni dei giuristi europei, polarizzando le posizioni fra coloro che la ritengono una costruzione retorica e priva di contenuti reali, e chi invece pensa che si tratti di uno strumento importante per l'evoluzione di uno status europeo a tutto tondo. A distanza di oltre vent'anni dalla sua introduzione, avvenuta nel 1991 ad opera del Trattato di Maastricht, è possibile tracciare un primo bilancio, che si colloca a metà fra le posizioni estreme e conferma la natura potenzialmente rilevante, ma al tempo stesso incompleta, dello status di cittadino europeo.

Una sommaria ricognizione e valutazione dei risultati ottenuti e delle prospettive aperte in materia di cittadinanza europea è essenziale per chiarire il rapporto che intercorre fra la nozione di cittadino europeo

[1] V. N. REICH, *Union Citizenship - Metaphor or Source of Rights*, 4 *Eur. L. J.* (2001); V.E. PARSI (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bologna, 2001.

e quella di consumatore europeo, che trovano il loro punto di incontro (ma anche di scontro) nello spazio del mercato interno europeo.

La definizione di cittadinanza europea contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea evidenzia un contenuto limitato di tale nozione: in primo luogo, la cittadinanza dell'Unione è una cittadinanza derivata, che dipende completamente dalla cittadinanza di uno degli Stati membri per il suo acquisto, nonché per il mantenimento e la perdita[2]. Inoltre, la nozione di cittadinanza europea ricomprende un insieme limitato di diritti, e formalmente non stabilisce alcun obbligo[3]. Questi diritti erano in gran parte già precedentemente previsti dal diritto comunitario, primario e secondario, in particolare il diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri, ed il diritto di voto attivo e passivo nelle elezioni comunali ed in quelle per il Parlamento europeo nello Stato dell'UE di residenza. Si tratta certamente di diritti molto importanti e di notevole rilevanza simbolica[4], ma che da soli non pos-

[2] In base all'art. 20(1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima».

[3] Art. 20(2) TFUE: «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro:

a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri;

b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;

c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;

d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua.

Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi».

La cittadinanza dell'Unione è inoltre disciplinata dal capo V della Carta dei diritti fondamentali, agli articoli 39-46, che aggiunge ai diritti previsti dal TFUE il diritto ad una buona amministrazione e il diritto di accesso ai documenti.

[4] Il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE statuisce che l'Unione «pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione».

sono qualificare uno status pieno di cittadino, come dimostra in modo evidente il raffronto con i diritti (ed i doveri!) che discendono dalla cittadinanza nazionale dei diversi Stati europei. Inoltre, i presupposti per l'acquisto e la perdita della cittadinanza dell'Unione sono totalmente dipendenti dalla varietà delle discipline nazionali: essendo una cittadinanza derivata, essa si acquista e si perde con la cittadinanza di uno degli Stati membri. Tuttavia, le regole per l'acquisto e la perdita della cittadinanza degli Stati membri non sono affatto armonizzate, e quindi a monte e a valle dell'isola costituita dal nucleo di diritti garantiti in modo uniforme a tutti i cittadini europei rimane un mare di regole totalmente distinte ed autonome, collegate unicamente dal principio del mutuo riconoscimento[5].

Tuttavia, l'incorporazione dei diversi diritti nella nozione fondamentale di cittadinanza non ha avuto conseguenze meramente retoriche e simboliche, ma ha consentito di dare un'interpretazione sistematica ed estensiva dei suoi contenuti. In particolare, la Corte di giustizia ha interpretato il concetto di cittadinanza europea in modo sinergico con il principio di non discriminazione, colmando una serie di lacune presenti nel diritto UE e delineando una nozione dinamica di cittadinanza, in cui vengono progressivamente espansi i profili sociali, a fianco di quelli economici e, in maniera minore, quelli politici. A partire dal 1998, con il caso Sala[6] la Corte ha applicato congiuntamente il principio di non discriminazione e la nozione di cittadinanza dell'Unione, definendo nuove categorie di diritti riconducibili alla cittadinanza. Nel suo percorso la Corte ha stabilito la diretta applicabilità delle norme sulla cittadi-

[5] Nell'ambito della cittadinanza il principio del mutuo riconoscimento implica che tutti gli Stati dell'Unione devono riconoscere come cittadini europei coloro che sono cittadini in base alle regole di un altro Stato, e per converso che in caso di perdita della cittadinanza di uno Stato membro il soggetto non godrà più dei diritti propri della cittadinanza europea in nessuno degli Stati membri.

[6] *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, C-85/96, in *Racc*. [1998] I-2691. Il caso riguardava la posizione di una donna di cittadinanza spagnola residente in Germania e disoccupata, a cui era stato negato un sussidio per i figli minori, perché non era in possesso di un permesso di residenza valido. La Corte ha ritenuto che il rifiuto fosse da considerarsi in contrasto con i diritti derivanti dalla cittadinanza europea e dal principio di non discriminazione.

nanza[7], enfatizzandone il carattere di principio fondamentale che definisce il contenuto della libertà di circolazione[8], con importanti conseguenze soprattutto in termini di accesso alle prestazioni sociali nazionali, ed anche di protezione di diritti connessi ai legami familiari[9]. Si tratta di una giurisprudenza in corso di evoluzione, i cui confini non sono ancora pienamente consolidati, soprattutto per quanto riguarda la definizione dei limiti che gli Stati possono opporre in tema di accesso a prestazioni sociali. Tuttavia, è indiscutibile che la Corte ha ritenuto di dare autonomo rilievo alla nozione di cittadinanza, non come mero contenitore di una serie di diritti specifici (libera circolazione, diritto di voto, ecc.), ma come status dinamico alla luce del quale interpretare le norme di diritto primario e secondario, colmando le eventuali lacune.

Questa concezione della cittadinanza come uno status non più legato al godimento di libertà economiche, ma potenzialmente di altri tipi di diritti fondamentali, soprattutto sociali, ha inoltre influenzato la normativa secondaria europea: la direttiva 2004/38 in materia di diritto

[7] V. *Baumbast v. Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, in *Racc*. [2002] I-7091. Nel caso la Corte ha statuito la diretta applicabilità della norma del Trattato sulla cittadinanza europea che garantisce il diritto di risiedere in un altro Stato membro.

[8] V. *Grzelczyk v. Centre Public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, in *Racc*. [2001] I-6193. Il caso riguardava il diniego di un sussidio di studio ad uno studente francese che stava compiendo i propri studi in Belgio. La dir. 93/96 in materia di diritto di residenza degli studenti prevedeva la possibilità per gli Stati di non estendere il diritto a borse di studio a studenti di altri Stati membri, tuttavia la Corte ha superato questo limite applicando direttamente la nozione di cittadinanza, da cui discendono diritti sociali protetti, congiuntamente al divieto di discriminazione fra cittadini europei.

[9] Nel caso Garcia Avello (*Garcia Avello c. Etat Belge*, C-148/02, in *Racc*. [2003] I-11613) la Corte ha fatto discendere dalla cittadinanza europea il diritto ad utilizzare in uno Stato membro le regole in materia di cognome di un altro Stato membro, sebbene difformi. Ancora, nel caso Zhu (*Zhu et al c. Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, 19 ottobre 2004, in *Racc*. [2004] I-9951) la Corte ha stabilito che un neonato che abbia acquistato la cittadinanza di uno Stato membro perché nato sul suo territorio, in conformità alle regole sulla cittadinanza di quel paese, ha diritto in base alla cittadinanza europea di spostarsi per risiedere in un altro Stato membro, e tale diritto copre anche la posizione del genitore che, pur non essendo cittadino europeo, è il soggetto che si prende cura del bimbo.

dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e risiedere nel territorio degli Stati membri[10] ha come presupposto fondamentale la parificazione dei cittadini di altri Stati membri con i cittadini dello Stato ospitante sotto ogni profilo giuridicamente rilevante. Vi sono dei limiti, e si tratta di limiti importanti: il diritto di residenza può essere condizionato alla prova di essere in possesso dei mezzi economici necessari per non gravare sul sistema nazionale di assistenza sociale e di un'adeguata assicurazione sanitaria. Tale requisito si spiega alla luce del fatto che i sistemi nazionali di welfare sono legati alla contribuzione fiscale, volendosi evitare che il fenomeno del "turismo sociale" (cioè dello spostamento negli Stati che hanno un sistema sociale, assistenziale e sanitario più generoso) possa causare sperequazioni e mettere in crisi la sostenibilità dei sistemi nazionali[11]. Tuttavia, il limite è di tipo negativo: una volta verificato che non costituisce un peso per il sistema sociale dello Stato, il cittadino europeo può spostarsi e risiedere ovunque, a prescindere dallo svolgimento di attività economiche di qualsiasi tipo.

2. Costituzione europea e Codice civile europeo: significato e fallimento di due "grands projets"

La consistenza della nozione di cittadinanza, e l'evoluzione del rapporto fra il diritto europeo e quello nazionale da un punto di vista degli equilibri istituzionali, può essere valutata analizzando due vicende

[10] Dir 2004/38, in G.U.E.E. 30 aprile 2004 L 158/77. La direttiva stabilisce inoltre che dopo cinque anni di residenza legale e continua in uno Stato membro il cittadino dell'Unione acquisisca un diritto di residenza permanente, non più subordinato alla prova del possesso di sufficienti mezzi di sussistenza. Diritti per molti aspetti analoghi (ma non per quanto riguarda i diritti politici) sono garantiti dalla direttiva 2003/109 (23 gennaio 2004, G.U.E.E. 16/44) ai cittadini di Stati terzi che siano residenti di lungo periodo (*long-term residents*).

[11] Il rischio di turismo sociale discende dal fatto che la materia sociale e fiscale non è armonizzata a livello europeo, quindi i livelli delle prestazioni sociali e della pressione fiscale sono estremamente eterogenei nei diversi paesi. Perciò, se si consentisse ai cittadini di Stati più "avari" di prestazioni sociali di spostarsi nei paesi più generosi senza contribuire alla creazione delle risorse che li finanziano, si potrebbe creare una sperequazione pericolosa.

apparentemente distinte, ma in realtà strutturalmente connesse, quelle della Costituzione europea e del Codice civile europeo (o meglio, della Draft Common Frame of Reference (DCFR), cioè il documento redatto su richiesta della Commissione che nella sostanza costituisce il prodromo di un codice civile)[12].

L'ambizioso progetto di creazione di una Costituzione europea[13], miseramente naufragato dopo l'esito negativo del processo di ratifica nei referenda tenutisi in Olanda e Francia nel 2005, è stato oggetto di molte analisi critiche, che ne hanno messo in luce il carattere ambiguo di trattato-costituzione, a cavallo fra una costruzione genuinamente costituzionale ed un documento propriamente di diritto internazionale (e in effetti molto più spostato sul versante internazionalistico che su quello costituzionale)[14].

Una vicenda per certi aspetti analoga (seppure con importanti differenze, che verranno di seguito analizzate) ha riguardato l'ambito del diritto privato, in particolare il dibattito relativo alla fattibilità e necessità di un Codice civile europeo[15], confluito nel processo di creazione di un Quadro Unico di Riferimento (Common Frame of Reference, CFR). Tuttavia, in questo caso si è trattato di una discussione tutta interna all'ambiente dei giuristi e dei tecnici, che non ha mai varcato la soglia dell'attenzione dell'opinione pubblica, non solo perché non si è

[12] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, outline edition prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law* (Acquis Group, Monaco, 2009; *http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf*). V. H.-W. MICKLITZ, F. CAFAGGI (eds.), *European Private Law after the DCFR*, Cheltenham, 2010.

[13] V. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2004.

[14] Giuliano Amato, Vice-presidente della Convenzione che ha redatto il testo della Costituzione europea, al termine del processo pare abbia affermato di aver sperato che il documento fosse femmina ("la Costituzione"), mentre invece era nato maschio ("il Trattato"). V. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, cit.

[15] Fra i molti lavori sul tema della codificazione europea si vedano A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2010 (4th ed.); H. COLLINS, *The European Civil Code - The Way Forward*, Cambridge, 2008; E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo - Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006.

arrivati ad una vera e propria formulazione normativa, ma anche perché l'oggetto è giudicato da molti avere natura squisitamente tecnica, troppo esoterica per generare un aperto dibattito di natura politica.

Riteniamo invece che una disamina comparata delle due vicende parallele, quella della Costituzione europea e quella del Codice civile europeo, possa fornire indicazioni utili sulle dinamiche del processo integrativo europeo, e delle chiavi di lettura del rapporto complesso che intercorre fra diritto costituzionale/pubblico e privato/civile europeo, ed in particolare nel rapporto fra cittadinanza e mercato[16].

Il presupposto latente (in quanto mai apertamente discusso, probabilmente a causa delle delicate implicazioni politiche) comune ad entrambi i progetti è quello che attraverso dei documenti fondativi ed altamente simbolici, quali una Costituzione ed un Codice civile, sia possibile costituire un'identità europea unitaria, che possa essere riferita ad un unico "popolo" (demos)[17]. Si tratta di una visione che risente fortemente di un'impostazione nazionalistica di stampo ottocentesco, e che sembra mal conciliarsi con la visione pluralistica cristallizzata nel motto "uniti nella diversità", che rappresenta l'essenza dell'attuale Unione europea. Il rapporto fra pluralismo e integrazione è una questione molto discussa e irrisolta, le cui implicazioni sia giuridiche che politiche vengono spesso date per scontate nelle analisi, che sposano apoditticamente e alternativamente la bontà per definizione di qualsiasi forma di unificazione, o invece la difesa oltranzista e di principio di ogni peculiarità nazionale. Analoga situazione caratterizza la discussione riguardante il ruolo del diritto nella costruzione di un'identità europea: l'analisi del processo integrativo europeo mostra un uso intenso dello strumento giuridico come veicolo di creazione di uno spazio europeo, senza però che le implicazioni politiche di questa scelta siano mai state apertamente esposte e discusse.

[16] Spunti preziosi in questa discussione vengono da H.-W. MICKLITZ, *Failure or ideological Preconceptions - Thoughts on two grand projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers, Law 2010/04, Firenze, 2010.

[17] Per una valutazione critica della nozione di demos europea si veda J.H.H. WEILER, *Does Europe Need A Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, 1 *Eur. L. J.* (1995), 219.

I due progetti della Costituzione e del Codice civile europeo condividono un'impostazione che fa parte del DNA dell'integrazione europea, cioè la prevalenza degli aspetti economici rispetto a quelli sociali: nonostante l'inserimento del catalogo dei diritti fondamentali della Carta e di alcuni riferimenti sociali nelle norme di apertura[18], nel testo della Costituzione gli ambiti più schiettamente sociali, quali la tutela dei lavoratori e dei consumatori, sono rimasti ancorati ai precedenti modelli del diritto comunitario, in cui le competenze sociali rimangono formalmente nel controllo degli Stati membri, anche se con un crescente livello di interferenza dovuto all'applicazione delle norme europee, soprattutto quelle sul mercato interno.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per il progetto di Codice civile europeo, o meglio del suo alter ego, il Quadro Comune di Riferimento (Common Frame of Reference, CFR)[19], uno strumento la cui denominazione formale occulta platealmente il reale contenuto, che nel documento prodromico, la Draft Common Frame of Reference (DCFR) è in tutto e per tutto assimilabile a quello di un vero e proprio Codice civile[20]. La DCFR incorpora alcune norme in materia di antidi-

[18] Si veda ad es. l'art. 2 TUE, che fa riferimento ad una società europea basata sul pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia e la solidarietà. L'art. 3 TUE, nella parte in cui si riferisce al mercato interno, lo finalizza allo sviluppo di un'economia sociale di mercato.

[19] La Common Frame of Reference non è mai stata approvata, e probabilmente non lo sarà nemmeno in futuro, visto che il progetto sembra essere stato abbandonato dalle istituzioni europee, in particolare la Commissione. Di seguito si fa riferimento alla Draft Common Frame of Reference (DCFR), cioè al documento preparatorio redatto da un gruppo di giuristi, prevalentemente accademici, a partire dal quale le istituzioni avrebbero dovuto successivamente definire la CFR vera e propria. V. L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2010, 1-49 ("Introduction"); L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, J. GORDLEY, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, 58 *Am. J. Comp. L.* (2010), 343.

[20] Secondo molti commentatori la struttura codicistica della DCFR, che copre i principali settori del diritto privato patrimoniale generalmente contenuti nei Codici civili nazionali (gli unici settori assenti nella DCFR sono il diritto delle persone, il diritto di famiglia e il diritto delle successioni; inoltre, sono escluse anche le norme in materia di diritto del lavoro), assomiglia alla struttura del Codice civile tedesco, il BGB, con una struttura astratta, sistematica e fortemente concettuale. Tale considerazione è avvalorata dal fatto che i due principali gruppi che hanno redatto il testo, lo *Study Group on*

scriminazione e tutela dei consumatori, tuttavia l'asse portante del suo impianto è basato sul principio di autonomia privata e della libertà contrattuale[21], e dal suo contenuto sono espunte le norme, soprattutto in ambito contrattuale, che sono maggiormente influenzate da questioni sociali, come ad esempio i servizi universali[22].

Costituzione e Codice europeo presuppongono e condividono inoltre una visione della giustizia propria dell'ambito europeo che è significativamente diversa dalla concezione distributiva, propria degli ordinamenti nazionali, utilizzando invece un modello che è legato al principio di non discriminazione, cioè alla possibilità di accedere a beni e servizi in condizioni uguali, e che è stata ha definito "access justice", in contrapposizione alla nozione di "social justice"[23].

Perciò, in entrambi progetti è stato concesso uno spazio limitato alle questioni sociali[24], ed anche in questo spazio le questioni sociali sono state impostate secondo un paradigma di giustizia sociale modellato sul concetto di accesso proprio del sistema europeo, che non coincide con quelli nazionali.

In realtà, per valutare compiutamente il ruolo di questi strumenti occorre rilevare che in entrambi i casi si può dire che la terminologia

---

a European Civil Code e l'*Acquis Group*, erano entrambi diretti da due accademici tedeschi, il primo dal prof. von Bar e il secondo dal prof. Schulte-Noelke.

[21] Le norme della DCFR derivanti dall'*acquis communautaire* sono relativamente poche; la maggior parte di esse deriva dalla definizione di regole considerate comuni ai sistemi giuridici nazionali, oppure, se queste mancano, da regole innovative considerate ottimali dal punto di vista giuridico.

[22] Il modello del Codice civile, in generale (quindi non solo in riferimento al modello tedesco), è stato criticato da molte parti come un modello obsoleto, che non tiene conto degli importanti sviluppi normativi che si sono avuti al di fuori dell'ambito codicistico, e che spesso si collocano alla frontiera fra diritto privato e diritto pubblico (ad esempio nel settore dei servizi universali e degli appalti); v. *infra* par. 4.

[23] H.-W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice in Private Law: The European Challenge*, EUI Working Paper, Law 2011/2012; ID., *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, 2011.

[24] Per un'analisi critica del modello di giustizia sociale in ambito europeo v. S.R. WEATHERILL, *The constitutional competence of the EU to deliver social justice*, 2 *Eur. Rev. Contract L.* (2006), 136.

utilizzata non corrisponde al contenuto effettivo[25]: la Costituzione europea non era una costituzione nel senso con cui si intende il termine nelle democrazie occidentali, cioè un documento giuridico tendenzialmente stabile contenente le regole essenziali di un'entità statale e i diritti fondamentali garantiti ai suoi cittadini, bensì un'estensione, per quanto ampia, di un impianto di matrice sovranazionale che non era destinato a sostituire le regole costituzionali nazionali[26]. Altrettanto, la DCFR non è un semplice modello giuridico di riferimento, ma un vero e proprio codice, che se fosse adottato sostituirebbe necessariamente i modelli nazionali, a meno di non generare estese (e potenzialmente ingovernabili) sovrapposizioni e frizioni. Questa opacità terminologica, peraltro, ha le gambe corte come le bugie di Pinocchio: la Costituzione, forse proprio perché chiamata con questo nome altamente simbolico, non è stata accettata in alcuni Stati membri; e la DCFR, il cui contenuto a dispetto del nome fumoso ed apparentemente innocuo era abbastanza evidente a tutti gli interessati, sembra fermata sul nascere. Rimane il fatto che la mancanza di trasparenza appare un dato ricorrente e preoccupante dei processi decisionali a livello europeo, quando questi processi mirano all'adozione di atti normativi fondamentali.

L'adozione di un unico modello sociale europeo, costituzionale e civile, presuppone una uniformità che oggi è inesistente, e la cui costruzione richiede scelte politiche che non sono state né discusse, né tanto meno condivise. La natura politicamente controversa delle scelte di giustizia sociale[27], nonché la tradizione internazionalistica e tecnocratica dei processi decisionali a livello europeo, hanno fatto sì che tanto la Costituzione quanto la DCFR siano stati sviluppati come programmi di *governance*, in cui i cittadini europei sono meri "stakeholders" (cioè titolari di interessi), obliterando i profili di condivisione e

[25] Micklitz descrive il fenomeno come «misleading labelling»: H.-W. MICKLITZ, *Failure or ideological Preconceptions*, cit., 12.

[26] Tant'è vero che il successivo Trattato di Lisbona, ripuliti tutti i riferimenti che potessero richiamare la natura costituzionale del documento, ha mantenuto praticamente invariato il contenuto della Costituzione europea.

[27] Per una critica del modello di giustizia sociale sotteso al diritto private europeo v. L. NOGLER, U. REIFNER (eds.), *Life Time Contracts - Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague, 2014.

legittimazione democratica che strumenti giuridici fondamentali e altamente simbolici come una costituzione o un codice civile debbono avere per regolare una società. Tuttavia, da questo punto di vista Costituzione e DCFR presentano significative differenze: il testo della Costituzione è stato elaborato da una Convenzione che comprendeva non solo rappresentanti delle istituzioni europee, ma anche dei parlamenti nazionali (anche dei nuovi Stati membri), i lavori erano pubblici ed aperti a contributi esterni. Sebbene nemmeno questa modalità abbia consentito un vero dibattito politico pubblico, non essendo riuscito a mobilitare le opinioni pubbliche nazionali, si è comunque trattato di un procedimento trasparente ed aperto. Altrettanto non è avvenuto per la DCFR: dopo un primo impulso istituzionale, in particolare del Parlamento europeo e della Commissione, l'opera di redazione è stata assegnata ad una rete di accademici, facenti capo a due gruppi, lo *Study Group on a European Civil Code* e il *Gruppo Acquis*[28], i quali hanno lavorato in gruppi di lavoro a porte chiuse, con un limitatissimo coinvolgimento di stakeholders, governi, parlamenti nazionali e cittadini. Una volta resi pubblici i risultati del lavoro di redazione, la mancanza di appoggio politico dell'iniziativa non solo da parte dei governi degli Stati membri, ma anche di una parte significativa della comunità dei giuristi, ha spinto la Commissione ad abbandonare il progetto di una codificazione ad ampio raggio del diritto privato, concentrandosi sugli ambiti, rilevanti ma assai più ridotti, del diritto dei consumatori e della vendita[29].

In conclusione, entrambi i progetti mostrano delle carenze nel coinvolgimento pubblico in fase di redazione (carenze molto più evidenti per la DCFR rispetto alla Costituzione europea), ed entrambi hanno fallito l'obiettivo di diventare lo strumento giuridico europeo dei

[28] Per ulteriori informazioni sulla composizione dei gruppi e del lavoro svolto si vedano i rispettivi siti; per lo *Study Group*: *http://www.sgecc.net/*; per l'*Acquis Group*: *http://www.acquis-group.org/*.

[29] Si veda la Dir. 2011/83 sui diritti dei consumatori, 25 ottobre 2011, G.U.E.E. 22 nov. 2011 L 304/64. Il risultato più direttamente collegato alla DCFR è la proposta di un Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, 11 ott. 2011 COM (2011) 635 def. La stessa denominazione chiarisce la riduzione dell'ambito regolato, essendo questo limitato ad un unico contratto, quello di compravendita, ovvero una rilevantissima riduzione rispetto alla copertura della DCFR. V. AA.VV. (eds.), *The proposed common European sales law: the lawyers' view*, Monaco, 2013.

rispettivi ambiti (anche qui con importanti differenze: la Costituzione è stata firmata, ed è venuta meno nel successivo processo di ratifica, mentre la CFR si è arenata nella fase preparatoria, non avendo avuto il sostegno politico necessario per essere trasformata in uno strumento normativo).

Questo non significa che i due progetti non abbiano avuto importanti conseguenze[30], tuttavia il loro destino evidenzia un problema strutturale nella definizione del ruolo del diritto nella creazione di un'identità europea. Da un punto di vista tecnico la difficoltà di raccordare un modello unitario europeo (costituzionale o privatistico) con il pluralismo giuridico degli Stati, proprio di un sistema multi-livello come quello dell'attuale Unione europea, si riflette nel problema della definizione delle competenze[31]. La tensione fra l'integrazione europea e la disintegrazione che essa causa a livello nazionale non può essere risolta con meccanismi di mera *governance*, ma richiede al contrario un'aperta gestione politica dei conflitti e la ricerca di una sintesi che è anch'essa di natura politica, prima che giuridica, e che richiama le questioni proprie dei sistemi di natura federale riguardo ai meccanismi di natura costituzionale di risoluzione dei conflitti di competenza e di preemption[32].

---

[30] Questo è evidente soprattutto nel caso della Costituzione: infatti, il successivo Trattato di Lisbona, nonostante l'apparente discontinuità, nella sostanza mantiene tutte le novità rilevanti della Costituzione, quali il nuovo impianto istituzionale e il valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali; v. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, cit. Nel caso della DCFR, molte delle regole in materia di vendita sono state riprese nella proposta di regolamento in materia di diritto comune europea della vendita.

[31] In particolare, nel caso del Codice civile la posizione delle istituzioni europee, in primis la Commissione, è che la competenza in materia di mercato interno sia sufficiente per conferire all'Unione europea il potere di normare l'intero diritto privato patrimoniale. Tuttavia, è tutt'altro che pacifico che il mercato interno, e la corrispondente logica funzionalistica, richiedano una completa uniformazione dell'intero diritto privato patrimoniale, e che questo sia compatibile con l'applicazione del principio di sussidiarietà. Sul tema della suddivisione delle competenze si veda S.R. WEATHERHILL, *Better Competence Monitoring*, 30 *Eur. L. Rev.* (2005), 23.

[32] V. C. JOERGES, *A New Type of Conflicts Laws as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation*, in C. JOERGES, J. FALKE (eds.), *The Social Embeddedness of Transnational Markets*, Oxford, 2010; ID., *Unity in Diversity as Europe's Vocation and*

3. Consumatore e mercato interno: un cittadino in cerca di autore?

Come abbiamo visto, la nozione di cittadinanza dell'Unione assume dei contenuti peculiari che non ricalcano quelli propri della cittadinanza nazionale, ma si sommano e si intersecano con essi.

Occorre ora analizzare il rapporto che lega la nozione di cittadino dell'Unione con quella di consumatore, un rapporto complesso che risulta esemplificativo delle origini e dell'evoluzione del percorso integrativo europeo[33].

La nozione di consumatore è legata inscindibilmente a quella di mercato interno, che è stato storicamente il motore dell'integrazione comunitaria[34]. Essa ha avuto nel tempo una sorta di "mutazione genetica": negli anni '60 e '70 era stata costruita sulla figura del soggetto debole del rapporto di consumo, bisognoso di un apparato di norme di tutela di natura imperativa. Gradualmente, soprattutto a partire dalla metà dagli anni '80 e con la rinnovata centralità dell'idea di mercato interno, rilanciata dall'Atto Unico Europeo, il consumatore si è trasformato in un soggetto attivo del mercato, la controparte del professionista nel rapporto di consumo, che necessita di un impianto normativo che ne incentivi la partecipazione con norme abilitative, piuttosto che con camicie di forza paternalistiche di tutela. Lo spostamento semantico è evidente anche nel cambio che è avvenuto nella definizione dell'ambito giuridico che si occupa di questo settore, originariamente denominato "diritto della tutela del consumatore" (*consumer protection law*), ed ora prevalentemente trasformato in "diritto del consumatore"

Conflicts Law as Europe's Constitutional Form, London School of Economics and Political Science, LEQS Paper No. 28/2010, rev. April 2013.

[33] S. WEATHERHILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005 (2ª ed.); N. REICH, H.-W. MICKLITZ, P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp, 2006; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2008 (2ª ed.).

[34] Per una discussione critica della nozione di consumatore si veda M. EVERSON, *Legal Constructions of the Consumer*, in F. TRENTMAN (ed.), *The Making of the Consumer Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Oxford-New York, 2006, 99-124; M. EVERSON, C. JOERGES, *Consumer Citizenship in Postnational Constellations*, EUI Working Papers, Law 2006/47; M. DANI, *Assembling the Fractured Consumer, London School of Economics and Political Science*, LEQS Papers, 29/2011 (*http://www. lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper29.pdf*).

(*consumer law*)[35]. Questo dato non viene smentito dall'impianto del Codice civile europeo, o meglio della DCFR, perché in esso la dimensione protettiva del consumatore e di altri soggetti deboli è relegata in secondo piano rispetto all'autonomia privata[36].

Questa evoluzione si connette con la nozione di cittadino dell'Unione e il suo sviluppo. In prima battuta il cittadino europeo è un soggetto attivo, che sceglie di spostarsi nello spazio europeo, e perciò si vede conferire degli specifici diritti, in particolare quello di spostarsi e di risiedere negli altri Stati membri. Gli ambiti di tutela e di solidarietà continuano ad essere collocati a livello nazionale, ed è a questo livello che si collocano i diritti corrispondenti.

Perciò, così come il cittadino dell'Unione è il soggetto attivo e mobile che necessita unicamente della tutela passiva della propria libertà (di circolazione, di voto, ecc.), il consumatore è il soggetto attivo del mercato, che a sua volta necessita di norme che gli consentono di agire nel mercato transnazionale europeo. L'enfasi è conseguentemente sul ruolo del diritto nel garantire l'apertura a soggetti attivi "medi" informati e consapevoli[37], non di protezione di soggetti deboli e marginali. Il cittadino e il consumatore sono quindi gli alfieri della creazione dello spazio europeo attraverso l'esercizio dei propri diritti.

Questa diversa concezione del cittadino e del consumatore è foriera di tensioni fra il livello europeo e quello nazionale: se da un lato il diritto UE spinge verso una maggiore integrazione transnazionale, esso d'altro canto produce fenomeni disintegrativi a livello nazionale, conseguenti al contrasto fra la logica solidaristica e protettiva che permane

[35] V. H.-W. MICKLITZ, *The expulsion of the concept of protection from the consumer law and the return of social elements in the civil law - A bittersweet polemic*, EUI Working Papers, Law 2012/03.

[36] Questa tensione si ritrova anche a livello nazionale: in molti sistemi europei (oltre a quello italiano, ad es., quello francese e quello belga) il diritto dei consumatori rimane scorporato dal diritto civile, ed è inserito in un autonomo codice. In altri sistemi (come quello tedesco e quello olandese) le principali norme di tutela del consumatore sono state invece inserite nel codice civile, tuttavia anche in questo caso permangono delle tensioni di fondo nella logica sottesa ai diversi tipi di norme.

[37] Nelle parole di Micklitz, un consumatore «normativamente ottimizzato ed onnipotente»: H.-W. MICKLITZ, *The expulsion of the concept of protection from the consumer law and the return of social elements in the civil law*, cit., 7.

(seppure con declinazioni molto diverse nei vari Paesi) a livello nazionale, e quella individualistica e liberale del livello europeo.

Tali tensioni sono state fino ad ora compensate dal fatto che nei settori di competenza comunitaria più sensibili dal punto di vista sociale, la tecnica utilizzata fino a poco tempo fa è stata quella dell'armonizzazione minima, cioè della definizione di standard transnazionali che uniformino il livello minimale di tutela, lasciando agli Stati la possibilità di mantenere soglie di tutela più elevate e diversificate. Tuttavia, da ultimo lo strumento dell'armonizzazione minima, che risponde alla logica di un sistema multi-livello, è stato progressivamente abbandonato dalle istituzioni, soprattutto dalla Commissione[38]. Particolarmente nel settore della tutela dei consumatori si è assistito ad uno spostamento crescente verso l'armonizzazione massima (selettiva o generale), che implica l'eliminazione dell'autonomia degli Stati di stabilire il livello di tutela ottimale dei soggetti deboli[39]. Il cambiamento è formalmente motivato in chiave tecnica: essendo la politica in materia di consumo collegata al mercato interno, e quindi all'eliminazione delle barriere che ne impediscono il corretto funzionamento, l'armonizzazione minima risulta una tecnica insufficiente e sub-ottimale, perché consente di mantenere differenti regimi normativi che costituiscono un ostacolo alla attività transfrontaliera dei consumatori e dei professionisti. Naturalmente, dietro il piano tecnico sta ancora una volta una questione di natura squisitamente politica: se gli Stati non hanno più il potere di fissare autonomamente i livelli di tutela adeguati che rispettino una soglia minima, questo significa che le scelte sociali che riguardano la definizione dei soggetti deboli e dei modi attraverso cui garantire loro un'adeguata pro-

[38] S.R. WEATHERILL, *Maximum versus Minimum Harmonization: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market*, in N. NIC SHUIBHNE, L. GORMLEY (eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A Usher*, Oxford, 2012; C. MAK, *Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation?*, *Eur. Rev. Priv. L.* 17 (2009), 57.

[39] In realtà il rapporto fra armonizzazione minima e massima è più complesso: entrambe possono essere abbinate all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, che implica una competizione fra sistemi normativi nazionali; l'armonizzazione massima può essere selettiva (*targeted*); l'armonizzazione può riguardare le regole sostanziali, oppure quelle di diritto internazionale privato (e in quest'ultimo caso le regole sostanziali nazionali restano intatte).

tezione giuridica viene spostato al livello europeo. In quest'ultimo, peraltro, il problema viene trattato e deciso esclusivamente come un problema di *governance*, senza che le implicazioni politiche delle scelte compiute vengano esplicitate e discusse.

L'esito di questo processo è che gli Stati vengono progressivamente spogliati della loro capacità di decidere autonomamente il quadro giuridico che governa alcuni tipi di relazioni sociali, ma allo stesso tempo a livello europeo manca ancora un sistema istituzionale e normativo che garantisca adeguatamente la legittimazione e la democraticità delle decisioni prese[40].

È stato osservato che lo *Zeitgeist* odierno ha relegato le questioni sociali sullo sfondo del dibattito politico e giuridico[41]. L'espansione del diritto dei consumatori a livello europeo è quindi una vittoria di Pirro: il prezzo da pagare per questo ampliamento è la modifica strutturale dei sistemi di protezione. Tuttavia, non per questo le questioni sociali scompaiono, ed occorre sapere cogliere in filigrana la direzione impressa in questo ambito dagli sviluppi dell'integrazione economica[42].

Nell'ambito del diritto dei consumi questa nuova visione si è materializzata nel corso degli anni '80, e con maggior enfasi a partire dall'inizio del nuovo millennio, quando il baricentro del diritto dei consumatori si è spostato gradualmente da una logica di tutela di un soggetto del mercato considerato strutturalmente debole, e quindi bisognoso di tutela, ad una di efficienza economica del mercato, di cui il consumatore è una parte attiva, che va incentivata attraverso un impianto normativo che lo stimoli al consumo transfrontaliero (ad es. fornendogli informazioni complete). Nella nuova visione la tutela del consumatore non è un obiettivo in sé, ma piuttosto uno dei vari strumenti che gli consentono di agire liberamente all'interno del mercato.

---

[40] C. JOERGES, C. SCHMID, *Towards Proceduralisation of Private Law in the European Multi-Level System*, *ZERP Working Paper* 3/2010 (*http://ssrn.com/abstract=2198863*).

[41] Per una lettura critica, ma anche aperta, dell'evoluzione dell'Europa, si veda Z. BAUMAN, *L'Europa è un'avventura*, Roma-Bari, 2006.

[42] H.-W. MICKLITZ, *The expulsion of the concept of protection from the consumer law and the return of social elements in the civil law*, cit., 6-7.

Questa scelta di politica del diritto si riflette nella scelta della base giuridica degli strumenti di diritto derivato: l'art. 114 TFUE, in materia di mercato interno, consente l'armonizzazione massima, perché l'obiettivo è quello di eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato stesso, e divergenze normative nei sistemi nazionali possono costituire un simile ostacolo, costringendo professionisti e consumatori ad adeguarsi a norme diverse a seconda dello Stato membro in cui operano. Al contrario, l'art. 169 TFUE, in materia di tutela dei consumatori, stabilisce che il diritto UE possa solamente prevedere norme di armonizzazione minima, che consentono agli Stati di mantenere norme di tutela più elevata. La ragione di questo diverso regime discende dal fatto che nel caso della tutela dei consumatori l'obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato è derivato e secondario rispetto a quello di predisporre meccanismi protettivi adeguati secondo il modello sociale proprio di ciascuno Stato.

Da questa premessa di fondo discende poi un elemento tecnico di grande rilevanza, quello della scelta della base giuridica degli strumenti di diritto derivato in questo settore. Posto che ogni misura in materia di tutela del consumatore riguarda anche il funzionamento del mercato, tanto l'art. 114 TFUE quanto l'art. 169 TFUE sono astrattamente applicabili. La scelta di privilegiare l'uno o l'altro ha importanti conseguenze di politica del diritto, determinando la possibilità o meno di optare per meccanismi di armonizzazione massima (nel caso di misure legate al mercato interno), e definendo specificamente gli equilibri fra protezione del consumatore e promozione del mercato[43].

In sintesi, quindi, l'endiadi consumatore-mercato risulta una costante del diritto europeo, che determina una differenza strutturale rispetto alle norme riguardanti il consumatore proprie del livello statale. Non si tratta di un dato sorprendente: la scelta dell'integrazione economica come motore del processo integrativo europeo fa parte del DNA dell'Unione/Comunità fin dai tempi dei Trattati di Parigi e di Roma negli anni '50. Il contesto in cui però oggi si dispiega questa centralità è radicalmente mutato: l'Unione non si limita a regolare gli aspetti eco-

[43] V. S.R. WEATHERILL, *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, 13 *Eur. Bus. Law Rev.* (2002), 497.

nomici dell'integrazione, ma interviene direttamente (attraverso la creazione di nuove competenze a livello europeo) e indirettamente (attraverso i vincoli posti ai sistemi nazionali anche negli ambiti che rimangono formalmente di loro competenza) in una varietà crescente di competenze di natura sociale. Perciò, la tensione irrisolta fra consumatore e mercato si sviluppa in modo dinamico, e richiede una revisione di fondo: quanto più si espande l'ambito del diritto europeo dei consumatori, tanto più necessario che le scelte politiche che ne stanno alla base siano discusse e condivise apertamente, e non camuffate da scelte di tipo puramente tecnico.

La connessione con la nozione di cittadinanza dell'Unione e la previsione della tutela del consumatore come un diritto fondamentale nella Carta dei diritti fondamentali (art. 38, inserito nel titolo IV dedicato alla solidarietà) è potenzialmente capace di aprire una nuova dimensione costituzionale nella definizione di consumatore e del suo ruolo normativo, che la leghi non solo al mercato, ma alla tutela della persona come portatrice di diritti fondamentali[44]. Tuttavia, tale potenzialità non ha finora avuto l'effetto di mutare il paradigma, diversamente da quanto sta avvenendo, seppure in modo frammentario, in tema di libertà di circolazione delle persone.

4. Diritto sociale europeo: fra diritto privato e diritto pubblico

Sebbene la tendenza nell'evoluzione del diritto dei consumatori sia attualmente orientata prevalentemente verso le esigenze di mercato, non mancano tuttavia dei segnali che indicano lo sviluppo di meccanismi di tutela. In particolare, sebbene la giurisprudenza della Corte di giustizia in alcuni importanti casi abbia avvallato la visione del consumatore con un soggetto "medio" attivo e consapevole che agisce nel mercato attraverso le libertà economiche[45], in altri ambiti ha accolto

[44] C. MAK, *Europe-building through private law. Lessons from constitutional theory*, *Eur. Rev. Contract L.* 8 (2012), 326-341.

[45] T. WILHELMSSON, *The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law — A Comment*, in G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, D. PARRY, A. NORDHAUSEN, *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Alder-

un'interpretazione delle norme di diritto privato aperta agli elementi "costituzionali" della tutela dei diritti fondamentali (particolarmente attraverso il principio di non discriminazione), come ad es. nel caso Test Achats[46], in cui l'Avvocato generale Kokott ha proposto di effettuare il controllo di legittimità delle norme di diritto secondario sulla base della Carta dei diritti fondamentali.

Inoltre, nel settore dei servizi vi sono stati degli sviluppi normativi importanti, che incidono trasversalmente sulle categorie del diritto pubblico e del diritto privato e che introducono elementi di protezione significativi. Queste norme sono rimaste fuori dalla DCFR, perché, pur essendo inserita in essa una parte dedicata ai servizi, essa non copre gli ambiti in cui il diritto UE ha stabilito soluzioni innovative, quali i servizi finanziari, energetici, delle telecomunicazioni, dei trasporti e postali, per quanto riguarda i c.d. servizi universali, cioè la regolamentazione prevista per garantire l'accesso ai servizi essenziali[47]. Sebbene questi strumenti (in genere direttive) non abbiano un ambito di applicazione soggettivo formalmente legato alla figura del consumatore, nella sostanza esse sono dirette a soggetti assimilabili ad esso: gli "utenti" o "clienti" sono i destinatari di servizi essenziali che dispongono di un limitato potere contrattuale, e il cui regime varia nel caso si tratti di clienti considerati svantaggiati nell'accesso al servizio. Non si tratta di un insieme sistematico di norme, dato che esse vengono di volta in volta definite per regolare settori caratterizzati da contesti specifici e idiosincratici, tuttavia è importante tenere presente che nella generale evoluzione del diritto dell'UE si possono rintracciare settori importanti in cui si stanno sviluppando regole ispirate a criteri diversi rispetto al corpus formalmente legato al diritto dei consumi. La capacità del diritto

---

shot, 2007; S. WEATHERILL, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer*, in H.-W. MICKLITZ (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Baden-Baden, 1996, 424-440.

[46] *Test-Achats*, C-236/09, 1 marzo 2011, in *Racc*., I-773 (il caso riguarda l'applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne nella definizione dei premi assicurativi).

[47] H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, EUI Working Papers, Law 2008/14.

europeo di sviluppare modelli normativi in grado di farsi carico di esigenze sociali va quindi valutata anche rispetto a questi settori, che tendono a rimanere in secondo piano rispetto a quelli propri del diritto dei consumatori e del diritto privato europeo[48].

In un sistema multi-livello come quello europeo, in cui il diritto nazionale continua a giocare un ruolo essenziale, il giurista può operare per raccordare e sviluppare delle sinergie fra il diritto europeo che introduce norme attente alle esigenze di tipo sociale con gli strumenti del diritto nazionale, quali ad es. le clausole generali, come quella di correttezza e buona fede[49].

Questa operazione di raccordo fra diritto europeo e diritto nazionale è particolarmente complessa, ed al tempo stesso assolutamente necessaria, a causa della strutturale frammentarietà del diritto europeo, caratteristica che deriva dalla sua impronta funzionale: la creazione di norme armonizzate si rende necessaria quando la varietà nazionale costituisce un ostacolo al funzionamento del mercato interno. Perciò, fino al progetto di codificazione insito nella DCFR, che sembrerebbe ora abbandonato, la scelta è stata sempre quella di intervenire su settori limitati e specifici, il che ha comportato inevitabilmente una serie di lacune, sovrapposizioni e contrasti fra le diverse normative settoriali. Nella misura in cui è possibile rinvenire delle linee direttive comuni, è il diritto nazionale che continua a fornire un impianto sistematico di concetti e principi generali che costituisce il tessuto connettivo di queste normative specifiche. Se invece la ratio sottesa ai diversi corpi normativi è incompatibile si verifica un fenomeno che Teubner ha definito di «irritazione giuridica»[50], che deriva dal fatto che, anche qualora non

[48] Per un'analisi del rapporto fra diritto privato, europeizzazione e globalizzazione si veda R. MICHAELS, N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in 54 *Am. J. Comp. L.* (2006), 843.

[49] C. JOERGES, C. SCHMID, *Towards Proceduralisation of Private Law in the European Multi-Level System*, cit.

[50] G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, 61 *Mod. L. Rev*. (1998), 11-32. Micklitz ne dà una definizione in positivo, come «distruzione creativa» (*creative distruction*): H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law*, cit., 27.

sia riconciliabile con la struttura del diritto nazionale, il diritto europeo deve comunque prevalere in base al principio di supremazia.

Le modalità di raccordo sono però diverse a seconda di come si imposta il rapporto fra il livello europeo e quello nazionale: se la creazione di norme, anche nel diritto dei consumatori, mira alla creazione di una struttura unitaria europea di natura "costituzionale", allora il rapporto sarà di tipo marcatamente gerarchico: le norme nazionali devono limitarsi ad attuare nel proprio ambito il diritto europeo, essendo per il resto sostituite da quelle sovranazionali. Diversamente, se si propende per un modello in cui lo sviluppo del processo di integrazione rimane aperto negli obiettivi finali e non prevede una completa convergenza dei due livelli, il diritto europeo e quello nazionale debbono essere necessariamente coordinati, senza però che questo implichi la sovrapposizione degli obiettivi e dei metodi sovranazionali a livello degli Stati membri, preservando una situazione di pluralismo giuridico[51]. In questo scritto viene adottata questa seconda impostazione, per due motivi: il primo perché la prospettiva di una piena unificazione giuridica non pare concretamente percorribile, come dimostrano le già ricordate vicende della Costituzione e del Codice civile europeo, perché manca dei necessari presupposti di legittimazione. In secondo luogo, perché una piena assimilazione non solo non appare fattibile, ma nemmeno auspicabile: il pluralismo giuridico riflette un pluralismo politico e sociale che non va combattuto, ma preservato ed attuato con flessibilità e visione sistematica.

Le dinamiche legate al mercato interno sono una cartina di tornasole in questo contesto: l'esistenza di un mercato interno non presuppone una piena uniformazione degli standard giuridici. Tuttavia, la logica funzionale che presiede alla costruzione del mercato europeo ha gradualmente e incessantemente spinto verso all'unificazione e l'appiattimento della regolazione. Anche in questo ambito, però, a fianco della logica funzionale economicistica si sono sviluppati nuovi meccanismi di *governance* che presuppongono nuovi modi di creazione del diritto, ad esempio attraverso sistemi di co-regolamentazione, e nuovi

[51] V. T. WILHELMSSON (ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, The Hague, 2007.

modi di applicazione (*enforcement*), quali sistemi di tutela collettiva e di risoluzione alternativa delle controversie (ADR)[52]. Occorre indagare quali sono le caratteristiche di questo nuovo diritto legato a diversi meccanismi di *governance*, in primo luogo per valutare la loro possibile legittimazione, che deriva dal livello di partecipazione, trasparenza e responsabilità (*accountability*). Questo implica un nuovo modo di incontro/scontro fra la logica funzionale del mercato interno e la politicizzazione dei processi decisionali, che ha mutato la natura del processo giuridico e del diritto, che se da un lato ne aumenta significativamente l'ambito di rilevanza, dall'altro mette in crisi la tradizionale visione della *rule of law*. Il diritto è infatti crescentemente utilizzato come strumento tecnocratico, soprattutto di governo dell'economia, sottratto alle tradizionali regole di creazione e controllo democratico, e al tempo stesso come strumentario di programmazione politica. Entrambi questi sviluppi forzano il diritto rispetto alla funzione che gli è tradizionalmente stata assegnata nelle democrazie occidentali, e comportano al tempo stesso una sovraesposizione ed un indebolimento del diritto. Le conseguenze sono che le regole giuridiche tendono spesso ad avere una natura programmatica e politica, e al tempo stesso non sono però il frutto di un confronto politico aperto. Inoltre, spesso le modalità di applicazione delle regole giuridiche sfuggono al circuito pubblico (in primis le corti) e vengono affidate a forme decisionali c.d. soft[53].

5. Consumatore-cittadino europeo: quo vadis?

L'analisi svolta ci consente di riprendere le argomentazioni svolte in apertura di questo lavoro sul rapporto fra le nozioni di cittadino e consumatore dell'Unione ed il ruolo del principio di antidiscriminazione. Così come nel caso dell'attuazione dei diritti derivanti dalla cittadinanza, anche nel caso dell'applicazione dei diritti dei consumato-

[52] H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, cit.

[53] H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law*, cit., 13-14.

ri nell'ambito del mercato interno, il principio di non discriminazione consente di introdurre nuovi valori, legati ad una visione della giustizia come "access justice", cioè come garanzia di accesso a beni e servizi. Resta da verificare però fino a che punto questa forma di giustizia sia compatibile con diverse accezioni di giustizia, in primis distributiva (cioè sociale) e correttiva, che con varie declinazioni caratterizzano i sistemi nazionali.

L'analisi dei settori in cui si sta sviluppando questo nuovo tipo di diritto privato europeo fornisce un quadro composito e frammentario[54]. L'esempio più significativo è quello del diritto dei mercati regolamentati, in cui rientrano il diritto delle assicurazioni e degli investimenti finanziari, e il diritto delle reti, cioè di quei mercati in cui processi di privatizzazione e liberalizzazione hanno spostato alcune attività dal settore pubblico a quello privato, sottoponendo però i vincoli contrattuali a vincoli stringenti procedurali e sostanziali[55], che mirano a garantire l'accessibilità e la disponibilità (*accessibility* and *affordability*) dei servizi. Vi sono inoltre importanti profili di disciplina di diritti individuali di natura contrattuale e privatistica nell'ambito del diritto degli appalti, della concorrenza e degli aiuti di Stato. Infine, caratteristiche innovative di regolamentazione si ritrovano anche in settori più vicini all'ambito tradizionale del diritto dei consumatori, come le pratiche commerciali, la sicurezza dei prodotti e degli alimenti, i servizi ed i diritti di proprietà intellettuale.

In tutti questi ambiti il diritto è utilizzato in modo dinamico per smantellare situazioni di monopolio ed introdurre dinamiche competitive di mercato, e tende ad essere parcellizzato settorialmente. Tuttavia, come abbiamo visto, esse condividono alcune caratteristiche comuni, ed è quindi possibile analizzarle in modo congiunto al fine di identificare il loro impatto sul diritto nazionale. Da un punto di vista del contenuto tutte queste normative contengono meccanismi protettivi della parte considerata strutturalmente debole, quali obblighi informativi e di trasparenza, e meccanismi rimediali specifici, quali il diritto di recesso in

[54] V. G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2013 (4ª ed.).

[55] Questi vincoli possono limitare in modo molto inteso la libertà contrattuale, ad esempio imponendo al fornitore l'obbligo di contrarre, o limitando la possibilità di risolvere il contratto in caso di ritardato pagamento della controparte.

ambito contrattuale, nonché l'uso di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (integrando in questo modo aspetti sostanziali ed aspetti procedurali).

Dal punto di vista procedurale questo tipo di norme viene creato con procedure diverse da quelle legislative ordinarie, e con l'intervento di soggetti diversi dalle istituzioni europee, spesso definiti con l'espressione generica (e vaga!) di "stakeholders" (cioè di soggetti interessati), sia nella fase propedeutica alla formulazione di proposte normative (ad es. attraverso studi e consultazioni), che successiva (ad es. attraverso valutazioni di impatto). Questo sviluppo non è scevro di criticità, perché il coinvolgimento degli *stakeholders* è cosa diversa dalle forme di partecipazione democratica (sia perché essi tendono ad essere nella pratica i soggetti organizzati che riescono ad operare come gruppi di pressione, sia perché non ci sono regole trasparenti che garantiscano le modalità di partecipazione di tutti i soggetti). Inoltre, il ruolo di ulteriori soggetti è ancora maggiore in quei settori caratterizzati da aspetti tecnici complessi (come ad es. le telecomunicazioni, l'energia, ecc.), in cui il diritto secondario si limita a fissare degli standard, lasciando la definizione delle regole applicative di dettaglio a meccanismi di regolazione semi-vincolante o non vincolante adottati da soggetti non istituzionali (come avviene nel nuovo sistema di normazione tecnica, nel metodo aperto di coordinamento nell'ambito della politica del lavoro e sociale, e nella c.d. procedura Lamfalussy nell'ambito dei servizi finanziari), il cui controllo è sovente demandato a soggetti privati (nelle varie forme di ADR) o ad agenzie pubbliche europee o nazionali. Di conseguenza, questo tipo di norme appare problematico dal punto di vista della legittimità, della trasparenza e della responsabilità (*accountability*), accentuandone la natura tecnocratica, che il controllo di Consiglio e Parlamento europeo in fase di approvazione di normative secondarie, e quello successivo della Corte di giustizia, riesce solo in parte a colmare.

Un ulteriore importante versante riguarda il regime di tutela dei diritti. Il diritto europeo non ha elaborato un proprio diritto procedurale autonomo, e di massima si affida quindi agli apparati procedurali e rimediali nazionali, con l'unico limite della garanzia della equivalenza del livello di tutela rispetto ai diritti interni (principio di equivalenza) e della efficacia della tutela approntata (principio di efficacia). Tuttavia,

ciò non ha impedito la progressiva estensione dei meccanismi di tutela propriamente europei, non solo per quanto riguarda le modalità di risoluzione stragiudiziale delle controversie (ADR), ma anche per particolari meccanismi giudiziari, come ad esempio gli strumenti di tutela collettiva nell'ambito della tutela dei consumatori, che ha avuto grande importanza nel garantire l'applicazione dei diritti derivanti dagli strumenti europei. Anche in quest'ambito, la compresenza di apparati rimediali nazionali ed europei richiede un adeguato coordinamento, non solo verticale fra autorità europee e nazionali, ma anche orizzontale fra autorità nazionali, incaricate di dare applicazione alle norme, siano esse giudiziarie o amministrative[56], per garantire il raccordo fra i diversi sistemi e livelli di tutela.

Il raccordo fra alcuni degli sviluppi più recenti del diritto privato europeo e la progressiva definizione dei contenuti dei diritti legati alla cittadinanza europea ad opera della Corte di giustizia e della normativa secondaria consente di dare una nuova lettura del percorso evolutivo del diritto europeo. Si tratta di un percorso accidentato e tutt'altro che lineare, ma che apre nuove prospettive di *cross-fertilization* fra diritti fondamentali e libertà economiche, in cui la coesistenza fra il diritto europeo e quello nazionale apre alla possibilità di sviluppare un dialogo fra diverse visioni sociali, che tenga conto delle necessità del processo integrativo europeo ma anche delle diversità e della ricchezza delle tradizioni nazionali europee.

[56] Symposium *Special Issue on Interactive Private Law Adjudication in the European Multilevel System - Analytical Explorations and Normative Challenges*, 8 *Eur. Rev. Priv. L.* 1 (2000).

GLI STATUS INTERMEDI E LA CITTADINANZA DELL'UNIONE

UN POSSIBILE PERCORSO

Gracy Pelacani

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 1.2. L'ipotesi ricostruttiva: un percorso. - 2. La cittadinanza dell'Unione: caratteristiche ed evoluzione. - 3. La politica migratoria dell'Unione: gli status intermedi. - 4. Conclusioni.*

1. Introduzione

La connessione tra la disciplina del fenomeno migratorio e i modi di acquisto e perdita della cittadinanza è un legame che, sebbene possa risultare ovvio, occorre sottolineare nel momento in cui si desideri riflettere su questi ambiti da una prospettiva capace di coglierne le reciproche influenze[1]; una visione di insieme delle due discipline, inoltre, permette di evidenziare le incongruenze e le lacune che entrambe presentano, e che in assenza di questa connessione non emergerebbero,

[1] A conferma dell'impostazione scelta, ossia della necessità di riflettere sulle politiche migratorie e sulla cittadinanza dell'Unione in modo congiunto, si evidenzia come già le conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampere del 1999, il primo programma pluriennale volto a determinare i principi e le linee guida in materia di politiche migratorie dell'Unione europea, riportavano l'approvazione da parte del Consiglio dell'obiettivo di fornire a coloro che avessero soggiornato regolarmente per lungo tempo sul territorio di uno degli Stati membri la possibilità di acquisire la cittadinanza nazionale di quello stesso Stato. Cfr. Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, p.to 21, disponibile all'indirizzo *http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm*. V. anche D. KOCHENOV, *Rounding up the Circle: The Mutation of Member States' Nationalities under Pressure from EU Citizenship*, EUI Working Papers, RSCAS 2010/23.

o emergerebbero in modo più flebile[2]. Pertanto, se «pensare l'immigrazione significa pensare lo Stato ed è lo Stato che pensa se stesso pensando l'immigrazione»[3], va da sé che riflettere sui modi in cui l'Unione europea regola il fenomeno migratorio, i principi che pone alla base delle sue politiche in questo ambito, ed i nessi tra questa disciplina e la cittadinanza dell'Unione non può che condurre, a sua volta, a riflettere sul significato che assumono all'interno di questo ordinamento concetti intimamente radicati nel linguaggio, nella costruzione e nell'evoluzione dello Stato nazionale[4] come «territorio», «confini», «cittadinanza» e «appartenenza»[5].

A partire dal momento in cui, con il trattato di Amsterdam, l'Unione europea ha acquisito competenze in materia migratoria[6], sono progressivamente emersi all'interno di questo ordinamento diversi status caratterizzanti la figura del non cittadino[7] dell'Unione, ossia di un cittadino di un paese terzo, ed i diritti di cui lo stesso gode dal momento in cui fa ingresso nel territorio di uno degli Stati membri. Inoltre, l'avere l'Unione europea, negli ultimi decenni, ampliato la gamma delle si-

[2] C. JOPPKE, *How immigration is changing citizenship: a comparative view*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2010, 22, 629-632.

[3] A. SAYAD, *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul «pensiero di Stato»*, in *Aut Aut*, 1996, 275, 8.

[4] *Stato (dir. cost.)*, in *Enc. dir*., XLIII, Milano, 1990, 762. V. anche *Stato*, in *Digesto disc. pub.*, XV, Torino, 1999, 27-28.

[5] «La condizione di straniero – e a maggior ragione quella di straniero irregolare o clandestino – non è un attributo del singolo individuo, bensì l'esito di scelte, per lo più unilaterali, di regolazione della possibilità di ingresso e permanenza in un certo paese, delle modalità per acquisirne la cittadinanza ed eventualmente perderla, il tutto in conformità a una determinata dottrina statuale», L. ZANFRINI, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Bari, 2007, IX; R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e in Germania*, Bologna, 1997, 14-15.

[6] Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, 97/C 340/01. V. art. 2, Trattato sull'Unione europea (versione consolidata), G.U.C.E. n. C 340 del 10/11/1997.

[7] Cfr. A. MAGNANENSI, P. PASSAGLI, E. RISPOLI (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Madrid 25-26 settembre 2008, 5, disponibile all'indirizzo *http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_209.pdf*.

tuazioni disciplinate dagli atti provenienti da tale ordinamento e riconducibili alla regolazione del fenomeno migratorio, ha finito, com'è ovvio, anche per influenzare l'evoluzione e le riforme delle normative nazionali in materia migratoria e riguardanti i modi di acquisto della cittadinanza degli Stati membri[8].

Ne consegue che nell'ampliare il campo d'osservazione oltre i confini dei singoli Stati membri, si osserva che la distinzione tra cittadino e non cittadino – la quale già a livello nazionale ha visto da tempo sfumare la sua funzione di unico criterio determinante nel definire la condizione ed i diritti dei non cittadini che si trovano a risiedere sul territorio dello Stato[9] – ha visto accrescere la propria complessità e stratificazione anche a livello dell'ordinamento dell'Unione europea. Infatti, per il tramite di direttive e programmi pluriennali, i quali si propongono, nel complesso, l'obiettivo di disciplinare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia[10], il diritto dell'Unione europea ha progressivamente

[8] V., tra altri, artt. 1, 4, c. 5 e 9, d.lgs. n. 286 del 1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero) così come modificato a seguito della trasposizione della direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare e della direttiva 2003/109/CE sullo status di soggiornante di lungo periodo. V. anche D. KOCHENOV, *Rounding up the Circle: The Mutation of Member States' Nationalities under Pressure from EU Citizenship*, cit.

[9] V. F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa": *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani 8-9 giugno 2012, 26-28, V. anche Corte costituzionale sentenze nn. 432/2005, 306/2008, 187/2010, 40/2011.

[10] Cfr. Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, nel quale si ponevano gli obiettivi di garantire la libera circolazione delle persone tramite una politica comune in materia di asilo e immigrazione, il partenariato con i paesi terzi, la creazione di un sistema comune d'asilo, l'equo trattamento dei cittadini paesi terzi e la gestione dei flussi migratori. Cfr. p.ti 11, 18 e 21. Successivamente, per il cinquennio 2004-2009, viene adottato il Programma dell'Aia il quale prosegue lo sviluppo dei punti principali del programma di Tampere. Particolare enfasi viene posta sull'aspetto della sicurezza, della migrazione economica (con la previsione di quote d'ammissione e principi comuni in relazione all'ingresso), sulla lotta contro l'immigrazione irregolare, e sull'integrazione dei cittadini di paesi terzi, concetto di cui si da qui una prima definizione a livello europeo. Cfr. p.to 1.5, Consiglio europeo, Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della giustizia e della sicurezza nell'Unione europea, 2005/C 53/01, disponibile all'indirizzo *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUri*

caratterizzato e distinto gli status che possono acquisire i cittadini di paesi terzi, a seconda delle ragioni del loro ingresso.

A questa sempre maggiore caratterizzazione della figura del non cittadino dell'Unione, si affianca quel processo che ha visto dal 1992, prima con il trattato di Maastricht[11], poi, a fronte di una quasi immutata lettera dei trattati, per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, una progressiva emancipazione della figura del cittadino dell'Unione dall'essere mero fattore di circolazione all'interno del mercato unico[12], a status che, nei più recenti casi, si è dimostrato essere determinante anche e soprattutto per i cittadini di paesi terzi, al fine di garantire loro diritti di cui altrimenti non avrebbero beneficiato, secondo quanto previsto dal diritto nazionale[13].

Serv.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:IT:PDF. Infine, per gli anni 2010-2014 si adotta il programma di Stoccolma, a conclusione del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, nel quale si insiste sulla gestione efficace del fenomeno migratorio in base a quanto stabilito dal Patto europeo sull'immigrazione e asilo del 2008, ossia un approccio globale alla immigrazione significa affrontare insieme, da un lato, il controllo dei flussi dell'immigrazione regolare, dall'altro la lotta alla immigrazione irregolare e al traffico di essere umani; in aggiunta alla necessaria dimensione esterna del fenomeno che contempla il partenariato con i paesi di origine, transito e destinazione dei migranti, così come il loro sviluppo. Cfr. p.ti 6.1.4, 6.1.5, Consiglio europeo, Programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, 2010/C 115/01, disponibile all'indirizzo *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:it:PDF*. Cfr. anche Patto europeo per l'immigrazione e l'asilo, Consiglio dell'Unione europea, 13440/08, disponibile all'indirizzo *http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/08/st13/st13440.it08.pdf*. V., nello specifico, art. 77 e ss., Trattato sull'Unione europea, G.U.U.E. C 326 del 26/10/2012.

[11] V. art. 8 e ss., Trattato sull'Unione europea (trattato di Maastricht) G.U.C.E. n. C 191 del 29/07/1992.

[12] V. S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, Relazione al convegno promosso dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso su *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 19 ottobre 2007, 1.

[13] V. tra i casi che hanno maggiormente segnato l'evoluzione della cittadinanza dell'Unione: *Micheletti*, C-369/90, sentenza 7 luglio 1992; *Grzelczyk*, C-184/99, sentenza 20 settembre 2011; *Chen*, C-200/02, sentenza 19 ottobre 2004; *Rottmann*, C-135/08, sentenza 2 marzo 2010, *Zambrano*, C-34/09, sentenza 8 marzo 2011; *McCarthy*, C-434/09, sentenza 5 maggio 2011; *O. e S.*, C-356/11 e C-357/11, sentenza 6 dicembre 2012.

1.2. L'ipotesi ricostruttiva: un percorso

Ci si propone di adottare un'ipotesi ricostruttiva della disciplina dell'immigrazione e della cittadinanza nell'ordinamento dell'Unione europea tale da permettere di cogliere, da un lato, le connessioni tra le stesse, e dall'altro capace di mettere in luce le incongruenze e le lacune di entrambe le discipline. Così facendo, si ritiene, sarà possibile, nelle riflessioni conclusive, avanzare alcune proposte tali da rendere il nesso tra la disciplina del fenomeno migratorio e quello della cittadinanza dell'Unione un legame fruttuoso per coloro che dello stesso dovrebbero essere i principali beneficiari, ossia i cittadini di paesi terzi.

Prima di proseguire oltre, però, si rendono necessarie alcune precisazioni: si intende riflettere sulla cittadinanza come uno dei possibili modi in cui può essere qualificata la relazione che un individuo intrattiene con un certo ordinamento e, di conseguenza, con il territorio sul quale questo insiste, e sui modi in cui si caratterizza suddetta relazione a seconda dell'ordinamento preso in considerazione[14].

Da questo angolo di osservazione, che possiamo definire territoriale, la forma assunta dalle cittadinanze nazionali e dell'Unione è quella di una struttura a cerchi concentrici; mentre se la medesima relazione viene osservata dal punto di vista dell'individuo che in questa struttura si trova inserito, la cittadinanza può considerarsi essere «plurale», o, per meglio dire, per il soggetto rileveranno di volta in volta i diversi status che ha acquisito a seconda dell'ordinamento nel quale si troverà a esercitare un certo diritto o dovere.

Nel collegare tra loro le direttive dell'Unione in materia di politiche migratorie e gli status da queste disciplinati, in aggiunta a quanto stabilito nei programmi pluriennali adottati a partire dal 1999[15], si ritiene sia possibile individuare le tappe – costituite da passaggi tra status che conseguono uno all'altro in modo consequenziale – che compongono il percorso che un cittadino di paese terzo intraprende a partire dal momento in cui fa ingresso nel territorio dell'Unione europea fino al momento in cui ne diviene suo cittadino.

---

[14] D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, diritti, identità*, Bari, 1994, 17-18.

[15] V. *supra* nota 10.

Tanto premesso, oggetto di approfondimento saranno sia la disciplina della cittadinanza dell'Unione sia la normativa della stessa in materia di politiche migratorie, ossia le direttive che regolano l'entrata e la permanenza nel territorio dell'Unione, così come i diritti, dei cittadini di paesi terzi. Si prenderanno in considerazione unicamente gli ingressi per motivi di lavoro o per ricongiungimento familiare. Sarà, perciò, esclusa da questa riflessione la normativa riguardante il diritto d'asilo e il riconoscimento dello status di rifugiato.

Con l'espressione "status intermedi" si intendono identificare gli status il cui possesso conferisce ai singoli diritti simili ma non identici a quelli conferiti dalle cittadinanze nazionali e dell'Unione, i quali sono potenzialmente permanenti[16], ovvero il cui possesso non sia di per sé propedeutico all'acquisto della cittadinanza degli Stati membri, e giuridicamente disciplinati. Ne consegue che un'ipotesi ricostruttiva come quella qui proposta, la quale intende presentare gli status intermedi e la cittadinanza dell'Unione come status tra loro consequenziali e le cui discipline sono tra loro coerenti, permette, in primo luogo, di cogliere le connessioni tra i vari status così come sono disciplinati nell'ordinamento dell'Unione; in secondo luogo, di porre in rilievo i legami che sussistono tra la disciplina del fenomeno migratorio – inteso come i criteri e le condizioni di ingresso e soggiorno regolare nel territorio, ma anche e soprattutto come contenuto dello status del non cittadino a seconda dell'ordinamento di riferimento – e le modalità in cui l'Unione e gli Stati membri disciplinano i modi di acquisto della cittadinanza; infine, focalizzando l'attenzione sui modi in cui l'ordinamento dell'Unione disciplina questi status, ma soprattutto i passaggi da uno all'altro, nonché i diritti che a questi sono connessi, sarà possibile mettere in luce alcune specifiche caratteristiche di questo ordinamento, così come della relazione tra questo ed i suoi cittadini[17], dal momento che tali elementi

[16] Si intende con l'espressione «potenzialmente permanenti» mettere in evidenza che il passaggio tra status non è sorretto da alcun automatismo, ma dipende dalla volontà del soggetto nel momento in cui questo integri i requisiti richiesti dalla normativa dell'Unione europea e da quella degli Stati membri.

[17] Paradigmatico su questo punto può considerarsi essere, sebbene sia un approccio criticato dalla più recente dottrina, lo studio di Rogers Brubaker sulla disciplina della cittadinanza in Francia e Germania. Cfr. R. BRUBAKER, *La cittadinanza in Francia e*

rispecchiano, per riprendere la citazione iniziale, come «lo Stato pensa sé stesso»[18].

In conclusione, è opportuno rendere espliciti fin da ora alcuni quesiti che percorrono l'intera riflessione, ed a cui si vorrebbe provare a rispondere in chiusura: ci si chiede, in prima battuta, quale possa considerarsi essere, ad oggi, il «nucleo duro» della cittadinanza nazionale[19]; in secondo ordine, quale nozione di cittadinanza nazionale viene assunta come parametro nel momento in cui si evidenziano le manchevolezze e le criticità della cittadinanza dell'Unione, considerando che in un'Unione europea a ventotto Stati membri convivono modi tra loro diversi di acquisire questo status, che a loro volta, com'è ovvio, sottendono concezioni diverse di cittadinanza e di Stato[20].

Germania, cit.; v. per una critica C. JOPPKE, *Citizenship between De- and Re- Ethnicization*, in *Arch. Europ. sociol*., XLIV, 3, 2003, 429-458; in senso contrario, Y. SOYSAL, *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, Londra, 1994, 136 e ss.

[18] V. *supra* nota 3.

[19] Sul superamento dell'istituto della cittadinanza nazionale v. J. MOSTOV, *Soft borders and transnational citizens*, in S. BENHABIB, I. SHAPIRO, D. PETRANOVIĆ (a cura di), *Identities, Affiliations and Allegiances*, Cambridge, 2007, 136 ss.; M.S. WILLIAMS, *Non territorial boundaries of citizenship*, in S. BENHABIB, I. SHAPIRO, D. PETRANOVIĆ (a cura di), *op. cit.*, 226 ss.

[20] È possibile ricondurre una determinata disciplina dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza, così come la dimensione soggettiva o di appartenenza a questo status connessa, a determinati fattori, i quali permettono a loro volta di dividere gli Stati membri dell'Unione europea in gruppi tendenzialmente omogenei. Questi fattori sono il passato coloniale, il momento storico in cui lo Stato ha sperimentato un processo c.d. di democratizzazione, e, per comprendere le recenti modifiche in senso restrittivo o liberale della disciplina in materia di cittadinanza, la dinamica politica, vale a dire il ruolo e l'orientamento dei partiti politici che hanno fatto uso della cittadinanza come elemento del loro programma politico e della loro campagna elettorale, così come il coinvolgimento dell'opinione pubblica e il modo in cui la stessa è stata coinvolta sulla materia e il grado di polarizzazione raggiunto. M.M. HOWARD, *The politics of Citizenship*, Cambridge, 2009. Prendono in considerazione fattori diversi per comprendere i cambiamenti delle norme nazionali sulla cittadinanza R. BAUBÖCK, M. VINK, *Citizenship Configurations: Analysing the Multiple Purposes of Citizenship Regimes in Europe*, in *Comparative European Politics*, 2013, 11, 621-648.

2. La cittadinanza dell'Unione: caratteristiche ed evoluzione

Accanto a quel processo che parte della dottrina ha definito di appropriazione da parte dell'Unione europea del linguaggio e degli istituti afferenti prima ai diritti fondamentali, e alla cittadinanza nazionale poi[21], possiamo collocare il progressivo ampliamento delle sue competenze in materia di politiche migratorie[22]. Infatti, all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea è possibile osservare, nell'ultimo ventennio, un progressivo incremento degli atti che disciplinano gli status che si collocano nella zona grigia tra l'essere cittadino e non-cittadino. Quest'ultimo status, lungi dal permanere caratterizzato solo in senso negativo, vale a dire secondo quali diritti non sono conferiti al soggetto, ha inglobato status che lo connotano in senso positivo, ossia per i diritti che conferiscono.

L'Unione europea sembrerebbe, in relazione al suo ordinamento, aver definito sia chi può dirsi suo cittadino, sia, regolando i criteri di entrata ed espulsione dal territorio dell'Unione, come si caratterizza lo status del non cittadino. Nel fare questa affermazione, però, non si può prescindere dal precisare due aspetti essenziali per il seguito della riflessione: per quanto riguarda i modi di acquisito della cittadinanza dell'Unione, data la sua natura derivata, l'Unione europea non ha alcuna competenza, essendo questa una materia sulla quale da parte degli Stati membri non vi è stata alcuna cessione di sovranità[23]; in secondo luogo,

[21] V. J. SHAW, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, EUI Working Papers, RSCAS 2010/60, 8-10. V. anche G. DE FIORES, *L'Europa al bivio*, Roma, 2012, 89-90.

[22] Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata), Titolo V, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Capo II, Politiche relative ai controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, artt. 77 ss.

[23] La volontà degli Stati membri di non cedere sovranità all'Unione europea in merito a tutti gli aspetti riguardanti la cittadinanza nazionale è emersa in modo chiaro fin dall'introduzione della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht nel 1992. V. Dichiarazione n. 2 sulla cittadinanza di uno Stato membro, allegata dagli Stati membri all'Atto finale del Trattato sull'Unione europea (GU 1992, C 191, pag. 98), e così formulata: «La Conferenza dichiara che, ogniqualvolta nel Trattato che istituisce la Comunità europea si fa riferimento a cittadini degli Stati membri, la questione se una persona abbia la nazionalità di questo o quello Stato membro sarà definita soltanto in riferimen-

l'Unione ha una competenza di natura concorrente in tutte materie che rientrano all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ex art. 4 c. 2, TFUE, capo del trattato nel quale è ricompresa anche la materia delle politiche migratorie (lett. j)).

Se si assume come tappa finale di questo percorso l'acquisto della cittadinanza dell'Unione, converrà soffermarsi sugli elementi che connotano questo status e sui diritti che lo caratterizzano, prima di passare ad analizzare i c.d. «status intermedi», di modo che risulti chiaro quale è lo status che funge da metro di paragone, ovvero per quali ragioni gli altri status possono dirsi rispetto a questo «intermedi», e perché sia evidente in che cosa consiste l'avanzamento tra status che ha luogo mano a mano che il cittadino di stato terzo prosegue nelle tappe del suo percorso.

Come è noto, la cittadinanza dell'Unione ha natura derivata e aggiuntiva rispetto alle cittadinanze nazionali degli Stati membri[24]. Ne consegue che è cittadino dell'Unione colui che è cittadino di uno Stato membro dell'Unione. Oltre ai diritti «minori» di cui godono i cittadini dell'Unione[25], è possibile affermare che il diritto alla libera circolazione

---

to al diritto nazionale dello Stato membro interessato». V. anche Dichiarazione sulla cittadinanza dell'Unione da parte della Danimarca, allegato n. 3 alle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Edimburgo, 11 e 12 dicembre 1992, Gazzetta ufficiale n. C 348 del 31/12/1992. Ciò nonostante, in due casi la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato il principio per il quale, sebbene gli Stati membri siano gli unici a poter disciplinare i modi di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, devono farlo nel rispetto del diritto dell'Unione europea. Cfr. *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, sentenza 7 luglio 1992, in *Racc.*, 1992, I-4239; *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, sentenza 2 marzo 2010, in *Racc*., 2010, I-01449. Per un commento v. R. MORRIS, *European Citizenship: Cross-Border Relevance, Deliberate Fraud and Proportionate Responses to Potential Statelessness. Case Note On Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, EPL, 17, 2011, n. 3, 433-435. M. DOUGAN, *Some comments on Rottmann and the «personal circumstances» assessment in the Union citizenship case law*, in J. SHAW, *Has the European Court of Justice challenged member states sovereignty in nationality law?*, EUI Working Papers, 62/2011, 17.

[24] Cfr. art. 9 TUE e art. 20, TFUE.

[25] Gli ulteriori diritti di cui possono godere i cittadini dell'Unione europea sono: «[…]; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche

e soggiorno nel territorio degli Stati membri (con i limiti stabiliti dalla direttiva 2004/38/CE)[26], il diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità[27], e il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni locali e del Parlamento europeo nello Stato membro di residenza, sono i diritti maggiormente significativi afferenti a questo status.

---

e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi». Cfr. art. 20. 2, TFUE. A questo si aggiunge il diritto di iniziativa, introdotto dal trattato di Lisbona: «[I] Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». Cfr. art. 11.4, TFUE.

[26] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, G.U.U.E. L 229 del 29 giugno 2004.

[27] Su questo punto è particolarmente significativo il caso *Grzelczyk* deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. In tale sentenza la Corte, attraverso la lettura in combinato disposto degli articoli 12 (non discriminazione in base della nazionalità, ora art. 18 TFUE) e 18 del TCE (libertà di movimento, ora art. 21 TFUE), ribadisce quanto già statuito nel caso *Martinéz Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96, sentenza 12 maggio 1998: quando una situazione ricade nell'ambito di applicazione materiale del Trattato, i cittadini europei godono del diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità. Così facendo, la Corte ha posto in dubbio ancora una volta il legame, prima scontato, tra l'esercizio dei diritti di cui godono i cittadini europei e l'attività economica che i medesimi pongono in essere quando esercitano le libertà fondamentali, rafforzando in questo modo la tutela che il diritto dell'Unione dà agli attori non economici e, secondo alcuni, dando avvio a una fase di maggior tutela dei diritti individuali e del principio di parità di trattamento. Cfr. *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide social d'Ottingnies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, sentenza del 20 settembre 2001, in *Racc.*, 2001, 6229 ss.; v. anche D. KOSTAKOPOULOU, *Ideas, Norms and European Citizenship*, MLR, 68, 2005, n. 2, 253.

A fronte di una quasi invariata lettera dei trattati in merito alla cittadinanza dell'Unione, a partire dalla sua introduzione nel 1992 con il trattato di Maastricht[28], per comprendere appieno come questa si è evoluta sarà necessario, allora, fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia[29].

Inizialmente, anche prima della formalizzazione di questo status, il cittadino tutelato dal diritto dell'Unione europea era unicamente il lavoratore, subordinato o autonomo, ovvero un fattore di circolazione all'interno del mercato unico, tanto che è frequente riscontrare nei primi casi decisi dalla Corte l'utilizzo della, possiamo definirla, "clausola della cittadinanza europea" solo come *ultima ratio*, ossia solo nei casi in cui non era possibile fornire tutela al soggetto sulla base di una delle libertà fondamentali, *in primis* la libertà di circolazione[30].

Mentre già si parlava di «forma embrionale di cittadinanza dell'Unione» prima della sua formalizzazione[31], la Corte interpretò le norme in materia di libera circolazione e non discriminazione in base alla nazionalità in modo tale da estendere la categoria dei beneficiari dei diritti, che poi diverranno quelli dei cittadini dell'Unione, oltre alla sola categoria degli attori economici attivi nel mercato unico, come

[28] Sebbene gli articoli riguardanti la cittadinanza dell'Unione all'interno dei trattati siano, dalla sua introduzione, rimasti quasi invariati, le pur minime modifiche possono dirsi significative, almeno dal punto di vista simbolico. Si fa, in particolare, riferimento alla precisazione avutasi con il Trattato di Amsterdam (Trattato che istituisce la Comunità europea, 1997) il quale all'art. 17 riportava: «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima». Tale articolo sostituiva il primo paragrafo dell'articolo 8 del Trattato di Maastricht che recitava: «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro». L'attuale formulazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Trattato di Lisbona, 2009) è: «La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale […]». Cfr. art. 20.1, TFUE.

[29] Cfr. J. SHAW, *Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism*, cit., 2.

[30] F.G. JACOBS, *Citizenship of the European Union. A Legal Analysis*, in *European Law Journal*, 2007, 13, 592-597.

[31] R.O. PLENDER, *An Incipient Form of European Citizenship*, in F.G. JACOBS (a cura di), *European Law and the Individual*, North Holland, 1976.

possono essere gli studenti, una persona in cerca di occupazione o, ancora, i beneficiari di servizi. Il secondo stadio dell'evoluzione della cittadinanza dell'Unione, quindi, può essere individuato a partire dal momento in cui la Corte inizia ad occuparsi ed a utilizzare la nozione di cittadinanza in casi di discriminazione in base alla nazionalità che riguardano l'accesso a prestazioni sociali fornite dagli Stati membri a soggetti non cittadini dello stesso[32]. Sarà proprio in occasione di uno di questi casi che la Corte affermerà che «la cittadinanza dell'Unione è destinata a divenire lo status fondamentale per i cittadini dell'Unione»[33]. Il cambiamento di paradigma è evidente nell'ampliamento della

[32] Già a partire dalla fine degli anni novanta, però, è possibile notare un cambiamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso *Martinéz Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96, sentenza 12 maggio 1998, riguardante una cittadina spagnola residente in Germania, alla quale era stata negata la concessione da parte del *Freistaat Bayern* di un'indennità di educazione per il figlio, per non aver presentato un permesso di soggiorno nel periodo in cui aveva fatto tale richiesta, la Corte ha stabilito che la signora *Sala*, pur non rientrando questa situazione all'interno del campo di applicazione materiale dei regolamenti 68/1612/CEE e 71/1408/CEE in materia di libera circolazione dei lavoratori, essendo cittadina dell'Unione europea legalmente residente in un altro Stato membro, rientra per ciò solo nel campo di applicazione *ratione personae* delle disposizioni dei trattati riguardo la cittadinanza europea. Per tale ragione, costei non può essere discriminata sulla base della nazionalità rispetto ad un cittadino tedesco ex art. 12 TCE (ora art. 18 TFUE). Nel conferire questa protezione alla ricorrente per il solo fatto di essere cittadina europea, la Corte pone in dubbio il legame, fino a prima necessario, tra l'esercizio dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione europea e l'esercizio di un'attività economica o dell'essere autosufficienti. Pochi mesi dopo, il 24 novembre 1998, nella causa *Bickel e Franz c. Provincia autonoma di Bolzano*, C-274/96, sentenza 24 novembre 1998, la Corte, nel decidere il caso di due cittadini tedeschi a cui non era stato permesso l'uso della lingua tedesca all'interno di un processo penale, diritto riconosciuto invece in capo ai cittadini di lingua tedesca residenti nella Provincia autonoma di Bolzano, ha stabilito che, essendo i ricorrenti potenziali riceventi di servizi, e cittadini europei che avevano esercitato il loro diritto alla libera circolazione, avevano diritto a non essere discriminati in base alla nazionalità, e per tale ragione erano anch'essi ammessi all'uso della lingua tedesca nel comunicare con le autorità amministrative e giudiziarie. Vedi sul punto D. KOSTAKOPOULOU, *Ideas, Norms and European Citizenship*, MLR, 68, 2005, n. 2, 246 e ss.; ID., *The evolution of European Union citizenship*, EPS, 2008, 7, 288-289.

[33] Cfr. *Rudy Grzelczyk c. centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la Neuve*, 20 settembre 2001, C-184/99, in *Racc.*, 2001 I-06193, p.to 31.

platea dei beneficiari dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, e nel conseguente allontanamento da una concezione di cittadinanza strettamente connessa alle dinamiche del mercato unico. Infatti, la tutela viene ora accordata a soggetti che non possono più considerarsi come meri fattori di produzione che circolano, ma trattasi, al contrario, di cittadini di un altro Stato membro che richiedono una prestazione assistenziale senza però, contribuire, tramite la tassazione, al finanziamento dello stato sociale nazionale[34].

Si giunge così ai più recenti casi, che segnano il terzo stadio dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, nei quali si è giunti ad attenuare l'elemento della trasnazionalità, ovvero il criterio che permette di distinguere tra quelle che sono situazioni puramente interne, alle quali, quindi, non si applica il diritto dell'Unione, da quelle a cui, invece, questo si applica[35]. Nello specifico, da un lato, si tutela il diritto dei cittadini dell'Unione a non venir privati della possibilità di esercitare in un momento futuro i diritti connessi a questo status, e così facendo si amplia la tutela anche ai cittadini di paesi terzi che possono vantare legami familiari con cittadini dell'Unione, riconoscendo loro diritti dei quali altrimenti non sarebbero stati beneficiari[36]. Dall'altro, si osserva

[34] V. anche a questo proposito quanto deciso nei casi *Carlos Garcia Avello c. Stato Belga*, C-148/02, sentenza 2 ottobre 2003, in *Racc.*, 2003 I-11613; *Dany Bidar contro London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, C-209/03, sentenza del 15 marzo 2005, in *Racc.*, 2005 I-02119; *Blaise Baheten Metock et al. contro Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, sentenza del 25 luglio 2008, in *Racc.*, 2008 I-06241.

[35] Paradigmatici in questo senso sono i casi, estesamente commentati dalla dottrina, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of the State for the Home Department*, C-200/02, sentenza 19 ottobre 2004, in *Racc.*, 2004, I-9925, e *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, C-34/09, sentenza 8 marzo 2011, in *Racc.*, 2011, I-01177. V. A. LANSBERGEN, N. MILLER, *European Citizenship rights in Internal Situations: an Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*, Eur. Const., 7, 2011, 287.

[36] La giurisprudenza *Zambrano* è stata criticata da una parte della dottrina in quanto decisione emblematica di un certo attivismo da parte della Corte di giustizia, la quale avrebbe deciso un caso che, invece, doveva considerarsi essere una situazione puramente interna, dal momento che i convenuti, cittadini dell'Unione, non avevano esercitato il loro diritto alla libera circolazione, e, pertanto, il caso non presentava alcun elemento di

un'ingerenza da parte della Corte in quelli che sono i modi di acquisito, ma soprattutto di perdita, delle cittadinanze nazionali. Infatti, la Corte precisa che, sebbene la definizione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale sia una competenza riservata degli Stati membri, nel momento in cui la loro l'applicazione rischi di privare un cittadino dell'Unione del diritto a godere dei diritti connessi a questo status, si dovrà verificare la proporzionalità di quanto previsto dalla normativa nazionale sulla base di una serie di parametri indicati dalla Corte[37].

---

trasnazionalità. Il dibattito sorto intorno a questa decisione, oltre che in relazione alla sua brevità che lascia molti aspetti privi di precisa determinazione, si concentra intorno a due profili specifici: il primo risiede nell'aver individuato il criterio del (la privazione del) «godimento effettivo e reale dei diritti» connessi allo status di cittadini dell'Unione (quasi) elevandolo a elemento la cui presenza permette di tutelare i diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione contro il proprio Stato membro, anche quando il caso non presenti elementi di trasnazionalità (c.d. cross-border elements); il secondo è quello di aver messo ulteriormente in discussione il confine tra situazioni puramente interne e quelle che invece ricadono sotto l'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato. Si rileva come il diritto connesso allo status di cittadino dell'Unione, che la Corte ha voluto proteggere in questo caso e di cui è necessario tutelare il «godimento effettivo e reale», non è tanto quello di poter risiedere nello Stato membro di cui si ha la cittadinanza, ma è, piuttosto, quello di poter esercitare in futuro il diritto, riconosciuto in capo ad ogni cittadino europeo, alla libera circolazione e soggiorno in un diverso Stato membro. Questa interpretazione permette di evitare, quindi, l'estensione di tale decisione a tutte quelle situazioni in cui sì vengono in rilievo i diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, ma nelle quali non vi è alcun elemento di trasnazionalità e in cui non viene pregiudicato «l'effettivo e reale godimento» dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, limitando in questo modo l'eccessiva erosione del principio delle «situazioni puramente interne». La Corte, in due casi di poco successivi, ha avuto modo di tornare su questi profili limitando ulteriormente l'applicazione della c.d. «clausola Zambrano». Cfr. *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, sentenza 5 maggio 2011; *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, sentenza 15 novembre 2011.

[37] *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, sentenza 2 marzo 2010, in *Racc.*, 2010, I-01449. V. R. MORRIS, *European Citizenship: Cross-Border Relevance, Deliberate Fraud and Proportionate Responses to Potential Statelessness. Case Note On Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, EPL, 17, 2011, n. 3, 433-435; V. anche J. SHAW, *Has the European Court of Justice challenged member states sovereignty in nationality law?*, EUI Working Papers, 62/2011. Si sottolinea che nel decidere questo caso la Corte è andata oltre la giurisprudenza *Micheletti*, nella quale si era stabilito che nel determinare in piena sovranità i modi di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, gli Stati

Per riassumere, si osserva l'allargamento della platea dei beneficiari di questi diritti, e un allontanamento da quelle che sono strettamente le dinamiche del mercato unico, fino ad arrivare ai più recenti casi in cui nella giurisprudenza della Corte vediamo attenuarsi l'elemento della trasnazionalità. Infine, si assiste anche ad una sempre maggiore ingerenza da parte della Corte in quelli che sono i modi di acquisito della cittadinanza nazionale e di perdita della stessa.

Quanto detto ha lo scopo di sottolineare che, secondo quanto emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte, coloro che più beneficiano dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione non sono, o non sono più unicamente, i cittadini dell'Unione, ma (anche) coloro che sono cittadini di paesi terzi e che, in alcuni casi, sono legati a cittadini dell'Unione da rapporti familiari. Inoltre, l'ampliamento dei beneficiari nel senso detto vi è stato proprio in relazione a quel diritto che possiamo definire il perno di questo status, ossia il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri dell'Unione.

3. La politica migratoria dell'Unione: gli status intermedi

A fronte della sempre maggiore precisazione del contenuto dello status di cittadino dell'Unione europea, vi è stato anche l'ampliamento delle competenze in materia di politiche migratorie da parte della stessa e l'elaborazione dello status del non cittadino dell'Unione, a partire dal trattato di Amsterdam e dalle conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampere del 1999[38]. Tre aspetti delle conclusioni appena richiamate sono rilevanti: la prima riguarda l'obiettivo dell'Unione di dotarsi di una politica di integrazione più incisiva che miri a garantire diritti ed obblighi analoghi ai cittadini di paesi terzi rispetto a quelli di cui godono i cittadini dell'Unione[39]; la seconda consiste nel porsi come

membri non potranno violare quanto previsto dal diritto dell'UE. Cfr. *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, sentenza 7 luglio 1992, in *Racc.*, 1992, I-4239, p.ti 10, 13 e 14.

[38] V. *supra* note 1 e 13.

[39] Cfr. Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, p.to 18.

ulteriore obiettivo quello di ravvicinare lo status giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini dei paesi membri[40]; infine, il Consiglio approva l'obiettivo di garantire ai cittadini di paesi terzi che soggiornino per lungo tempo sul territorio dell'Unione la cittadinanza nazionale dello Stato membro in cui risiedono[41]. Si mettono in rilievo questi tre punti in quanto ritorneranno e verranno sviluppati in tutte le direttive che l'Unione adotterà in materia di politiche migratorie.

La prima tappa del percorso che compie un non cittadino dell'Unione a partire dal momento in cui fa ingresso nel territorio di uno Stato membro è quella disciplinata dalla direttiva 2011/98/CE[42], la quale stabilisce un'unica procedura perché al cittadino di paese terzo si rilasci un permesso unico per residenza e per lavoro, oltre a stabilire una serie di diritti i quali, in determinati settori[43], garantiscono agli stessi la parità di trattamento[44]. È rilevante notare come la stessa direttiva evidenzi che è la mancanza di una normativa comune tra gli Stati membri in materia di ingresso per ragioni di lavoro e cittadinanza a condurre a disparità di trattamento[45]; per tale ragione, e al fine di avere una politica migratoria coerente, occorre ridurre le disparità, avere un'integrazione

[40] *Ib.*, p.to 21.

[41] *Ib.*

[42] Direttiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in G.U.U.E. L 341 del 23/12/2011. La direttiva dovrà essere trasposta dagli Stati membri, ad eccezione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, i quali sono esclusi dal suo ambito di applicazione, entro il 25 dicembre 2013.

[43] È incluso nei settori in cui è prevista la parità di trattamento anche quello della sicurezza sociale, così come disciplinato dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, oltre a dover essere garantita anche ai cittadini che siano registrati come disoccupati (*rectius*: in cerca di occupazione) dopo un periodo minimo di lavoro. Cfr. direttiva 2011/98/UE *cit*., considerando nn. 24 e 25.

[44] Nello specifico, la parità di trattamento si estende anche ai familiari del cittadino di un paese terzo a seguito di ricongiungimento familiare, o che già si trovavano nel territorio dello Stato membro, oltre alle persone che abbiano fatto ingresso per motivi di ricerca o studio e poi, successivamente, modifichino la ragione della propria permanenza in motivi di lavoro. Cfr. direttiva 2011/98/UE *cit*., considerando nn. 20 e 24.

[45] Direttiva 2011/98/UE *cit*., considerando n. 19.

più incisiva, «e [di] integrare l'*acquis* esistente in materia di immigrazione», e prevedere una serie di diritti uniformi per queste due categorie di cittadini[46]. Inoltre, è sempre la direttiva a escludere dal suo ambito di applicazione personale i cittadini di paesi terzi che abbiano già acquisito lo status di soggiornante di lungo periodo, esclusione enfatizzata ulteriormente nella parte in cui si precisa che i diritti previsti nei settori in cui si garantisce la parità di trattamento sono previsti a vantaggio proprio di coloro che ancora non possano beneficiare dello status di lungo soggiornante[47]. Notiamo, allora, come emerga dalla lettera della direttiva l'idea di una consequenzialità tra status, e di coerenza nel passaggio da uno all'altro sia in termini di avanzamento, quindi di miglioramento della propria condizione tramite l'ampliamento della gamma dei diritti di cui si viene riconosciuti beneficiari, sia nella tappa finale verso cui indirizzare il percorso, nel senso di intendere come metro di paragone, essendo lo status tra tutti più privilegiato, quello di cittadino dell'Unione.

Si può, ora, approfondire quella che si ritiene essere la seconda tappa del percorso, ossia il secondo status che il cittadino di paese terzo può acquisire dopo un certo tempo, ove integri i requisiti previsti per il suo ottenimento: trattasi dello status di soggiornante di lungo periodo, così come disciplinato dalla direttiva 2003/109/CE[48]. Per acquisirlo il requisito principale da integrare è costituto dal poter dimostrare un soggiorno legale e ininterrotto della durata di cinque anni nel territorio di uno Stato membro[49].

L'avanzamento che si osserva con l'ottenimento di questo status, e tale da renderlo più privilegiato rispetto al precedente, consiste,

[46] *Ib.*, considerando n. 2.

[47] *Ib.*, considerando nn. 8 e 19.

[48] Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in G.U.U.E. L 16/44 del 23/01/2004. La stessa è stata trasposta nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 30/2007 le cui modifiche sono confluite all'interno del d.lgs. n. 286 del 1998 c.d. T.U. immigrazione. V. *supra* nota 8.

[49] Cfr. art. 4.1, direttiva 2003/109/CE. È rilevante sottolineare l'aggettivo «principale» che affianca il requisito temporale per l'ottenimento dello status, in quanto essendo questo un requisito necessario ma non sufficiente per la sua acquisizione, potrebbe raffigurarsi una gerarchia interna tra i requisiti necessari.

da un lato, nell'ottenere uno status potenzialmente permanente[50], e, dall'altro, nella possibilità per il cittadino lungo soggiornante di circolare e soggiornare liberamente, per un periodo superiore a tre mesi, nel territorio di un secondo Stato membro rispetto a quello in cui ha ottenuto lo status[51]; a questo, si aggiunge l'ampliamento dei settori in cui è garantita la parità di trattamento (*rectius*: diminuiscono le ipotesi in cui sono ammesse restrizioni alla parità da parte degli Stati membri)[52].

Alcuni aspetti di questa direttiva sono particolarmente interessanti ove ci si ponga nell'ottica di individuare nella stessa gli elementi che sono prova dell'avanzamento tra status. Per la prima volta, nel disciplinare le politiche migratorie, si fa riferimento all'integrazione dei cittadini di paesi terzi, definendola un elemento cardine per la promozione della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale dell'Unione europea[53]. Il riferimento è tanto più rilevante laddove si tenga conto della circostanza per la quale agli Stati membri è concesso stabilire ulteriori requisiti, c.d. condizioni di integrazione, di cui potrà esigersi il soddisfacimento per l'ottenimento dello status in esame[54]. Successivamente, si ribadisce che il requisito principale per l'acquisizione di questo status è la durata del soggiorno «a testimonianza del radicamento del richiedente nel paese», e che si dovrebbero garantire diritti il più possibile uniformi e simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'Unione[55]. Notiamo, quindi, come l'avanzamento dello status del cittadino di un paese terzo consista, in primo luogo, nel vedersi riconoscere

[50] La natura permanente dello status di lungo soggiornante, potrebbe portarci a definirlo, in circostanze specifiche, come uno status non più intermedio ma parallelo alla cittadinanza dell'Unione e, di conseguenza, a quelle nazionali. Infatti, nell'ipotesi in cui, per la mancanza di coordinamento tra ordinamenti o per altre cause, l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro comportasse per il cittadino di paese terzo la perdita della propria cittadinanza di origine, costui rimarrebbe a tempo indefinito cittadino di paese terzo soggiornante di lungo periodo.

[51] Cfr. artt. 14 e ss., direttiva 2003/109/CE.

[52] Cfr. art. 11, *cit.*

[53] Cfr. direttiva 2003/109/CE, considerando n. 4.

[54] Requisito che contribuisce alla differenziazione dei requisiti da Stato membro a Stato membro, e che permette agli stessi Stati di introdurre elementi connessi alle loro identità nazionali. *Ib.*, art. 5.2.

[55] *Ib.*, considerando nn. 2 e 5.

beneficiario di uno dei diritti caratterizzanti la cittadinanza dell'Unione, ossia il diritto di circolare e soggiornare nel territorio della stessa[56], che la direttiva identifica come mezzo per realizzare il mercato unico e come fattore di mobilità[57]. Prosegue, poi, con il considerare la dimensione dell'appartenenza tramite il riferimento all'integrazione e al radicamento del non cittadino dell'Unione nel territorio; conclude con l'ampliamento dei settori in cui vi è la parità di trattamento, e con i diritti che si propongono di essere il più simile possibile a quelli che si riconoscono ai cittadini dell'Unione.

Gli ulteriori requisiti di cui si richiede il soddisfacimento sono, oltre alla durata del soggiorno, l'avere un reddito sufficiente e un'assicurazione sanitaria in modo da non divenire un onere per lo Stato, e il non costituire una minaccia per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico[58]. Tali, come si avrà poi modo di vedere, sono i medesimi requisiti che condizionano il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini.

Ciò detto, se assumiamo che le direttive finora prese in considerazione, così come i programmi pluriennali che tracciano le linee guida per lo sviluppo della politica migratoria dell'Unione, traccino un percorso tra status consequenziale e coerente, il cittadino di un paese terzo acquisirà, giunto all'ultima tappa, la cittadinanza dell'Unione. Converrà, allora, soffermarsi sugli aspetti che rendono questo status più privilegiato rispetto ai precedenti.

Se è vero com'è vero che uno dei diritti principali della cittadinanza dell'Unione è quello di circolare e soggiornare liberamente nel territorio della stessa, allora, ci si dovrà soffermare su quanto previsto dalla direttiva 2004/38/EC[59], la quale, per l'appunto, regola questo diritto.

Nuovamente, così come accadeva per il precedente status descritto, la libertà di circolazione e soggiorno viene connessa alle dina-

[56] Cfr. direttiva 2004/38/CE, considerando n. 3.

[57] *Ib.*, considerando n. 18. v. anche S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, cit., 2.

[58] *Ib.*, artt. 5 e 6.

[59] V. *supra* nota 26.

miche del mercato unico, e la cittadinanza viene definita come lo status principale dei cittadini dell'Unione quando esercitano questa libertà[60].

Vediamo come, dall'analisi di questa direttiva, per i cittadini dell'Unione si profili un «percorso all'interno del percorso», poiché la libera circolazione è sì un diritto esente da condizioni per tutti i cittadini dell'Unione ma unicamente nei primi tre mesi, in quanto successivamente a questi e fino ai cinque anni di soggiorno, il cittadino dell'Unione potrà risiedere nello Stato membro di cui, però, non è cittadino, solo laddove disponga di risorse sufficienti e di una assicurazione sanitaria, e potrà essere allontanato dal territorio qualora divenga un onere eccessivo per il sistema di assistenza nazionale. In nessun caso, però, questo criterio si applica a coloro che siano lavoratori o persone in cerca di occupazione.

Dopo cinque anni di soggiorno legale e continuativo, il cittadino dell'Unione acquisirà un diritto di soggiorno permanente, il quale non è sottoposto ad alcuna delle precedenti condizioni[61], salvo, come sempre, le clausole dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Il diritto al soggiorno permanente viene definito come un mezzo per rafforzare il senso di appartenenza alla cittadinanza dell'Unione, un essenziale elemento di promozione della coesione sociale e un autentico mezzo di integrazione. Questi tre elementi rilevano in quanto riprendono i medesimi termini e concetti che utilizza la direttiva riguardante lo status di lungo soggiornante. Infatti, in entrambe, il diritto al soggiorno è condizionato dal «non divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato», e dai motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Così come, perché il diritto al soggiorno possa considerarsi stabile e permanente, si richiede sia al lungo soggiornante sia al cittadino dell'Unione il possesso di risorse sufficienti e di un'assicurazione sanitaria[62]; infine, ritorna anche il riferimento alla coesione sociale e agli status come mezzo di integrazione.

Allo stesso tempo, dalla lettera della direttiva, emerge anche il *favor* che questa disciplina riserva alla figura del lavoratore, in quanto costui non potrà essere allontanato dal territorio dello Stato membro

[60] Cfr. direttiva 2004/38/CE *cit.*, considerando nn. 2 e 3.

[61] Cfr. art. 16.1, direttiva 2004/38/CE.

[62] Cfr. art. 5.1 lett. a), direttiva 2003/109/CE, art. 14.1, direttiva 2004/38/CE.

dove risiede anche nel caso in cui dovesse divenire un onore eccessivo per il sistema di assistenza nazionale, ed è anche la figura che potrà acquisire il diritto di soggiorno permanente pur non maturando almeno cinque anni di soggiorno nel territorio dello Stato membro[63]. Abbiamo, pertanto, accanto al «percorso interno al percorso», anche uno status più privilegiato dell'essere (solo) cittadino dell'Unione, che consiste nell'essere un lavoratore cittadino dell'Unione europea.

La presenza di un «percorso nel percorso», però, emerge anche quando si vadano ad osservare le ragioni ed i limiti all'allontanamento dei cittadini dell'Unione dal territorio dello Stato in cui soggiornano, in altre parole la stabilità del diritto stesso. Se durante i primi tre mesi di soggiorno si può essere allontanati per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, una volta acquisito il diritto di soggiorno permanente si potrà essere allontananti solo per gravi motivi di ordine pubblico, e, infine, ove il soggiorno abbia una durata di almeno dieci anni solo per motivi imperativi di pubblica sicurezza.

È possibile, ulteriormente, intravedere un «percorso nel percorso», o la presenza di una stratificazione di status anche all'interno dell'unico status di cittadino dell'Unione, nell'osservare quella che è la gradazione della parità di trattamento tra i cittadini dell'Unione a seconda della durata del soggiorno. La parità, la quale sussiste in tutti i settori che rientrano nel campo di applicazione del trattato, per i primi tre mesi potrà essere limitata nell'ambito dell'assistenza sociale, e prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente nella concessione degli aiuti agli studi o alla formazione professionale, salvo non si tratti di lavoratori o dei loro familiari. Un'effettiva e totale parità, tra cittadini dell'Unione che soggiornano in uno Stato membro diverso rispetto a quello di cui sono cittadini e cittadini che, invece, di quello Stato posseggono la cittadinanza nazionale, si avrà, pertanto, solo nell'acquisire il diritto al soggiorno permanente.

[63] Cfr. art. 17, direttiva 2004/38/CE.

4. Conclusioni

Dopo aver delineato questo percorso di progressivo avanzamento di status e tra status, ed aver sottolineato come anche lo status di cittadino dell'Unione, che si è identificato come l'ultima tappa del percorso, a sua volta contiene un percorso e una molteplicità di status al proprio interno, occorre tornare alle domande poste in apertura.

In primo luogo ci si è chiesti in che cosa consista, alla luce delle considerazioni e degli approfondimenti fatti nei capitoli precedenti, il nucleo duro della cittadinanza nazionale, ossia quali sono i diritti che solo questo status è capace di conferire e garantire in modo pieno. Pare di poter affermare – dopo essersi soffermati sugli status intermedi che compongono la condizione del cittadino di un paese terzo, e sulle gradazioni che sussistono all'interno dell'unico status di cittadino dell'Unione europea – che lo status di cittadino nazionale sia l'unico a garantire un diritto di soggiorno senza condizioni sul territorio nazionale, e perciò sia il solo in cui si considera il cittadino avulso da qualsiasi altro elemento tale da condizionare il suo diritto al soggiorno, come la durata dello stesso o le risorse economiche. Pertanto, il diritto al soggiorno può essere considerato un diritto pieno e incondizionato solo quando esercitato nello Stato membro di cui si ha anche la cittadinanza.

La ricostruzione qui proposta, ossia quella di un percorso composto da tappe coerenti e consequenziali una all'altra, non esula dal mettere in luce la cesura che vi è nel passare dal secondo status e quello finale, dal momento che in quel punto si avranno ventotto biforcazioni, in quanto vi sono ventotto modi diversi, nonostante alcuni modi siano più simili tra loro, in cui divenire cittadini di uno Stato membro, e quindi cittadini dell'Unione europea[64]. Essendo la cittadinanza dell'Unione una cittadinanza di natura derivata, si tratta di un rilievo che non riveste carattere puramente teorico, sebbene evidenzi la mancanza di una concezione minima comune tra gli Stati membri dell'Unione del concetto di cittadinanza, ma diviene, nel suo concreto operare un criterio discriminatorio di accesso allo status di cittadino dell'Unione ed ai diritti a questo connessi. Inoltre, è questione che non può non riflettersi

[64] Cfr. R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e in Germania*, cit., 16.

anche sull'aspetto soggettivo della cittadinanza, ossia del ruolo che questa riveste nella costruzione del senso di appartenenza di un individuo a una comunità[65].

Ben si presta, allora, a quanto detto la metafora di una «cittadinanza europea a più velocità», in quanto nel mettere a confronto alcuni Stati membri tra loro, e, in particolare, alcune discipline nazionali sui modi di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, emergono norme che sottendono concezioni della cittadinanza tra loro profondamente diverse, così come le determinazioni dei requisiti da integrare per i cittadini di paesi terzi che desiderino acquisire la stessa. Vi sono casi, per esempio, nei quali al cittadino di Stato terzo non si dà l'opzione di acquisire lo status di lungo soggiornante dal momento che può, in tempi più ridotti, divenire cittadino nazionale e quindi cittadino dell'Unione. Oppure, visto il mancato coordinamento tra le norme nazionali di alcuni Stati membri in merito al possesso di una doppia cittadinanza, lo status di lungo soggiornante potrebbe divenire uno status permanente, quando l'acquisizione della cittadinanza nazionale dello Stato membro di residenza possa comportare la perdita della cittadinanza di origine e questa, per molteplici ragioni, risultasse essere una conseguenza non voluta. È opportuno ricordare, inoltre che, per i cittadini di paesi terzi che risiedono sul territorio di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, non sussistono né la prima né la seconda tappa del percorso qui illustrato, dal momento che questi hanno esercitato la possibilità di *opt-out* concessa nei suddetti ambiti dal diritto dell'Unione europea[66].

In conclusione, due aspetti rimangono da sottolineare: il primo si sostanzia nel fatto che nonostante l'avanzamento dell'integrazione europea, la moltiplicazione di status e dei diritti a questi connessi, la loro crescente complessità e stratificazione, la tutela conferita loro tramite, anche, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, si dovrebbe essere cauti nell'affermare che si è infine superata la concezione di *market citizenship*, in quanto tra gli status qui presi in

[65] G. DE FIORES, *L'Europa al bivio*, cit., 49-53.

[66] Cfr. artt. 1 e 2, Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e artt. 1 e 2, Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, allegati al Trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2012/C 326/01.

esame emerge che il più privilegiato tra questi è, ancora, quello di lavoratore cittadino dell'Unione europea, ossia di un fattore di produzione che circola all'interno del mercato unico[67]. Inoltre, l'Unione sembra replicare questo modello di cittadino anche nel disciplinare quelli che sono gli status dei cittadini dei paesi terzi, in quanto viene prima il lavoratore cittadino di un paese terzo, e solo in un successivo momento emerge il cittadino non altrimenti caratterizzato[68].

Il secondo aspetto riguarda la risoluzione della tensione data dalla natura derivata della cittadinanza dell'Unione e dal contrasto creato dall'estrema varietà e disparità dei modi per acquisirla[69]. Per il suo scioglimento, due potrebbero essere le soluzioni possibili tra le tante, che però a trattati invariati sono, ad oggi, non realizzabili[70]: la prima consiste nel prevedere uno sdoppiamento tra i modi di acquisto delle due cittadinanze, vale a dire prevedere una modalità di acquisto della cittadinanza dell'Unione che prescinda dall'acquisizione della cittadinanza nazionale di uno degli Stati membri, come potrebbe essere una cittadinanza dell'Unione basata sul criterio della residenza[71]. Una seconda strada consisterebbe nell'avere una disciplina a livello dell'Unione europea sulla cittadinanza nazionale, in modo da poter raggiungere, almeno, un'armonizzazione minima per quanto riguarda i modi di ac-

[67] S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, cit., 2. v. anche M. EVERSON, *The Legacy of Market Citizenship*, in J. SHAW, G. MORE, *New Legal Dynamics in the European Union*, Oxford, 1995, 73.

[68] T.K. HERVEY, *Migrant Workers and their Families in the European Union: the pervasive market ideology of Community law*, in J. SHAW, G. MORE, *op. cit.*, 91 ss.

[69] W. MAAS, *Migrants, states, and EU Citizenship's unfulfilled promise*, in *Citizenship Studies*, 12, 2008, 6, 588. Cfr., in particolare, il requisito dell'estensione temporale della residenza legale del cittadino di paese terzo sul territorio dello Stato membro ai fini della naturalizzazione. V. artt. 18-21, *Code de la nationalité belge*, 28 giugno 1984; artt. 11-13, *Act on Swedish Citizenship*, n. 82/2001; artt. 8-16, *[German] Nationality Act*, del 22 giugno 1913 e successive modifiche.

[70] V. *supra* nota 23.

[71] Per «criterio della residenza» si intende la durata del soggiorno, il quale ricopre già un ruolo principale sia per l'acquisito dello status di lungo soggiornante sia per poter beneficiare di un diritto al soggiorno più stabile e certo da parte dei cittadini dell'Unione che esercitino il diritto alla libera circolazione e soggiorno. V. *supra* note 48 e 59. V. anche G. DAVIES, *«Any Place I Hang My Hat?» or: Residence is the New Nationality*, in *ELJ*, 11, 2005, 1, 53.

quisto delle cittadinanze nazionali: nello specifico, il criterio della residenza ossia la durata del soggiorno richiesta, ed i requisiti da integrare, come le c.d. «condizioni di integrazione»[72].

Sono questi alcuni dei modi in cui il percorso che qui si è tentato di illustrare potrebbe divenire realmente coerente e consequenziale così come lo si è presentato e come sembrerebbe emergere dalla lettera delle norme. Infatti, solo ove si ponga un chiaro obiettivo – che consiste nell'identificare a livello dell'ordinamento dell'Unione lo status di cittadino dell'Unione e quali sono i modi per acquisirlo, se non in modo indipendente da quanto previsto dagli Stati membri, almeno sulla base di una armonizzazione minima tra gli stessi dei modi di acquisto – sarà possibile controbilanciare quella che è la reale tendenza delle politiche migratorie dell'Unione europea, ossia l'essere, per la maggior parte, volte a privilegiare l'aspetto della sicurezza, che consiste nel controllo delle frontiere esterne e nel contrasto all'immigrazione irregolare[73].

[72] Nonostante quanto stabilito a seguito delle sentenze *Micheletti* e *Rottmann*. Per i riferimenti v. *supra* nota 23.

[73] C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, 73-82.

LA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA TRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE

Silvia Pellizzari

SOMMARIO: *1. Introduzione al tema. - 2. Il rapporto amministrativo nell'ambito del processo di integrazione comunitaria. - 3. La relazione tra amministrazioni e amministrati alla luce del diritto amministrativo europeo. - 3.1. La declinazione del modello autorità-libertà nell'ambito del diritto dell'Unione europea. - 3.2. Partecipazione alla vita democratica dell'Unione nei procedimenti di* rule making. *- 3.3. I principi e i valori della burocrazia europea. - 4. Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione al tema

La relazione che intercorre tra l'attività amministrativa e il cittadino – così come il non cittadino – richiama astrattamente uno schema a geometria variabile.

In linea di principio e da un punto di vista meramente descrittivo, infatti, il legislatore può prevedere e disciplinare funzioni e poteri che presuppongono lo *status* di cittadinanza (si pensi al procedimento per la perdita della stessa[1] o alle procedure di concorso per il personale dei ruoli militari[2]) o l'essere straniero, come nel caso dei procedimenti

[1] Le ipotesi sono disciplinate in particolare dall'art. 12 della legge 5 febbraio 1992, n. 91.

[2] Si veda sul punto quanto previsto dal d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*) e dal d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174 (*Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche*), il cui art. 1, comma 1, prevede che «I posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana sono i seguenti: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, individuati ai sensi dell'art. 6 del

per l'allontanamento dal territorio italiano dei cittadini non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi che non hanno titolo a soggiornarvi ex d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

In molti altri casi si prescinde, invece, dal requisito della cittadinanza e così una procedura espropriativa, ma anche un'autorizzazione in materia di commercio, può avere come destinatari tanti i cittadini quanto i non cittadini.

Inoltre, come è noto, ai fini dell'applicazione dei principi generali e delle garanzie riconosciute all'amministrato nel rapporto amministrativo si sottolinea la sfera territoriale e non personale della sovranità statale[3].

Queste premesse, che non trovano significative eccezioni nei diversi sistemi giuridici, non hanno impedito alla dottrina straniera, soprattutto francese, di coniare nel campo del diritto pubblico una espressione piuttosto peculiare che ha preso il nome di *cittadinanza amministrativa*[4].

---

decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché, delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché, i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, eccettuati i posti a cui si accede in applicazione dell'art. 16 della L. 28 febbraio 1987, n. 56».

[3] In questo senso cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1991, in particolare 108 ss.

[4] La letteratura di lingua francese è sul punto piuttosto vasta. Si rinvia, senza pretesa di esaustività, a G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, Thèse de Doctorat, Droit public, Paris, 2002; J. LE GARREC, *Efficacité et démocratie administrative*, in *Revue française d'administration publique*, 1988, 45, 69 ss.; J. LEMASURIER, *Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé*, in *Revue de droit public*, 1980, 1239; D. MAILLARD, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, Paris, 2000; A. MESTRE, *La démocratie administrative*, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, 561 ss.; J. RIVERO, *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration*, in AA.VV., *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, 1964, 821 ss.; P. ROSANVALLON, *La légitimité démocra-*

Quest'ultima implica un esame più ampio del fenomeno amministrativo che non si limita all'esercizio del potere autoritativo o alla emanazione di un provvedimento puntuale.

Il dibattito su tematiche analoghe si è sviluppato anche in Italia a partire in particolare dagli anni '60 del secolo scorso al fine di individuare il giusto punto di equilibrio tra valori democratici ed esercizio delle funzioni amministrative, intese come manifestazione del potere sovrano[5].

Una prima direttrice di cambiamento richiama la percezione che l'amministrazione svolga una funzione regolatoria dei comportamenti individuali e collettivi.

In questo senso centrale diviene la riflessione in merito al ruolo degli amministrati, portatori di interessi, nel processo decisionale che ha preso l'avvio quando, nell'ordinamento statunitense, la funzione di regolazione dei comportamenti di cittadini e imprese venne via via assegnata ad organizzazioni amministrative atipiche quali le *authorities*, indipendenti dal potere esecutivo e quindi potenzialmente irresponsabili e *unaccountable*[6].

---

tique: impartialité, réflexivité, proximité, Paris, 2008; C. SPANOU, *Citoyens et administration: les enjeux de l'autonomie et du pluralisme*, Paris, 2003. La questione circa l'individuazione dei caratteri della cittadinanza amministrativa è strettamente connessa a quella dell'affermazione di una c.d. democrazia nell'amministrazione. rispetto a quest'ultimo profilo interessati sono i contributi contenuti nel volume collettaneo dal titolo *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruxelles, 1986 e, in particolare, i contributi di E. GARCÌA DE ENTERRÌA, *Principes et modalités de la participation à la vie administrative*, 251 ss.; S. CASSESE, *Le conditions de participation du citoyen à la vie administrative*, 275 ss.; M. FROMONT, *La participation et l'aménagement de l'espace*, 283 ss.; P. ORIANNE, *La participation e les activités économiques*, 297 ss.

[5] Il pensiero corre, pur nelle loro rispettive differenze, all'opera di F. BENVENUTI (in particolare *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss. e poi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. IV, 3223 ss. e ID., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994) e di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968. Si veda, inoltre, R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss.

[6] Sui temi connessi all'attività amministrativa di regolazione si vedano i seguenti contributi della dottrina straniera: F.M. MARX, *Administrative Regulation in Comparative Perspective*, in *Law and Contemporary Problems*, 1961, 307 ss.; C.H. KOCH, *Judi-*

Il *deficit* di legittimazione soggettiva veniva allora recuperato sul piano dell'attività individuando nuove modalità di partecipazione al processo decisionale (c.d. *interest model representation*).

Questi modelli di *partecipazione legittimante*, nati per risolvere un problema organizzativo, hanno finito per divenire un tratto essenziale della funzione regolatoria e in questo senso sono state poi riproposte ai vari livelli di governo globale, europeo e nazionale[7].

Una seconda dinamica evolutiva impone, invece, che l'attività amministrativa debba essere posta "al servizio" del cittadino inteso qui in senso atecnico e di volta in volta declinato come utente, contribuente, residente, etc.

Il ruolo delle pubbliche amministrazioni diventa strategico nell'assicurare apparati organizzativi adeguati ai bisogni della collettività o, meglio, delle collettività di riferimento. In questo senso i titolari della *cittadinanza amministrativa* devono poter dialogare con amministrazioni semplici, trasparenti e collaborative.

---

cial Review of Administrative Discretion, in *College of William & Mary Law School Publications*, 1986, 469 ss.; D. ARKUSH, *Democracy and Administrative Legitimacy*, in *Wake Forest Law Review*, 2003, 611 ss.; R. THOMAS, *Agency Rule-making, Rule-type and Immigration Administration*, in *Public Law*, 2012, 135 ss. Nella dottrina italiana G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il* judicial review *sulle* administrative agencies, Padova, 2005; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 229 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

[7] Si rinviene qui un richiamo più o meno esplicito all'idea di una amministrazione che si rende oggettiva. Sul punto è paradigmatico il pensiero di G. Berti. In tema cfr. L. BENVENUTI, *Dall'autorità al consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, 126 secondo cui «quel che vi è da registrare nell'attuale momento storico è l'affermarsi di una idea di cittadinanza che finisce per proiettarsi oltre i caratteri formali della Carta Costituzionale. È infatti il concetto stesso di democrazia a subire una torsione nella enfatizzazione di un sistema di regole che sia in grado di garantire la presenza di un contraddittorio effettivo, atto a realizzare un'ampia ed efficace partecipazione all'attività suprema degli agenti politici e soprattutto a quella, ben più concreta, dell'amministrazione».

Come è stato autorevolmente sostenuto, l'espansione del fenomeno amministrativo, da un lato, e la complessità delle vicende reali che gli apparati pubblici sono chiamati a gestire, dall'altro, hanno contribuito a delineare una «progressiva concentrazione nel rapporto amministrativo dei momenti qualificanti della cittadinanza e [al]la conseguente formazione di istanze crescenti di democrazia amministrativa»[8].

Il presente contributo intende contribuire al dibattito sulla cittadinanza e sulle sue trasformazioni[9] a partire dall'analisi del rapporto amministrativo, verificando se e in che misura l'ordinamento giuridico europeo, i diritti che da esso derivano e il noto processo di integrazione tra questo e l'ordinamento nazionale contribuiscano alle dinamiche sopra evidenziate.

2. Il rapporto amministrativo nell'ambito del processo di integrazione comunitaria

È noto come il processo di integrazione europea e la parallela espansione delle competenze attribuire all'Unione europea abbiano determinato conseguenze evolutive irreversibili per i diritti amministrativi degli Stati membri.

Se un tempo il diritto amministrativo era solo quello posto in essere dallo Stato nazione ed esercitato dai propri apparati, oggi l'insieme dei soggetti, delle regole e dei destinatari delle azioni pubbliche si è decisamente complicato e ha assunto la fisionomia di una struttura multiforme e complessa[10].

Tale complessità si sviluppa su almeno due piani.

In primo luogo il processo di integrazione europea ha sicuramente arricchito la conformazione tradizionale del rapporto amministrativo sul piano soggettivo.

---

[8] In questo senso A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 206.

[9] Si veda al riguardo P. COSTA, *Cittadinanza*, in U. POMARICI, *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007, 41 ss.

[10] Sul punto cfr. G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.

Nonostante a livello europeo il modello di amministrazione diretta abbia ancora oggi carattere eccezionale rispetto a quello di amministrazione indiretta, è innegabile che esista un sistema amministrativo dell'Unione europea dotato di proprie regole e principi in larga parte di ispirazione giurisprudenziale. Accanto a questi due modelli se ne è poi progressivamente sviluppato un terzo che ha preso il nome di amministrazione composta[11].

[11] Su queste tematiche la letteratura è pressoché sterminata. Si rinvia senza pretesa di esaustività a M. ANTONIOLI, *I principi dell'ordinamento comunitario come principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Procedura, procedimento, processo*, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010; E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario e istituti generali del diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 3 ss.; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 769; ID., *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, *ibidem*, 3 ss.; ID., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un nuovo modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 23 ss.; ID., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 329; ID., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 291 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1135 ss.; E. CASTORINA, *«Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni intorno a un principio comune*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1177 ss.; M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1175 ss.; ID., *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "monstro simile"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 599 ss.; ID., *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 979 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011; G. CORSO, *Sistemi amministrativi europei e principio di autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 928; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 351 ss.; ID., *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione: introduzione generale*, in G. SCIULLO (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, 2009, 5; D.U. GALETTA, *L'influenza del diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *La Pubblica amministrazione e il suo diritto*, Parma, 2012, 61 ss.; G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: una ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1315 ss.; ID., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., *Parte generale*, tomo II, Milano, 2007, 827 ss.; E. KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 683 ss.; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 917 ss.;

In secondo luogo l'attribuzione agli Stati membri del compito di attuare il diritto dell'Unione ha reso sempre più evidente le ricadute di questo sugli assetti amministrativi nazionali e l'emergere di tre differenti gradi di influenza.

Il primo si sviluppa in senso verticale ed è regolato da principi cardine di derivazione giurisprudenziale come quello di supremazia (o del primato)[12] e di effetto diretto[13].

Il secondo segue, invece, una dinamica orizzontale determinando diversi fenomeni di interazione e concorrenza tra i diritti amministrativi nazionali promossi dall'esigenza di rendere uniformi ed omogenee le condizioni giuridiche assicurate ai soggetti che operano nello spazio economico europeo. Anche in questo secondo caso la Corte di giustizia ha agevolato il processo attraverso l'elaborazione e l'applicazione di criteri generali, come il principio del mutuo riconoscimento e la regola del paese d'origine (c.d. *home country control*).

In terzo luogo, si verifica spesso una sorta di contagio[14] tra il diritto dell'Unione europea e i diritti amministrativi nazionali cosicché il primo finisce per trovare applicazione anche in casi che non presentano rilevanza comunitaria e che dovrebbero essere disciplinati interamente dal diritto statale.

A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Tomo I, Milano, 2007, II ed., 285; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1209 ss.; J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1279 ss.; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law – Institutions, Processes, Tools and Techniques*, 56 *The Modern Law Review*, 1993, 19; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 845 ss.; ID., *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006.

[12] CGCE, sentenza Costa c. ENEL, causa 6/64.

[13] CGCE, sentenza Van Gend en Loos, causa 23/62.

[14] In questo senso S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*, I, Milano, II ed., 2003, 173.

Si tratta di un fenomeno che è stato di volta in volta denominato come meccanismo di *spill over*[15], effetto «passerella»[16] o anche, più in generale, esempio di c.d. *legal externalities*[17], il quale risulta spesso promosso e valorizzato dalla previsione a livello nazionale di clausole di conformità (come nel caso dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 1 del d.lgs. n. 204 del 2010) secondo una logica che vieta le c.d. discriminazioni al rovescio[18].

3. La relazione tra amministrazioni e amministrati alla luce del diritto amministrativo europeo

Il diritto dell'Unione europea ha arricchito la tradizionale relazione tra amministrazione e amministrati non solo da un punto di vista *quantitativo* riconoscendo dal lato dell'autorità più livelli di esercizio del potere, ma anche *qualitativo*. I cittadini degli Stati membri, così come quelli extracomunitari, diventano infatti parte di rapporti amministrativi regolati direttamente dal diritto sovranazionale o dai diritti statali in funzione di quest'ultimo.

Nel contesto europeo il rapporto tra l'azione amministrativa e i destinatari della sua azione è ricostruito sulla base di tre differenti punti di vista.

---

[15] D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009. Nella letteratura di lingua anglosassone cfr. G. ANTHONY, *Community Law and the Development of UK Administrative Law: Delimiting the 'Spill-Over' Effect*, in *European Public Law*, 1998, 253 ss. e A. JOHNSTON, *Defining and Identifying Spillovers from EU Law into National Law*, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013.

[16] G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, cit., 140.

[17] In questo senso M. POIARES MADURO, *Interpreting European Judicial Adjudication in a context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007.

[18] F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010. Nella giurisprudenza italiana si v. tra le altre e da ultimo TAR Sicilia, 10 gennaio 2012, n. 37.

In primo luogo vi è il tradizionale modello che sottolinea la contrapposizione tra il momento autorità e quello della libertà[19]; come avviene negli ordinamenti nazionali, esso si esprime attraverso l'emanazione di provvedimenti giuridici individuali che incidono in maniera potenzialmente pregiudizievole sulle posizioni soggettive dei privati.

In secondo luogo l'ordinamento giuridico europeo esprime la consapevolezza che il potere "esecutivo", riconosciuto in capo alla Commissione e agli altri organi od enti che sono sottoposti alla sua vigilanza, consiste nella promozione dell'interesse generale dell'Unione e si esprime, per questo, in scelte discrezionali e politiche che sono fondamentali per la regolazione degli interessi pubblici e privati in gioco.

Infine, il sistema amministrativo sovranazionale richiama sul piano giuridico alcune tematiche che sono da sempre oggetto di studio anche da parte di discipline affini al diritto pubblico quali la sociologia delle organizzazioni, la scienza dell'amministrazione e l'economia. In questo caso l'amministrato si contrappone non tanto al potere amministrativo, quanto piuttosto alla burocrazia la quale è chiamata a colmare le fratture che la separano dalle realtà oggetto del suo intervento al fine di dimostrare e garantire un maggior grado di trasparenza e responsabilità[20].

---

[19] Sul punto cfr. B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss.

[20] Nell'ambito delle dottrine sociologiche il riferimento è senz'altro alle opere di M. WEBER (*Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, 1922), T. PARSONS (*The structure of social action*, New York, 1937, trad. it. Bologna, 1962), R.K. MERTON (*Social theory and social structure*, New York, I ed., 1949), N. LUHMANN (*Teoria politica nello stato del benessere*, Milano, 1987; *Politische Planung*, Opladen, 1978; *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965), H.A. SIMON (*Administrative behaviour; a study of decision-making processes in administrative organization*, New York, 1947); M. CROZIER (*Le phénomène bureaucratique*, Seuil, 1964). Nell'ambito della scienza dell'amministrazione si vedano nella dottrina americana J. DESARIO, L. STUART, *Citizen Participation in Public Decision Making*, Greenwood, 1978; M.G. KWEIT, R.W. KWEIT, *Implementing Citizen Participation in a Bureaucratic Society*, New York, 1981; G. SALZSTEIN, *Bureaucratic Responsiveness: Conceptual Issues and Current Research*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1992, 63; M. MOORE, *Creating Public Value*, Harvard, 1995; R. DENHARDT, J. DENHARDT, *The New Public Service: Serving rather than Steering*, in *Public Administration Review*, 2000, 549 ss.; K. HOGGART, T.N. CLARK, *Citizen Responsive Government*, New

3.1. La declinazione del modello autorità-libertà nell'ambito del diritto dell'Unione europea

Quando l'amministrazione europea, sia essa diretta, indiretta o composta si esprime secondo lo schema tradizionale dell'autorità vs. libertà, il rapporto amministrativo ripropone i caratteri comuni alle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

In questo modello l'azione amministrativa ha carattere autoritativo e determina effetti potenzialmente pregiudizievoli rispetto alle posizioni giuridiche degli amministrati.

In assenza di una legge generale sull'attività amministrativa[21], la disciplina di riferimento è stata, come è noto, elaborata dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali, le quali hanno individuato una serie di principi e di istituti che vanno rispettati in sede di attuazione e applicazione del diritto sovranazionale[22].

Alcune delle garanzie elaborate in via pretoria sono state richiamate all'interno della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione

---

York, 2000; J. DIIULIO, *Getting Faith-Based Programs Right*, in *Public Interest*, 2004, 75 ss. Nella dottrina italiana cfr. L. BOBBIO, *La democrazia non abita a Gordio. Studio sui processi decisionali politico-amministrativi*, Milano, 1996; G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, 2003; L. BOBBIO (a cura di), *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, Soveria Mannelli, 2007; F. ARCHIBUGI, *Da burocrate a manager. La programmazione strategica in Italia: passato, presente e futuro*, Soveria Mannelli, 2008. Infine, nel campo delle scienze economiche interessanti sono gli approfondimenti in tema di *public choice* avviati da J.M. BUCHANAN, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Indianapolis, 1958.

[21] Si veda, tuttavia, il recente dibattito sulla codificazione del diritto amministrativo europeo. In particolare J. ZILLER, *Is a Law of Procedure for the Union Institutions Necessary?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 699 ss.; M.P. CHITI, *Toward an EU Regulation on Administrative Procedure?*, *ibidem*, 2011, 1 ss.; P. CRAIG, *EU Administrative Law*. The acquis, *ibidem*, 2011, 329 ss.

[22] Sul punto cfr. da ultimo A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009; ID., *The Principles of Administrative Procedure and the EU Courts: an Evolution in Progress*, in *Review of European Administrative Law*, 2011, 45 ss.

europea[23] alla quale, in virtù dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, è riconosciuto oggi lo stesso valore giuridico del Trattati.

In particolare, l'art. 41 della Carta individua il *diritto ad una buona amministrazione* che, nonostante la collocazione nell'ambito del Titolo V dedicato alla *cittadinanza*, è riconosciuto in capo alla *persona* a fronte di *questioni che la riguardano direttamente* e che *possono comportare l'emanazione di provvedimenti pregiudizievoli*.

Per un verso, la disposizione pare ispirarsi ad una logica essenzialmente difensiva e impone il necessario rispetto di doveri tradizionalmente riconducibili al principio del giusto procedimento tra cui emerge il rispetto del contraddittorio che si realizza attraverso il diritto di accesso al proprio fascicolo e la conoscenza delle motivazioni sottese alle decisioni[24].

Per altro verso, essa ricostruisce come diritti quelle che in realtà paiono per lo più regole e norme c.d. modali dell'agire amministrati-

[23] Come è stato autorevolmente sostenuto da D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. pubbl. com.*, 2005, 819 ss., l'art. 41 «rappresenta, cioè, unicamente una "concretizzazione esemplificativa" di quello "standard minimo del diritto amministrativo moderno" al quale fanno ormai riferimento tutti gli ordinamenti europei. Di talché sarà senz'altro necessaria un'attività interpretativa finalizzata a specificarne e delinearne meglio i contenuti».

[24] F. BIGNAMI, *Three Generations of Participation Rights before the European Commission*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n. 1, 61 ss., riconosce che la prima articolazione del diritto di partecipazione nell'ordinamento europeo si ispira al modello di contraddittorio e si identifica con il diritto ad essere sentiti prima che una decisione individuale con effetti pregiudizievole venga emanata (si tratta di un modello che emerge inizialmente con riferimento alle misure sanzionatorie assunte in materia di tutela della concorrenza e poi esteso ad altri settori come le pratiche *anti-dumping* e la protezione dei consumatori). L'impulso decisivo è stato dato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia influenzata dal valore che il principio di contraddittorio rivestiva allora in alcuni ordinamenti europei tra cui in particolare quello inglese. In questo senso la decisione *Transocean Marine Paint Association v Commission* (Case 17/74, 1974 E.C.R. 1063) rappresenta una delle prime e più significative occasioni in cui la Corte di giustizia ha avviato il processo di "proceduralizzazione" dei momenti decisionali. Successivamente a partire dalla celebre sentenza *Hoffman-La Roche c Commissione* (C-85/76) si riconosce la stretta connessione tra il principio di difesa e il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, tra la "visione" e la "voce della partecipazione".

vo[25]. In questo senso è emblematico quanto previsto dal primo paragrafo dell'art. 41 che cristallizza la definizione generale data al *diritto* ad una buona amministrazione. Quest'ultimo viene, infatti, ricostruito come diritto *a che le questioni siano trattate in modo imparziale ed equo entro un termine ragionevole*.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si limita, però, al riconoscimento delle garanzie procedimentali previste dall'art. 41.

Sul piano della legalità sostanziale e in rapporto più stretto con l'interesse al contenuto (più favorevole o meno sfavorevole) del provvedimento amministrativo, centrale appare anche l'art. 52 comma 1 relativo alla *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi* la cui osservanza va assicurata dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nonché dagli Stati membri nell'attuazione del diritto comunitario.

La disposizione impone che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Accanto al principio di legalità viene, quindi, richiamato il vero e proprio architrave del diritto amministrativo europeo, vale a dire il principio di proporzionalità che, nella sua articolazione trifasica di *idoneità*, *necessarietà* e *proporzionalità in senso stretto*, rappresenta il metro di giudizio fondamentale per il sindacato sull'attività amministrativa[26].

Particolarmente interessante appare però anche il richiamo al contenuto essenziale e incomprimibile dei diritti e delle libertà che di-

[25] Con riferimento a questi profili si veda da ultimo A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, in particolare 275 ss.

[26] Sul principio di proporzionalità cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di Proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

venta ulteriore parametro della legittimità (ma anche della liceità) dell'azione amministrativa.

Questa previsione, che sul piano costituzionale rinvia al principio dell'intangibilità dei nuclei minimi essenziali dei diritti contenuto anche nell'art. 29 comma 2 della Costituzione tedesca, potenzia senz'altro la figura dell'amministrato, ma con un limite significativo.

I parametri posti dall'art. 52 si rivolgono, infatti, principalmente agli organi giurisdizionali che operano nel sistema giuridico europeo consentendo un controllo penetrante certo, ma ancorato al tradizionale modello di sindacato *ex post* sugli atti.

3.2. Partecipazione alla vita democratica dell'Unione nei procedimenti di rule making

Il secondo livello di approfondimento circa il rapporto tra amministrazione e amministrati in ambito europeo si collega ai principi di partecipazione alla vita democratica e di c.d. buona *governance*.

Nel corso del tempo, accanto alla garanzia del contradditorio su decisioni puntuali è emersa una seconda forma di partecipazione all'azione amministrativa assicurata agli individui, alle imprese, e più in generale alla società civile, nei processi di formazione degli atti di *rule making*. L'importanza di queste pratiche è spesso sottolineata in virtù del carattere tecnocratico dell'azione e dell'organizzazione amministrativa europea.

I modelli partecipativi sono piuttosto vari e sono spesso collocati nell'ambito delle analisi di impatto della regolazione; la società civile viene consultata sulle proposte legislative maggiormente rilevanti e le osservazioni presentate sono tenute in considerazione per la redazione del testo definitivo.

Circa la legittimazione a ricorrere, anche in questo caso si prescinde dal requisito della cittadinanza europea e si sottolinea la stretta relazione tra materia trattata e interessi rappresentati.

Tuttavia, la dottrina più attenta ha sottolineato l'incertezza che sussiste in merito alla ricostruzione teorica di questi istituti e la difficoltà di ricondurli alla categoria dei diritti soggettivi[27].
Nel percorso verso una piena affermazione dei modelli di partecipazione richiamati, una tappa decisiva è stata segnata da ultimo dal Trattato di Lisbona[28].

Nonostante l'art. 10 paragrafo 1 del Trattato sull'Unione europea affermi che il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa, il paragrafo 3 statuisce che «ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini».

In senso analogo il successivo art. 11 precisa che «1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

Particolarmente interessanti sono anche gli artt. 15 e 298 del Trattato sul funzionamento dell'Unione. Il primo ribadisce che le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile al fine di promuovere il *buon governo* e la partecipazione della società civile, il secondo afferma che l'Unione si fonda su un'amministrazione europea *aperta*, *efficace* e *indipendente*.

---

[27] Così J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon: a Legal view on Article 11 TEU*, in *Common market law review*, 2011, 1849 ss. e ID., *Participation in EU Rule Making. A Right-Based Approach*, Oxford, 2011.

[28] Su queste tematiche cfr. in particolare M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme. Il federalismo come metodo di governo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, 17 ss. In tema cfr. anche J. SHAW, *The Transformation of Citizenship in the European Union: Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, Cambridge, 2007, ID., *E.U. Citizenship and Political Rights in an Evolving European Union*, in *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75, p. 2549 e ss. e E. GUILD, C. GORTÁZAR ROTAECHE, D. KOSTAKOPOULOU, *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, The Hague, 2014.

Il riconoscimento dei principi della c.d. democrazia partecipativa, che pare costituire una solida base per il concetto di cittadinanza amministrativa, va, tuttavia, contestualizzato rispetto al processo di ristrutturazione della *governance* europea avviato all'incirca alla fine degli anni '90 del secolo scorso.

Due le ragioni che in quel momento storico hanno reso necessaria la ridefinizione dei rapporti tra apparati comunitari e destinatari della loro azione: da un lato la crisi della commissione Santer avvenuta nel 1999 a causa delle accuse di corruzione, frode e cattiva gestione finanziaria, dall'altro l'avvio, nel marzo del 2000, della strategia di Lisbona e l'imposizione di un programma di riforme economiche e politiche dirette a garantire più alti livelli di crescita, competitività, occupazione e innovazione[29].

Per realizzare gli obiettivi posti occorrevano, quindi, misure dirette a migliorare l'apparato regolatorio e amministrativo dell'Unione minimizzando i costi di attuazione degli atti e delle politiche.

Il Libro bianco sulla *Governance* europea pubblicato nell'agosto del 2001 esprime molto chiaramente l'idea che una *good governance* si fonda sui principi di responsabilità (*accountability*), trasparenza (*openness*), partecipazione (*participation*) effettività (*effectiveness*) e coerenza (*coherence*).

I valori appena richiamati sono a loro volta funzionali a due obiettivi politici: per un verso essi tendono a ristabilire la fiducia (*resto-*

[29] Sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *"Make it Better and Simpler": semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 2011, 265. Sul punto anche K. LENAERTS, *'In the Union We Trust': Trust-Enhancing Principle of Community Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, 317 ss. In senso critico D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 265 ss. che dopo aver richiamato il concetto di *governance* applicato nel campo delle scienze politiche afferma che «affinché le decisioni pubbliche siano legittime, esse non possono rinunciare ad essere democratiche e non si è ancora trovato un migliore sistema di arrivare a decisioni democratiche della democrazia rappresentativa. La *Governance* ad avviso di chi scrive può quindi utilmente costituire un modo nuovo di governare, sin tanto che essa implica la ricerca di modalità operative diverse dal passato, più dinamiche ed interattive. Ma essa non può certo pretendere di eliminare il bisogno di governo più tradizionalmente inteso».

ration of confidence) di cittadini e imprese nelle istituzioni europee, resa precaria dalle dimissioni anticipate dalla commissione Santer, per altro verso rispondono all'esigenza di assicurare l'effettività della legislazione comunitaria attraverso strumenti dotati di sempre maggiore immediatezza ed efficacia.

Partecipazione e trasparenza paiono quindi configurate come interessi strumentali rispetto alle finalità generali dell'Unione e alla promozione dell'efficacia ed effettività del suo diritto; ciò finisce per rappresentare un limite alla loro qualificazione giuridica senza dimenticare che nel *rule making process* comunitario la partecipazione alle decisioni altamente tecniche e complesse rischia di privilegiare gli interessi dei pochi, ma potenti rispetto ai molti, ma deboli.

3.3. I principi e i valori della burocrazia europea

Come anticipato, la terza chiave di lettura della relazione tra amministrazione e amministrati rinvia alla contrapposizione tra individuo e burocrazia, resasi sempre più evidente a seguito della affermazione del c.d. Stato amministrativo[30].

Da questo punto di vista la burocrazia europea ha presentato fin dalle sue origini alcuni tratti caratteristici del tutto peculiari rispetto agli apparati nazionali.

Weiler sottolinea, per esempio, che «il servire nella pubblica amministrazione della Comunità […] era invece concepito come il vivere gli ideali della Comunità. […] (L)a sua dimensione sovranazionale, che formalmente sfidava i vincoli di lealtà con lo Stato e avversava l'interesse nazionale in favore dell'interesse comune (o della Comunità), lo ridefiniva in termini ideali»[31].

[30] Sul punto per tutti S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974.

[31] J.H.H. WEILER, *Gli ideali dell'integrazione europea*, Excursus 1, in AA.VV., *L'Unione europea*, Bologna, 1998, 24 ss. Su questo tema anche T. CHRISTIANSEN, *Tension of European Governance: Politicized Bureaucracy and Multiple Accountability in the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, 73 ss.

La concezione del funzionario europeo come «idealista servitore pubblico»[32] si è realizzata nelle iniziative dell'ordinamento europeo tese ad avvicinare l'apparato burocratico ai destinatari dell'azione amministrativa, attraverso la previsione di meccanismi di controllo e vigilanza rispetto ai possibili episodi di *maladministration*.

Tra questi istituti spicca il ricorso al Mediatore europeo che l'art. 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e l'art. 43 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea configurano come diritto che spetta ai cittadini europei e ad ogni altra persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno degli Stati Membri[33].

Questa precisazione non ha impedito, però, al Mediatore di farsi carico d'ufficio di quelle ipotesi di cattiva amministrazione che interessino i cittadini extracomunitari o migranti come nel recente caso *Frontex* in materia di rispetto dei diritti fondamentali[34].

L'*Ombudsman* europeo interpreta in modo piuttosto estensivo la nozione di cattiva amministrazione ricostruendola sulla base del *Codice di buona condotta amministrativa* e dei *principi di servizio pubblico* previsti *per i funzionari dell'Unione*.

Essa coincide solo in parte con la violazione del principio di legalità considerato che, in virtù di quanto stabilito dall'art. 1 comma 3 della decisione n. 94/262, il potere di indagine del Mediatore deve arrestarsi quando una questione è oggetto di un ricorso giurisdizionale.

Più in generale, si fa riferimento ad obblighi di coerenza e cortesia oltre che di assistenza, integrità ed obiettività. Emblematica è al riguardo la definizione dei principi di servizio pubblico, i quali richiamano la figura di un funzionario pronto a servire gli interessi dell'Unio-

[32] L'espressione è tratta anch'essa dall'opera di Weiler sopra citata.

[33] Vi sono altri casi in cui il diritto dell'Unione europea riferisce ai cittadini dell'Unione diritti e interessi che sono riconosciuti anche a tutti coloro che risiedono nel territorio degli Stati membri. Si veda, per esempio, quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 24 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con riferimento al diritto di petizione.

[34] Denuncia OI/5/2012/BEH-MHZ nell'ambito della quale il Mediatore europeo ha invitato l'Agenzia europea per il controllo delle frontiere a dotarsi di un meccanismo per la gestione dei reclami.

ne e dei suoi cittadini ai fini della realizzazione degli obiettivi dei Trattati.

L'apparato burocratico adotta decisioni al solo scopo di servire tali interessi e adempie le funzioni al meglio delle proprie capacità adoperandosi per rispettare i più elevati standard professionali e godere così della fiducia dei cittadini.

Autorevole dottrina straniera ha sottolineato che l'obbligazione di buona amministrazione rilevante per le denunce sottoposte al Mediatore è espressione della c.d. *administrative efficacy*, la quale è tanto più percepibile quanto più la pubblica amministrazione incoraggi i cittadini a prendere parte ai processi decisionali, a cooperare nell'ambito delle iniziative pubbliche e a migliorare il grado di adesione agli interventi di regolazione[35].

Il principio di trasparenza, inteso come facilità di accesso non solo ai documenti amministrativi, ma anche all'attività procedimentale considerata nel suo complesso, il principio di certezza temporale e i doveri di correttezza, attenzione e diligenza consentono, infatti, al privato di prevedere e comprendere lo svolgimento dell'azione pubblica (c.d. principio di *predictability*).

Un'impostazione analoga si intravede anche in alcuni atti di diritto derivato finendo così per imporsi sulle amministrazioni nazionali.

Si consideri al riguardo quanto contenuto nella Direttiva 2006/123/CE, c.d. "direttiva servizi", con riferimento ai diritti di informazione e assistenza.

Nell'ambito dei principi e degli istituti di semplificazione amministrativa, l'art. 7, paragrafo 2, impone alle pubbliche amministrazioni nazionali un dovere di fornire informazioni sul modo in cui i requisiti necessari per l'esercizio delle attività economiche sono interpretati e applicati all'interno degli ordinamenti giuridici statali.

[35] In questo senso S. SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2000, 25 e P.P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 278. Per la dottrina italiana si vedano le riflessioni di A. ZITO, *Il 'diritto a una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2002, 425 ss.

A questa previsione si collega, poi, la necessità di utilizzare un linguaggio semplice e comprensibile secondo modalità chiare e non ambigue[36].

4. Considerazioni conclusive

Obiettivo del presente lavoro è stato quello di indagare la configurazione, i contenuti e, più in generale, la natura della *cittadinanza amministrativa*, intesa quale espressione di sintesi delle facoltà, degli interessi e dei diritti riconosciuti al privato nel rapporto amministrativo.

Quest'ultimo viene individuato nelle sue dinamiche evolutive a fronte di una attività amministrativa che non si limita alla emanazione autoritativa di provvedimenti puntuali, ma viene interpretata per un verso come attività di regolazione dei comportamenti pubblici e privati e, per altro verso, quale espressione del vincolo di fiducia e solidarietà che lega i soggetti dell'ordinamento secondo una concezione *plurisoggettiva*[37].

Il diritto dell'Unione europea ha rappresentato il punto di osservazione privilegiato per svolgere l'indagine non solo per le molteplici forme di influenza che esso esercita sui livelli nazionali, ma anche per le sue peculiarità rispetto alle modalità tradizionali di intendere e interpretare le interazioni tra poteri pubblici e situazioni giuridiche individuali.

Quanto ai risultati dell'analisi, è possibile svolgere alcune riflessioni di sintesi.

La cittadinanza amministrativa rinvia a un complesso di situazioni soggettive regolate da norme di diritto pubblico molto diversificate tra loro che, tuttavia, paiono esprimere, in ultima analisi, gli obiettivi programmatici di un dato ordinamento rispetto ai destinatari delle funzioni che sono dirette a realizzare l'interesse generale.

---

[36] Sul punto sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *op. cit.*, 288. Si veda anche C. BARNARD, *Unravelling the Service Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, 323 ss.

[37] Sul punto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II edizione, 1988 in particolare 656.

Le medesime norme di diritto pubblico costituiscono allo stesso tempo limiti all'esercizio dei poteri amministrativi che non incidono direttamente sul contenuto delle decisioni, ma sulle modalità di svolgimento e organizzazione dell'azione.

Sul piano della legittimazione, poi, le situazioni soggettive di cui si tratta sono riconosciute non solo ai cittadini persone fisiche, ma anche ai non cittadini, alle persone giuridiche e, più in generale, ai c.d. *target groups* e *stakeholders* che sono di volta in volta individuati sulla base degli interessi coinvolti dall'esercizio delle singole attività di rilevanza pubblicistica.

Se da un lato vi sono le garanzie tradizionali del contraddittorio rispetto a decisioni pregiudizievoli, dall'altro si ricostruiscono come diritti i doveri dell'amministrazione di organizzare e svolgere la propria attività con diligenza, completezza, trasparenza e obiettività.

Dall'attività si passa poi a delineare giuridicamente anche il rapporto tra individuo e apparato burocratico secondo una logica di servizio ispirata ai principi di trasparenza, partecipazione e responsabilità.

Ancora, il richiamo a tali principi diventa cruciale rispetto ai tentativi di ridefinire oggi i valori democratici a fronte della innegabile frammentarietà dei momenti di individuazione ed espressione degli interessi generali.

Si comprende, quindi, perché a questi temi sia riconosciuto un ruolo centrale anche a livello nazionale sulla base di una lettura del testo costituzionale che sottolinea e riempie di contenuti il dovere della repubblica di assicurare la partecipazione *effettiva* della *persona* all'organizzazione politica economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.)[38].

Questa prospettiva alquanto suggestiva nasconde, tuttavia, qualche insidia.

In primo luogo ricostruire molti dei doveri dell'azione amministrativa come diritti degli amministrati non elimina – ma addirittura acuisce – il problema legato alla loro giustiziabilità. Sebbene limitata al controllo di legittimità sugli atti, quest'ultima è più forte nei casi di

[38] U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 3, 151 ss. e ID., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 1.

emanazione di provvedimenti puntuali, mentre è senz'altro più debole per le garanzie di partecipazione all'azione amministrativa generalmente intesa o a fronte di principi "minori" quali quello di certezza temporale, coerenza, assistenza, cortesia, etc.

In questi casi si finisce – non solo nell'ordinamento europeo, ma spesso anche a livello nazionale – per stemperare l'interesse del privato attraverso l'attivazione di meccanismi indiretti che rinviano ad ulteriori relazioni istituzionali tra enti e apparati; l'*Ombudsman* europeo, per esempio, si fa portavoce con le istituzioni interessate dei reclami presentati dagli amministrati e cerca di mediare per giungere a soluzioni sostanzialmente di compromesso.

In questo senso, una possibile alternativa potrebbe essere quella di considerare questi diritti/principi come veri e propri limiti giuridici alla discrezionalità procedimentale e organizzativa dell'amministrazione, attivando su istanza di parte meccanismi di revisione, sospensione e controllo dell'attività posta in essere dall'amministrazione secondo modelli che garantiscano un effettivo confronto dialettico tra apparati destinatari della loro azione.

L'evanescenza e impalpabilità del concetto di cittadinanza amministrativa ha dimostrato quindi la complessa articolazione dei rapporti tra amministrazione e amministrati e l'imprescindibile conflitto che sta a fondamento del processo di individuazione e soddisfazione degli interessi affidati alla cura dei pubblici poteri.

Occorre quindi intervenire sulla funzione organizzatrice dell'amministrazione, la quale contribuisce attivamente a realizzare l'interesse pubblico sebbene non si indirizzi *cum imperio* nei confronti dei privati e rimanga perciò sullo sfondo del sistema dei rimedi tradizionali.

CITTADINO O STRANIERO. RILEVANZA DELLA DISTINZIONE PER IL DIRITTO PENALE

DAL CODICE ALLA DISCIPLINA DELL'IMMIGRAZIONE

Elena Mattevi

SOMMARIO: *1. Cittadino o straniero nella disciplina penale codicistica. - 2. Cittadino o straniero nella disciplina penale dell'immigrazione. - 3. Immigrazione clandestina e diritto penale: la posizione della Corte costituzionale. - 4. Recenti tendenze nella disciplina penale dell'immigrazione tra obblighi comunitari e permanenti profili di criticità.*

1. Cittadino o straniero nella disciplina penale codicistica

I principi o criteri astrattamente ipotizzabili per quanto riguarda la disciplina dei limiti spaziali di applicabilità della legge penale sono quattro, secondo la dottrina penalistica: il principio di territorialità, per il quale la legge nazionale obbliga indifferentemente tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato e pertanto si applica sia al cittadino, sia allo straniero che all'apolide, qualora commettano un reato nel territorio dello Stato; il principio di difesa, che rende applicabile la legge dello Stato cui appartengono i beni offesi o cui appartiene il soggetto passivo del reato; il principio di universalità, di ascendenza romanistica[1], che considera illimitata la potestà punitiva degli Stati ed il principio di personalità attiva, in virtù del quale si applica sempre la legge dello Stato di appartenenza del reo[2].

[1] S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova, 2009 (2ª ed.), 361 ss.

[2] T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012 (10ª ed.), 54; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009 (6ª ed.), 129; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011 (7ª ed.), 895 ss., tra gli altri; nella dottrina penalistica francese, un esame approfondito dei criteri, largamente sovrapponibili a quelli indicati in questa

Nel nostro codice penale nessuno di questi principi si afferma in misura esclusiva, anche se quello di territorialità, che si è imposto in Europa a partire dai secoli XVI e XVII, con la nascita degli Stati moderni, ha un ruolo prevalente, almeno dichiaratamente e/o in forma temperata[3].

In forza dell'art. 3 e dell'art. 6 del codice penale, infatti, la legge penale italiana trova applicazione per tutti i fatti di reato commessi sul territorio italiano, qualunque sia il loro autore, cittadino o straniero[4]. Le eccezioni valgono solo per i casi previsti dalla legge o dal diritto internazionale.

Non si tratta di un principio affermato solo in questa sede. Basti ricordare che anche nelle Disposizioni sulla legge in generale del codice civile, all'art. 28 – alla stregua di quanto già disponeva l'art. 11 delle Disp. Prel. c.c. del 1865 – si stabilisce: «Le leggi penali e quelle di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato».

Il principio di territorialità ha un ruolo oggi generalmente prevalente[5]. Come afferma Romano, «il territorio è scelto come punto di collegamento fondamentale del diritto penale internazionale di numerosissimi ordinamenti giuridici moderni in tutto il mondo; il principio di territorialità, infatti, da una parte implica una delimitazione spaziale cui sono direttamente connesse la sovranità e l'indipendenza dello Stato (delle quali la legge penale è una manifestazione evidente e necessaria), dall'altra è in grado di meglio soddisfare, almeno in astratto, le esigenze di giustizia e di economia processuale, per via di una più agevole ricerca delle prove relative ai singoli fatti criminosi»[6].

---

sede, è rinvenibile in: F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2009 (16ª ed.), 345 ss.

[3] F. MANTOVANI, *op. cit.*, 895; G. FORNASARI, *L'applicazione della legge penale nello spazio*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008 (2ª ed.), 31 ss.; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 361 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011 (4ª ed.), 604; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1, Milano, 2004 (3ª ed.), 81.

[4] T. PADOVANI, *op. cit.*, 55.

[5] F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013 (5ª ed.), 175; G. FORNASARI, *op. cit.*, 33; E. DREYER, *Droit pénal général*, Paris, 2012 (2ª ed.), 1152.

[6] M. ROMANO, *op. cit.*, 82.

In Francia, ad esempio, se il principio non era formulato chiaramente in alcuna norma del codice penale del 1810, ma si deduceva dall'art. 3 del codice civile, che si riferiva alle leggi di polizia e di sicurezza (che obbligavano tutti coloro che abitavano sul territorio dello Stato), oggi è espresso all'art. 113-2 c.p., secondo il quale «la legge penale francese è applicabile a tutti i reati commessi sul territorio della Repubblica»[7]. La Germania, invece, con il nuovo par. 3 StGB ha abbandonato il principio di personalità, precedentemente seguito[8].

Come anticipato, il principio di territorialità è naturalmente collegato al concetto di territorio sul quale si esercita la sovranità politica dello Stato, poiché l'esercizio della giurisdizione – che peraltro può essere esercitata con maggior efficacia sul proprio territorio – costituisce una delle più tipiche manifestazioni della sovranità nazionale[9].

In questa prospettiva, la legge penale non incontrerebbe altro limite che il territorio dello Stato[10].

Le eccezioni al principio, però, non mancano. Non mancano all'estero[11] e non mancano in Italia, come abbiamo anticipato parlando di una pluralità di principi che possono operare in materia e che si giustificano oggi, sempre più sensibilmente, anche in forza di una criminalità

[7] F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, 347.

[8] F. MANTOVANI, *op. cit.*, 895.

[9] F. PALAZZO, *op. cit.*, 175; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, 347.

[10] La nazionalità dell'autore del reato è indifferente: E. DREYER, *op. cit.*, 1152.

[11] G. FORNASARI, *op. cit.*, 34 ss. Basti pensare che l'art. 113-6 c.p. francese prevede che, per l'ipotesi in cui il reato sia commesso da un cittadino francese all'estero, l'applicazione della legge francese è subordinata solo alla qualifica del reato stesso come crimine o delitto e, in ipotesi di delitto, alla punibilità di quel fatto come reato anche secondo il diritto del paese in cui è stato commesso (salve alcune eccezioni). La *ratio* di tale disposizione è stata individuata nella volontà della Francia di proteggere il proprio ordine pubblico contro i possibili attacchi di un cittadino che ha già dimostrato la propria pericolosità nonché, allo stesso tempo, di salvaguardare la reputazione della Francia all'estero (E. DREYER, *op. cit.*, 1152 ss.) e di favorire la riparazione dei danni cagionati agli interessi morali della Francia dal comportamento criminoso del reo (F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, 361). L'art. 113-7 c.p., invece, si riferisce alle ipotesi in cui la vittima sia francese (per i crimini ed i delitti puniti con pena detentiva) e non richiede che il fatto sia considerato reato nello Stato in cui è stato commesso (principio di doppia incriminazione), anche se negli articoli successivi sono introdotti alcuni ostacoli di natura processuale.

che si evolve e diventa sempre più transnazionale, sfruttando i limiti legati alla presenza delle frontiere[12].

Lo strumento per garantire uno spazio sempre più ampio al principio di universalità, per alcuni reati la cui repressione è di interesse comune per tutti gli Stati, ad esempio, è costituito dalle convenzioni internazionali, anche se il codice penale italiano stesso offre un quadro molto complesso della materia, rivelando già da solo, sullo sfondo, un intento politico fortemente espansivo dell'ambito applicativo della legge italiana[13]. Se l'art. 3 c. 2 c.p. apre le porte al superamento del principio di territorialità appena espresso – già esteso nella sua portata applicativa dall'art. 6, che si accontenta della commissione di una qualsiasi "parte" del reato nel territorio dello Stato[14] – gli articoli 7 e seguenti c.p. sono ispirati ad una tendenziale universalità. Dall'analisi dell'intera normativa emerge come il principio di territorialità, di fatto, valga solo per le contravvenzioni ed alcuni delitti puniti con la pena della reclusione inferiore a tre anni nel minimo. Per le altre figure, invece, la legge penale italiana ha efficacia comunque, anche se non sempre incondizionatamente.

Gli articoli 7 e 8 c.p. si riferiscono indifferentemente al cittadino ed allo straniero, indicando i reati che vengono puniti secondo la legge italiana, senza limiti, soprattutto in forza del diverso principio della difesa, poiché offendono taluni interessi dello Stato italiano ritenuti bisognosi di una tutela ad ampio raggio o costituiscono delitti oggettivamente o soggettivamente politici (nel caso di delitti politici, tuttavia, è necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia)[15].

Gli articoli 9 e 10 c.p., invece, riguardano rispettivamente il cittadino e lo straniero, in ipotesi di delitti comuni commessi all'estero, con riguardo ai quali, però, la punibilità risulta subordinata alla presen-

[12] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 130; E. DREYER, *op. cit*., 1131; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, 342.

[13] F. MANTOVANI, *op. cit.*, 897. Come ben evidenzia F. PALAZZO, *op. cit.*, 179, però, se il principio di universalità, oggi, trae origine soprattutto dalla preoccupazione dell'impunità di alcuni gravissimi delitti, esso può moltiplicare le teoriche possibilità di conflitti di giurisdizione tra Stati diversi.

[14] S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 364.

[15] F. PALAZZO, *op. cit.*, 178.

za di alcune condizioni progressivamente più stringenti a seconda della minore intensità del vincolo di collegamento del fatto criminoso con lo Stato italiano.

Se il principio della personalità attiva, quindi – salvo che per la differenza tra le condizioni imposte dall'art. 9 c.p. e quelle imposte dall'art. 10 c.p. – non sembra assumere nel nostro ordinamento una sensibile rilevanza pratica ai fini della disciplina del diritto penale nello spazio, a ben guardare, la normativa contenuta negli artt. 3-10 c.p. esprime una forte carica ideologica nella costante contrapposizione tra cittadino e straniero come autori di reato[16]. Nella maggior parte dei casi, la distinzione è irrilevante in forza del principio di obbligatorietà della legge penale italiana per cittadini e stranieri, ma è comunque espressamente richiamata.

Il diritto penale mutua la nozione di cittadino dalla disciplina privatistica della cittadinanza[17] e se tale qualità non rileva nelle norme richiamate, se non per l'ipotesi di alcuni reati commessi all'estero, è indispensabile ricordare che nel codice penale essa assume una certa importanza come limite all'estradizione[18] o in alcune fattispecie codicistiche di parte speciale, quando tale qualità soggettiva è elemento essenziale di un reato proprio (art. 242 c.p. che disciplina il reato del cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano)[19].

La nozione di straniero si ottiene *a contrario*, anche se, a seguito della razionalizzazione della materia dell'immigrazione, operata dal relativo testo unico, si intende di regola limitata, almeno per questo settore, all'extracomunitario o all'apolide, secondo quanto previsto dall'art. 1 d.lgs. n. 286/1998[20].

---

[16] S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 363.

[17] D. PULITANÒ, *op cit.*, 604; F. PALAZZO, *op. cit.*, 180, salvo che per il fatto che si considerano cittadini anche gli apolidi residenti stabilmente nel territorio dello Stato, agli effetti della legge penale (art. 4 c.p.).

[18] Cfr. art. 13 c.p. Limiti all'estradizione passiva, poi, sono posti da norme costituzionali ed in particolare dall'art. 26 Cost., che prevede che l'estradizione del cittadino sia ammessa solo se espressamente consentita nelle convenzioni internazionali.

[19] M. ROMANO, *op. cit.*, 94. L'art. 242 c.p. equipara al cittadino chi ha perduto la cittadinanza italiana.

[20] Il testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998, modificato più volte successivamente), infatti, si apre all'art. 1 con una delimitazione dell'ambito applicativo della

2. Cittadino o straniero nella disciplina penale dell'immigrazione

La disciplina dell'immigrazione rappresenta il settore in cui la distinzione tra cittadino e straniero ha assunto la maggior importanza nell'ambito dell'ordinamento penale italiano. Si è parlato di una vera e propria «*escalation* penalistica del ruolo dello straniero-extracomunitario»[21].

La cittadinanza, lungi dall'essere considerata come un fattore di inclusione, è divenuta in questo contesto, sempre più pesantemente, proprio in forza del diritto penale, uno strumento giuridico di esclusione e di discriminazione dei non cittadini[22]. L'immigrato, «in quanto culturalmente e talvolta anche morfologicamente diverso»[23], viene considerato il fattore in assoluto di maggior pericolo per la sicurezza pubblica.

Si è andato, così, con il tempo, a delineare un sistema giuridico in molti punti diverso per coloro che non sono dotati di cittadinanza italiana o, più tecnicamente, che non sono cittadini di un Paese dell'Unione[24], fino a far pensare all'emergere di nuove forme di diritto penale d'autore «per discriminazione di cittadinanza»[25], pur mascherate dietro agli schemi del diritto penale del fatto.

Se il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 ed il relativo regolamento di esecuzione sono rimasti lungamente l'unico, marginale e lacunoso, riferimento normativo in tema di immigrazione, con la presa di coscienza della trasformazione dell'Italia da originario

---

sua disciplina, riferita ai «cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri». Cfr. anche F. MANTOVANI, *op. cit.*, 898 e C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2012, 63.

[21] M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da* oggetto materiale *a* tipo d'autore *nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, 102.

[22] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, 468.

[23] M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sulla immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2007, 687.

[24] O. GIOLO, *Le ragioni (non sufficienti) dell'esclusione. Un approccio teorico-generale al diritto dell'immigrazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI, *Diritto contro*, Torino, 2009, 102.

[25] M. DONINI, *op. cit.*, 119, 102. Cfr. altresì A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.

Paese di emigrazione a terra di sbocco dei flussi migratori, si è segnato l'*incipit* per l'introduzione della prima disciplina (l. 943/1986) riguardante il lavoro in Italia degli stranieri, seguita dalla legge c.d. Martelli (d.l. 416/1989, convertito nella l. 39/1990)[26] ambiguamente caratterizzata, da un lato, da una spinta verso la logica emergenziale della chiusura delle frontiere e, dall'altro, dall'ambizione di governare, nel segno dell'integrazione, un processo storico che si sapeva inarrestabile.

Dopo il c.d. decreto Conso (d.l. 187/1993, convertito nella l. 296/1993), che introduceva alcune fattispecie di reato, è solo con il d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 («Testo unico sull'immigrazione») in attuazione della legge Turco-Napolitano, che si è pervenuti ad una sistemazione organica della complessa materia, riformata pesantemente, in senso punitivo, intrecciando la dimensione penalistica e quella amministrativistica, con la l. 189/2002 (Bossi-Fini) e quindi poi ulteriormente in più occasioni, soprattutto in tempi recenti, a partire dal 2008[27].

È in particolare con gli interventi da ultimo citati (pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009) che – per controllare e ridurre il fenomeno "immigrazione", seguendo una logica emergenziale ed emotiva[28], alimentata da «arroganti tendenze autarchiche»[29] – è stato elaborato un diritto orientato prioritariamente ad escludere lo straniero dalla società di accoglienza ricorrendo anche al diritto penale sostanziale e processuale. Anzi, è proprio grazie al diritto penale che i meccanismi di esclusione dello straniero hanno assunto una nuova vitalità[30].

---

[26] R.M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, Milano, 2012, 161 ss.; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, 14 ss.

[27] C. MORSELLI, *op. cit.*, 4 ss.; L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, 1 ss.

[28] E. LO MONTE, *Immigrazione: il problema dei "non figli" nel reato di "clandestinità" (ovverosia quando "il sonno della ragione genera mostri")*, in *Ind. Pen.*, 2012, 307.

[29] P. PISA, *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 393.

[30] S. CARNEVALE, *Stranieri al processo: meccanismi di esclusione e accertamento penale*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *op. cit.*, 111; L. CORDÌ, *op. cit.*, 232; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 20.

L'intera disciplina dell'immigrazione, ricondotta al grande tema della sicurezza pubblica, è costruita attorno al meccanismo dell'espulsione con un insieme complesso ed incoerente di disposizioni. L'espulsione, infatti, nella molteplice natura di sanzione amministrativa, misura di sicurezza, sanzione sostitutiva e misura alternativa alla detenzione, rappresenta il fulcro del vigente apparato normativo ed il punto di partenza e di arrivo di un percorso repressivo caratterizzato dallo svolgimento di procedimenti penali, dall'impiego massiccio di energie delle forze dell'ordine e degli uffici giudiziari nonché in misura importante, fino al 2012, dalla pena detentiva[31].

Le due norme penali che tuttavia rappresentano l'esemplificazione più chiara della sopra descritta tendenza ad una sempre più netta differenziazione tra cittadini e stranieri extracomunitari, dal lato attivo del reato, sono costituite dall'aggravante della clandestinità e dal reato di immigrazione clandestina[32].

Con il d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni nella l. 24 luglio 2008 n. 125, veniva introdotta una nuova circostanza aggravante comune, all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., volta ad inasprire la sanzione a carico del colpevole che aveva commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale[33]. La circostanza veniva usata

[31] S. CARNEVALE, *op. cit.*, 112. Cfr. anche L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, n. 4, 14.

[32] R.M. GENNARO, *op. cit*., 176; M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili d'illegittimità costituzionale: Corte cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte cost. 8 luglio 2010 n. 250*, in *Dir. fam.*, 2011, 1406 ss.

[33] È necessario evidenziare come si fosse utilizzato il termine "colpevole", in luogo di "straniero". La scelta non poteva considerarsi casuale, dacché la parola "straniero", giusta l'art. 1 T.U. imm., individua soltanto il cittadino non comunitario e la persona priva di cittadinanza (apolide).

Fino alla precisazione introdotta con la riforma successiva (art. 1 l. 94/2009: «La disposizione di cui all'articolo 61, numero 11-bis), del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi»), si è ritenuto, così, che con il sostantivo "colpevole" il legislatore avesse voluto estendere l'ambito di applicabilità della disposizione non solo agli extracomunitari ed agli apolidi, ma anche a tutti i cittadini degli altri Stati aderenti all'Unione europea quando avessero superato il termine di durata del soggiorno o avessero trasgredito all'ordine di allontanamento adottato nei loro confronti.

dal legislatore anche per restringere l'ambito applicativo della norma di cui all'art. 656 c.p.p. – relativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione – escludendo automaticamente dal beneficio i condannati per qualsiasi reato, in presenza di tale aggravante[34].

Con tale nuova circostanza aggravante comune il legislatore aveva inteso dare «una risposta emotivamente rassicurante ad una opinione pubblica sempre più preoccupata […] degli effetti criminogeni dei flussi migratori»[35]. L'aggravamento delle pene e gli effetti processuali conseguenti trovavano però la loro unica ragion d'essere nell'irregolarità amministrativa della presenza in Italia dello straniero condannato[36], sollevando molteplici dubbi sulla compatibilità della modifica con i principi costituzionali. L'aggravante – come poi verrà riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale – appariva ingiustificatamente discriminatoria in quanto l'irregolarità era priva di una valenza univoca in termini di maggior disvalore del fatto commesso o di maggior pericolosità sociale o colpevolezza del suo autore[37].

Con le «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» del 2009, invece, si assisteva ad una significativa radicalizzazione degli orientamenti già emersi l'anno precedente[38] e veniva introdotta nel nostro ordinamento una contravvenzione del tutto nuova (art. 10-*bis*)[39] per

[34] F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente* sine titulo *sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattanimento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *op. cit.*, 151.

[35] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 441. Cfr. F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11*-bis*, c.p.*, in *Cass. pen*., 2010, 3748; G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 713 ss.

[36] La giurisprudenza ha affermato che l'aggravante è configurabile anche nel caso in cui non vi è alcun nesso tra il reato e lo stato di illegale presenza dell'agente sul territorio nazionale: Cass., 2 febbraio 2010, n. 4406, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 285.

[37] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 442.

[38] C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, n. 4, 38.

[39] Si segnala che in data 2 aprile 2014, mentre il presente lavoro è in bozze, è stata definitivamente approvata, dalla Camera dei Deputati (anche se non ancora pubblicata), una riforma ambiziosa recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili" (C. 331-927-

«lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286»[40].

Anche se la pena prevista è meramente pecuniaria, la riforma rappresenta un nuovo passo avanti verso una sempre più ampia giustificazione del ricorso al diritto penale in materia. Fino a quel momento, infatti, la mera violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno, da parte dello straniero, non integrava un reato, ma veniva sanzionata con l'espulsione amministrativa, che rappresentava lo strumento ordinario per il suo allontanamento[41].

Le sanzioni penali, anche detentive, si applicavano solo in ipotesi di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro un dato termine o di trasgressione al divieto di reingresso, senza un titolo legittimo di permanenza.

Dopo una prima fase dell'*iter* legislativo, in cui l'immigrazione clandestina era stata addirittura modellata come un delitto punito con la pena detentiva, per ragioni legate prevalentemente ai preoccupanti riflessi sul sistema carcerario della precedente opzione[42], il nuovo reato è stato, correttamente, inquadrato come contravvenzione, secondo il modello del codice Rocco, riguardando ambiti di tutela «che attengono al "controllo" statale dei flussi migratori, e dunque "attengono a" interessi dello Stato di sicurezza, controllo e ordine pubblico»[43]. La contravvenzione, però, non è estinguibile mediante oblazione[44].

B), con la quale il legislatore ha affidato al Governo anche il compito di depenalizzare una serie di norme incriminatrici contenute nel codice penale e nella legislazione speciale. Tra queste rientra proprio l'art. 10 d.lgs. 286/1998, mentre conservano rilievo penale le "condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia".

[40] C. MORSELLI, *op. cit.*, 82.

[41] R.M. GENNARO, *op. cit*., 167.

[42] P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc., Speciale Immigrazione*, 2009, 5.

[43] M. DONINI, *op. cit.*, 105.

[44] C. RENOLDI, *op. cit.*, 54. Secondo l'Autore ciò costituisce un'ulteriore conferma del fatto che, come si preciserà a breve, l'obiettivo perseguito non è quello di una definizione anticipata del procedimento, quanto piuttosto quello dell'espulsione dello straniero dal territorio statale, fine ultimo dell'incriminazione.

Il reato neointrodotto ha un singolare profilo sanzionatorio – soprattutto se si considera che la pena dovrebbe applicarsi proprio al «migrante economico clandestino»[45] – ed è destinato di fatto a sovrapporsi agli istituti di natura amministrativa già esistenti, in forza dei quali le autorità amministrative possono disporre l'immediata espulsione dell'irregolare, anche se a ciò ostano di regola carenze organizzative, finanziarie ed amministrative[46]. A guardar bene, però, ancora una volta, la finalità primaria dello stesso strumento penale è rappresentata proprio dall'espulsione[47], una sanzione con mere finalità di prevenzione generale, priva di un «contenuto sanzionatorio proporzionato al rapporto fatto-colpevolezza-autore»[48]. In base al dato normativo, è infatti singolarmente consentito al giudice di applicare, in luogo della pena pecuniaria, la sanzione sostitutiva dell'espulsione, qualora non ricorrano le cause ostative previste dall'art. 14, comma 1 d.lgs. 286/1998. Alla fuoriuscita dello straniero dal territorio italiano consegue la rinuncia a perseguirlo[49].

Sotto il profilo processuale, alla contravvenzione, attribuita alla competenza del giudice di pace, la cui giurisdizione – almeno nella sua configurazione originaria – appariva tuttavia caratterizzata da una logica di conciliazione e di riparazione, non certo di repressione[50], si applicano le disposizioni processuali di cui agli artt. 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, introdotte sempre con la riforma del 2009, che disciplinano un rito particolare – con caratteristiche simili al giudizio direttissimo – volto all'accertamento del fatto di reato in tempi molto celeri[51].

---

[45] C. MORSELLI, *op. cit.*, 80.

[46] L. PEPINO, *op. cit.*, 14.

[47] C. RENOLDI, *op. cit.*, 39; L. CORDÌ, *op. cit.*, 233.

[48] M. DONINI, *op. cit.*, 125.

[49] A' sensi del comma 5 dell'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998, infatti, il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, nelle more del giudizio per il reato di immigrazione clandestina, pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

[50] A. MANNA, *op. cit.*, 446 ss.

[51] C. RENOLDI, *op. cit.*, 48 ss. ritiene che questa scelta sia fondata sul pregiudizio per il quale i diritti degli stranieri sarebbero degradati, di minore dignità. Essa sembra dimenticare del tutto che, nell'accertamento delle condotte punite dal reato previsto dal-

3. Immigrazione clandestina e diritto penale: la posizione della Corte costituzionale

Come la dottrina ha evidenziato, un diritto differenziale basato sulla cittadinanza porta con sé, immancabilmente, degli effetti discriminatori.

Se possiamo ammettere tuttavia che, tra tutti i diritti, alcuni possano riguardare solo i cittadini e non tutti gli uomini e, quindi, questi diritti contengano un momento, inevitabile, di discriminazione, i diritti dei cittadini in senso stretto hanno titolo di esistere solo se non violano i diritti fondamentali di tutti gli uomini[52].

I diritti umani possono quindi operare come controlimiti e delimitare od espandere i confini degli *status* soggettivi, evitando discriminazioni illegittime in relazione alla titolarità ed al godimento dei diritti in questione. Infatti, «l'unico *status* necessario ai fini della titolarità dei diritti umani è lo *status* di persona, di essere umano»[53].

Il diritto penale, in particolare, sebbene possa sanzionare qualsiasi fatto attinente ad un ramo dell'ordinamento, per i beni che sacrifica, è disciplina che può dirsi regolata dall'art. 2 della Costituzione: «attenendo ai diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali la vita, la libertà e la dignità, le discipline penalistiche sono comunque subordinate a tali diritti, prima che a differenti declinazioni degli *status* dei loro destinatari per ragioni di cittadinanza»[54].

Non si distanzia molto da queste affermazioni, in alcuni passaggi, il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza,

---

l'art. 10-*bis*, è cruciale verificare se sussistano violazioni di quel complicato insieme di norme che disciplinano l'ingresso o la permanenza nel territorio dello Stato dello straniero (cfr. P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, 104). Cfr. L. CORDÌ, *op. cit.*, 268; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 120.

[52] M. DONINI, *op. cit.*, 102: «Nel conflitto con l'art. 2, l'art. 3, comma 1, Costituzione per quanto attiene alle diversità tra "cittadini" e non, deve cedere al primo».

[53] O. GIOLO, *op. cit.*, 103.

[54] M. DONINI, *op. cit.*, 105.

8 luglio 2010, n. 249[55], con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima l'aggravante della clandestinità; una delle due sentenze che hanno contemporaneamente investito le innovazioni più dibattute della recente disciplina e che rappresentavano mediaticamente i capisaldi della strategia di contrasto all'immigrazione illegale[56].

Richiamando anche i propri precedenti in tema di diritti inviolabili, laddove essa aveva dichiarato, in via generale, che essi spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (Corte cost. n. 105/2001)[57], la Corte costituzionale ha ribadito che la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – «come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato». Ogni limitazione di un diritto fondamentale deve fondarsi infatti su di un interesse primario costituzionalmente rilevante e la necessità di individuare l'ineluttabilità della limitazione, nella misura strettamente necessaria per la tutela dell'interesse, porta alla conseguenza che tale norma deve addirittura superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza[58].

Da ciò consegue che devono considerarsi illegittimi, per contrasto con il citato art. 3 e con l'art. 25 c. 2 della Costituzione – che, valo-

[55] Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Foro it.*, 2010, I, 2929 ss.

[56] L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1373.

[57] Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, 2701 ss.

[58] L. MASERA, *op. cit.*, 1373 ss. L'Autore si sofferma sulla rilevanza di questo passaggio, evidenziando come, tradizionalmente, in materia di sindacato di costituzionalità delle norme penali, le scelte di incriminazione siano considerate censurabili solo ove manifestatamente irragionevoli. L'orientamento tradizionale è, tuttavia, confermato proprio dalla sentenza contemporanea, che riguarda il reato di clandestinità. Cfr. anche R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 1425 ss.

rizzando "il fatto" quale caposaldo della responsabilità penale, impone che un soggetto venga sanzionato per le condotte tenute e non per le proprie qualità personali – i trattamenti penali più severi fondati esclusivamente su qualità personali che derivano da comportamenti privi di connessione con il fatto di reato che finirebbe per essere aggravato e che di fatto introducono nel nostro ordinamento «una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività»[59]. La qualità di "immigrato irregolare" rappresenta infatti, nell'aggravante sottoposta all'attenzione della Corte, un vero e proprio "stigma" che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, in base ad una presunzione assoluta, «caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità»[60].

Per quanto riguarda il reato di immigrazione clandestina, invece, nonostante le forti perplessità suscitate sotto l'aspetto della sua armonicità con il dettato costituzionale (già pochi giorni dopo l'entrata in vigore della legge erano state sollevate le prime eccezioni di legittimità costituzionale)[61], la Corte costituzionale[62] è giunta, con una scelta definita da taluno «compromissoria»[63], ad escludere ogni profilo di contrasto[64].

---

[59] Come afferma M. DONINI, *op. cit.*, 119: «per *diritto penale d'autore* va inteso, in senso stretto, un diritto penale dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto "antigiuridico", oppure perché il *fatto* c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile».

[60] F. NUZZO, *op. cit.*, 3748 ss.

[61] Cfr., tra le altre: Tribunale di Pesaro, ord. del 31 agosto 2009, in *www.asgi.it*; Tribunale di Trento, ord. del 25 settembre 2009, in *Dir. imm. citt.*, 4-2009, 231. Pare utile ricordare anche le perplessità espresse dal Presidente della Repubblica nella missiva del 15 luglio 2009 che ha accompagnato la promulgazione della legge 94/2004, con particolare riferimento alla clausola del "giustificato motivo".

[62] Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Foro it.*, 2010, I, 2928 ss.

[63] L. MASERA, *op. cit.*, 1374.

[64] E. MATTEVI, *Sulla legittimità costituzionale del reato di immigrazione clandestina*, in *Giur. it*., 2011, 901 ss.

Lasciando da parte i profili – meno rilevanti, in questa sede – concernenti la mancata completezza del costrutto normativo, dovuta soprattutto al fatto che il reato di clandestinità è stato introdotto senza prevedere che la responsabilità sia subordinata all'inesistenza di un "giustificato motivo" per l'ingresso e la permanenza in Italia non muniti di un valido titolo di soggiorno, la contestabile presunzione per la quale il clandestino è sempre un soggetto pericoloso e la prevalenza dell'attenzione al tipo d'autore, rispetto al significato offensivo del fatto, rappresentavano il nucleo principale delle critiche formulate contro tale reato[65].

La Corte, però, trattando innanzitutto i motivi di incostituzionalità il cui accoglimento avrebbe condotto all'integrale ablazione della norma impugnata, ha ritenuto legittima la scelta di criminalizzazione operata dal legislatore italiano con una decisione che rappresenta l'ennesima dimostrazione di un atteggiamento marcatamente rispettoso della discrezionalità legislativa nelle scelte di politica criminale, per quanto riguarda l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del trattamento sanzionatorio, con il solo limite rappresentato da scelte manifestatamente irragionevoli o arbitrarie, non ravvisate nel caso di specie[66]. Nel tempo, infatti, la Consulta – pur riconoscendo la valenza costituzionale del principio di offensività e la centralità della protezione di valori significativi quale compito dell'intervento penale – è parsa normalmente ben poco disposta a dichiarare incostituzionali le norme penali per la mancanza di un bene giuridico meritevole di tutela. Il principio di offensività, in ogni caso, non è mai stato utilizzato come

[65] Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.*, 316; R.M. GENNARO, *op. cit*., 183.

[66] Per quanto attiene all'offensività in astratto, il criterio di riferimento fondamentale utilizzato dalla Corte è stato tradizionalmente quello della non manifesta irragionevolezza. Se, infatti, appartiene alla discrezionalità incensurabile del legislatore la configurazione della fattispecie criminosa, costituisce oggetto proprio della verifica di costituzionalità valutare se la scelta fatta non sia stata manifestatamente irragionevole: C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 99. Cfr. anche L. MASERA, *op. cit.*, 1373 ss. Sulla tensione tra democrazia e garanzia, connessa ad un controllo della Corte costituzionale sui contenuti sostanziali e specifici delle leggi, cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.

parametro diretto ed autonomo per dichiarare l'illegittimità di una fattispecie incriminatrice[67].

La Corte costituzionale sovrappone in molti passaggi due censure diverse, seppure intrinsecamente legate tra loro dal riferimento all'art. 25 Cost. nei suoi due diversi presupposti di garanzia di offensività e di fattualità: la materialità del fatto costituisce infatti il supporto della lesione del bene giuridico, ma non si identifica con essa[68].

Nella sentenza non si ravvisa alcuna lesione del principio di offensività, in quanto con la contravvenzione in esame si tutela l'«interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori»[69]: un interesse che si sostanzia in una funzione statale. In questo contesto, del resto, come dalla motivazione si può cogliere, il diritto penale accede ad una disciplina amministrativa afferente alla funzione di regolazione e controllo di un'attività che è fondamentalmente legittima ma potrebbe esporre a pericolo dei beni rilevanti, se svolta in modo indiscriminato e, coerentemente, il legislatore ha qualificato il reato come un illecito contravvenzionale, che presenta molte affinità ontologiche con l'illecito amministrativo, e che è più adeguato alla sostanza di una «trasgressione di polizia»[70].

Per scongiurare il rischio da più parti paventato di trasformare l'illecito penale in un illecito di mera trasgressione, la Corte ha cercato

---

[67] Sul punto, approfonditamente, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 218 ss.

[68] Con la sentenza n. 354 del 10-17 luglio 2002 la Corte costituzionale, pervenendo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 688 c.p., ha reso esplicita la connessione esistente tra la concezione del reato come offesa ad un bene giuridico e l'idea del diritto penale del fatto, che pur non si sovrappongono pienamente: C. FIORE, *op. cit.*, 106.

[69] Sulla stessa linea, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323 ss.

[70] M. DONINI, *op. cit.*, 126 ss. Cfr. altresì M. DONINI, *Teoria del reato*, voce, in *Dig. Disc. pen.*, Torino, 1998, 255: «Le contravvenzioni, perciò, sono sin troppo adatte e servizievoli a perpetuare forme di diritto penale "sanzionatorio", dove la pena viene apposta come 'appendice' di rinforzo a una disciplina extrapenale anche molto tecnica e complessa, ricca di elementi normativi, relativa a un qualche settore della vita sociale (attività pericolose lecite, autorizzate), secondo il modello della cosiddetta amministrativizzazione del diritto penale».

tuttavia di fare un passo ulteriore, superando il semplice riferimento alla tutela di una funzione per individuare quali sono effettivamente gli oggetti ultimi di tutela, gli interessi protetti in via anticipata cui le funzioni amministrative sono serventi[71]. La gestione dei flussi è definita infatti come mero «bene giuridico strumentale», ma «i beni pubblici finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» non sono purtroppo enucleati chiaramente. La sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico ed i vincoli internazionali parrebbero indicati come interessi pubblici da ponderare nella regolamentazione della materia, ma il riferimento è sfuggente ed indiretto, in una dimensione marcatamente rarefatta dell'offensività[72].

Generici vincoli internazionali in materia, poi, possono difficilmente qualificarsi come un bene giuridico da tutelare mentre la sicurezza e l'ordine pubblico sono stati spesso definiti come beni meramen-

[71] A favore della configurazione della funzione come autentico bene giuridico, capace di tutela penale non diversamente dai beni che si incarnano in entità materiali, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001 (3ª ed.), 551: il riferimento esemplificativo è ai reati economici ed ambientali. Sulla tutela di funzioni cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 634 ss., il quale evidenzia come si finisca per spacciare come bene giuridico la mera osservanza di una norma. Del medesimo Autore, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss. Formula molteplici critiche al diritto penale contemporaneo, che modella i reati allontanandosi dallo schema dell'offesa al bene giuridico, S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss. In merito alla tesi dei beni giuridici costituzionali si impone un necessario rinvio all'insegnamento di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, 1973, 7 ss. Per una disamina approfondita in tema di tutela di funzioni cfr. V. MANES, *op. cit.*, 95 ss. A p. 100, egli mette in luce come la compatibilità con il principio di offensività dipenda dal grado di prossimità della condotta descritta in fattispecie e sottoposta a sanzione rispetto al bene finale. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 472, si sofferma però sull'incriminazione dell'inosservanza di un provvedimento specifico dell'autorità come tecnica di formulazione della fattispecie che consente di assicurare una struttura fondata sulla relazione interpersonale anche quando gli oggetti tutelati sono interessi funzionali o strumentali e quindi "avvicina" il soggetto attivo all'interesse tutelato, individuando precisamente le condizioni di fatto in cui si rende necessaria la tutela penale.

[72] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 32.

te strumentali e non finali e comunque come beni dai confini inafferrabili[73].

Sul piano della materialità la posizione della Corte è effettivamente sostenibile, ma marcatamente formalista. Non vi è alcun dubbio che la fattispecie sia stata costruita attorno a due comportamenti specifici – il «fare ingresso» ed il «trattenersi» in violazione delle disposizioni normative in materia di immigrazione – ma è condivisibile quanto lucidamente messo in luce dalla dottrina e cioè come si possa parlare di diritto penale d'autore anche quando la ragion d'essere della punibilità non consista realmente nel fatto commesso ma nel tipo d'autore, perché il fatto c'è, ma «è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile»[74]. La condotta che gli si rimprovera si identifica con la sua condizione esistenziale ed è una sorta di «osservatorio dell'autore»[75]; il "fatto" è evanescente.

Assai singolare è poi che la Consulta ritenga infondata la censura formulata in merito al mancato rispetto del principio di ragionevolezza che discenderebbe dalla sovrapposizione della disciplina penale ed amministrativa constatando che l'applicazione della sanzione penale rappresenterebbe solo un «esito subordinato rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero». In tal modo, infatti, rivelando l'irriducibile tensione della normativa con il principio di sussidiarietà[76], la sanzione penale è privata di uno «specifico ruolo di tutela»[77], perché la sfera applicativa della norma coincide con quella dell'espulsione amministrativa[78], ma la sanzione è meramente eventuale, prevalendo l'allontanamento sulla prima e sulla sua funzione.

---

[73] L. CORDÌ, *op. cit.*, 5. S. MOCCIA, *op. cit.*, 351 parla di ordine pubblico come *ratio* di tutela.

[74] M. DONINI, *op. cit.*, 119. Cfr. anche A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 32.

[75] V. MANES, *op. cit.*, 300. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 14.

[76] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 29 s.; C. MORSELLI, *op. cit.*, 93.

[77] A. CAPUTO, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1202.

[78] C. MORSELLI, *op. cit.*, 92; L. MASERA, *op. cit.*, 1373 ss.

Se i profili di illegittimità sono stati esclusi, è comunque necessario ricordare, in conclusione, che la Corte – ribadendo che la questione si colloca su di un piano estraneo al giudizio di costituzionalità – si è soffermata sulla scarsa efficacia della risposta repressiva neointrodotta e sul suo rapporto deficitario tra costi e benefici.

Le censure da più parti formulate in merito alla scarsa effettività della fattispecie non possono certo dirsi superate, quanto, piuttosto, rimarcate. Non si comprende affatto per quale ragione, chiarito che lo scopo della fattispecie è quello di allontanare lo straniero dallo Stato, lo strumento penale dovrebbe essere più efficace dei consueti meccanismi amministrativi, che comunque vengono attivati e continuano a cumularsi, in una sorta di «doppio binario»[79], a quelli penali[80]. Non si capisce come, in presenza di soggetti in condizioni di indigenza o disperazione[81], lo svolgimento di un processo penale che si conclude con l'applicazione di una sanzione pecuniaria – di entità normalmente troppo elevata per le capacità economiche del clandestino[82] e comunque non applicabile in ipotesi di espulsione o comunque sostituibile con essa – dovrebbe rendere più efficace una modalità di gestione dell'irregolarità che si è dimostrata del tutto inadeguata[83], affidandosi spesso, con rassegnazione, al rimpatrio volontario[84].

Il ricorso alla pena dovrebbe essere subordinato all'assenza di altri, meno invasivi, strumenti sanzionatori. Nel caso di specie, invece, sono riproposti, sotto altra veste e senza alcuna giustificazione plausibile, gli stessi strumenti che si sono già rivelati del tutto inefficaci e l'applicazione della sanzione pecuniaria viene a dipendere, caso per caso, dalla capacità dell'autorità di pubblica sicurezza di dare tempestiva esecuzione ai propri provvedimenti (in qualche modo, «scaricando» sugli

[79] P. PISA, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 806.

[80] R.M. GENNARO, *op. cit*., 177.

[81] L. CORDÌ, *op. cit.*, 6.

[82] C. MORSELLI, *op. cit.*, 80; P. PISA, *Il commento*, cit., 807; A. MANNA, *op. cit.*, 446 ss.

[83] C. RENOLDI, *op. cit.*, 55; P. BONETTI, *op. cit.*, 124.

[84] P. PISA, *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, cit., 394.

immigrati irregolari le conseguenze dell'incapacità statuale di espellerli)[85].

Il reato di clandestinità, in sostanza, non ha fatto altro che accrescere «gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa» di una disciplina, quella dell'immigrazione, che la Corte costituzionale, già nel 2007, aveva, invano, chiesto al legislatore di riformare razionalmente[86].

L'operato del legislatore si è allontanato dai canoni di razionalità finalistica ai quali dovrebbe orientare la propria azione[87], imboccando una direzione critica che gli interventi successivi – stimolati, come vedremo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – hanno addirittura consolidato.

4. Recenti tendenze nella disciplina penale dell'immigrazione tra obblighi comunitari e permanenti profili di criticità

La giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi con riferimento alla Direttiva 2008/115, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, ha mirato soprattutto a preservare l'efficienza del sistema dalla stessa delineato. Ciò emerge chiaramente dalle pronunce in cui la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con la Direttiva – che pur disciplina la procedura amministrativa finalizzata all'allontanamento degli stranieri – delle varie norme penali che crimina-

[85] P. BONETTI, *op. cit.*, 122; R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza* Achugbabian *nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 4, 79.

[86] Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Foro it.*, 2007, I, 1042 ss. Sebbene ancora non portato a compimento, il processo di riforma/abrogazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998 – di cui si è dato conto in nota, a causa del suo intervento successivo alla conclusione dell'articolo – può essere guardato con grande favore.

[87] In questo senso l'*Appello di un gruppo di giuristi contro l'introduzione dei reati di ingresso e soggiorno illegale dei migranti dd. 25 giugno 2009*, in *www.dirittoegiustizia.it*.

lizzano il soggiorno irregolare degli stranieri all'interno degli Stati membri[88].

Con l'obiettivo di salvaguardare tale efficienza da possibili interferenze derivanti dalla previsione di sanzioni penali, la Corte è giunta a conclusioni diverse, a seconda del tipo di sanzione prevista e del momento in cui un'eventuale restrizione della libertà dovrebbe intervenire. Per quanto riguarda, in particolare, la disciplina italiana, nella sentenza *El Dridi*[89], con la quale la Corte si è occupata della norma che puniva con la reclusione la violazione da parte dello straniero di un ordine di allontanamento (art. 14, comma 5*ter* d.lgs. n. 286/1998), si è ricordato come la Direttiva scandisca la successione delle diverse fasi della procedura di rimpatrio e, se essa non preclude agli Stati membri di sanzionare anche penalmente lo straniero che viola le norme sull'ingresso e sul soggiorno[90], non consente neppure l'applicazione di una sanzione detentiva solo perché un cittadino di un Paese terzo permane in maniera irregolare sul territorio, a seguito dell'ordine di lasciarlo[91]. La sanzione detentiva è incompatibile con la Direttiva poiché compromette la realizzazione del suo obiettivo: quello di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio, che non è invece ostacolata dalla previsione di pene di natura pecuniaria.[92]

---

[88] F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, 1, 19.

[89] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, causa C-61/11 PPU, in *http://www.penalecontemporaneo.it* (29 aprile 2011). Il caso è stato posto all'attenzione della Corte europea dalla Corte d'Appello di Trento, in un procedimento in cui l'imputato era sottoposto a custodia cautelare e la Corte di Lussemburgo ha accolto la richiesta del giudice rimettente di procedere in via d'urgenza, in conformità a quanto previsto dall'art. 104 *ter* del regolamento della Corte. Cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 2786 ss.

[90] R. SICURELLA, *op. cit.*, 1425 ss.

[91] C. FAVILLI, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 338.

[92] F. SPITALERI, *op. cit.*, 22 s.; A. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 2, 18.

Nella sentenza *Sagor*[93], infatti, occupandosi della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, la Corte ha chiarito definitivamente che l'ammenda irrogabile non impedisce che una decisione di rimpatrio sia attuata in pieno rispetto della Direttiva. Un profilo di contrasto, prevedibilmente, è stato invece rinvenuto nella procedura di conversione della pena non eseguita in permanenza domiciliare, che viene ad essere, quindi, preclusa. Successivamente, con l'ordinanza *Mbaye*[94], la Corte di giustizia ha invece precisato che la facoltà di sostituzione in espulsione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde ad una di quelle, eccezionali, previste dall'art. 7, par. 4 della Direttiva (rischio di fuga, rigetto per manifesta infondatezza o frode di una domanda di soggiorno regolare e sussistenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sicurezza nazionale).

A seguito della pronuncia *El Dridi*, in ogni caso – venuta meno, per incompatibilità con la normativa europea, la disciplina italiana dei reati collegati all'espulsione, attorno alla quale era costruito il sistema penale di contrasto all'immigrazione clandestina – con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito in legge con modificazioni dalla l. 2 agosto 2011, n. 129, l'Italia era costretta a dare finalmente attuazione alla Direttiva 2008/115/CE[95].

Aldilà della riscrittura della disciplina amministrativa dell'espulsione – che, tuttavia, contrariamente a quanto previsto dalla Direttiva, è incentrata innanzitutto sui casi in cui essa è eseguita con accompagnamento coattivo alla frontiera, per poi vedere aggiunta, solo in via residuale, la mera facoltà di chiedere un termine per la partenza volontaria – la riforma si è preoccupata di ridisegnare i reati connessi all'espulsione stessa, interessati dalla sentenza della Corte di giustizia, ma il legislatore, invece di ripensare criticamente alla strategia seguita negli anni, riflettendo sull'esito quasi fallimentare dell'incriminazione

[93] Corte di giustizia dell'Unione europea, I sezione, sent. 6 dicembre 2012, Sagor, causa C-430/11, in *http://www.penalecontemporaneo.it* (7 dicembre 2012).

[94] Corte di giustizia dell'Unione europea, III sezione, ord. 21 marzo 2013, Mbaye, causa C-522/11, in *http://www.penalecontemporaneo.it* (12 aprile 2013).

[95] P. PISA, *Il commento*, cit., 804 ss.; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 21; A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, n. 3, 15 ss.

introdotta nel 2009 con l'art. 10-*bis*, ha preso come modello, paradossalmente, proprio tale norma[96].

Sono state così configurate come autonome figure delittuose tanto le ipotesi di *inottemperanza alle misure coercitive diverse dal trattenimento* (art. 13, comma 5.2, quando tali misure siano state disposte nelle more della partenza volontaria; art. 14, comma 1 *bis*, quando siano state applicate in luogo del trattenimento), quanto quelle, già note, di *inottemperanza all'ordine di allontanamento* (art. 14, comma 5 *ter*, e comma 5 *quater*, in caso di inottemperanza reiterata ad un secondo ordine di allontanamento) e tali delitti sono puniti con la sola pena della multa (che varia da un minimo compreso tra 3.000 e 18.000 euro nei casi di trasgressione delle misure coercitive, ad un massimo tra 15.000 e 30.000 nelle ipotesi di inottemperanza reiterata all'ordine di allontanamento), mentre la competenza a conoscerli è, ancora una volta, del giudice di pace (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 274/2000, nuova lett. *s ter*), che nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater*, procede con il già noto rito «accelerato»[97].

Il legislatore, preso dall'urgenza di dare applicazione al diritto europeo, ha quindi amplificato le problematiche poste dalle riforme più recenti e, pur mitigando l'originario rigore sanzionatorio con l'esclusione dell'applicazione della pena detentiva, non ha nemmeno eliminato i profili di irragionevolezza di alcune fattispecie. Il reato di inosservanza all'ordine di allontanamento, in particolare, non è stato rivisto nella sua natura e continua ad essere un delitto, nonostante esso – astrattamente inquadrabile tra i reati di inosservanza ai provvedimenti dell'autorità – dovrebbe più correttamente definirsi, nella struttura, una contravvenzione, speciale rispetto all'art. 650 c.p.[98].

---

[96] P. PISA, *Il commento*, cit., 806.

[97] L. CORDÌ, *op. cit.*, 488 ss.; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 187 ss.

[98] M. DONINI, *op. cit.*, 119 ss. Egli evidenzia come la fattispecie sia riconducibile ad un «diritto penale della disobbedienza», dove la sicurezza e l'ordine pubblico non costituiscono l'oggetto della tutela, potendo essere messi in pericolo solo da una commissione seriale di illeciti. Le fattispecie di pericolo presunto, con offensività solo cumulativa, però, sono costruite tradizionalmente come mere ipotesi contravvenzionali. Cfr. anche R. SICURELLA, *op. cit.*, 1425 ss.

In conclusione, quanto emerge dalle riforme dell'ultimo quinquennio, come anticipato, è solo la preoccupante conferma di una tendenza che sembra inarrestabile.

Da un lato, abbandonati definitivamente i canoni di una chiara razionalità finalistica, trapela da queste incriminazioni un bisogno di sicurezza molto forte, che chiede al "penale" non certo di svolgere una funzione di sussidiarietà, in mancanza di altri strumenti idonei al raggiungimento dello scopo, quanto invece di *prima ratio*[99]. Il diritto penale dell'immigrazione che è stato elaborato con caratteri di spiccata «specialità»[100] riconosce pienamente l'inadeguatezza, rispetto all'espulsione, delle pene tradizionali e tuttavia punisce quando non può espellere ed espelle dopo che la pena è stata eseguita, o, forse, più correttamente oggi, dopo le più recenti riforme, a prescindere dall'esecuzione della pena, che viene riconosciuta incapace di raggiungere i suoi fini tradizionali e tra questi, in particolare, quello della rieducazione.

Visti poi gli effetti dirompenti che le più recenti riforme potrebbero avere sia sulle condizioni di vita dei clandestini – ai quali sarebbe di fatto precluso l'accesso a molti servizi pubblici, visto l'obbligo di denuncia gravante sui soggetti che dovrebbero erogare tali servizi (ad esclusione degli operatori delle strutture sanitarie)[101] – che sull'apparato giudiziario nel suo complesso – potenzialmente investito da un'onda travolgente di nuovi procedimenti[102] – esse, come è stato affermato, diventano sopportabili per il sistema solo se vengono disapplicate, almeno in molti casi[103]. Del resto, come abbiamo visto, anche nelle ipotesi in cui la giustizia penale venga effettivamente attivata, magari reiteratamente, gli effetti pratici sono del tutto insoddisfacenti nel governare il fenomeno dell'immigrazione clandestina in termini effettivi[104].

Dall'altro lato, le descritte scelte di criminalizzazione vengono utilizzate come esemplificazioni per coloro che sostengono che la citta-

[99] R.M. GENNARO, *op. cit.*, 183.

[100] L. PEPINO, *op. cit.*, 15.

[101] L. PEPINO, *op. cit.*, 13; E. LO MONTE, *op. cit.*, 317 (con riferimento alla registrazione anagrafica dei figli dei clandestini).

[102] C. RENOLDI, *op. cit.*, 39; R.M. GENNARO, *op. cit.*, 177.

[103] M. DONINI, *op. cit.*, 130 s.

[104] A. NATALE, *op. cit.*, 34.

dinanza sarebbe esclusivamente un privilegio di *status* o addirittura, come affermato nell'ambito della filosofia politica contemporanea, l'ultimo relitto premoderno delle diseguaglianze personali in contrasto con l'universalità dei «diritti fondamentali»[105].

Anche nell'ambito penalistico, è tuttavia proprio rispolverando le radici più profonde e complesse della cultura dei diritti dell'uomo e dell'esperienza delle istituzioni liberal-democratiche che si sono sviluppate entro i confini degli Stati nazionali europei[106], che si deve cercare un equo contemperamento tra le esigenze in gioco.

Come è stato lucidamente affermato, «soltanto una piena consapevolezza dei valori e, nello stesso tempo, dei limiti e delle tensioni della cittadinanza e, in essa, dello Stato di diritto, può consentire una elaborazione teorica e un impegno politico adeguato, nel quadro di un progetto generale di affermazione dei principi costituzionali e di ricostruzione delle istituzioni democratiche»[107].

Se è vero che «là dove la paura diviene il sentimento prevalente, gli equilibri fra autorità e libertà entrano in crisi»[108] è necessario con maggior forza ricordare che la rigida, e secondo taluno «anacronistica»[109], contrapposizione tra cittadino e straniero – inteso sempre più nettamente come un «nemico» dell'ordine costituito, contro il quale scagliare «le formidabili armi del diritto penale»[110] – non deve servire a mettere in discussione il principio secondo cui ciascun individuo ha il diritto di essere trattato, innanzitutto, come persona. I diritti umani, che la nostra Costituzione proclama inviolabili, spettano a tutti, cittadini e

[105] L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 288.

[106] D. ZOLO, *Migrazione, cittadinanza, globalizzazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *op. cit.*, 6. Cfr. anche R. SICURELLA, *op. cit.*, 1425 ss.

[107] D. ZOLO, *op. cit.*, 8. Cfr., sulla travagliata redazione dell'art. 2 Cost., con riferimento ai diritti inviolabili, D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 114 ss.

[108] D. PULITANÒ, *op. cit*., 51.

[109] C. MORSELLI, *op. cit.*, 89.

[110] L. CORDÌ, *op. cit.*, 3. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 443; A. MANNA, *op. cit.*, 446 ss.; F. NUZZO, *op. cit.*, 3748; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 34; E. LO MONTE, *op. cit.*, 325, nonché, ampiamente, A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, *passim*.

stranieri, ed il compito degli Stati è quello di tutelarli, anche e soprattutto con gli strumenti del diritto penale.

Nel solco degli impegni internazionali ed europei e, prima ancora, dei vincoli costituzionali, il legislatore italiano deve ricominciare a muoversi, con un impegno costante nell'assicurare la centralità di quelle istanze di ragionevolezza e proporzione nelle opzioni di penalizzazione che rappresentano la componente imprescindibile di una piena ed effettiva tutela dell'individuo[111]. È questa la strada privilegiata per far convivere i valori della cittadinanza con l'apertura verso le altre culture e civiltà; una strada da imboccare – lasciata quella fino ad ora percorsa – nell'ambito di una pacata riflessione volta a ricercare finalmente soluzioni politico-criminali razionali[112].

[111] R. SICURELLA, *op. cit.*, 1425 ss.

[112] Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.*, 308.

STATE CITIZENSHIP IN THE UNITED STATES: A SHADOW OF ITS FORMER SELF

Maryellen Fullerton

SUMMARY: *1. State citizenship in the next of the United States Constitution. - 2. Judicial interpretation of State citizenship. - 3. State citizenship in State Constitutions. - 4. State citizens and university tuition. - 5. Conclusion.*

Citizenship has been a hot political topic in the United States during the past decade. Some critics charged that President Obama's birth certificate issued by the state of Hawaii was not authentic[1]; he was not a citizen of the United States at birth, they argued, and therefore failed to satisfy the constitutional requirement limiting presidents to «natural born citizen[s]»[2]. Others challenged John McCain, the Republican presidential candidate in 2008, alleging that his birth in Panama where his father, a U.S. naval officer, was assigned, meant that he was not a natural born citizen of the United States[3]. These attacks on both Obama and McCain were premised on the U.S. commitment to the *jus soli* principle of citizenship: those born in the United States acquire citizenship at birth. These political attacks on Obama and McCain shared the presumption that birth outside the territory of the United States disqualified them from being natural born U.S. citizens.

---

[1] See generally G. VUTO, *Forensic Findings on Obama's Birth Certificate: 'A 100 Percent Forgery, No Doubt About It'*, *World Tribune*, July 8, 2013, available at *http://www.worldtribune.com/2013/07/08/forensic-findings-on-obamas-birth-certificate-a-100-percent-forgery-no-doubt-about-it/* (visited 17 October 2013).

[2] «No person except a natural born citizen, or a citizen of the United States at the time of the adoption of this Constitution, shall be eligible to the office of President». U.S. Constitution, Article II, Section 1, Clause 5.

[3] C. HULSE, *McCain's Canal Zone Birth Prompts Queries About Whether That Rules Him Out*, *NY Times*, Feb. 28, 2008, *http://www.nytimes.com/2008/02/28/us/politics/28mccain.html?_r=0* (visited 28 September 2013).

Simultaneously, while some politicians and commentators have held sacred the notion of *jus soli*, others have attacked the *jus soli* principle itself. A recent high profile case involving Yaser Hamdi, a Guantánamo Bay prisoner, triggered an avalanche of criticism[4]. Hamdi was born and lived in Louisiana for three years as a young child[5] while his Saudi Arabian parents were lawfully present in the United States on a temporary visa[6]. *Under jus soli*, Hamdi was a U.S. citizen at birth; as a result, when U.S. military authorities learned of his birth in the United States they concluded that his citizenship required that he be removed from Guantánamo and transferred to a prison in the United States[7]. Hamdi's treatment animated critics who asserted that he and others born on temporary visits to the United States, should not be entitled to U.S. citizenship[8]. In addition to criticism of the *jus soli* principle because it confers citizenship on those whose mothers are temporarily in the United States at the time of giving birth, other criticism challenges the *jus soli* principle because it confers citizenship irrespective of the legal status of the parents. According to these critics, children born to long-time U.S. residents who have not been lawfully admitted to the United States should not be citizens at birth[9]. These multiple and sometimes contradictory debates about the acquisition of citizenship have one thing in common: they all focus on citizenship in the United States, on *membership in the nation state*.

---

[4] *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

[5] *Hamdi*, 510.

[6] For more on Hamdi's background, see J.C. EASTMAN, *Born in the U.S.A.? Rethinking Birthright* Citizenship in the Wake of 9/11, 12 *Tex. Rev. L. & Pol.* 167, 168-170 (2007-2008).

[7] *Hamdi*, 510.

[8] See generally M.M. LEE, *Birthright Citizenship Under the 14th Amendment of Persons Born in the United States to Alien Parents*, Congressional Research Service, Jan. 10, 2012, available at *http://www.hsdl.org/?view&did=700922*, 1-2 (visited 28 September 2013).

[9] See, e.g., J. TAYLOR RUSHING, B. CUSACK, *GOP Leader McConnell: Fourteenth Amendment is in need of review, The Hill*, Aug. 2, 2010; M. JORDAN, J. GUERRERO, L. MECKLER, *U.S. Immigration Fight Widens to Native Born*, *Wall St. J.*, July 30, 2010, A5.

What about state citizenship, *membership in the individual states* that comprise the nation? Does *jus soli* create Texas citizens of all infants born in Texas hospitals? Does a Texas mother whose baby is unexpectedly born during a vacation in San Francisco give birth to a citizen of California? Do Tennessee citizens who move to New York automatically relinquish their Tennessee citizenship? Do they automatically become New Yorkers, with all the benefits available to the citizens who have lived all their lives in New York?

There is remarkably little public discussion of the legal significance of state citizenship in U.S. politics. This is surprising in a federal polity that reserves substantial powers to the states[10]. It is even more surprising because U.S. political debate has long resonated to full-throated calls for the assertion of states' rights[11]. Moreover, the past three decades have witnessed sustained litigation about the role of the federal government vis á vis the role of the states, and the power of the states is more robust now than it has been since the era of Franklin Delano Roosevelt and the New Deal[12]. Indeed, some of the high profile legal strategies planned by states' rights advocates have sought to bolster state governments' powers to expel non-citizens from their state. For example, Kris Kobach, a well-known states' rights strategist,

[10] «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people». U.S. Constitution, Amendment X.

[11] For example, Texas Governor Rick Perry proclaimed, «I believe that returning to the letter and spirit of the U.S. Constitution and its essential 10th Amendment will free our state from undue regulations, and ultimately strengthen our Union. I believe that our federal government has become oppressive in its size, its intrusion into the lives of our citizens, and its interference with the affairs of our state». A. BARR, *Rick Perry: Tea party darling*, *Politico*, Apr. 15, 2009, *http://www.politico.com/news/stories/0409/21295.html*. Governor Perry has endorsed state legislation calling for the prohibition or repeal of «all compulsory federal legislation that directs states to comply under threat of civil or criminal penalties or sanctions or that requires states to pass legislation or lose federal funding».

[12] See, e.g., *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000); *United States v. Alfonso Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995).

helped draft Arizona SB 1070, a state law intended to deter non-citizens from entering or remaining in the state of Arizona[13].

Kris Kobach, now the Secretary of State of Kansas, began his litigation career with a lawsuit over the meaning of state citizenship. He protested a state law allowing students to be classified as Kansas citizens for purposes of the tuition charged by Kansas public universities even though they had not been lawfully admitted to the United States[14]. He lost that case, but continued his crusade against non-citizens. From the heartland of the United States, he has directed multiple legislative initiatives to require voters to provide proof of citizenship before casting a ballot. Observers might assume that concern about qualification for Kansas citizenship animates the Secretary of State of Kansas. After all, the state of Kansas has a vivid political history involving settlers fighting to prevent the spread of slavery from the neighboring state of Missouri. Indeed, battles between abolitionists and slaveholders in the 1850s over statehood earned it the nickname "Bleeding Kansas".

Current debates in Kansas about who is entitled to vote or to attend public institutions do not focus on state citizenship, however. The fear that Missouri citizens or Nebraskans are taking part in Kansas politics and institutions does not raise public outcry. Instead, the focus has been national – and international. Contemporary advocates of restrictive voting and similar laws speak about keeping out *foreign nationals* – citizens of other countries. Kansas voters will be best served, says the Secretary of State of Kansas, when voters must provide a birth certificate or other «concrete evidence of U.S. citizenship when registering to

[13] J. HANNA, K. KOBACH, *Architect Of Arizona Immigration Law SB1070, Is Behind Other Controversial Laws*, *Huffington Post*, May 10, 2010, *http://www.huffingtonpost.com/2010/05/10/kris-kobach-architect-of_n_570662.html*, (visited 28 September 2013).

[14] *Day v. Sebelius*, 376 F. Supp. 2d 1022 (D. Kan. 2005). In the case, Kobach represented a group of non-resident university students and/or parents of nonresident students who challenged a Kansas statute which made any individual who attended an accredited Kansas high school for three years and either graduated or earned a Kansas general education certificate, and met the law's other criteria, eligible to pay resident tuition rates; it thus allowed undocumented or illegal aliens to attend Kansas universities and pay resident or in-state tuition. Defendant's motion for summary judgment granted. *Aff'd Day v. Bond*, 500 F.3d 1127 (10th Cir. Kan. 2007); *rehearing denied*, *Day v Bond*, 511 F.3d 1030 (10th Cir. Kan. 2007); *cert. denied*, 554 U.S. 918 (2008).

vote» in Kansas. «Every time an alien votes it effectively cancels out the vote of a U.S. citizen»[15], according to Kobach. These days the legal significance of state citizenship is unmentioned and overlooked.

This was not always so. State citizenship was jealously guarded in the early days of the American Republic. When the Constitution was ratified in 1789, states had their own currencies and states erected barriers to entry from other states[16]. Indeed, the U.S. Constitution, the founding charter of the United States, expressly refers to the significance of state citizenship on multiple occasions. Accordingly, to examine the concept of state citizenship in the federal nation, it is to the text of the U.S. Constitution that we shall first turn.

1. State citizenship in the next of the United States Constitution

The U.S. Constitution contains explicit references to state citizenship in three sections.

Article III of the U.S. Constitution declares that the judicial power of the United States shall extend to cases

- between a state and citizens of another state;
- between citizens of different states,
- between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens, or subjects[17].

Article IV states:

«The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states»[18].

---

[15] J. CELOCK, *Tea Party Favorites Sue Federal Government Over Voter Proof-Of-Citizenship Law, Huffington Post*, Aug. 21, 2013, *http://www.huffingtonpost.com/2013/08/21/kris-kobach-ken-bennett_n_3791621.html*.

[16] See F. GRUBB, *Creating the U.S. Dollar Currency Union, 1748-1811: A Quest for Monetary Stability or a Usurpation of State Sovereignty for Personal Gain?*, 93 *The American Economic Review* 1778 (2003) (state currencies) and G.L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, Princeton Univ. Press, 1996, 19-43 (state immigration laws).

[17] U.S. Constitution, Article III, Section 2, Clause 1.

[18] *Ibid*., Article IV, Section 2, Clause 1.

Amendment XIV, adopted in 1869 after a fierce civil war, specifies:

«All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside»[19].

Although no other provisions expressly refer to state citizenship, the constitutional text does use closely synonymous terms. For example, Article I requires members of the House of Representatives to be an «inhabitant of the state in which he shall be chosen», as well as a citizen of the United States for seven years[20]. Similarly, a Senator must be an «inhabitant» of his state, and a U.S. citizen for nine years[21].

Article II defines the eligibility requirements for the highest office, the Presidency. It makes no reference to state citizenship. It describes eligibility solely in terms of connection to the nation:

«No person except a natural born citizen, or a citizen of the United States at the time of adoption of this constitution, shall be eligible to the office of President; neither shall any person be eligible to that office who shall not have attained to the age of thirty-five years nor been fourteen years a resident of the United States»[22].

From these constitutional provisions, it appears that the terms citizen, resident, and inhabitant may be used interchangeably. At the very least, it is clear that at the time the nation was created the founders believed that elective office at the national level should be restricted to those who had multi-year connections with the community they sought to represent[23].

---

[19] *Ibid.*, Amendment XIV.

[20] Article I, Section 2, Clause 2.

[21] Article I, Section 3, Clause 3.

[22] Article II, Section 1, Clause 5.

[23] Perhaps the most well know constitutional provision relating to citizenship appears in Article I, Section 8, which grants Congress the power to establish standards for naturalization, a power understood to refer to citizenship in the national polity. The very first Congress exercised this power by enacting a law authorizing U.S. citizenship at birth to children born outside the United States to fathers who are U.S. citizens. Act of March 26, 1790, Ch. 3., 1 Stat. 103. The current version of this legislation states: «Children born outside the territory of the United States to parents, one or both of whom are U.S. citizens, acquire citizenship at birth…» Immigration and Nationality

2. Judicial interpretation of State citizenship

Since the concept of state citizenship appears in several different provisions of the U.S. Constitution, the federal courts have had multiple occasions to interpret this term. Based on the Article III authorization of federal judicial power in legal controversies involving citizens of different states, Congress has enacted jurisdictional statutes outlining what kind of multi-state disputes may be resolved by the federal judiciary. The current jurisdictional statute states that the federal trial courts have power to hear civil suits between citizens of different states when the dispute is worth more than $75,000[24]. These statutes control access to federal courts, and they have generated a rich jurisprudence defining the meaning of state citizenship in this context. State citizenship is synonymous with domicile; domicile, in turn, consists of two elements: (1) physical presence in the state and (2) the intent to remain in the state indefinitely[25]. The case law views an individual's domicile as the principal home and the one to which the individual plans to return.

Individuals can have only one domicile at a time[26], but they can maintain multiple residences simultaneously – the mayor of New York

---

Act (INA), § 301, 8 U.S.C. § 1401. Since 1790 Congress has passed multiple versions of the requirements by which citizens of other countries can become citizens of the United States; the basic naturalization requirements in the current statute include five years residence in the United States after admission as a lawful permanent resident, good moral character, proficiency in English, knowledge of U.S. history and government, and attachment to U.S. constitutional principles. INA §§ 312, 316, 8 U.S.C. §§ 1423, 1427. The United States Attorney General has the sole authority to naturalize citizens of the United States. INA, § 310 (a), 8 U.S.C. § 1421(a).

[24] 28 USC § 1332(a). The statute also sets forth different permutations involving suits between citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state (who are not also lawful permanent residents of the United States, domiciled in the same State); citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties; and a foreign state as plaintiff and citizens of a State or of different States.

[25] E.g., *Janzen v. Goos*, 302 F. 2d 421 (8th Cir. 1962). An individual who moved to a state with the intention to remain but without a firm idea of how long s/he might stay would satisfy the intent requirement. In contrast, an individual would not satisfy the intent requirement if s/he moved to a state for a fixed period of time, for example, to complete a two-year work assignment, and intended to depart at the end of that period.

[26] *Ibid*., 425.

City, Michael Bloomberg, owns homes in Florida, Colorado, Bermuda, London, and New York[27]. Although individuals are only able to possess one domicile at any moment, the courts have stated that individuals can change domiciles practically instantaneously. By simply moving to another state with the intent to remain there, a person acquires domicile, or citizenship, in the new state[28]. Domicile requires physical presence in the new state, but it does not require any minimum period of residence. As a practical matter, a very short period of physical presence plus indicia of probable return to the prior domicile may make it difficult for the recent arrival to prove she actually intends to make the new location her principal home. Nonetheless, conceptually, acquisition of a new domicile occurs instantaneously, as soon as the two elements – physical presence and the intent to remain indefinitely – coincide[29]. Although there are many federal judicial opinions concerning the meaning of state citizenship, the U.S. Supreme Court has left it to the lower federal courts to define the term in the context of Article III.

The Supreme Court has, however, examined state citizenship and state residence requirements in other settings. In *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*[30], the U.S. Supreme Court looked to the Privileges and Immunities Clause of the U.S. Constitution as it examined a New Hampshire law requiring attorneys to be state citizens in order to be admitted to practice law in New Hampshire. Kathryn Piper lived in Vermont at the time she applied to take the New Hampshire bar examination; she filed a statement of intent to become a New Hampshire resident at the time she filed her application to take the bar exam. After passing the bar exam and satisfying the additional eligibility criteria, she sought a waiver of the residency requirement. She pointed out that

[27] D.W. CHEN, M.M. GRYNBAUM, *Bloomberg Added Home No. 11 in 2011, Tax Records Show*, *New York Times*, May 25, 2012.

[28] *Janzen*, 425.

[29] See, e.g., *Ochoa v. PV Holding Corp.*, 2007 WL 496612 (E.D. La. 2007) (unclear whether intent was to relocate temporarily from Louisiana to Texas). Similar issues arise in other areas of U.S. law, such as marriage, divorce, wills, and taxation, where domicile is important. For example, the divorce law of a state typically applies to those domiciled within the state, and courts have examined carefully the intent of the person claiming domicile status.

[30] *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985).

she lived less than 400 meters from the New Hampshire border, that changing her residence would be a burden because she had recently become a parent, and that she would incur significant financial costs because she would have to surrender a mortgage secured by a low interest rate. When the Supreme Court of New Hampshire refused to waive the residency requirement, Piper filed suit, alleging that the New Hampshire law violated the Privileges and Immunities Clause of the U.S. Constitution. The U.S. Supreme Court agreed with Piper. Looking to the purpose of this constitutional provision, the Court emphasized:

The Privileges and Immunities Clause was intended to create a national economic union. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly found that «one of the Privileges that the Clause guarantees to citizens of State A is the privilege of doing business in State B on terms of substantial equality with citizens of that state»[31].

The Court noted that states generally must treat state citizens and noncitizens equally in business endeavors and occupations that have an impact on the national economy, but that states can sometimes discriminate against non-citizens so long as there is a substantial reason for the different treatment of non-citizens, and this reason bears a substantial relationship to the state's legitimate objectives. Accordingly, the Court reviewed New Hampshire's justifications for limiting legal practice to New Hampshire citizens: the state argued that non-citizens of New Hampshire would be less likely to be familiar with local rules and procedures, less likely to be available for court proceedings, less likely to do *pro bono* service within New Hampshire, and less likely to maintain high ethical standards. The Supreme Court was not persuaded by these arguments and concluded that New Hampshire could protect its interests by less restrictive means than barring non-citizens of New Hampshire from practicing law. Noting that state residency and state citizenship are synonymous for purposes of the Privileges and Immunities Clause[32], the Court struck down the New Hampshire law as an unconstitutional interference with the «privileges» of citizens of states

[31] *Ibid*., 279-80, quoting *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385, 396 (1948).
[32] *Ibid*., n. 6.

other than New Hampshire. As a consequence, states can no longer limit law practice to state citizens.

Several years earlier the U.S. Supreme Court had issued a similar ruling, but had premised it on the constitutional right to travel. Vivian Thompson, a nineteen year old single mother, moved from Massachusetts to Connecticut, where her mother lived. After living with her mother for a short time, Thompson realized that her mother could no longer support her, and that Thompson had to obtain her own apartment. Thompson, who could not work due to her pregnancy, applied for financial assistance for her infant son and herself. Connecticut law limited welfare assistance to those who had resided in Connecticut for one year or more, and state officials denied Thompson's request because she had only lived in Connecticut for a few months. Thompson filed suit, and by the time *Shapiro v. Thompson*[33] arrived on the Supreme Court's docket, it had been consolidated with challenges to similar residency requirements imposed by the state of Pennsylvania and the District of Columbia. The Supreme Court viewed all of these state laws as an interference with federal constitutional rights. The Court stated: «The constitutional right to travel from one State to another (…) occupies a position fundamental to the concept of our Federal Union. It is a right that has been firmly established and repeatedly recognized»[34].

In response to the states' argument that the one year residency requirement deterred poor citizens of one state from moving to another state with more generous welfare benefits, the Supreme Court concluded both that the residency requirements were not tailored to achieve that purpose and that they impermissibly infringed on a fundamental constitutional right. Consequently, the Supreme Court ruled that states cannot limit social assistance to those state citizens who have lived in the state for at least one year. Citizens of every state have the right to travel and relocate to other states.

Three years after *Shapiro v. Thompson*, the U.S. Supreme Court examined residency requirements that states imposed on voters in state elections[35]. James Blumstein moved to Tennessee in June 1970 to begin

[33] *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

[34] *Ibid*., quoting *United States v. Guest*, 383 U.S. 745, 757-758 (1966).

[35] *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1970).

his job as a law professor at Vanderbilt University. He attempted to register to vote in July 1970 in order to be able to cast ballots in the elections scheduled for August and November 1970. Based on the Tennessee law that required one year's residence within the state and three months' residence within the county, the voting officials refused Blumstein's voter registration. When *Dunn v. Blumstein* reached the U.S. Supreme Court, the Court relied on reasoning similar to that expressed in *Shapiro v. Thompson*: freedom to travel throughout the United States has long been recognized as a basic right under the Constitution. And it is clear that the freedom to travel includes the «freedom to enter and abide in any State in the Union». Obviously, durational residence laws single out the class of *bona fide* state and county residents who have recently exercised this constitutionally protected right, and penalize such travelers directly.

Durational residence laws impermissibly condition and penalize the right to travel by imposing their prohibitions on only those persons who have recently exercised that right. In the present case, such laws force a person who wishes to travel and change residences to choose between travel and the basic right to vote. Absent a compelling state interest, a State may not burden the right to travel in this way[36].

The Court observed that federal legislation concerning elections for the presidency and vice presidency of the United States outlawed lengthy state residency requirements and required that voters be allowed to register to vote up to thirty days before election day[37]. The Court noted that states might have somewhat different interests in state and local elections than in federal elections, and acknowledged that that «an appropriately defined and uniformly applied requirement of bona fide residence may be necessary to preserve the basic conception of a political community»[38]. The Court ruled, nonetheless, that Tennessee's law did not satisfy this standard. In rejecting Tennessee's defense that its residency requirement sought to increase the likelihood of more knowledgeable voters and to diminish voter fraud, the Court concluded

[36] *Ibid*., 338, 342.

[37] *Ibid*., 344 (discussing the Voting Rights Act of 1965, as amended by Voting Rights Amendments of 1970).

[38] *Ibid*., 344-45.

that the state law was not narrowly tailored to achieve these purposes. Therefore, the Tennessee law limiting voters to those who had lived in the state for one year and in the local county for three months was unconstitutional. As a result, states cannot limit the franchise to those who have been citizens of the state for one year or more.

Dunn v. Blumstein, *Shapiro v. Thompson*, *New Hampshire v. Piper*, and similar federal judicial opinions have, as a practical matter, rendered state citizenship unimportant[39]. The U.S. Supreme Court has demonstrated an overriding commitment to the right of U.S. citizens to travel between states and to the privilege of U.S. citizens to do business in all the states that comprise the federal union. To facilitate the creation and maintenance of one economic union, the courts have established precedents that allow individuals to renounce one state citizenship and acquire another state citizenship easily. They have insisted that state officials promptly recognize newly arrived individuals as members of the state polity by allowing them to vote in state elections after only one or two months of residence in the new state. The courts have also required state officials to provide government benefits to new arrivals, just as they do to inhabitants who have lived there for decades. Furthermore, the courts have struck down laws that restrict the practice of law or of other professions to citizens of the state. Robust interpretations of state citizenship have been swept away because they create impediments to this national goal.

3. State citizenship in State Constitutions

The perspective of the national government, not surprisingly, emphasizes the nation over its constituent parts. What about the view from the other direction? To examine the state perspective on the mean-

[39] There are many additional U.S. Supreme Court cases that explore the significance of citizenship, including the famous case of *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898), which ruled that under the *jus soli* principle a child born in California became a U.S. citizen at birth, even though his parents were not citizens and were not eligible to become U.S. citizens. However, these opinions address U.S. citizenship, not state citizenship.

ing and significance of state citizenship, we turn to the constitutions of the states. These foundational documents of the states that comprise the nation shed light on those viewed as citizens – full members – of the sub-federal units. Citizenship status is generally reserved for those members of the community who have the right to decide the central legal and political policies of the community, including the decision as to who can become members of the community. Accordingly, it is instructive to review state constitutional requirements for the qualifications for voters.

The states involved in benchmark litigation concerning state citizenship provide a convenient sample of state constitutions. In New Hampshire, where state officials attempted to prevent Kathryn Piper from becoming a member of the New Hampshire bar while she remained a citizen of Vermont, the state constitution does not contain a provision expressly defining citizenship. The New Hampshire constitution does specify who is allowed to vote in state elections: «All elections are to be free, and every inhabitant of the state of 18 years of age and upwards shall have an equal right to vote in any election. Every person shall be considered an inhabitant for the purposes of voting in the town, ward, or unincorporated place where he has his domicile»[40].

The constitution uses the vocabulary of «inhabitants» and «domicile» in defining the core members of the state of New Hampshire. Other provisions of the New Hampshire state constitution use similar language. For example, the governor must be at least thirty years old and must have been an inhabitant of New Hampshire for seven years[41]. State senators must meet the same criteria as gubernatorial candidates and must also be inhabitants of the district they are chosen to represent[42]. The New Hampshire constitution does not impose an age requirement on members of the state House of Representatives, but does require that they have been an inhabitant of New Hampshire for at least two years and are currently an inhabitant of the district they represent[43]. Further, the New Hampshire constitution specifies that for pur-

[40] New Hampshire Constitution, Part One, Article 11.

[41] *Ibid*., Art. 42.

[42] *Ibid*., Art. 29.

[43] *Ibid*., Art. 14.

poses of election to state office the term inhabitant is synonymous with domicile[44]. Though the New Hampshire state constitution does not provide a definition of domicile, as discussed above, in U.S. law domicile generally refers to individuals who are physically present within a state and intend to remain there.

In Connecticut, which imposed a one year residence requirement on Vivian Thompson when she sought welfare assistance, the state constitution does employ the term «citizen» in specifying eligible voters. It does not, however, define it: «Any citizen who will have attained the age of eighteen years on or before the day of a regular election may apply for admission as an elector at such times and in such manner as may be prescribed by law, and, if qualified, shall become an elector on the day of his or her eighteenth birthday»[45].

Eligibility requirements for governor are two: thirty years of age and an elector of the state[46]. Eligibility criteria for state senators and members of the state house of representatives are easier to satisfy: candidates must reside in the district from which they are elected[47]. The Connecticut constitution is silent on the duration of the residence.

The constitution of Tennessee, where James Blumstein, challenged the voter residence requirements, refers to «residence», rather than «citizenship»: «Every person, being eighteen years of age, being a citizen of the United States, being a resident of the State for a period of time as prescribed by the General Assembly, and being duly registered in the county of residence for a period of time prior to the day of any election as prescribed by the General Assembly, shall be entitled to

[44] *Ibid.*, Art. 30.

[45] Connecticut Constitution, Article IX of the Amendments (adopted in 1976). Pursuant to this constitutional provision, Connecticut legislation (HB No. 5024/ Public Act No. 12-56) prescribes details of the voter registration process. The voters must also take an oath prescribed by Connecticut statute. Prior to the 1976 Amendment, Art. 6 of the Connecticut Constitution restricted voters to those U.S. citizens over the age of twenty-one, who had resided in the Connecticut town for a minimum of six months, had the ability to read English, possessed good moral character, and took the oath prescribed by Connecticut statute.

[46] Connecticut Constitution, Art. 4, § 5.

[47] *Ibid.*, Art. 3, § 3 (senate); Art. 3, § 4 (house of representatives). There are no age limits.

vote in all federal, state, and local elections held in the county or district in which such person resides»[48].

Based on the U.S. Supreme Court's *Dunn v. Blumstein* ruling, the Tennessee General Assembly can only prescribe a residency period of less than one year for state citizenship.

Turning to Kansas, where the Secretary of State has issued multiple public statements about the need to prevent non-citizens from voting, the state constitution sets forth the following suffrage provision:

Every citizen of the United States who has attained the age of eighteen years and who resides in the voting area in which he or she seeks to vote shall be deem a qualified elector[49].

As in the state constitution of Tennessee, «residence» is the key attribute. From *Dunn v. Blumstein* we know that the residence requirement cannot be lengthy.

As this sample indicates, state constitutions rarely include provisions that explicitly define the qualifications of state citizenship. These constitutions implicitly define state citizenship by identifying those qualified to vote in state elections, and the suffrage provisions in state constitutions typically specify that voters must be at least eighteen years of age, citizens of the United States, and residents or inhabitants of the state. The age qualification is mandated by the Twenty-sixth Amendment to the U.S. Constitution, which authorizes eighteen year olds to vote in federal and state elections[50]. The other two criteria are not established by the U.S. Constitution. The U.S. Constitution does not require that state voters qualify as U.S. citizens. In fact, in the nineteenth century some states allowed immigrants to vote in the period before they were naturalized as U.S. citizens[51].

[48] Tennessee Constitution, Art. 4, § 1.

[49] Kansas Constitution, Art. 5, § 1.

[50] The Twenty-sixth Amendment to the U.S. Constitution, passed in 1971, extends the right to vote in state and federal elections: «The right of citizens of the United States, who are 18 years of age or older, to vote, shall not be denied or abridged by the United States or any state on account of age». U.S. Constitution, Amendment XXVI.

[51] G.L. NEUMAN, *"We Are the People": Alien Suffrage in German and American Perspective*, 13 *Mich. J. Int'l L.* 259, 260 (1992); see also G.L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton Univ. Press, 1996, 63-71. Perhaps this will happen again, though not immediately. In September

Nor does the federal constitution mandate that state voters be residents of the state. The text of the U.S. Constitution does not address the meaning of state citizenship; as seen in the earlier discussion U.S. Supreme Court opinions have greatly limited, as a matter of federal constitutional law, lengthy residency requirements that states can impose as qualifications for state citizenship. Indeed, a survey of state voter registration laws shows that in the early twenty-first century most states impose only a thirty day residence requirement on voters[52]. Accordingly, state citizenship can be acquired extremely easily by almost any U.S. citizen over the age of eighteen; all they need to do is live in a state for thirty days.

4. State citizens and university tuition

Although year-long residency requirements are a thing of the past in terms of eligibility for state elections and state welfare assistance programs, there is one area in which states have successfully restricted an important privilege of state citizenship to those who have resided for at least one year in the state. All fifty states provide free public education to students in primary and secondary school; this includes all the students living in the state, including children of non-

2013 the California legislature attempted to amend Section 203 of the California Code of Civil Procedure to allow lawful permanent resident immigrants to serve on juries; Governor Jerry Brown vetoed the bill on Oct. 7, 2013, saying: «Jury service, like voting, is quintessentially a prerogative and responsibility of citizenship. This bill would permit lawful permanent residents who are not citizens to serve on a jury. I don't think that's right»: *http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billStatusClient.xhtml*. For more on Gov. Brown's veto, see P. MCGREEVY, *Gov. Brown vetoes allowing non-citizens on California juries*, *L.A. Times*, Oct. 7, 2013, available at *http://www.latimes.com/local/political/la-me-pc-gov-brown-vetoes-allowing-noncitizens-on-california-juries-20131007,0,4893110.story*.

[52] See, e.g., *http://www.state.nj.us/state/elections/voting-information.html* (New Jersey); *http://www.elections.alaska.gov/doc/info/faqs.php#regvote* (Alaska); *http://www.elections.il.gov/downloads/electioninformation/pdf/registervote.pdf* (Illinois); *http://www.sos.mt.gov/elections/Vote/#who* (Montana).

citizens who have entered the United States without authorization[53]. Access to the public university systems funded by states, however, is not free. Students must pay tuition, and states charge significantly lower tuition to state citizens than to citizens of other states.

For example, the University of California at Los Angeles (UCLA) charges Californians $11,220 in tuition for one year of academic study; it charges citizens of other states an additional $22,878[54]. The financial stakes of state citizenship are high: non-state citizens must pay almost $100,000 more than state citizens for four years of university education. In response to the great demand by students to be treated as state citizens, state colleges and universities have developed detailed guidelines to define those who qualify as state citizens. For example, the University of California requires students seeking the «in-state» tuition rate to prove by clear and convincing evidence the following[55]:

- Physical presence in California for 366 days immediately prior to the first day of instruction;
- Demonstrated intent to make California the student's legal permanent home; and
- U.S. citizenship, lawful permanent resident, or other eligible non-immigrant status.

Note that 30 days physical presence within California is not sufficient, nor is one year of residence enough. Students must also prove they intend to make California their primary and permanent domicile. To demonstrate they have this intent, students can submit proof of some of the following items:

- Payment of California state income tax on the student's or the student's parents' total income;
- California driver's licenses;
- Registration and voting in California elections;

[53] *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

[54] UCLA Registrar's Office, Fees 2013-2014, available at *http://www.registrar.ucla.edu/fees/gradfee.htm*.

[55] UC Office of General Counsel, University of California Residence Policy and Guidelines, 2013-2014. Academic Year, available at *http://www.ucop.edu/general-counsel/_files/ed-affairs/uc-residence-policy.pdf#page=13*.

- Established and registered a business in California; or
- Established eligibility for social benefits in California[56].

Students who spend their academic vacations in states where they formerly resided or who spend lengthy amounts of time outside of California may be deemed to lack the requisite intent to be a resident of California for tuition purposes. Students who use a driver's license issued by another state, vote in another state's elections, or attended school in another state at that state's resident tuition rate are generally viewed as nonresidents of California[57].

The financial implications of state citizenship are also substantial in New Hampshire. The University of New Hampshire, a publicly funded university, charges New Hampshire residents annual tuition of $13, 670, compared to $26,390 for citizens of other states. New Hampshire relies on the concept of domicile to distinguish between the two categories: «All students enrolled in credit-bearing programs in any division of the University System of New Hampshire in any capacity shall be charged tuition at a rate to be determined by their domicile. Those domiciled within the State of New Hampshire shall pay the in-state rate. Those domiciled elsewhere shall pay the out-of-state rate. (…) For University System purposes, a person does not acquire a domicile in New Hampshire until s/he has been a resident of the state for 12 consecutive months immediately preceding registration for the term for which in-state status is claimed and meets all other requirements for domicile. No [minor] shall be eligible for in-state tuition status unless his/her parent(s) (…) shall have established domicile in this state. No person shall be eligible for in-state tuition status unless s/he establishes that his/her residence in New Hampshire is for some purpose other than the temporary or primary one of obtaining an education»[58].

[56] *Ibid*., 15. The policy guidelines include lengthy lists of potential indicia of intent to remain in California.

[57] *Ibid*., 16, «Conduct that may be inconsistent with a claim of California residence».

[58] University of New Hampshire, Student & Academic Services, Financial Responsibilities, available at http://www.unh.edu/vpsas/handbook/financial-responsibilities.

For purposes of university attendance in New Hampshire, the following evidence is relevant, but not conclusive, to determining a student's domicile.

- Payment of New Hampshire state or local taxes;
- Residence reported on federal or state tax return;
- Voting residence;
- Automobile registration;
- Driver's license;
- Support received from parents living outside New Hampshire;
- Routine departure from New Hampshire during university vacations[59].

Note that New Hampshire has grafted a twelve month residency requirement onto the definition of domicile, a concept usually not restricted by time periods in U.S. law.

Turning to the middle of the country, Kansas citizens who attend the University of Kansas pay $8,790 annually in tuition; citizens of other states pay $22,860 per year for tuition[60]. Again, as in California and New Hampshire – and, indeed, in all the states – the financial advantage to state citizens is substantial: non-Kansans must pay $14,000 more per year in tuition, which totals more than $55,000 in additional expenses to complete four years of undergraduate education at the state-supported universities in Kansas. The University of Kansas explains who qualifies as Kansans for purposes of public university tuition rates.

To be considered a Kansas resident and pay in-state tuition, you must meet four requirements:

- You must have lived in Kansas for at least 365 days before the first day of classes for the semester in which you're applying for residency.
- During those 365 days, all your financial support (including books and tuition) must come from Kansas sources.

[59] *Ibid*. The website lists additional indicia of domicile for purposes of in-state tuition rates.

[60] University of Kansas, KU Financial Aid & Scholarships, Costs and Scholarships, available at *http://affordability.ku.edu/cs/index.shtml*.

- You must demonstrate your plan to remain in Kansas indefinitely. Supporting documents could include a Kansas driver's license, Kansas voter registration, car registration in Kansas, home ownership in Kansas.
- You must prove that you are living in Kansas for reasons other than going to college.

Because of [the fourth] requirement, out-of-state students find it extremely difficult to enter Kansas to attend a university and successfully petition to have their residency changed[61].

In summary, whether on the West Coast, the East Coast, or in between, state citizens pay substantially less to attend state-supported universities in their home state. Citizens from other states are welcome to attend, so long as they pay the higher tuition. The substantial financial implications of state citizenship have led to the development of elaborate rules, particularly to one year residency requirements and proof of intent to live in the state for reasons other than seeking an education there.

The requirements for state citizenship in the context of university tuition stand in stark contrast to requirements for voting in state elections, for receiving social welfare benefits from the state, and for being considered a citizen of the state for purposes of suing in federal court. Surprisingly, however, students challenging the residency requirements imposed by most state universities have had mixed results. The first case to reach the U.S. Supreme Court arose from a Connecticut law that deemed students non-residents of Connecticut if they did not live in Connecticut at the time they applied for admission to a Connecticut state university or if they had lived outside Connecticut at any time during the year preceding their admission[62]. Students who fell into the non-resident category had to pay the non-resident tuition charge for

[61] University of Kansas, *About residency*, available at *http://affordability.ku.edu/cs/index.shtml*.

[62] «Section 126(a)(2) of Public Act No. 5, amending s 10—329b, provides that an unmarried student shall be classified as a nonresident, or 'out of state,' student if his 'legal address for any part of the one-year period immediately prior to his application for admission at a constituent unit of the state system of higher education was outside of Connecticut». *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441, 442 (1973).

the entire time they attended Connecticut state universities. In *Vlandis v. Kline*, the U.S. Supreme Court concluded that such a permanent and irrebuttable presumption of non-residence was unconstitutional because the state had reasonable alternative means of determining who was a bona fide resident[63]. The Court emphasized that its holding was narrow: «We hold only that a permanent irrebuttable presumption of nonresidence [is unconstitutional]. We fully recognize that a State has a legitimate interest in protecting and preserving the quality of its colleges and universities and the right of its own *bona fide* residents to attend such institutions on a preferential tuition basis. [O]ur decision [should not] be construed to deny a State the right to impose on a student, as one element in demonstrating *bona fide* residence, a reasonable durational residency requirement, which can be met while in student status»[64].

After *Vlandis* rejected Connecticut's irrebuttable presumption, students seeking to establish themselves as state citizens eligible for the more favorable tuition fees filed challenges against the one year residency requirements in other states. They emphasized that one year requirements erect irrebuttable presumptions concerning students' intentions to establish domiciles, and that are the presumptions are in some instances demonstrably false. They argued that under the reasoning of *Vlandis*, states should fashion more reasonable methods of determining the genuine domicile of a student. These challenges, however, have not been successful. In *Starns v. Malkerson*[65], for example, the federal court in Minnesota viewed the one year waiting period to acquire resident status for tuition purposes as a rational attempt by the State to achieve partial cost equalization between those who have and those who have not recently contributed to the State's economy through employment, tax payments, and expenditures[66]. The court acknowledged that the Minnesota one year residency requirement is irrebuttable, because no evidence submitted by students during the year can overcome the conclusion that they are non-residents. But, in contrast to the Connecticut

[63] *Ibid.*, 441.

[64] *Ibid*., 452-53 (sentences rearranged).

[65] *Starns v. Malkerson*, 326 F. Supp. 234, 234 (D. Minn. 1970), summarily *aff'd*, 401 U.S. 985 (1971).

[66] *Starns*, 240.

law under attack in *Vlandis*, the presumption is not a permanent one: it lasts only twelve months. This time period, the court concluded, is reasonably related to Minnesota's legitimate interest in making higher education available at a lower cost to Minnesota citizens. The *Starns* court's reasoning was similar to that expressed by Justice Burger in his dissenting opinion in *Vlandis v. Kline*: «A state university today is an establishment with capital costs of many millions of dollars of investment. Its annual operating costs likewise may run into the millions. Parents and other taxpayers willingly carry this heavy burden because they believe in the values of higher education. It is not narrow provincialism for the State to think that each State should carry its own educational burdens»[67].

Despite the *Starns* court's reliance on the rationale rejected by the majority in Vlandis, the U.S. Supreme Court summarily affirmed *Starns v. Malkerson*[68].

Even though the *Starns* approach can be distinguished from *Vlandis* because the one year residency requirement is not a permanent irrebuttable presumption, the more fundamental question is how it can be squared with the Supreme Court decisions striking down similar residency requirements imposed on applicants for welfare assistance and individuals registering to vote? This is how the *Starns* court distinguished the earlier jurisprudence: «We believe that this case is distinguishable from Shapiro in two important respects. First, in *Shapiro* the Supreme Court found, based on weighty evidence, that the one-year waiting period for welfare assistance had as a specific objective the exclusion from the jurisdiction of the poor who needed or may need relief. (…) Here, by contrast, there are no (…) facts [that indicate] that the one-year waiting period for resident tuition purposes has as a specific objective excluding or even deterring out-of-state students from attending the University. The record indicates, in fact, that of the approximately 50,000 students enrolled in the University in the fall of 1968, over 6,000 were nonresidents. In view of these statistics (…) [t]here is no basis in the record to conclude (…) that the operation of the one-

[67] *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441, 459 (1973) (Burger, dissenting).

[68] *Starns v. Malkerson*, 401 U.S. 985 (1971).

year waiting period has an unconstitutional "chilling effect" on the assertion of the constitutional right to travel. Second, in *Shapiro* the one-year waiting period for welfare assistance had the effect of denying the basic necessities of life to needy residents. Thus, the deterring effect on interstate movement by the use of the residency requirement was readily apparent. (…) There is no showing here that the one-year waiting period has any dire effects on the nonresident student equivalent to those noted in *Shapiro*»[69].

This reasoning has been echoed by multiple other courts that have upheld one year residency requirements for state citizens who wish to pay the lower university tuition charged to state residents[70].

The issue now appears to be settled. State citizenship can effectively be obtained by any U.S. citizen who moves into a state and lives there for more than thirty days. State citizenship entitles the individual to vote in state elections, to receive state social services, and to attend state elementary and secondary schools free of charge. Thirty days of residence is not sufficient, however, to qualify individuals to attend state universities at the lower rate charged to state residents. In this respect, state citizenship – or state residence – requires a year-long physical presence in the state.

5. Conclusion

When the original thirteen states came together to form one country, the barriers between states were significant and travel was difficult. State governments jealously guarded their power and their state treasuries. The national government was weak. Now at the beginning of the twenty-first century, although state governments still jealously guard their power, the national government has become exceedingly

[69] *Starns*, 237-38.

[70] *George Mason Univ. v. Floyd*, 275 Va. 32, 38-40; *Hooban v. Boling*, 503 F.2d 648, 650 (6th Cir. 1974); *Montgomery v. Douglas*, 388 F. Supp. 1139, 1145 (D. Colo. 1974) summarily aff'd, 422 U.S. 1030 (1975); *Hasse v. Bd. Of Regents of Univ. of Hawaii*, 363 F. Supp. 677, 678-81 (D. Haw. 1973); *Kirk v. Bd. Of Regents of Univ. of Cal*., 273 Cal. App. 2d 430, 444 (1969).

strong and the barriers to interstate travel have disappeared. Despite the strong emotional value state citizenship may have to Texans, New Yorkers, Californians and many people in each of the fifty states, the *legal* significance of state citizenship has dwindled to almost nothing. Individuals easily become state citizens and easily change their citizenship from one state to another. Furthermore, in most settings, state officials cannot prefer state citizens over non-citizens. Only in the context of state university tuition rates does state citizenship exact more than a minimal commitment to the state, and even in this setting the criteria for state citizenship are far from onerous. Whether state citizenship requires one month or twelve months of residence, the concept of state citizenship is only a shadow of its former self in the United States today.

PARTE SECONDA

LA CITTADINANZA

FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

CITTADINANZA, TERRITORIALITÀ E RESIDENZA NEL DIRITTO TRIBUTARIO

Alessandra Magliaro

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 2. La tassazione degli stranieri. - 3. Il collegamento fra imposizione e soggettività. - 4. Principi costituzionali. - 5. La residenza fiscale. - 6. Conclusioni.*

1. Introduzione

Il tema del rapporto tra diritto tributario e cittadinanza attiene ad un problema centrale della materia; quello del riparto delle spese pubbliche.

Einaudi[1] sosteneva che «il problema tipico dell'imposta, praticamente solubile solo per via di compromessi lungo una linea bizzarramente sinuosa fra gli opposti punti di minimo costo e massima illusione, è quello della ripartizione dei costi dei servizi pubblici».

L'affermazione riguardava in primo luogo il tema del modo di ripartizione delle spese pubbliche, ma, di riflesso, anche quello decisivo su chi ripartire il carico delle spese pubbliche.

Nelle epoche più remote i carichi pubblici venivano addossati ad estranei alla collettività – attraverso i bottini di guerra o il lavoro coatto imposto ai vinti – mentre in epoche più moderne il criterio è mutato nel senso di attribuire l'obbligo di contribuire alle spese pubbliche tendenzialmente a coloro che si riconoscevano parte della comunità.

I punti di collegamento in ordine alle manifestazioni di ricchezza che si sottopongono ad imposizione sono molto diversi. Dipendono dal tipo di reddito, fatto o diritto che viene sottoposto ad imposizione, dal tipo di tributo, dai possibili limiti giuridici propri dell'imposizione e

[1] L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1938, 253.

dalle opzioni di politica socio-economica che viene posta in essere dal legislatore tributario.

In via di prima approssimazione si può affermare che il problema della ripartizione delle spese pubbliche – e quindi il correlato tema della territorialità dei tributi – riguarda principalmente le imposte propriamente dette[2].

Questi tributi, infatti, non rispondono al principio del beneficio, secondo il quale le spese devono essere ripartite su coloro che godono del servizio prestato dallo Stato (principio che attiene tipicamente alla categoria delle tasse).

Se così fosse l'obbligo della contribuzione alle spese pubbliche sarebbe a carico di coloro – cittadini o stranieri – che usufruiscono dei servizi erogati dallo Stato.

---

[2] Sul punto, senza pretesa di esaustività, si vedano G. BISCOTTINI, *Diritto Amministrativo Internazionale*, II, *La circolazione degli uomini e delle cose*, Padova, 1966, 373; G. FAZIO, *Il Bilancio dello Stato*, Milano, 1992, 102; F. FORTE, *Note sulle norme tributarie costituzionali italiane (a proposito dei contributi di Benvenuto Griziotti al Diritto Finanziario)*, in *Jus*, f. I, 1957, 390; E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961, 412; M. INGROSSO, *Diritto Finanziario*, Napoli, 1954, 121 e 122, e ID., *Tributi e Costituzione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1964, 24 e 25; G. LOMBARDI, *Problemi costituzionali in materia tributaria*, in *Temi tributaria*, 1961, 341; F. MAFFEZZONI, *Valore positivo dei principi costituzionali in materia tributaria*, in *Jus*, f. I, 1956, 326; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'Ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 22; G.A. MICHELI, *Profili critici in tema di potestà di imposizione*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, I, 1964, 22, e ID., *Corso di Diritto Tributario*, Torino, 1989, 13; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 213; e C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, 1992, 315 e 316. C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 100 ss., rifacendosi a L. EINAUDI, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1948, sostiene che il principio di territorialità dell'imposta, oltre a derivare dal concetto generale di sovranità territorialmente limitata, si configura sul piano internazionale come conseguenza della realità dei tributi esistenti alla fine dell'Ottocento: si trattava di imposte reali prelevate su redditi promananti da cespiti localizzabili entro il territorio dello Stato. Il tributo ha quindi ad oggetto redditi prodotti e che hanno la loro origine all'interno dello stesso, e costituisce una violazione del principio estenderlo invece a redditi derivanti da cespiti od operazioni localizzabili all'estero. Il principio nella sua accezione pura perciò non tiene conto del collegamento personale tra il soggetto passivo e lo Stato: non vi sarà alcuna distinzione tra soggetti residenti e non residenti.

L'indagine dunque deve essere indirizzata principalmente all'istituto dell'imposta ed in particolare alle imposte sui redditi.

2. La tassazione degli stranieri

Passato il periodo più remoto nel quale i carichi pubblici erano addossati ad estranei alla collettività, il sistema tributario dei vari paesi è mutato nel senso di far sostenere ai propri cittadini gli oneri fiscali sulla base di presupposti molto semplici e collegati a presupposti di tipo territoriale o all'appartenenza alla comunità (imposte reali, imposte fondiarie, testatici).

È in questo periodo che si pose quindi il problema del trattamento tributario degli stranieri.

Questo tema ha subito notevoli cambiamenti dalle prime civiltà ai nostri tempi. Nei popoli primitivi, infatti, gli stranieri non erano tutelati da nessuna norma, non avendo così, fuori dal loro territorio, nessun diritto riconosciuto.

Con la Grecia classica tale situazione cominciò a subire cambiamenti, più in concreto con gli ateniesi, i quali distinguevano tre classi di stranieri: quelli che risiedevano ad Atene solo per un tempo limitato (*Xenoi*); quelli che per ragione della loro attività intendevano risiedere permanentemente nell'Attica (*Metoikoi*) e quelli che in forza del plebiscito erano autorizzati a vivere in Atene ed erano parificati in ogni diritto agli indigeni[3].

I secondi, che rappresentavano la classe più numerosa di stranieri, dovevano pagare un'imposta speciale per ottenere il permesso di residenza, ed erano soggetti a frequenti imposte straordinarie in caso di guerra o di pericolo.

Nel periodo feudale si ricorda in Francia il *droit de formariage* che obbligava gli stranieri al versamento di 1/3 o 1/2 dei loro beni per

[3] Sul punto si veda V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 15.

contrarre matrimonio; e il *droit de chevage* che era nella sostanza una tassa annuale di residenza a carico del capofamiglia[4].

Dal 1200 in poi assistiamo ad un mutamento radicale principalmente dovuto ad alcuni principali fattori: l'intensificarsi delle relazioni fra i popoli, la divulgazione della dottrina cristiana e l'affermazione dei principi di libertà[5].

La conseguenza sul piano tributario portò ad una maggiore valorizzazione del trattamento di reciprocità (una delle prime convenzioni in materia tributaria fu quella fra alcuni stati europei occidentali e l'impero ottomano) e ad una maggior uguaglianza fra cittadini e stranieri; a volte addirittura, agli stranieri che ottenevano la cittadinanza, erano accordate temporanee esenzioni dai carichi pubblici.

Sulla spinta di un sistema tributario più moderno e legato non solo all'imposizione reale o territoriale, ma personale, ed anche per il moderno atteggiarsi delle relazioni economiche, non più solo confinate all'interno dello Stato, l'evoluzione odierna è quella che ha portato ad una tendenziale abolizione delle forme di discriminazione fra stranieri e cittadini.

3. Il collegamento fra imposizione e soggettività

L'imposizione tributaria in via generale non si basa più, oggi, tranne eccezioni, sulla cittadinanza.

Nei sistemi tributari moderni, il dovere di contribuire al finanziamento delle spese pubbliche è collegato all'idea di solidarietà, solidarietà che non può essere appannaggio solo dei cittadini dal momento che anche gli stranieri si vedono toccati da tale solidarietà in quanto partecipano alla vita economica e/o sociale dello Stato.

---

[4] F. SAPEY, *Les étrangers en France*; F. BACQUET, *Droit d'aubaine*, richiamati da F. ELENA, *Dei diritti della persona straniera*, Bologna, 1898, 19.

[5] Ciò in particolare si deve ai glossatori. Sul punto si veda A. BERLIRI, *L'ordinamento tributario della prima metà del sec. XIV nell'opera di Bartolo di Sassoferrato*, Milano, 1952. Per un'ampia ricostruzione del fenomeno con una particolare attenzione anche all'ordinamento spagnolo si veda C.M.L. ESPADAFOR, *Cittadinanza versus residenza nella prospettiva tributaria*, in *Le Corti calabresi*, 2012, 381.

L'attuazione di questo mutamento di orientamento si declina col principio maggiormente seguito nel mondo attualmente del c.d. *Worldwide taxation principle* che connette la tassazione ad un principio territoriale.

I redditi sono tassati prendendo come parametro non la cittadinanza, bensì la residenza di un soggetto, questa infatti viene ritenuta maggiormente qualificante l'appartenenza economica alla società. I residenti sono perciò tassati per i redditi ovunque prodotti nel mondo, mentre i non residenti solo per i redditi prodotti nel territorio.

La cittadinanza come elemento per la sottoposizione a tributi attualmente è estremamente residuale nel mondo. Vistosa eccezione è costituita dagli Stati Uniti che assoggettano ad imposte i cittadini ovunque residenti. Il fondamento di tale sistema è dato dalla protezione a livello mondiale fornita dagli USA ai propri cittadini. Tutela non solo militare, ma anche economica e culturale.

Le ragioni che hanno storicamente portato ad ideare un sistema di questo tipo risalgono al periodo della guerra civile, protrattasi dal 1861 al 1865. Questa fu la prima vera emergenza nazionale che dovette essere affrontata dagli Stati Uniti, e richiedette un'enorme quantità di capitale per essere finanziata[6]. In un periodo in cui ai cittadini statunitensi che si trovavano nel Paese si chiedeva non solo di contribuire economicamente attraverso il pagamento dei tributi introdotti in questo periodo, ma anche di servire nell'esercito, mettendo a rischio la propria vita, sembrava inaccettabile che ricchi cittadini emigrati all'estero riuscissero a sfuggire sia alla leva che al pagamento delle imposte. Per questo, nel 1864, fu apportata una modifica alla legge che introduceva l'imposta sui redditi, stabilendo che veniva applicata non solo a tutti i residenti degli Stati Uniti, ma anche tutti i cittadini statunitensi residenti all'estero[7]. Terminata la guerra civile, anche il *Tax Act* del 1984 adottò il criterio della cittadinanza, stabilendo che tutti i cittadini degli Stati

[6] W.E. BROWNLEE, *Federal taxation in America. A short history*, Cambridge, 1996, 23.

[7] La previsione in realtà ebbe più un valore simbolico che l'effetto concreto di far entrare denaro nelle casse dello Stato. Alla fine della guerra risultava, infatti, che solo poco più di 230.000 $ erano stati riscossi da cittadini residenti all'estero; non molto se comparato agli oltre 84 milioni di dollari pagati in quel periodo da tutti i contribuenti.

Uniti, residenti o meno nel Paese, erano sottoposti a imposizione riguardo ai redditi ovunque prodotti nel mondo[8]. Dichiarato incostituzionale il *Tax Act* (per motivi non attinenti alla tassazione dei cittadini all'estero), il criterio fu adottato infine dalla moderna imposta sui redditi del 1913[9] e fu confermato come costituzionalmente legittimo dalla Supreme Court nel 1924, con la decisione *Cook v. Tait*[10]. La Corte giustificò l'imposizione dei cittadini residenti all'estero sulla base dei benefici che derivano agli stessi per il fatto di essere cittadini degli Stati Uniti, benefici che giovano sia al cittadino che alla sua proprietà ovunque essi si trovino[11].

Peculiare il sistema di tassazione del mondo islamico che prevede una tassa generalizzata sulla ricchezza lo Zakat, dovuta per l'appartenenza religiosa imposta ad ogni musulmano a prescindere da cittadinanza e residenza[12].

Col termine *zakāt* s'intende l'obbligo religioso prescritto dal Corano di "purificazione" della propria ricchezza che ogni musulmano pubere e in possesso delle normali facoltà mentali deve adempiere per potersi definire un vero credente.

Etimologicamente collegata al concetto di "purezza", la *zakāt* – pagare una quota della propria ricchezza a beneficiari specificamente stabiliti – è un modo per purificarsi, così come lo è la preghiera (Corano 9:103).

---

[8] S.M. KIRSCH, *Taxing citizens in a global economy*, in *New York University Law Review*, 2007, vol. 82, 453.

[9] S. AVI REUVEN-YONAH, *The case against taxing citizens*, Ann Arbor (MI), 2010, 3.

[10] *Cook v. Tait*, 265 U.S. 46 (1924) Il caso riguardava un cittadino statunitense trasferitosi in Messico, il cui reddito derivava da beni lì situati. Il contribuente sostenne che gli Stati Uniti erano privi di potere di imposizione nel caso specifico, perché mancavano sia la *residence jurisdiction* che la *source jurisdiction*.

[11] Testualmente si legge: «the government, by its very nature, benefits the citizen and his property wherever found and, therefore, has the power to make the benefit complete».

[12] A. DAR HUMAYON, J.R. PRESLEY, *Islamic finance: a western perspective*, in AA. VV., *Development and Islam: Islamic perspectives on economic development*, New Delhi, 2012, 93; H.H. SHIHATAH, A. GHUDDAH, *A guide to accounting Zakah*, Cairo, 2004.

Spesso tradotta con elemosina, la *zakāt* non ha in sé alcun elemento di volontarietà (per la vera e propria elemosina si usa il termine *sadaqa*), originariamente era un prelievo sui beni superflui di ciascuno e serve appunto a rendere lecita e fruibile la propria ricchezza materiale. A ciò si provvede col pagamento di una quota-parte dei propri guadagni (calcolando un minimo esente che può variare a seconda dei luoghi e dei tempi) che va, in forma di solidale aiuto, alle categorie più svantaggiate della società islamica – specialmente i poveri, gli orfani e le vedove – ma che potrà essere destinata a diversi scopi pii (quali ad esempio il sostentamento della comunità musulmana, gli aiuti per i viandanti pellegrini o l'espressione pubblica della propria fede).

L'Islam ha per lunghi secoli provveduto a far ciò, affidando la gestione della *zakāt* al potere dei califfi o ai suoi sostituti politici locali e la sua percezione avveniva per il tramite di appositi funzionari di nomina califfale (gli "agenti", o *umalā*) che applicavano precisi tabellari nell'esigere quanto dovuto o in numerario o in beni prodotti.

Con la fine del califfato tale esazione è diventata nei fatti del tutto volontaria ma non è venuta meno. I fedeli musulmani, ovunque residenti ed a prescindere dalla cittadinanza, infatti, calcolano da sé quanto dovrebbero versare e provvedono a destinare l'ammontare a organizzazioni di beneficenza che offrono tutte le garanzie di buon impiego di quanto incassato.

Preferibilmente, la *zakāt* va versata direttamente. Essa può essere data anche ad organizzazioni caritatevoli che se ne prefiggano la redistribuzione. L'importo della *zakāt* è pari al 2,5% del reddito netto dell'anno lunare (calendario islamico) altrimenti 2,75% dell'anno solare. Le somme affluiscono ad un fondo nazionale istituito per legge oppure alle moschee locali, oppure ad associazioni caritatevoli o direttamente ai poveri. Il tributo è pari al 10% del reddito e vale anche per le imprese.

4. Principi costituzionali

Nell'ordinamento tributario italiano, viene valorizzato il profilo della sovranità nel senso che il fondamento a livello giuridico dell'ob-

bligo di contribuzione non risiede nello scambio di utilità, ma nella sovranità dello Stato.

La distinzione quindi deve essere collegata al grado di inserimento nella comunità e l'imposizione sarà regolata in funzione del differente modulo di radicamento, così che solo quando tale legame è particolarmente intenso si giustifica una tassazione personale e progressiva volta a colpire tutta la ricchezza prodotta dal soggetto.

Nell'attuale ordinamento costituzionale italiano il principio di sovranità tributaria è sancito nell'art. 53 della Costituzione che stabilisce «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva».

Tale norma è inserita nella prima parte della Carta costituzionale relativa ai diritti e doveri dei cittadini, nel titolo IV relativa ai diritti politici. È interessante notare che tutte le norme contenute in questo titolo sono disposizioni rivolte ai cittadini (diritti elettorali, diritti di associazione, accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, obbligo della difesa della Patria, obbligo di fedeltà alla Repubblica) tranne l'articolo 53 che si discosta nettamente dalle altre essendo l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche rivolto non solo ai cittadini, ma a un generico tutti.

La norma si discosta dal precedente Statuto Albertino che all'art. 25 stabiliva «tutti i regnicoli contribuiscono indistintamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato».

Il rapporto tra capacità contributiva e cittadinanza è stato a lungo indagato dalla dottrina.

Uno dei grandi studiosi della materia, Antonio Berliri, dovendo precisare quali fossero i destinatari dell'articolo 53 della Costituzione, affermava che tali soggetti fossero i cittadini. Secondo Berliri «tutti i cittadini, ed essi soltanto, hanno l'obbligo di contribuire al mantenimento dello Stato». Berliri segnalava che ciò «non esclude affatto che la legge possa dispensare alcuni di essi (in particolare i cittadini residenti all'estero) dal contribuire o, al contrario, possa chiamare a contri-

buire anche gli stranieri (in particolare quelli che hanno un qualche interesse patrimoniale in Italia o che quivi dimorano)»[13].

Il pensiero di Berliri si fondava su quattro principali ordini di considerazioni:

1. in primo luogo, dalla sua collocazione nel titolo dedicato ai rapporti politici, cioè a rapporti che presuppongono il possesso dello status di cittadino;
2. in secondo luogo, dal fatto di essere preceduto e seguito da norme tendenti tutte a disciplinare i doveri dei cittadini;
3. in terzo luogo, dal fatto che se destinatari della norma fossero anche gli stranieri essa risulterebbe o assurda o quanto mai imperfetta dal punto di vista formale e di interpretazione necessariamente arbitraria se destinatari della norma dell'articolo 53 fossero anche gli stranieri. Questa norma risulterebbe assurda ove si ritenesse – in aderenza alla sua formulazione letterale che tutti gli uomini, tutti gli abitanti della terra siano tenuti a contribuire alle spese della Repubblica italiana. Così interpretata, infatti, essa risulterebbe priva di una parte essenziale, più precisamente della indicazione del *criterio in base al quale discriminare* gli stranieri tenuti a contribuire da quelli esenti da tale obbligo. E in difetto di tale indicazione, la sua interpretazione e la sua applicazione risulterebbero se non addirittura impossibili, certo necessariamente arbitrarie;
4. in quarto luogo, dal fatto che una norma che chiamasse gli stranieri (anche alcuni soltanto) a contribuire in base alla loro capacità contributiva sarebbe di applicazione impossibile, giacché lo Stato italiano non è in grado di conoscere la capacità contributiva degli stranieri, non potendo accertare i beni che essi possiedono all'estero. Inoltre la capacità contributiva dello straniero, dovendo esso contribuire anche alle spese del proprio Stato, risulterebbe ridotta per effetto delle imposte applicate da tale Stato, con la conseguenza che un diritto tipicamente inerente alla sovranità, quale è quello di procurarsi, mediante le imposte, i mezzi finanziari necessari al

[13] A. BERLIRI, *L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva come limite alla potestà tributaria*, in ID., *Scritti scelti di Diritto Tributario*, Milano, 1990, 503 e 504.

mantenimento dello Stato, dipenderebbe, sia pure solo in parte, dall'azione di un altro Stato.

In definitiva, quindi, se l'art. 53 si riferisce solo ai cittadini esso ha in se stesso la propria giustificazione logica: il cittadino, proprio perché tale, ha interesse a che lo Stato sussista e pertanto ha il dovere di fornirgli i mezzi economici necessari al suo funzionamento: è il pensiero di tutta la filosofia cristiana da S. Tommaso in poi. Se invece l'art. 53 viene riferito tanto ai cittadini quanto agli stranieri, allora mentre per i cittadini vale quanto si è detto più sopra, per gli stranieri il fondamento della norma dovrebbe risiedere in un interesse concreto di questo o di quel singolo al mantenimento dello Stato italiano, e pertanto la giustificazione dell'art. 53 non sarebbe più contenuta nella norma stessa, ma dovrebbe essere ricercata al di fuori di questa in una situazione di fatto quanto mai opinabile e non evidenziata dalla norma costituzionale.

Naturalmente Berliri non sottovalutava la formulazione letterale dell'art. 53, ma superava l'obiezione con l'analisi dei lavori preparatori dai quali risultava in modo non equivoco che nell'art. 53 si è usata la espressione "tutti" anziché "tutti i cittadini" nella preoccupazione che questa ultima locuzione potesse legittimare il dubbio che lo Stato non potesse assoggettare alle imposte gli stranieri. Tale preoccupazione però sembrava a suo avviso priva di fondamento.

L'illimitatezza della sovranità consente allo Stato di imporre a chiunque qualunque obbligo che non sia escluso dalla Costituzione; l'affermazione (prevalentemente politica) che i cittadini hanno il dovere civico di contribuire al suo mantenimento non avrebbe mai legittimato la conclusione che dunque lo Stato non poteva tassare gli stranieri.

Oggi la lettura più coerente dell'Art. 53 è quella che vede il dovere di contribuzione quale specificazione, nel settore economico, del generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Ma questa non deve essere letta quale stretta solidarietà politica, ma anche di natura economica e, in senso lato, sociale[14].

[14] Sul punto si vedano: F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 193; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 226; G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 359. La residenza però in tanto può dirsi criterio costituzionalmente legittimo in quanto esprima un legame effettivo con la comunità nazionale. A questo proposito,

In quest'ottica la cittadinanza acquista la funzione di elemento differenziatore dell'intensità e dei limiti secondo cui il dovere di prestazione tributaria grava su quanti sono sottoposti alla potestà statuale.

In altre parole, quindi, la solidarietà politica assume la funzione di graduare – in estensione e in profondità – la partecipazione alle spese pubbliche postulata dalla solidarietà economica che in tal modo essa contribuisce altresì a determinare concretamente.

A questo punto, in accordo con la teoria che legge l'art. 53 della Costituzione come una norma non solo rivolta ai cittadini, è necessario chiedersi se l'elemento cittadinanza possa legittimare un differente trattamento tributario di cittadini e stranieri alla luce della Costituzione.

Si ribadisce ancora che il problema si presenta naturalmente con maggiore importanza nell'ambito delle imposte, dal momento che le tasse rispondendo al principio del beneficio non fanno sorgere problemi sul problema del riparto.

Si pensi ad esempio della tassa per la prestazione di un'attività amministrativa, che riguardi i soli stranieri (tassa per la concessione del permesso di soggiorno), non ci sono problemi per quel che concerne la

---

Baggio sottolinea come al riguardo possano sorgere dei dubbi di compatibilità con le norme costituzionali dell'art. 2 del Testo unico delle imposte sui redditi, nel momento in cui stabilisce che vengano considerati residenti coloro che siano iscritti all'anagrafe della popolazione residente. Questo dato formale determina l'applicazione del principio dell'utile mondiale, ma non garantisce l'esistenza di un vincolo effettivo con la comunità nazionale. La questione risulta ancora più problematica per il fatto che, in base all'interpretazione data dalla giurisprudenza, si tratterebbe di una presunzione assoluta, non suscettibile di prova contraria. Secondo Fransoni invece, la volontarietà dell'atto non può essere dimenticata nel valutare il problema, e ciò sia perché chi ha dato volontariamente luogo all'apparenza non può opporre ai terzi la su divergenza dalla realtà sia perché la creazione di tale situazione di apparenza è riconducibile all'esercizio di una facoltà riconosciuta dall'ordinamento e che verosimilmente corrisponde ad un interesse del soggetto che l'ha volontariamente determinata. A ciò Baggio risponde affermando che la norma tributaria non distingue tra un mantenimento volontario ed uno involontario dell'iscrizione (essendo comunque difficile stabilire la ricorrenza o meno dell'elemento volontario), ma soprattutto contesta la scelta del legislatore di utilizzare un istituto preso da un altro ramo del diritto deformandone la portata, ponendo alla base dell'applicazione del criterio dell'utile mondiale un dato formale, contrastante con il principio di capacità contributiva.

possibilità di ammettere la stessa, soprattutto per la sua relazione con una spesa pubblica divisibile e con un beneficiario perfettamente individuabile.

La lettura da dare all'articolo 53 della Costituzione allora è quella per cui sarebbero illegittime discriminazioni basate sopra la cittadinanza, in quanto la capacità contributiva, comunque la si voglia intendere, implica la necessità di usare come presupposti tributari solo elementi atti ad individuare l'astratta possibilità del soggetto di sopportare l'imposta in una data misura.

A parità di situazioni di capacità contributiva territorialmente rilevanti, dunque, una diversa graduazione del carico tributario tra cittadino e straniero, semplicemente sulla base della loro diversa posizione politica significherebbe subordinare la concreta determinazione della misura del prelievo ad una condizione che la Costituzione, e l'art. 53 in particolare, assolutamente non prevedono.

La cittadinanza, dunque non costituisce nel nostro ordinamento, elemento discriminante né essenziale per l'imposizione.

La fattispecie rilevante è invece collegata all'elemento territoriale.

5. La residenza fiscale

Il sistema tributario prevede una distinzione non basata sulla cittadinanza, bensì sulla residenza, ritenuta, come già ricordato, miglior espressione della solidarietà economica indicata nell'art. 53.

Residenza non da intendere però strettamente quale residenza civilistica.

Il dato normativo di riferimento, infatti, l'articolo 2 T.U.I.R., stabilisce che «soggetti passivi dell'imposta sono le persone fisiche residenti e non residenti nel territorio dello Stato. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione resi-

dente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del Codice civile»[15].

In ambito tributario la residenza civilistica, come luogo della dimora abituale, è solo uno dei possibili elementi indicatori della residenza fiscale che «è molto più ampia in quanto tale status può risultare da vari criteri indipendenti, ciascuno dei quali è sufficiente a configurarla»[16].

Il primo dei suddetti criteri è meramente formale e consiste nell'iscrizione anagrafica (peraltro obbligatoria per i cittadini italiani). Gli altri due elementi, e cioè il domicilio e la residenza, necessitano invece di un'indagine sostanziale effettuata sulla base del disposto dell'art. 43 c.c.

Occorre specificare che le ipotesi suddette sono alternative e non concorrenti, ovvero basta la presenza di uno dei suddetti elementi per determinare la residenza fiscale in Italia e, conseguentemente, la soggettività passiva ai fini impositivi[17].

La determinazione della residenza fiscale assume particolare rilievo poiché i residenti sono tassati per i redditi ovunque prodotti mentre i non residenti sono tassati solo per quelli prodotti nel territorio dello Stato (art. 3 del T.U.I.R.).

---

[15] Per un commento alle disposizioni sulla residenza, senza pretesa di esaustività e con riferimento ai commenti più recenti, si segnalano: F. MARINI, *La residenza delle persone fisiche nell'imposta sui redditi*, in G. TINELLI (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, Padova, 2009, 31 ss.; E. DELLA VALLE, *Come gli interessi familiari incidono sulla residenza fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2011, 4, 302; A. CONTRINO, R. DOMINICI, *Condoni e residenza fiscale delle persone fisiche*, *ivi*, 2010, 7, 527; G. MARINO, *Una nuova frontiera giurisprudenziale: la residenza fiscale "obbligata"*, in *Rass. trib.*, 2010, 1368; F. DELLI FALCONI, M. MARIANETTI, *Il domicilio tra interessi personali ed economici*, in *Corr. Trib.*, 2010, 28, 2268; ID., *La rilevanza degli interessi familiari nella determinazione della residenza fiscale*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2011, 2, 115, commento a Cass., 17 novembre 2010, n. 23249 e 23250; S. GIORGI, *La residenza fiscale di una persona fisica in caso di trasferimento all'estero*, in *Fisc. int.*, 2009, 2, 98. Si rinvia anche a A. MAGLIARO, S. CENSI, *Possibili soluzioni alla incertezza della individuazione nel domicilio dello Stato*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2010, 10, 897, commento a Cass., 19 maggio 2010, n. 12259.

[16] R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi*, in F. TESAURO (a cura di), *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, Torino, 1994, 61.

[17] C.M. 2 dicembre 1997, n. 304/E/I/2/705, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA.

L'obbligo di iscrizione all'Anagrafe della popolazione residente (APR) è disciplinato dalla legge 24 dicembre 1954, n. 1228 e dal relativo regolamento di attuazione, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223. Presupposto per l'iscrizione all'Anagrafe è quello di avere nel Comune la propria dimora abituale o, per le persone senza fissa dimora, aver stabilito nel Comune il proprio domicilio.

I cittadini italiani che, invece, abbiano stabilito la propria dimora abituale all'estero devono cancellarsi dall'Anagrafe della popolazione residente ed iscriversi obbligatoriamente all'Anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE) istituita e tenuta a norma della legge 27 ottobre 1988, n. 470 e del relativo regolamento di esecuzione d.P.R. 6 settembre 1989, n. 323[18].

Sia l'iscrizione all'APR sia quella all'AIRE, naturalmente in via alternativa, sono un obbligo per il cittadino italiano e, da un punto di vista civilistico, hanno lo stesso valore probatorio rappresentando entrambe delle presunzioni *juris tantum*[19]. Ed infatti, come confermato dalla Cassazione, «i dati anagrafici, relativi alla residenza del convenuto (art. 18 c.p.c.), hanno valore presuntivo (tra le altre, Cass., 8 novembre 1989, n. 4705); ma, è altrettanto vero che le risultanze anagrafiche, per essere superate, possono essere impugnate con ogni mezzo di prova, da parte di chi vi abbia interesse»[20].

Tale identità di trattamento viene però meno nel momento in cui dal piano civilistico ci si sposta a quello fiscale creando una situazione di evidente disparità[21].

---

[18] L'iscrizione all'AIRE è di norma effettuata a seguito della dichiarazione resa dall'interessato ma può essere effettuata anche di ufficio nel caso di cittadini che non abbiano presentato le dichiarazioni dovute, ma dei quali gli Uffici consolari competenti abbiano competenza, in base ai dati in loro possesso e agli accertamenti eseguiti.

[19] Il valore di semplice presunzione delle suddette iscrizioni è provato, tra l'altro, dal fatto che l'Ufficio anagrafe del Comune ha il potere di cancellare dall'AIRE i soggetti per i quali siano stati effettuati opportuni ed approfonditi accertamenti (ad esempio, il mancato ritiro delle cartoline elettorali, informazioni assunte presso consolati, informazioni assunte presso parenti rimasti nel comune, la mancata richiesta di documenti o certificati) che li fanno considerare irreperibili (C.M. 19 maggio 1995, n. 7/95).

[20] Cass., Sez. II civ., 5 maggio 1998, n. 4518.

[21] Si rimanda, solo per brevità, a A. MAGLIARO, S. CENSI, *Possibili*, cit., 897.

Da un punto di vista tributario infatti, mentre all'iscrizione all'APR viene attribuita natura di presunzione assoluta di residenza fiscale in Italia, l'iscrizione all'AIRE non gode del medesimo valore presuntivo[22].

Ciò che tradizionalmente qualifica la residenza, da un punto di vista civilistico, è un aspetto oggettivo: la dimora abituale in un determinato luogo.

Sebbene non si neghi la presenza anche di un elemento soggettivo, consistente nell'intenzione di dimorare, questo viene poi ricavato dallo stesso dato materiale, cosicché di regola finisce per essere difficilmente distinguibile dall'elemento oggettivo[23].

Nella determinazione della sussistenza o meno della residenza civilistica, appare indubbiamente di maggior rilievo ed importanza l'elemento oggettivo rispetto a quello soggettivo che, al contrario, dovrebbe caratterizzare in maniera più incisiva l'ipotesi del domicilio.

L'abitualità della dimora poi viene intesa come stabilità della permanenza nel luogo. Ciò significa che non è necessario che la relazione sia perpetua o continua: eventuali allontanamenti, anche se fre-

[22] Secondo l'Amministrazione finanziaria «la cancellazione dall'Anagrafe della popolazione residente e l'iscrizione nell'Anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE) non costituisce elemento determinante per escludere il domicilio o la residenza nello Stato, ben potendo questi ultimi essere desunti con ogni mezzo di prova anche in contrasto con le risultanze dei registri anagrafici» (C.M. 2 dicembre 1997, n. 304/E/I/2/705, cit.). Dello stesso avviso la giurisprudenza, vedi tra le altre Cass., 17 luglio 1967, n. 1812; Id., 20 settembre 1979, n. 4829; Id., 24 marzo 1983, n. 2070; Id., 5 febbraio 1985, n. 791. In dottrina vedasi C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, 262 e M. CALCAGNO, *Il requisito formale dell'iscrizione anagrafica consente di configurare la residenza in Italia*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 1998, 7, 628 (commento a Cass., 6 febbraio 1998, n. 1215). In senso contrario S. CAPOLUPO, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Padova, 2009, 159.

[23] La dottrina infatti evidenzia come nell'istituto della residenza si compenetrano elementi soggettivi ed oggettivi che non consentono di fondare la distinzione tra residenza e domicilio dalla natura materiale di fatto della prima rispetto alla natura volontaristica del secondo. Cfr. M. ESU, *Domicilio, residenza, dimora*, in *Trattato Rescigno*, II, I, 580, Torino, 1982; A. CANDIAN, *Domicilio residenza dimora*, in *Digesto*, IV ed., 116, Torino, 1991. Anche la giurisprudenza sembra percorrere tale strada (Cass. 5 febbraio 1985, n. 79, Id., 6 luglio 1983, n. 4525, nonché Id., 14 marzo 1986, n. 1738, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA).

quenti, non sarebbero pertanto incompatibili con la persistenza della residenza nel luogo in cui la persona è solita ritornare. La residenza, quale dimora abituale, potrà infatti considerarsi mutata solo quando lo stare della persona in un altro luogo assuma il connotato dell'abitualità, prevalendo sul precedente luogo di dimora: quest'ultimo cessa di essere luogo della dimora abituale e si costituisce un'altra residenza[24].

Secondo la definizione dell'art. 43 c.c., a cui occorre fare rinvio, il domicilio è «il luogo in cui una persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari o interessi».

Come già sottolineato, trattando della residenza, anche nel domicilio accanto all'elemento soggettivo consistente nell'intenzione di fissare in quel luogo la sede dei propri affari è presente un elemento obiettivo rappresentato dalla concentrazione degli affari e degli interessi in un luogo. La dottrina più recente infatti è giunta a svalutare il ruolo dell'elemento soggettivo, sostenendo, che di fronte al fatto materiale dell'accentramento dei rapporti facenti capo alla persona in un luogo, la volontà potrà essere interpretata come un mero antecedente storico, privo di autonoma rilevanza, esterno alla struttura del fatto, la cui effettiva sussistenza è dato argomentare solo tramite indizi[25].

Pertanto il domicilio non si identificherebbe nella relazione tra il soggetto e il luogo, ma nel fatto materiale di aver radicato in un dato luogo la sede principale degli affari e interessi: la relazione della persona con il luogo è solo un effetto, mentre il fatto in cui il domicilio si concretizza consiste nella convergenza in un luogo di affari ed interessi della persona. È innegabile però che il domicilio si configura come una situazione giuridica che prescinde dall'effettiva presenza del soggetto

[24] Dello stesso avviso anche la Cassazione secondo la quale non è necessario che la permanenza in un determinato luogo sia continuativa o definitiva ma occorre che la persona utilizzi tale luogo quale abitazione e vi mantenga il centro delle proprie relazioni sociali e familiari (Cass., SS.UU., 28 ottobre 1985, n. 5292; Id., 14 marzo 1986, n. 1738, cit.).

[25] M. ESU, *Domicilio*, cit., 581.

nel luogo e si fonda sulla volontà di stabilire mantenere in una determinata località la sede principale dei propri affari ed interessi[26].

Forse proprio l'estrema duttilità del requisito in oggetto, contrariamente agli altri previsti in via alternativa dal medesimo art. 2 del T.U.I.R., ha fatto sì che esso sia quello maggiormente utilizzato dall'Agenzia delle entrate nelle ipotesi di accertamento.

Ed invero quasi sempre l'attrazione a tassazione nel territorio dello Stato viene operata individuando in esso il domicilio fiscale del contribuente e, conseguentemente, la sua residenza ai fini tributari[27].

Discussa, dal punto di vista civilistico, è la natura degli interessi che verrebbero in rilievo nella determinazione del concetto di domicilio. Secondo la prevalente dottrina dovrebbe farsi esclusivo riferimento agli interessi di carattere patrimoniale assumendo i rimanenti interessi della persona rilevanza al fine dell'individuazione del luogo di residenza[28].

---

[26] Cass., 29 dicembre 1960, n. 3322. In senso conforme, più recentemente, si vedano Id., 11 maggio 1994, n. 4581; Id., 29 marzo 1996, n. 2875; Id., 20 luglio 1999, n. 7750.

[27] Per una rassegna dei casi giurisprudenziali più recenti si segnalano: Cass. 15 giugno 2010, n. 14434, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA; Id., 17 novembre 2010, n. 23249 e n. 23250, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2011, 2, 115, con commento di F. DELLI FALCONI, M. MARIANETTI, *ivi*; Id., 18 novembre 2011, n. 24246, *ivi*, e Id., 29 dicembre 2011, n. 29576, in *Corr. Trib.*, 2012, 22, 1725, con commento di S. ARMELLA e V. UGOLINI. Per altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia ancora a A. MAGLIARO, S. CENSI, *Possibili*, cit., 897.

[28] L. MONTUSCHI, *Del domicilio e della residenza*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1970, 17; A. CANDIAN, *Domicilio*, cit., 116; M. ESU, *Domicilio*, cit., 584.

Un orientamento dottrinale minoritario, ma preferito dalla giurisprudenza invece, sostiene che nell'individuazione del domicilio si dovrebbero considerare sia gli interessi patrimoniali, sia quelli di natura morale o spirituale, V. TEDESCHI, *Domicilio residenza dimora*, in *Nov. dig. it.*, 1982, 194. Per l'individuazione degli affari ed interessi, rilevanti per la determinazione del domicilio, la giurisprudenza di Cassazione ha affermato che «occorre far riferimento non soltanto ai rapporti economici e patrimoniali di una persona, ma anche e soprattutto ai suoi interessi morali, sociali e familiari, che confluiscono normalmente nel luogo ove essa vive con la propria famiglia». Cass. 12 febbraio 1973, 435.

Sulla base di tale assunto alcuni autori arrivano a sostenere che «allorquando, come possibile, la persona abbia concentrato i suoi affari ed interessi economici in un luogo, fissando in un altro stabilmente l'abitazione sua e della famiglia, è nel primo luogo che occorre individuare il domicilio»[29].

Tale interpretazione della locuzione affari e interessi è pienamente condivisibile e, tra l'altro, è supportata dall'art. 45 c.c. laddove si consente ai coniugi di fissare il loro domicilio in luoghi diversi evidenziando dunque la netta separazione fra i rapporti di natura patrimoniale ed economica e quelli di natura morale, sociale e familiare.

In ambito tributario la residenza civilistica, come luogo della dimora abituale, è solo uno dei possibili elementi indicatori della residenza fiscale che è molto più ampia in quanto tale status può risultare da vari criteri indipendenti, ciascuno dei quali è sufficiente a integrare il presupposto previsto dalla legge.

6. Conclusioni

Alla fine di questa breve ricostruzione emergono dunque alcuni principi generali.

In primo luogo è evidente che, nel nostro sistema tributario, l'imposizione personale sui redditi non considera quale elemento qualificante l'imposizione, l'appartenenza politica (cittadinanza); il sistema di tassazione, altresì, prevede una distinzione sulla base della residenza.

Residenza da intendersi però non quale residenza civilistica, bensì quale residenza fiscale, dove maggior importanza ha il requisito del domicilio.

Sulla base di questa distinzione i residenti sono tassati sui redditi ovunque prodotti nel mondo, mentre i non residenti solo sui redditi prodotti sul territorio dello Stato.

[29] M.C. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1978, 245; in senso conforme F. MARINI, *La residenza*, cit., 34.

Queste conclusioni portano infine a chiedersi se la non valorizzazione della cittadinanza nell'ordinamento tributario sia conforme a principi generali della materia.

Fin dal 1200, infatti, con la Magna Charta si affermò il principio, poi ripreso da tutti gli ordinamenti, del "no taxation without representation" oggi costituzionalizzato nell'ordinamento italiano nella riserva di legge dell'articolo 23.

Orbene il mancato collegamento fra soggetto passivo d'imposta e soggetto impositore sembra far venir meno quel nesso fra consenso e tributo che è uno dei fondamenti dei moderni sistemi d'imposizione.

IL RUOLO "ATTIVO" DEL CITTADINO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA: UNO SGUARDO ALLE FONTI EPIGRAFICHE

Alvise Schiavon

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 2. Tutela delle* res publicae *attraverso la repressione di comportamenti opportunistici dei magistrati. - 3. Tutela di strade e* fossae *attraverso rimedi a legittimazione diffusa. - 4. Osservazioni conclusive.*

1. Introduzione

Quello della cittadinanza romana è, come noto, tema vasto e complesso, che coinvolge questioni centrali nel dibattito storiografico relativo all'evoluzione delle strutture costituzionali nell'esperienza giuridica romana[1]. Innanzitutto la ricostruzione del processo di estensione della cittadinanza romana (e così dell'area di applicabilità del diritto romano nei territori sottoposti all'egemonia di Roma) rappresenta un momento cruciale nella definizione dei caratteri dell'imperialismo romano, in quanto permette di individuare le forme giuridiche dell'inclusione nell'ordinamento romano delle popolazioni sottomesse militarmente e politicamente[2]; in secondo luogo, la definizione del contenuto

[1] Sui problemi terminologici legati all'uso di nozioni tratte dal moderno diritto pubblico per indicare fenomeni della storia costituzionale romana, per tutti R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, 185 ss. Per uno sguardo di sintesi sui temi della cittadinanza romana cfr. soprattutto G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, 2000, e P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'Impero*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, 2.II, Torino, 1991, 577 ss.

[2] Così V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*, Torino, 2009, 20 ss. e 61 ss. Sul punto rimane fondamentale il classico A.N. SHERWIN WHITE, *The Roman citizenship*[2], Oxford, 1973 e, più di recente, F. LAMBERTI, *Romanización y ciudadania*, Lecce, 2009.

di tale complessa posizione giuridica rappresenta un fondamentale banco di prova per ogni teoria circa la posizione dell'individuo[3] rispetto all'autorità pubblica nell'ordinamento costituzionale di Roma[4].

Dovendo necessariamente circoscrivere il mio breve intervento, ho deciso di concentrare l'attenzione su un profilo limitato e apparentemente marginale, quello relativo all'esistenza di peculiari rimedi giurisdizionali posti a tutela di beni sottratti all'appropriazione privata e, pertanto, esperibili da parte di tutti i membri della comunità. Questo approccio mi sembra proficuo per almeno due ragioni: da un lato, appare coerente con la prospettiva rimediale (*aktionrechtliches Denken*) entro cui si muoveva il pensiero giurisprudenziale romano, dall'altro esso potrebbe rappresentare un punto di contatto con il dibattito contemporaneo sulla cittadinanza attiva e il ruolo dei cittadini nella tutela giurisdizionale di taluni beni di interesse comune[5].

L'analisi di tali rimedi a legittimazione diffusa ha condotto la dottrina civilistica e romanistica dell'Ottocento a diversi tentativi di elaborare, sulla base di un'interpretazione sistematica e 'planimetrica' dei frammenti del Digesto, una vera e propria teoria generale delle azioni popolari, cercando di addivenire a una definizione generale e dogmatica di tale istituto[6]. Tale operazione di riconduzione delle fonti entro un sistema concettuale univoco e coerente rischia di apparire oggi quantomeno sovrastrutturale, soprattutto alla luce della diversa sensibi-

[3] Come noto, la questione del soggetto giuridico, titolare di diritti e capace di azionarli, si articola nell'esperienza romana in una serie di *distinctiones* tra status sconosciute agli ordinamenti moderni: un'utile rassegna in U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano*, Napoli, 2007, 11 ss.

[4] È questa la prospettiva da cui muovono, per esempio, le ricerche di G. CRIFÒ, *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, 1996, e C. NICOLET, *Il mestiere del cittadino (tr. it.)*, Roma, 1992.

[5] Su cui in particolare G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2011.

[6] Una panoramica generale del dibattito in F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, 1955, I, 131 ss. e di recente in A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di un'indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994. Una disamina dei problemi generali posti dalle fonti epigrafiche per quanto riguarda la categoria dogmatica delle *actiones populares* in M. CRAWFORD, *Roman statutes*, I, London, 1996, 21 ss.

lità storica nell'interpretazione delle fonti giustinianee maturata nella romanistica novecentesca.

Nel presente lavoro si è scelto pertanto di seguire una diversa impostazione: da un lato, mettendo al centro non già le testimonianze giurisprudenziali contenute nel Digesto, pur fondamentali per comprendere la trama concettuale del pensiero giurisprudenziale romano, ma alcune testimonianze epigrafiche che attestano l'operatività nell'esperienza giuridica romana di un modello di tutela di determinati beni a fruizione collettiva fondato sull'iniziativa del *civis*; dall'altro, rinunciando in partenza a qualunque pretesa di giungere alla definizione di una categoria dogmatica comune, per individuare piuttosto le più importanti fattispecie tipiche in cui tale modello sembra declinarsi. Si procederà, in altri termini, alla ricognizione di diversi rimedi a legittimazione diffusa, attestati in noti documenti epigrafici, volti alla tutela di beni caratterizzati dall'appartenenza collettiva o comunque dalla destinazione al pubblico utilizzo. Il punto di partenza delle nostre riflessioni sarà in particolare l'analisi delle previsioni contenute in alcuni regolamenti cittadini riferibili alla fase di consolidamento del cosiddetto impero (o stato) municipale nell'Occidente romano (I sec. a.C. - I. sec. d.C.), sebbene riferibili a comunità dotate di diverso statuto giuridico[7].

Prima di proseguire alcune cautele appaiono necessarie. Innanzitutto, si prescinderà in questa sede da tutta una serie di precisazioni in merito alla molto discussa classificazione dogmatica delle *res publicae* nell'esperienza giuridica romana, in particolare dal punto di vista della qualificazione del rapporto intercorrente tra la comunità (ma sarebbe meglio dire, *le* comunità che costituivano l'impero municipale di Ro-

[7] Sul tema in generale E. GABBA, *Dalla città-stato allo stato municipale*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, 2.I, Torino, 1990, 697 ss.; una prospettiva analoga in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La genesi dell'Impero municipale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2004, 18, 243 ss. e ID., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Roma, 2009, 383 ss. Sul processo di consolidamento dell'egemonia romana in Occidente attraverso la deduzione di colonie o la fondazione di *municipia* rimane fondamentale M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Roma, 1978 e, per quanto concerne il periodo del principato, F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria e prassi dell'organizzazione municipale*, Roma, 1993.

ma) e i beni sottratti all'appropriazione individuale[8]. In secondo luogo, occorre sottolineare fin d'ora che nel presente intervento non intendo affrontare i complessi problemi posti dall'uso della documentazione epigrafica come fonte di cognizione del diritto romano[9]: mi limiterò a qualche riflessione di carattere generale, indicando ove possibile i lavori dove approfondire le principali questioni che emergeranno durante l'analisi.

2. Tutela delle res publicae *attraverso la repressione di comportamenti opportunistici dei magistrati*

Un primo gruppo di testimonianze documenta l'esistenza negli statuti cittadini di una serie di previsioni volte a reprimere, attraverso l'irrogazione di una *multa*, talune condotte dei magistrati cittadini[10] che potessero incidere sulla destinazione al pubblico uso dei beni della collettività[11], in particolare nel caso di concessione da parte dell'autorità a un privato del diritto di sfruttare *uti singulus* il bene pubblico.

È evidente che la pratica di riservare ad un privato lo sfruttamento di una risorsa di pertinenza del *populus romanus* o di una comunità cittadina – ampiamente attestata dalle fonti per tutta la storia roma-

[8] Per un primo inquadramento della materia, rimangono comunque fondamentali le pagine di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, nel capitolo VI (L'imputazione di relazioni giuridiche d'interesse generale nel quadro dell'organizzazione pubblica romana), spec. 204 ss.

[9] Per un inquadramento generale dei problemi metodologici posti dall'epigrafia giuridica si vedano i recenti volumi di P. LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina*, Milano, 2010 e A. LOVATO, *Elementi di epigrafia giuridica romana*, Bari, 2006.

[10] Un quadro d'insieme e riferimenti bibliografici in U. LAFFI, *La struttura costituzionale nei municipi e nelle colonie romane. Magistrati decurioni popoli*, in E. GABBA, D. MANTOVANI (a cura di), *Gli statuti municipali*, Pavia, 2006, 109 ss. (anche in ID., *Colonie e municipi nello stato romano*, Roma, 2007, 49 ss.).

[11] Un'utile panoramica in J.L. MURGA, *La «popularidad» de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, in *RIDA*, 1991, 38, 219 ss., spec. 260 ss.

na[12] – non è di per sé contraria alla destinazione della stessa al pubblico uso, qualora la concessione avvenga in modo trasparente (senza conflitti di interesse) e si definiscano delle condizioni di sfruttamento privato del bene compatibili con la sua natura pubblicistica. Proprio a quegli atti dei magistrati competenti[13] che si pongano in contrasto con tali condizioni di legittimità dello sfruttamento individuale del bene pubblico si rivolgono le previsioni in parola.

Il capitolo 93 del provvedimento con cui si regolamentava la vita cittadina della colonia di Urso, la cosiddetta *Lex Iulia Genetivae*, databile intorno al 44 a.C.[14], prevede infatti una *multa* fissa (di 20.000 sesterzi) contro i magistrati (*IIviri*)[15] che abbiano ricevuto dai concessionari di beni pubblici (*ab redemptor<e> mancipe praed(e)ue*) doni favori o qualunque altra utilità (*donum munus mercedem/ aliutue quid*), eventualmente anche a beneficio dei suoi collaboratori. Tale procedura

[12] Si vedano in particolare i recenti lavori di S.C. PEREZ GOMEZ, *Regimen juridico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996 e di S. LONGO, *Locare in perpetuum. Le concessioni in godimento di ager municipalis*, Torino, 2012. Con specifico riferimento alle attestazioni epigrafiche delle concessioni amministrative nella prassi municipale, anche X. D'ORS, *Las relaciones contractuales con la administración publica a la luz de las leyes municipales en derecho romano*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica (Atti del Congresso internazionale di Torino, 17-19 ottobre 1994)*, Napoli, 1997, 77 ss.

[13] S.C. PEREZ GOMEZ, *Regimen*, cit., 104 ss.

[14] *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*, cap. XCIII, linee 19 ss.: *quicumque IIuir post colon(iam) deductam factus creatusue/ erit quiue praef(ectus) qui ab IIuir(o) e lege huius coloniae relic-/tus erit, is de loco publico neue pro loco publico neue/ ab redemptor<e> mancipe praed(e)ue donum munus mercedem/ aliutue quid kapito neue accipito, neue facito quo/ quid ex ea re at se suorumue quem perueniat. qui at-/uersus ea fecerit, is (sestertium) (uiginti milia) c(olonis) c(oloniae) G(enetiuae) Iul(iae) d(are) d(amnas) e(sto), eius-/que pecuniae cui uo<l>et petitio persecutioque esto.*

Su tale documento epigrafico rimangono fondamentali le pagine di E. GABBA, *Riflessioni sulla lex Coloniae Genetivae Iuliae*, in *Estudios sobra la tabula siariensis (Anejos de Archivo espanol de archeologia)*, Madrid, 1988, 157 ss. Bibliografia anche in M. CRAWFORD, *Roman statutes*, *I*, cit., 393 ss. Per il testo critico del capitolo della *lex* citato, con traduzione inglese, cfr. M. CRAWFORD, *Roman statutes*, I, cit., rispettivamente 406 e 426.

[15] Sulle competenze di questi magistrati nel quadro della *lex coloniae genetivae*, si veda A.R. JUREWICZ, *La* lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis - *rassegna della materia. Gli organi della colonia*, in *RIDA*, 2007, 54, 293 ss., spec. 314 ss.

sanzionatoria appare attivabile da chiunque, senza che l'accesso al rimedio appaia condizionato all'accertamento di un particolare interesse soggettivo in capo al postulante: così dovrebbe infatti intendersi la formula finale e in particolare il riferimento al *quis volet* (*d(are) d(amnas) e(sto), eius-/que pecuniae cui uo<l>et petitio persecutioque esto*)[16]. La stessa *lex Coloniae Genetivae Iuliae* appronta peraltro un ulteriore rimedio sostanzialmente rivolto ad evitare che i magistrati della colonia potessero sottrarre taluni beni della collettività dalla loro destinazione pubblica attraverso il meccanismo della concessione individuale[17]: il capitolo 82 infatti prevede una sanzione contro chiunque (ma il riferimento è evidentemente *in primis* ai magistrati competenti, come si evince dal successivo riferimento ai *decuriones*)[18] venda ovvero conceda in locazione per un tempo superiore ai cinque anni (*uen/dito neue locato longius quam in quinquen/nium*) – determinando un'analoga distrazione dalla finalità di pubblico utilizzo – determinati beni (campi, boschi ed edifici) assegnati, al momento della deduzione della colonia, al pubblico uso dei membri della colonia (*quibus publice utantur*). Anche in questo caso la multa – che è qui calcolata proporzionalmente alla dimensione dei beni sottratti al pubblico uso[19] – può essere richiesta da

[16] Sul possibile significato dell'espressione *actio petitio persecutio* in particolare i lavori di F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli, 1965, A. GUARINO, *Actio petitio persecutio*, in *Labeo*, 1966, 12, 129 e J.L. MURGA, *Posible signifcación del trinomio «actio, petitio, persecutio» en las leyes municipales romanas*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, Pamplona, 1987.

[17] Una visione d'insieme dei due capitoli della lex coloniae genetivae in M. GARCIA GARRIDO, *La concusión y el tráfico de influencia en la* Lex Ursonensis *y en las* leyes Municipales, in *Studia Historica. Historia Antigua*, 1997, 95 ss., spec. 97 ss.

[18] In realtà la previsione espressamente si applica anche ai soggetti – evidentemente privati – che abbiano suggerito o consigliato al magistrato – con un'attività che potremmo modernamente definire di *lobbying* – l'assunzione di tali provvedimenti («neue ad decuriones referto neue decu-/rionum consultum facito, quo ei agri eaeue/ |36| siluae ueneant aliterue locentur»).

[19] In particolare 100 sesterzi per ogni iugero, che appare una sanzione poco severa, specialmente se confrontata con la multa fissa di 20000 sesterzi prevista nel caput 93 (J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex Genetivae Iuliae*, cit., 127): basti pensare che per raggiungere il medesimo importo nel caso della sanzione prevista nel cap. 82 occorrerebbe che il magistrato della colonia abbia venduto o locato illecitamente un terreno di 50 ettari di superficie. Peraltro, occorrerebbe domandarsi anche quale criterio

qualunque cittadino[20], fermo restando che l'atto illecito compiuto dal magistrato (vendita o locazione pluriennale) rimane senza effetto (*si ue-/nierint, itcirco minus c(oloniae) G(enetiuae) Iul(iae) sunto*).

Senz'altro avvicinabile[21] a queste previsioni volte a prevenire il conflitto di interessi del magistrato competente a gestire economicamente taluni beni della comunità è la sanzione prevista in una diversa testimonianza epigrafica, la cosiddetta *tabula Irnitana*[22], databile attorno alla seconda metà del I secolo d.C.[23] e contenente il complesso statuto del *municipium* di Irni[24]: organizzazione amministrativa, competenze giurisdizionali e meccanismi di concessione della piena *civitas* romana ai *municipes*. Tra le svariate disposizioni, quella contenuta nel capitolo 48 (Ch. J) (*Qui ne conducant emantue neue socii sint cum publica locabuntur uenibunt*)[25] pone in particolare un divieto in capo ai magi-

---

si applicasse nel caso degli *aedificia* pubblici, dal momento che quello degli iugeri sembra male adattarsi al caso.

[20] La conclusione circa la legittimazione attiva diffusa del rimedio (ad es. in J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex Genetivae Iuliae*, cit., 126 ss.) si basa in realtà su una ricostruzione solo ipotetica del testo dell'epigrafe, in quel punto di difficile lettura: cfr. M. CRAWFORD, *Roman statutes*, *I*, cit., 405.

[21] Ancora M. GARCIA GARRIDO, *La concusión*, cit., 97.

[22] Sulle *tabulae Irnitanae* le ricerche più complete sono senz'altro quelle di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*. *Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993 e quelle di J.G. WOLFF, confluite in *Die Lex Irnitana*, Berlin, 2012. Si legga comunque l'intelligente aggiornamento bibliografico per materia di F. LAMBERTI, *L'Irnitana maggiorenne*, in *Memorias de Historia antigua*, 2002-2003, 23-24, 21 ss. L'*editio princeps* è quella di J. GONZALES, M. CRAWFORD, *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *Journal of Roman studies*, 76, 1986, 147 ss. (ma si veda anche l'integrazione in M. CRAWFORD, *The Text of the Lex Irnitana*, in *The Journal of Roman studies*, 2008, 98, 182).

[23] Discussione in F. LAMBERTI, *op. cit*., 225 ss.

[24] In realtà si discute se si tratti di una *lex* data specificatamente a regolare il singolo municipio di Irni (come vorrebbe H. GALSTERER, *La loi municipale des romaines: chimère ou réalité?*, in *RHDFE*, 1987, 65, 181 ss.) o se invece si tratti piuttosto del rinvenimento del testimone di una *lex* genericamente volta a dare regolamentazione a tutti *municipii* italici prima, spagnoli poi, come sostenuto tra gli altri dalla Lamberti: cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, cit., 201 ss., e ID., *L'Irnitana maggiorenne*, cit., 25.

[25] *Lex Irnitana*, cap. XLVIII: *Quaecumque publica ultroque tributa aliaeue quae res in mu-/ nicipio Flauio Irnitano locabuntur uenibun<t>ue, ne quis II-/ uir neue aedilis neue quaestor neue cuiius<que> eorum filius <neue> nepos / neue pater <neue> auuos*

strati municipali (*IIviri*, edili e questori) di comprare o prendere in affitto un qualsiasi bene pubblico o di aggiudicarsi un appalto pubblico[26]. La fattispecie individuata è in realtà molto ampia: dal punto di vista oggettivo, perché il divieto si estende a qualunque condotta possa essere indizio di un conflitto di interessi del magistrato competente, in particolare nelle ipotesi in cui agisca indirettamente (attraverso un rappresentante o una società) o tragga comunque altre utilità in relazione a quegli affari; dal punto di vista soggettivo, perché la norma impone un medesimo divieto di negoziazione con l'autorità pubblica ai familiari (*filius pater avus frater*) e ai collaboratori (*scribae apparitores*) del magistrato.

La pena è individuata, secondo un meccanismo tipico in ambito penale, nel *duplum* della somma lucrata in violazione di tale prescrizione (*quanti quaeque earum res erit, quam aduersus ea fecerit, quanti ea res erit, t(antam) p(ecuniam) et alterum tantum*), da versare nelle casse municipali (*in publicum municipibus municipii Flaui Irnitani d(are)*): anche in questo caso il potere di perseguire in giudizio tale somma è espressamente riconosciuto in capo a qualunque *municipes* (*qui uolet, [cuique per h(anc) l(egem) licebit, actio petitio persecutio esto*).

Ancora più interessante, ai fini del presente lavoro, è l'analisi del contenuto di un documento epigrafico di recente rinvenimento, la

---

neue frater neue scriba neue apparitor ea-/ rum quam rem conducito emitoue, neue in earum qua re soci-/ us es[t]o, neue ex earum qua re ob earum<ue> quam rem eou[e] no-/ is mine [p]artem capito, neue aliut quit facito sc(iens) d(olo) m(alo), quo quid ex/ earum qua re ob earumue qu[a]m rem eoue nomine p[ost]ea at eum/ perueniat. Si quis aduersus ea quit fecerit, is, quanti quaeque / earum res erit, quam aduersus ea fecerit, quanti ea res erit, t(antam) p(ecuniam)/ et alterum tantum in publicum municipibus municipii / Flaui Irnitani d(are) d(amnas) esto, eiiusque pecuniae deque <ea> pecu-/ nia municipi <municipii> Flaui Irnitani qui uolet, [cluique per h(anc) l(egem)/ licebit, actio petitio persecutio esto.

Traggo il testo da J. GONZALES, M. CRAWFORD, *The lex Irnitana*, cit., 161. Traduzione in lingua inglese e italiana rispettivamente in J. GONZALES, M. CRAWFORD, *The lex Irnitana*, cit., 187 e in F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, cit., 299 ss.

[26] Su cui P. SAEZ, *Las tierras públicas de la* lex Ursonensis, in *Studia historica. Historia antigua*, 1997, 15, 137 ss., spec. 143 ss. e J.L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in *BIDR*, 1985, 27, 209 ss., 238 ss.

cosiddetta *lex rivi Hiberiensis*[27], per almeno due sue caratteristiche peculiari: innanzitutto, per la particolare natura giuridica del provvedimento che regola lo sfruttamento idrico del canale Ebro, trattandosi infatti di un accordo tra comunità rurali (*pagi*) – peraltro appartenenti a due diverse città romane (l'una avente natura di *municipium* l'altra di *colonia*) – assunto grazie alla mediazione del governatore locale entro una *lex* del tipo *rei suae dicta*[28]; in secondo luogo, per la notevole complessità della disciplina in esso prevista, che non si limita a individuare i diversi diritti e obblighi degli utenti, ma appronta un vero e proprio edificio istituzionale[29], con magistrati (*magistri pagi*) assemblee (*concilia*) e procedure volti a rendere effettiva la compartecipazione dei *pagani* ai meccanismi decisionali in merito alla gestione delle risorse idriche. È proprio in questa prospettiva che va valutata la predisposizione, che si deduce dalla lettura dei paragrafi 11 e 13[30] della terza colonna della tavola di bronzo, di azioni contro i *magistri pagi* inadempienti agli obblighi legati all'esercizio della loro funzione ed esercitabili da qualunque *paganus*[31]. Come è stato efficacemente notato, la strategia per garantire il rispetto della normativa sull'uso del bene non si fonda sull'enunciazione di obblighi genericamente gravanti su tutti i soggetti coinvolti nello sfruttamento della risorsa, quanto piuttosto sulla diretta

[27] Per notazioni generali sul ritrovamento dell'epigrafe e sui principali problemi sollevati cfr. F. BELTRAN LLORIS, *An irrigation decree from Roman Spain*, in *Journal of Roman Studies*, 96, 2006, 147 ss.; una più precisa disamina delle questioni giuridiche specialmente in D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr) in der lex rivi Hiberiensis*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 125, 2008, 108 ss.

[28] F. BELTRAN LLORIS, *An irrigation decree from Roman Spain*, cit., 164 ss.; D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr) in der lex rivi Hiberiensis*, cit., 116 ss.

[29] D. NÖRR, *op. cit.*, 120 ss.

[30] F. BELTRAN LLORIS, *An irrigation decree from Roman Spain*, cit., 156-157.

[31] La legittimazione attiva dunque è riservata ai membri dei *pagi* cui si riferisce la *lex*, mentre non si estende ai membri delle comunità cittadine di cui quei *pagi* giuridicamente sono parte: questa circostanza fa dubitare a Torrent (A. TORRENT, *Las acciones populares en la lex rivi Hiberiensis*, in *Ridrom*, 2012, 9, 104 ss., spec. 166) che si possa parlare di *actiones populares*, le quali «en su estricto sentido romanistico» dovrebbero piuttosto essere caratterizzate da una legittimazione realmente universale. Come ricordato sopra, esula dallo scopo di questo lavoro qualunque pretesa di addivenire a una qualsiasi definizione dogmatica dell'istituto delle azioni popolari (sempre che possa essere trattato come un istituto dogmaticamente unitario).

responsabilizzazione dei magistrati attraverso la predisposizione di un controllo diffuso sul loro operato[32]. Tale sistema di sorveglianza decentrata è ulteriormente rafforzato dalla previsione secondo cui metà della *poena* (o *multa*) irrogata al magistrato inadempiente venga trattenuta dal postulante[33], come incentivo all'iniziativa processuale individuale.

Lo scopo di promozione dell'azione dei magistrati[34] perseguito da questa disposizione è confermato a mio avviso anche dalle diverse fattispecie di inadempimento degli obblighi del magistrato con essa sanzionate: egli è ritenuto responsabile non solo nel caso di mancata persecuzione, nonostante il suo *ius coercitionis*, di quanto fatto in violazione del regolamento contenuto nella *lex paganica* (par. 11), ma pure per aver omesso di fare lui stesso quanto sarebbe stato obbligato fare *ex hac lege* (par. 13). La costruzione in forma omissiva di entrambi gli illeciti suggerisce, a mio avviso, che scopo primario della norma fosse proprio quello di incentivare l'azione dei magistrati piuttosto che di inibirli attraverso la minaccia di una multa (c.d. funzione di prevenzione generale positiva).

Le testimonianze epigrafiche qui solo brevemente illustrate, pur relative a ordinamenti cittadini aventi differente natura costituzionale (*municipium*, *colonia*, *pagi* addirittura appartenenti a comunità di diversa natura), sembrano convergere nel delineare la diffusione – nella prima età imperiale – di un complesso modello 'civico' di repressione delle condotte opportunistiche dei magistrati incidenti su taluni beni di pertinenza della comunità, basato sulla proponibilità da parte di qualunque membro della comunità di un rimedio finalizzato all'irrogazione di una multa fissa.

[32] F. BELTRAN LLORIS, *An irrigation decree*, cit., 182.

[33] III.13-14: *[eius quod (?)]exactum erit dimidium in commu [ne] redigunto; [dimidium(?)habere(?) lice(?)]to*. Cfr. F. BELTRAN LLORIS, *op. cit*., 183.

[34] In realtà anche publicani per *pignoris capio* illegittima: A. TORRENT, *Las acciones populares en la lex rivi Hiberiensis*, cit., 166.

3. Tutela di strade e fossae *attraverso rimedi a legittimazione diffusa*

Accanto a queste fattispecie di illeciti che potremmo qualificare, mutuando un termine della moderna scienza penalistica, come 'propri', nel senso che presuppongono una particolare posizione pubblica del soggetto agente, i dati epigrafici testimoniano anche un nucleo di previsioni volte a reprimere genericamente le attività compiute da qualunque privato e contrarie alla destinazione di taluni beni all'uso pubblico[35]. Mi riferisco in particolare ad alcune attestazioni epigrafiche aventi ad oggetto la tutela di *viae* e *fossae*, per due motivi fondamentali oltre a quello – ovvio – della necessaria stringatezza della presente comunicazione.

In primo luogo, tali beni sembrano oggetto di particolare attenzione nei regolamenti di diverse comunità romane, che riguardo ad esse talvolta espressamente elencano oneri dei magistrati e diritti dei privati[36], talaltra comunque si premuniscono di dettare norme *ad hoc* per disciplinare la loro manutenzione[37]. In secondo luogo, tale selezione permette un interessante parallelismo con alcuni rimedi previsti nell'editto del pretore urbano ricordati in diversi frammenti ulpianei contenuti nel libro 43 del Digesto e relativi ai cosiddetti *interdicta de locis publicis*.

È ancora la *lex Coloniae Genetivae Iuliae* a fornire il punto di partenza per le nostre riflessioni. Il capitolo 104[38] di tale importante

[35] Ancora una volta utile visione di sintesi in J.L. MURGA, *La «popularidad» de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, cit., 270 ss.

[36] Ad esempio nella *lex Coloniae Genetivae Iuliae* capp. 77-79 e 99-100: si leggano in M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, 424 ss.

[37] Così ad esempio nel cap. 82 della *lex Irnitana*: cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae*, cit., 346 ss.

[38] *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* cap. CIIII, ll. 10 ss.: *qui limites decumaniqu<e> intra fines c(oloniae) G(enetiuae) deducti facti-/que erunt, quaecumq(ue) fossae limitales in eo agro erunt,/ qui iussu C.Caesaris dict(atoris) imp(eratoris) et lege Antonia senat(us)que/ c(onsultis) pl(ebi)que sc(itis) ager datus atsignatus erit, ne quis limites/ decumanosque opsaeptos neue quit immolitum neue/ quit ibi opsaeptum habeto, neue eos arato, neue e<a>s fossas/ opturato neue opsaepito, quo minus suo itinere aqua/ ire fluere possit. si quis atuersus ea quit fecerit, is in/ res sing(ulas), quotienscumq(ue)*

fonte epigrafica prevede infatti una disposizione specificatamente rivolta a tutelare le condizioni di utilizzabilità delle strade (*limites* e *decurioni*) e dei canali irrigui interni (*fossae limitales*) di pertinenza della colonia[39]: esso infatti tipizza come illecite le condotte consistenti nell'ostruire, edificare o arare (*opsaepere*, *immolire*, *arare*) incidenti sulle strade, così come quelle di ostruzione (*opsaepere*, *opturare*) delle *fossae*, evidentemente in quanto contrarie alla destinazione pubblica di tali beni come vie di comunicazione e canali di scolo delle acque. Anche in questi casi la sanzione prevista – di 1000 sesterzi per ogni violazione del precetto (*in singulas res*) – è attivabile da qualunque membro della comunità (*cui volet*), a conferma del carattere essenzialmente pubblicistico e diffuso dell'interesse tutelato con tale sanzione, corrispondente alla destinazione di tali beni all'uso da parte della generalità dei coloni.

È interessante notare, a conferma del fatto non si tratti della soluzione isolata di una particolare comunità ma rappresenti un modello di tutela certamente circolante negli ordinamenti cittadini del periodo considerato, come una previsione praticamente identica[40] sia fatta attribuita nella tradizione dei gromatici alla *Lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia*[41]. Gli scritti degli agrimensori, infatti, ci hanno tramandato il testo di tre capitoli di tale provvedimento normativo, da alcuni identificato con una *lex Iulia agraria*[42] e risalente probabilmente all'epoca cesariana, in cui vengono trattate diverse questioni relative all'individuazione di *limites* e termini nella deduzione di una colonia: in uno di tali frammenti, il capitolo LIIII[43], è riprodotta quasi letteralmen-

*fecerit, (sestertium) (mille) c(olonis) c(oloniae) G(enetiuae) I(uliae) d(are) d(amnas) esto,/ eiusq(ue) pecun(iae) cui uolet petitio p(ersecutio)q(ue) esto.*vacat/.

Cfr. la ricostruzione del testo e la traduzione inglese in M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, 409 e 428.

[39] J.L. MURGA, *Las acciones populares en la* lex Coloniae Genetivae Iuliae, cit., 154 ss.

[40] J.L. MURGA, *Las acciones populares en la* lex Coloniae Genetivae Iuliae, cit., 155.

[41] K. LACHMANN, *Gromatici veteres*, I, Berlin, 1848, 263.

[42] Discussione delle principali posizioni in M. CRAWFORD, *The Lex Iulia Agraria*, in *Athenaeum*, 1989, 77, 179 ss.

[43] KL. IIII: *Qui limites decumanique hac lege deducti erunt, quaecumque fossae limitales in eo agro erunt, qui ager hac lege datus adsignatus erit, ne quis eos limites*

te[44] la sanzione a legittimazione diffusa del capitolo 104 della *lex coloniae Genetivae*.

La particolare attenzione per la tutela delle condizioni di utilizzabilità delle strade nella realtà cittadina romana di epoca classica è confermata da un altro documento epigrafico, la cosiddetta *tabula Heracleensis*[45], anch'essa – come la già citata *lex Irnitana* – relativa allo statuto di una comunità di diritto municipale e risalente probabilmente alla tarda repubblica[46]. Tale provvedimento, oltre a imporre un obbligo per i frontisti delle *viae publicae*[47] di provvedere alla loro manutenzione e a individuare i magistrati responsabili di garantire la percorribilità di portici e altri *loca publica*, più nello specifico vieta qualunque costruzione o altro intervento sulle *viae* medesime e sugli altri *loca publica* che ne compromettano la destinazione all'uso da parte del pubblico[48].

Questa testimonianza rappresenta per noi un ideale ponte di collegamento con i rimedi, predisposti dal pretore urbano e tramandatici nel Digesto grazie al commento di Ulpiano *ad edictum*, sinteticamen-

---

decumanosque obsaeptos neve quid in eis molitum neve quid ibi opsaeptum habeto, neve eos arato, neve eis fossas opturato neve opsaepito, quominus suo itinere aqua ire fluere possit. Si quis adversus ea quid fecerit, is in res singulas, quotienscumque fecerit, HS IIII colonis municipibusve eis, in quorum agro id factum erit, dare damnas esto, eiusque pecuniae qui volet petitio hac lege esto.

[44] In particolare la diversa entità della multa, qui indicata in 4000 sesterzi per ogni violazione: cfr. M. CRAWFORD, *Roman statutes*, cit., II, 763 ss.

[45] Testo e apparato critico in M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, 355 ss.

[46] La tesi che mi sembra in qualche modo predominante individua in questo documento una consolidazione di normative eterogenee in vario modo finalizzate ad organizzare e regolare il *municipium* di Eraclea. La datazione è incerta, ma Crawford (M. CRAWFORD, *Roman statutes*, cit., I, 362) propende per collocarla attorno al 45 a.C. e comunque in epoca cesariana.

[47] *Tab Her.* Linee 20-21 (vedi M. CRAWFORD, *Roman statutes*, cit., I, 363 e traduzione inglese 372). Cfr. R. GONZALES, *La manutenzione delle strade di Roma. Un procedimento specifico nella Tavola di Heraclea*, in E. GABBA, L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Gli Statuti Municipali*, cit., 397 ss. spec. 399.

[48] Spec. linee 68 ss.: *nei quis in ieis loceis inue ieis porticibus quid inaedificatum inmolitomue habeto,/ neue ea loca porticumue quam possideto, neue eorum quod saeptum clausumue habeto quo minus eis/ loceis porticibusque populus utatur pateantue*. Cfr. M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, 365.

te individuati come *interdicta de locis publicis* (e contenuti in diversi titoli del libro 43 del Digesto)[49]. Sebbene infatti non sia possibile stabilire la natura del rimedio previsto nella *tabula Heracleensis*, sono osservabili alcune affinità strutturali, all'apparenza non casuali, con i rimedi interdittali concessi dal *praetor urbanus:* innanzitutto l'avvicinamento tra *loca publica* e *viae* (e portici) quanto a tutela e oneri di manutenzione; in secondo luogo la costruzione sintattica del divieto contenuto nella *tabula Heracleensis – ne quis… quo minus* (completiva con *verbum impediendi*) – appare tipica delle clausole relative agli interdetti de *locis publicis.* Tali osservazioni potrebbero valere a corroborare l'ipotesi per cui l'editto urbano possa essere servito come 'archetipo' cui ispirare la legislazione municipale non solo in punto di rimedi pienamente giurisdizionali, ma pure con riferimento a rimedi 'eccezionali' quali, appunto, quelli interdittali[50].

In questo senso il parallelo più significativo mi pare quello con i cosiddetti interdetti *de viis,* le cui formule edittali (proibitoria e restitutoria) sono riportate in due luoghi del commento ulpianeo *ad edictum*: D.43.8.2.20 e D.43.8.2.35. Per quanto riguarda direttamente la presente riflessione, occorre in primo luogo osservare in via generale come questi rimedi siano volti – perlomeno nella visione di Ulpiano – a tutelare la generale utilizzabilità delle *viae publicae* reagendo contro qualunque

[49] Su cui rimangono fondamentali specialmente i lavori di G. BRANCA, *Le res extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941, e G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945.

[50] L'estensione della *communis opinio* circa la paradigmaticità delle formule dell'editto urbano per gli ordinamenti cittadini agli atti *magis imperium quam iurisdictionis* (quali, appunto, gli *interdicta*) ha tradizionalmente trovato un limite invalicabile nella considerazione che i magistrati municipali dovessero essere sprovvisti di *imperium* (sulla base di una lettura estensiva di D.50.1.26 - Paolo I *ad edictum*: cfr. G. GULINA, *I modelli urbano e municipale cisalpino del procedimento di danno temuto*, in E. GABBA, L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Gli statuti municipali*, cit., 239 ss., spec. 249 nt. 30) e pertanto impossibilitati ad emanare gli atti su di esso fondati: oggi tale opinione non sembra più così granitica, considerando che il cap. 84 della *lex Irnitana* – dove si stabiliscono i quantitativi e qualitativi alla competenza giurisdizionale dei magistrati locali (*duumviri* e *aediles*) – sembra presupporre, in un passaggio peraltro di difficile lettura, la possibilità per gli stessi di emanare interdetti. Per tutti D. NÖRR, *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in *Iuris Vincula*. *Studi Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 99.

condotta[51] idonea a rendere deteriore la loro condizione: in sede di commento alla *pars* edittale «quo ea via idque iter deterius sit fiat» con cui il pretore fissava un limite di rilevanza per le condotte sanzionabili con gli *interdicta de viis*, Ulpiano spiega che tale clausola deve intendersi estensivamente, fino a ricomprendere nel campo applicativo dei rimedi qualunque condotta idonea a peggiorare la possibilità di transito[52]. La seconda caratteristica che suggerisce il parallelismo tra questi rimedi e la previsione della *tabula Heracleensis* è il regime di legittimazione diffusa che la dottrina riconosce a tali interdetti. Anche a prescindere dall'espressa qualificazione ulpianea dell'interdetto proibitorio *de viis* come *populare* (D.43.8.2.34) – che però solleva l'ulteriore problema dell'esatta qualificazione dogmatica della "popolarità", su cui la dottrina non è unanime – un argomento determinante a favore della legittimazione del *quivis e populo* è stato visto nell'assenza nella formula interdittale di qualsiasi riferimento testuale a una particolare condizione soggettiva: l'ordine è costruito in modo del tutto impersonale, senza che il rimedio sia rivolto a qualcuno (come nelle formule *ei interdictum dabo*), né la fattispecie oggettiva contiene alcun elemento di individualizzazione (come il "damnum illi" nella formula del *ne quid in loco publico*). Dunque anche in questo caso ciascun cittadino può richiedere al pretore (ed eventualmente adire in seguito l'istanza pienamente giurisdizionale per violazione dell'interdetto) un provvedimento volto a sanzionare le condotte in grado di distogliere la *via publica* dalla sua destinazione alla fruizione collettiva.

Anche con riferimento a questo secondo gruppo di testimonianze selezionate mi pare possa desumersi un quadro certamente frastagliato e ricco di sfumature, ma in fondo coerente nell'indicare l'esistenza di un sistema di repressione dell'uso opportunistico di taluni beni partico-

[51] Il pretore infatti tipizza le condotte rilevanti con le ampissime nozioni di *facere* e *immittere*, che appaiono nella riflessione giurisprudenziale ulteriormente estese: cfr. D.43.8.2.26-30 (Ulp. 68 ad edictum). Cfr. L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971, 39.

[52] D.43.8.2.32 (Ulp. 68 ad ed.): *...si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum…*

larmente esposti al problema del *free riding*[53], come vie e strade. Tale modello si basa sull'allocazione diffusa tra tutti i membri della comunità del potere di inibire (nel caso degli interdetti proibitorii) o sanzionare ex post (nel caso degli interdetti restitutori e della multa prevista dalla *lex Coloniae Genetivae Iuliae*) le condotte ritenute contrarie alla destinazione d'uso del bene.

4. Osservazioni conclusive

Questa breve e sintetica rassegna di documenti epigrafici e fonti giuridiche ha permesso di osservare l'esistenza nell'esperienza giuridica romana di un articolato e coerente complesso di rimedi a legittimazione diffusa volti a tutelare alcune categorie di beni di pertinenza della comunità, sanzionando in vario modo le condotte opportunistiche dei magistrati competenti alla loro cura o quelle dei privati che utilizzino la risorsa in modo contrario alla sua destinazione d'uso. La selezione dei documenti, necessariamente incompleta (per le ragioni esposte in apertura), ha comunque cercato di concentrare l'attenzione sul periodo di formazione di quello che è stato felicemente denominato l'impero municipale di Roma, per osservare – dalla medesima prospettiva rimediale entro cui si muovevano i giuristi romani – il particolare ruolo degli individui negli ordinamenti cittadini. È forse ora possibile, in conclusione del nostro intervento, provare a ordinare i pochi dati raccolti alla luce dei più generali problemi relativi all'interpretazione della cittadinanza romana individuati all'inizio.

Con riferimento alla questione della cittadinanza come dispositivo giuridico dell'inclusione dei popoli sottomessi militarmente e poli-

[53] Come insegna l'analisi economica del diritto, i beni più esposti al problema dell'utilizzo opportunistico (cosiddetto *free riding*) sono quelli a fruizione non esclusiva, nel senso che è impossibile o estremamente costoso impedire a un soggetto di fruire del bene stesso: questo è il caso, in assenza di dispositivi tecnologici (come i caselli autostradali) e in una situazione di spostamenti lenti, delle vie di comunicazione: interessanti riflessioni in questo senso in C. ROSE, *Romans, roads and romantic creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, in *Law and contemporary problems*, 2003, 66, 89 ss., spec. 96 ss.

ticamente, occorre notare come, dall'analisi dei documenti epigrafici qui brevemente considerati, gli apparati pubblici romani sembrano essersi mossi con pragmaticità[54], attraverso il riconoscimento di statuti di appartenenza differenziati e 'multidimensionali'. Osserviamo infatti, da un lato, la piena cittadinanza riconosciuta ai membri delle colonie romane come la *Genetiva Iulia*, dall'altro quella sorta di *status* civico depotenziato che è lo *ius Latii* nel caso dei *municipia* come quello di Irni[55]; infine, addirittura, nel caso della *lex rivi Hiberiensis* assume rilevanza la qualifica di *paganus* basata su un atto sostanzialmente negoziale tra comunità altrimenti afferenti a diverse unità civiche.

Oltretutto occorre notare, sempre sulla base delle epigrafi qui considerate, che la predisposizione di questi dispositivi di stabile incardinamento dei soggetti nell'ordinamento civico non sembra aver impedito la valorizzazione del diverso criterio della residenza (o domiciliazione) per l'attribuzione di obblighi o diritti verso la comunità cittadina: da un lato infatti la *lex Coloniae Genetivae Iuliae* nel capitolo 98[56] dedicato ai doveri di manutenzione gravanti sui membri della comunità fa espresso riferimento agli *incolae* (domiciliati) non cittadini, lasciando intendere che «si tales *incolae* participaban equitativamente a las contribuciones en favor de la colonia, pudiesen igualmente gozar de los derechos que en la propia *lex* se concedían a los restantes habitantes ciudadanos, así como de la correspondiente legitimación procesual para el ejercicio de las acciones populares»[57]; ancora più esplicitamente, nelle *tabulae Irnitanae* da un lato (cap. 94) è affermato che «come i *municipes* dovranno obbedire alla presente legge, così vi obbediscano gli *incolae* di codesto municipio»[58], dall'altro è riconosciuto a questi ultimi il diritto di voto nelle assemblee cittadine (*ius suffragii*)[59], circostanze che

[54] Ottima ricostruzione in F. LAMBERTI, «Civitas romana» *e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato*, in *Index*, 2011, 39, 227 ss.

[55] Cfr. J.G. WOLF, *The Romanization of Spain: the Contribution of City Laws in the Light of the Lex Irnitana*, in A. BURROWS, LORD RODGES OF EARLSFERRY (a cura di), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, 439 ss.

[56] Su cui L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani: aspetti giuridici*, Milano, 2006, 39 ss.

[57] Così J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex coloniae genetivae*, cit., 116.

[58] Traduzione italiana di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, cit., 369.

[59] Cfr. M. CRAWFORD, J. GONZALES, *The lex Irnitana*, cit., 163.

hanno condotto la dottrina a ipotizzare che la legittimazione attiva per i rimedi ivi contenuti fosse estesa anche agli *incolae* del *municipium*[60]. Dunque, con riferimento all'accesso ai rimedi a legittimazione diffusa qui considerati, i confini delle comunità cittadine costituenti l'ordinamento municipale romano appaiono non solo definiti secondo criteri differenti e disomogenei, ma pure – dinamicamente – attraverso il riferimento a un criterio funzionale come quello della residenza.

Quanto al secondo problema relativo all'interpretazione storica della cittadinanza romana, quello connesso al suo contenuto e dunque alla posizione del *civis* nel quadro delle strutture costituzionali romane, l'esistenza di questo modello civico[61] di tutela di taluni beni di pertinenza della collettività sembra corroborare la visione secondo cui per l'epoca considerata il cittadino romano fosse chiamato a collaborare attivamente alla gestione della cosa pubblica non solo – o non tanto? – attraverso gli organi di deliberazione politica ma anche attraverso strumenti volti a concretizzare sul piano giurisdizionale la responsabilità di ciascun membro della comunità circa la buona gestione di taluni interessi di carattere sovra-individuale. Si tratta della risalente concezione dello Jhering, che vedeva in questo tipo di rimedi a legittimazione diffusa «la vetta ideale della lotta per il diritto» in cui si scorge «la collaborazione del singolo nella realizzazione dell'idea del diritto nell'interesse della comunità»[62]; di recente tale prospettiva è stata intelligentemente ripresa in alcuni lavori romanistici[63] dedicati alla rilevanza (per così dire) "costituzionale" dell'iniziativa processuale del *civis* a tutela di beni di rilevanza pubblicistica, in consonanza peraltro con la paralle-

[60] J.L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, cit., 235; analogamente M. CRAWFORD, J. GONZALES, *The lex Irnitana*, cit., 237.

[61] Di esportazione del modello cittadino come strategia per l'integrazione culturale e giuridica parla F. LAMBERTI, *«*Civitas romana*» e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato*, cit., 228, con riferimenti bibliografici.

[62] R. JHERING, *La lotta per il diritto*, ora in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989, 71 ss., spec. 130-131. Cfr. anche ID., *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1871, nella traduzione in francese autorizzata dall'autore del prof. Meulenaere, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Ainè, 1877 (rist. Bologna, 1969), 211 ss.

[63] In questa prospettiva A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, cit., e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il civis e le acque*, in *Index*, 2011, 39, 236 ss.

la rivalutazione, nel dibattito pubblico degli ultimi anni, dell'attivismo civico come meccanismo di efficiente tutela dei beni sottratti alla logica proprietaria tanto privata quanto statale[64].

[64] Un espresso riferimento alla categoria romana delle *actiones populares* in S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, spec. 221 ss., che dunque si pone come ponte ideale tra il problema della ricostruzione storica e il dibattito contemporaneo sulla cittadinanza attiva su cui *supra* nt. 5.

LA CITTADINANZA ATTIVA NELLA COSTITUZIONE

Gregorio Arena

SOMMARIO: *1. La cittadinanza come appartenenza e come partecipazione. - 2. Le forme della partecipazione. - 3. La cittadinanza attiva e il principio di sussidiarietà. - 4. La cittadinanza attiva e la democrazia.*

1. La cittadinanza come appartenenza e come partecipazione

Nella Costituzione non c'è la nozione di cittadinanza attiva, in quanto tale. Ma ci sono i cittadini, i loro diritti, doveri e libertà. E da questi elementi, riletti alla luce dell'esperienza di questi ultimi decenni, si può ricostruire una nozione di cittadinanza che è nuova in sé, ma è anche assolutamente coerente con l'idea di cittadinanza che avevano i Costituenti. Anzi, ne costituisce il logico sviluppo e inveramento.

Seguendo la lezione di Pietro Costa, definiamo *cittadinanza* il «rapporto politico fondamentale, il rapporto fra l'individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce», nonché le articolazioni di tale rapporto: «le aspettative e le pretese, i diritti ed i doveri, le modalità di appartenenza e i criteri di differenziazione, le strategie di inclusione e di esclusione»[1].

Quando parliamo della *cittadinanza*, parliamo dunque in realtà del modo con cui una determinata società ha impostato e risolto il problema fondamentale del rapporto fra l'individuo e l'ordine politico-giuridico, perché «ogni forma di Stato, ogni ordinamento giuridico concreto, definisce una sua specifica forma della cittadinanza»[2].

Le due «accezioni fondamentali che si pongono alla base della riflessione sulla cittadinanza sono da un lato la cittadinanza come "ap-

[1] P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, 3.

[2] G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, 2011, 2, 426.

partenenza", dall'altro la cittadinanza come "partecipazione". La nozione di cittadinanza come "appartenenza" nasce con forti ambizioni identitarie: si è cittadini solo se si appartiene ad una collettività organizzata entro cui ci si riconosce per tradizione e cultura. Ciò che qualifica questo modello di cittadinanza è l'inclusione entro un gruppo che si distingue da altri gruppi. L'appartenenza fa del singolo la parte di un tutto e lo sottopone ad un'autorità superiore di natura collettiva. I diritti di cittadinanza non possono mai essere disgiunti dai doveri che il singolo ha nei confronti del gruppo cui appartiene»[3].

È lo schema su cui si fonda l'art. 2 della Costituzione: la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, ma al tempo stesso pretende l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

Tuttavia accanto a questa accezione di cittadinanza, anzi prima di questa accezione, si è sviluppata nel corso della storia un'altra nozione, quella di cittadinanza come "partecipazione", che individua «il *proprium* del concetto nella partecipazione del singolo individuo all'attività della *res publica*. La stessa "appartenenza" è subordinata alla "partecipazione", non potendo configurarsi un cittadino "passivo", non partecipe "attivamente" alla costruzione della *civitas*. Una cittadinanza questa che si pone a fondamento non solo della politica, ma del concetto stesso di Costituzione… la cittadinanza diventa una cittadinanza costituzionale, legata cioè ai valori che un ordinamento politico pone a proprio fondamento di legittimazione e che si affermano come limiti dei poteri costituiti. Chiunque partecipi di questo progetto è cittadino» perché «in questa prospettiva non conta tanto la nazionalità quanto l'effettiva partecipazione ad una comunità politica»[4].

È lo schema dell'art. 3 della Costituzione, in particolare del secondo comma, il cui obiettivo è al tempo stesso il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione di tutti alla vita pubblica. E infatti «l'idea della cittadinanza come partecipazione sostiene l'intero impianto della nostra Costituzione»[5].

[3] G. AZZARITI, *Ibidem*, 427.

[4] G. AZZARITI, *Ibidem*, 431.

[5] G. AZZARITI, *Ibidem*, 434.

2. Le forme della partecipazione

Ma a quale partecipazione fa riferimento la Costituzione? Esplicitamente, la Costituzione fa riferimento alla partecipazione prevista dall'art. 48 (diritto di voto) e soprattutto dall'art. 49: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

Questa è la partecipazione che dà vita alla democrazia rappresentativa, in cui le due principali modalità per rapportarsi con le istituzioni sono da un lato l'esercizio del diritto di voto, riconosciuto peraltro solo ai cittadini, dall'altro la militanza politica, esercitata partecipando alla vita dei partiti.

In entrambi i casi il rapporto con le istituzioni è mediato. Nel caso dei cittadini-elettori, la mediazione si realizza con la delega di sovranità dai rappresentati ai rappresentanti. Nel caso dei cittadini-militanti, la mediazione passa attraverso le strutture del partito, che decidono chi dovrà portare nelle istituzioni il punto di vista e gli interessi di cui il partito è portatore.

Certamente, oltre a queste due forme di rapporto mediato con le istituzioni vi è anche una forma di rapporto diretto, rappresentata dal *referendum*. Peraltro fino a poco tempo fa sembrava che da un lato un uso distorto di questo istituto di democrazia diretta, dall'altro il mancato rispetto da parte della classe politica della volontà popolare espressa in passato in alcuni *referendum*, avessero notevolmente indebolito il ruolo del *referendum* come strumento di partecipazione alla vita pubblica. La massiccia partecipazione popolare ai *referendum* tenutisi nel giugno del 2011 ha invece in qualche modo rivitalizzato tale istituto, dimostrando che gli elettori si mobilitano se i temi sono percepiti come vitali e i quesiti sono comprensibili.

Ma da alcuni anni siamo in presenza di una forte crisi della democrazia rappresentativa e dei partiti politici, che di questa forma di democrazia sono soggetti indispensabili.

I partiti sono diventati sempre più apparati elettorali e sempre meno luoghi di formazione di classe dirigente e di progetti collettivi, con *leaderships* fortemente personalizzate. Aumenta ogni giorno il distacco se non addirittura il disprezzo verso le istituzioni, quasi tutte ac-

comunate dai cittadini in un giudizio negativo, considerate corrotte ed inefficienti. In generale, dal punto di vista dei valori della democrazia, della tolleranza, del rispetto dei diritti delle minoranze, dell'antisemitismo, la situazione in Italia e in Europa è molto preoccupante.

Alla crisi della democrazia rappresentativa è possibile dare due risposte profondamente diverse l'una dall'altra. Una è il populismo, l'appello diretto all'investitura popolare, senza mediazioni, senza contrappesi e controlli. In questa concezione la democrazia rappresentativa è intesa come delega della propria sovranità da parte di un Popolo (inteso come entità indifferenziata, senza conflitti, senza interessi contrapposti al proprio interno) ad un Capo.

L'altra risposta è quella della cittadinanza attiva, cioè lo sviluppo di forme non di sostituzione, bensì di integrazione e arricchimento della democrazia rappresentativa, per rafforzarla e renderla più adatta a sostenere le spinte che arrivano dai grandi cambiamenti in corso in questi ultimi anni.

In sostanza la cittadinanza attiva è una modalità di esplicazione della cittadinanza, sia nella sfera della politica sia dell'amministrazione, in cui i cittadini non delegano, ma partecipano alla vita pubblica e agiscono in prima persona, attraverso la democrazia partecipativa e la sussidiarietà.

Queste nuove forme della democrazia sono fondate sull'art. 3, comma 2 («[…] il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese») e sull'art. 118, ultimo comma.

La definizione più precisa ed esauriente del concetto stesso di partecipazione ci sembra essere quella coniata da Umberto Allegretti: «La partecipazione è un relazionamento della società con le istituzioni, tale da porsi come un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle istituzioni»[6].

Questa definizione si applica senza alcun dubbio alla democrazia partecipativa e deliberativa che consente a soggetti che in vari modi

[6] U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 3, 156.

partecipano alla vita della comunità un rapporto diretto e immediato con le istituzioni, in prima persona, senza deleghe.

Questi soggetti vengono definiti complessivamente cittadini attivi per distinguerli sia dai cittadini-elettori, sia dai cittadini-militanti di partito. Ma va sottolineato che questi soggetti possono anche non essere cittadini nel senso formale del termine. Possono infatti partecipare ai processi decisionali pubblici, dando vita ad esperienze di democrazia partecipativa e deliberativa, anche cittadini di altri Stati che risiedono e lavorano nel nostro Paese, purché abbiano un legame stabile con il territorio.

Sono poi espressione di cittadinanza attiva anche i molteplici comitati, gruppi spontanei di cittadini, associazioni che si mobilitano intorno ad un tema che riguarda direttamente le comunità di riferimento.

Spesso si tratta di iniziative dirette a contrastare decisioni delle amministrazioni centrali o locali non condivise da questi cittadini. Ma, anche se dal punto di vista dei politici eletti e degli amministratori pubblici questo tipo di partecipazione può essere problematico in quanto causa di conflitti fra principio della rappresentanza e principio della partecipazione, tuttavia non c'è dubbio che essa configuri un modo attivo di essere cittadini, che non si limita alla mera delega attraverso il voto e che realizza appunto «[…] l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

3. La cittadinanza attiva e il principio di sussidiarietà

L'art. 118, ultimo comma dispone che «Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Ora, c'è in Italia una scuola di pensiero che tende a dare della sussidiarietà un'interpretazione per così dire "in negativo", secondo una visione che, fondandosi su una concezione antagonistica del rapporto fra Stato e società, oppone libertà individuale ed intervento pubblico,

attribuendo alla sussidiarietà una funzione di delimitazione dell'intervento statale e di difesa da questo.

Ne deriva un'interpretazione secondo la quale la sussidiarietà, «nella sua accezione piena», corrisponde «[…] alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico»[7].

Questo modo di intendere il principio di sussidiarietà ha radici antiche, ma proprio per questo ha anche il difetto di rimanere totalmente all'interno del vecchio paradigma bipolare, rendendo così impossibile il pieno dispiegarsi degli effetti innovativi di tale principio sui rapporti fra cittadini e pubblici poteri e, più in generale, sul nostro sistema istituzionale.

Affinché tali effetti possano realizzarsi è invece indispensabile porsi di fronte alla sussidiarietà in una prospettiva che tenga conto della «portata dirompente» di tale principio, «equiparabile a quella della separazione dei poteri», tale da farne «un'idea forte del costituzionalismo contemporaneo»[8].

In una prospettiva cioè che anziché interpretare tale principio alla luce del vecchio paradigma fondi sulla sussidiarietà il nuovo paradigma per un Diritto amministrativo pluralista, paritario e relazionale, invece che bipolare, gerarchico e conflittuale.

Una volta individuato in base al principio di sussidiarietà verticale il livello istituzionale più appropriato per l'attribuzione di determinate responsabilità, il principio cessa di operare nella sua accezione "verticale" ed inizia ad operare nella sua accezione "orizzontale". La direzione del rapporto cambia realmente, oltre che metaforicamente: anziché un passaggio di responsabilità pubbliche a cascata da un livello istituzionale all'altro, con conseguente astensione del livello superiore rispetto a quello inferiore, si ha un convergere sullo stesso piano di soggetti pubblici e privati per l'assolvimento congiunto delle responsabilità attribuite a quei soggetti pubblici.

---

[7] P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, 345.

[8] A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609.

Questi ultimi dunque non si astengono, non si ritraggono dall'assolvimento delle responsabilità loro attribuite per lasciare che se ne facciano carico i cittadini, bensì le assolvono *insieme con* (anziché *per conto dei*) cittadini. In questo senso (ma solo in questo senso) si può dire che c'è un "limitarsi" dei soggetti pubblici, non da intendere però come un "non fare" o "lasciar fare ad altri", bensì piuttosto come un "fare insieme" anziché "fare da soli".

Il convergere di soggetti pubblici e cittadini attivi sulla base della sussidiarietà per il perseguimento congiunto dell'"interesse generale" crea un'alleanza il cui vero, fondamentale obiettivo è la realizzazione del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Costituzione), cioè la creazione delle condizioni per il pieno sviluppo della persona umana e la salvaguardia della sua dignità.

Un obiettivo al cui perseguimento i soggetti pubblici non possono sottrarsi, perché questa è la missione che la Costituzione assegna loro. Un obiettivo, inoltre, che anziché il "ritrarsi" dei soggetti pubblici richiede al contrario l'utilizzazione di tutte le risorse disponibili, pubbliche e private, nella consapevolezza che la complessità delle società moderne è tale per cui né le amministrazioni pubbliche, né tantomeno i cittadini possono pensare di risolverne da soli i problemi.

Alla sussidiarietà intesa come principio che comporta un "astenersi" dei soggetti pubblici dallo svolgimento dei compiti loro attribuiti, si contrappone dunque una concezione della sussidiarietà intesa invece come principio che, attivando i cittadini, comporta una condivisione di risorse pubbliche e private nella cura dei beni comuni.

La sussidiarietà infatti dà vita al modello dell'amministrazione condivisa, in cui cittadini e amministrazioni, insieme, risolvono problemi della comunità prendendosi cura dei beni comuni. Questo è l'elemento fondamentale che differenzia la democrazia partecipativa e deliberativa dall'amministrazione condivisa fondata sulla sussidiarietà: nella democrazia partecipativa e deliberativa i cittadini sono attivi in quanto partecipano ai processi decisionali pubblici, mentre nell'amministrazione condivisa il loro essere attivi si manifesta nella ricerca di soluzioni concrete, insieme con l'amministrazione pubblica, ai problemi della comunità.

I cittadini attivi che applicano la sussidiarietà sono persone che in un determinato momento della propria vita decidono, da soli o con altri, di assumersi autonomamente la responsabilità di curare un determinato bene comune presente sul territorio in cui vivono, traendone un vantaggio materiale più o meno significativo in termini di miglioramento della qualità della vita propria e altrui, ma senza alcuna remunerazione della propria attività da parte della pubblica amministrazione. Si tratta sotto questo profilo di una cittadinanza attiva di comunità, perché rivolta alla cura dei beni della comunità ed alla produzione di capitale sociale, che è uno dei fattori principali per lo sviluppo (anche sul piano economico) di una comunità.

Chiunque può essere un cittadino attivo, non c'è bisogno di particolari competenze né è necessario assumere impegni che durano nel tempo, anzi spesso l'intervento dei cittadini attivi è *one shot*, si risolve cioè in una volta sola (ciò che peraltro, sotto un altro profilo, è uno dei limiti di questa forma di cittadinanza attiva).

Il loro intervento ha come oggetto non tanto le persone quanto i beni comuni, cioè quei beni materiali e immateriali il cui arricchimento arricchisce tutti ed il cui impoverimento impoverisce tutti: ambiente, territorio, acqua, aria, istruzione, salute, legalità, memoria collettiva, beni culturali e così via.

Sotto questo profilo la cura condivisa dei beni comuni, anche se comporta dei vantaggi per i cittadini attivi in quanto migliora la qualità delle loro vite, costituisce una manifestazione di solidarietà, perché i beni sono importanti non in sé, ma per ciò che consentono alle persone di fare o, meglio, di essere. In altri termini, dietro i beni comuni ci sono le persone.

Infine, anche gli stranieri possono essere "cittadini attivi" prendendosi cura dei beni comuni del territorio in cui sono stabilmente insediati, esattamente come possono partecipare ad esperienze di democrazia partecipativa e deliberativa. La partecipazione alla vita pubblica che si realizza attraverso la cittadinanza attiva e la democrazia partecipativa riguarda tutti, cittadini e stranieri, a differenza di quanto accade nel caso della democrazia rappresentativa.

4. La cittadinanza attiva e la democrazia

L'introduzione in Costituzione del principio di sussidiarietà in fondo non ha fatto altro che riconoscere e legittimare il ribaltamento di prospettiva introdotto ormai da tempo dal volontariato affiancando allo schema tradizionale "domanda dei cittadini - risposta delle istituzioni" lo schema "domanda dei cittadini - risposta dei cittadini".

Quando i cittadini attivi si prendono cura dei beni comuni dimostrano con i fatti non soltanto che si possono avere risposte anche senza chiedere allo Stato, ma che le risposte che si danno insieme soddisfano sia le esigenze degli altri, sia le proprie. Infine, dimostrano che dando risposte insieme con gli altri si cresce, si sviluppano le proprie "capacitazioni", ciò che non accade quando la risposta la fornisce lo Stato, né quando la risposta si ottiene privatamente, pagando.

In questo senso si può dire anche che la cittadinanza attiva produce innovazione istituzionale e amministrativa, perché spesso le risposte solidali, essendo il risultato della collaborazione fra diversi soggetti, danno vita a soluzioni diverse da quelle tradizionali. L'innovazione risulta in questo come in altri casi dalla combinazione inedita di fattori noti, cioè delle risorse di cui sono portatori i cittadini con quelle della pubblica amministrazione, grazie alla sussidiarietà.

Il superamento della logica della delega nel dare risposte ai bisogni dei cittadini attraverso l'applicazione della sussidiarietà rende più chiaro il motivo per cui c'è un rapporto molto stretto fra le due manifestazioni della cittadinanza attiva, cioè da un lato la democrazia partecipativa e deliberativa, dall'altro la sussidiarietà. Se infatti si impara a dare risposte autonomamente e insieme con gli altri, si acquista fiducia in sé stessi e non si è più disposti a delegare totalmente alle istituzioni.

In conclusione, siamo passati dalla cittadinanza come appartenenza (allo Stato) alla cittadinanza come partecipazione attraverso il voto, i partiti (cioè la democrazia rappresentativa) alla cittadinanza attiva, nelle duplici manifestazioni di partecipazione ai processi decisionali pubblici (democrazia partecipativa e deliberativa) e partecipazione alla cura dei beni della comunità (sussidiarietà). La cittadinanza attiva affianca, non sostituisce, la cittadinanza che si esprime attraverso la democrazia rappresentativa.

In questo senso è una risorsa per la democrazia, in generale, senza aggettivi, perché dimostrando con i fatti come siano possibili nuove forme di cittadinanza e quindi di partecipazione attiva, responsabile e solidale alla vita pubblica, integra e completa le tradizionali forme di partecipazione fondate sulla democrazia rappresentativa.

CITTADINO DIGITALE E ANONIMATO IN RETE

Nicola Lugaresi

SOMMARIO: *1. Introduzione: l'anonimato in Rete, e alcune domande. - 2. Anonimato, buono o cattivo? - 3. L'anonimato in Rete, tra gradi e livelli. - 4. L'anonimato in Rete, tra tecnologia e diritto. - 5. Anonimato in Rete: perché proteggerlo e come. - 6. Anonimato, abusi e applicazione della legge. - 7. Anonimato responsabile, tra educazione e reputazione (e paura dell'ignoto). - 8. Conclusioni.*

1. Introduzione: l'anonimato in Rete, e alcune domande

L'anonimato è una delle caratteristiche "storiche" della Rete[1]. Una delle più famose vignette del *New Yorker* rappresenta un cane, davanti ad uno schermo, che dice ad un altro cane: «On the Internet, nobody knows you're a dog»[2].

In effetti, la situazione non era allora, e tanto meno è adesso[3], così semplice, considerata la stessa architettura del *web*[4]. Una cosa è la sensazione di essere anonimi, cosa ben diversa è godere di un reale anonimato. Sia lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, che molti soggetti privati normalmente sanno, o possono facilmente sapere, chi c'è dall'altra parte dello schermo. Sulle dinamiche relative al rapporto tra cittadino e Stato e tra consumatore e operatori economici si gioca la più

* *Si ringrazia il Garante per la Protezione dei Dati Personali per avere consentito l'accesso alla sua biblioteca, particolarmente aggiornata e fornita, nella quale ho potuto consultare testi altrimenti di difficile reperimento.*

[1] Cfr. L. LESSIG, *Code version 2.0*, New York, 2006, 45; E. CAVAZOS, G. MORIN, *Cyberspace and the law*, Cambridge, 1994, 14.

[2] La vignetta, di Peter Steiner, fu pubblicata sul *New Yorker* il 5 luglio 1993.

[3] Una successiva vignetta circolante in Rete riprende la vignetta originale di Steiner e ne ingrandisce la parte relativa allo schermo, sul quale sono riportate precise informazioni, anche sensibili, sul cane davanti al computer.

[4] Cfr. L. LESSIG, *op. cit.*, 45.

ampia battaglia riguardante la tutela della riservatezza in Rete[5], con la consueta contrapposizione tra libertà e controllo[6].

L'anonimato[7] consente una maggiore libertà di espressione, di critica e di informazione[8], sia *offline* che *online*[9], ma d'altra parte può favorire un abuso di tali libertà[10]. L'anonimato permette peraltro non solo di "dire" o "fare" qualcosa più liberamente, ma anche di "esistere", in Rete, più liberamente, eventualmente assumendo diverse personalità, e limitando le costrizioni sociali cui siamo soggetti quando ci esponiamo con la nostra faccia. In assenza di illeciti, lo Stato non dovrebbe avere ragione o interesse ad intervenire.

Parlare di anonimato significa inoltre riprodurre, tra le altre, la contrapposizione tra riservatezza del singolo, inteso come cittadino, ma anche come consumatore, ed interessi economici dei soggetti imprendi-

---

[5] Sulla riservatezza nell'era di Internet, e sui motivi (e i modi) per tutelarla, v. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2002, 49 ss.; R. SPINELLO, *Regulating Cyberspace. The policies and technologies of control*, Westport-London, 2002, 109 ss.; J. ZITTRAIN, *The future of the Internet and how to stop it*, New Haven-London, 2008, 200 ss.; sul rapporto tra democrazia, cittadinanza e profilazione, v. M. HILDEBRANDT, *Profiling and the identity of the European citizen*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European citizen*, New York, 2008, 303 ss.; sul rapporto tra riservatezza ed anonimato, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 145 ss.

[6] Sui rapporti tra *cyberspace* e controllo, cfr. C. REED, *Making laws for cyberspace*, Oxford, 2012, 11 ss.

[7] Sul rapporto tra anonimato in Rete e libertà di espressione, cfr. S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, in S. MERLINI (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Firenze, 2011, 98 ss.

[8] Cfr. N.W. PALMIERI, *Sicurezza o libertà. Introduzione al diritto di Internet*, Bologna, 2004, 5 ss.

[9] Sul rapporto tra libertà di espressione e Rete, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 126 ss.; D. SOLOVE, *The future of reputation. Gossip, rumor and privacy on the Internet*, New Haven-London, 2007, 125 ss.; R. SPINELLO, *op. cit.*, 109 ss.; G. CASSANO, A. CONTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009, 330 ss.; J.H. LIPSCHULTZ, *Free expression in the age of the Internet. Social and legal boundaries*, Boulder, 2000, 9 ss.

[10] Cfr. M. VIGGIANO, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, 2010, 130 ss.

toriali[11]. I dati personali degli individui, specie se aggregati, diventano un patrimonio rilevante per le imprese, che si può ottenere in Internet velocemente e con facilità[12]. La riservatezza del singolo, protetto dall'anonimato, può inoltre configgere con posizioni giuridiche soggettive di altri, se ed in quanto dell'anonimato si abusi, ad esempio, per colpire l'altrui reputazione.

Per comprendere il dibattito, particolarmente acceso anche a livello nazionale[13], occorre porsi alcune domande. Di cosa parliamo, quando parliamo di anonimato in Rete? Quali sono i "livelli" ed i "gradi" di anonimato possibili? È possibile (giuridicamente e tecnicamente), e fino a che punto, tutelare il proprio anonimato? Quali sono gli interessi coinvolti? E quindi la domanda forse più difficile: si può, e come, coniugare anonimato e responsabilità, per evitare un deterioramento progressivo della Rete intesa come ambiente sociale?

C'è infine un'ulteriore domanda, che può sembrare vaga, semplice ed ingenua, ma che condiziona di fatto l'approccio generale, anche istintivo, a molte delle questioni che ci porremo: l'anonimato (in Rete, ma non solo) è buono o cattivo? Partiremo da questa.

2. Anonimato, buono o cattivo?

L'anonimato è buono o cattivo? In altre parole, è un valore o un pericolo? La soluzione al quesito non può che essere articolata, in relazione alle diverse fattispecie[14]. Ma al di là di questo, le due risposte estreme, antitetiche e "immediate", di pancia, a questa domanda apparentemente ingenua risentono della nostra scala di valori, tra aspirazioni

[11] G. FIORIGLIO, *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, Bologna, 2008, 78 ss.

[12] Cfr. G. PASCUZZI, *op. cit.*, 52 ss.

[13] Si fa riferimento, tra gli altri, ai casi del giornalista Enrico Mentana (che lascia Twitter, auspicando la fine dell'anonimato in quella sede) e della Presidente della Camera Laura Boldrini (che auspica nuove forme di controllo sulla Rete), in relazione ad attacchi anonimi ricevuti.

[14] Sulle opposte concezioni, positiva e negativa, dell'anonimato, v. E. PELINO, *La nozione di anonimo*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2008, 54 ss.

alla libertà personale ed esigenze di controllo e sicurezza sociale[15]. L'anonimato è buono, è un valore che consente di esprimere liberamente la propria personalità e le proprie idee, al di fuori di ruoli e costrizioni sociali, è un possibile strumento di crescita dell'individuo e della società[16]. L'anonimato è cattivo, è un pericolo che porta all'irresponsabilità diffusa ed alla commissione di reati, un ostacolo all'applicazione delle norme (giuridiche, ma anche sociali) e ad un imbarbarimento dei comportamenti dei cittadini, con conseguenze negative per la società.

In Rete, tutto avviene amplificato. Possiamo godere di una maggiore libertà[17], nel bene e nel male; possiamo raggiungere una moltitudine di persone, coniugando esibizionismo e voyeurismo[18]; possiamo assumere una personalità diversa da quella "abituale" (non anonima); possiamo anche provocare molti danni, coperti da un anonimato che pure è meno effettivo di quanto spesso riteniamo.

Il nostro ordinamento già conosce più di un esempio[19] in cui l'anonimato, *offline*[20], è un valore da proteggere[21]. Si pensi poi alla rile-

[15] Sul rapporto tra anonimato, *privacy* e sicurezza, v. G. NACCI, *Sicurezza informatica e gestione del rischio*, in A. MAGGIPINTO, M. IASELLI (a cura di), *Sicurezza e anonimato in Rete. Profili giuridici e tecnologici della navigazione anonima*, Milano, 2005, 69 ss.; J. ROSENOER, *Cyberlaw. The law of the Internet*, New York, 1997, 139 ss.

[16] Cfr. G. FINOCCHIARO, *Conclusioni*, in ID. (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 414.

[17] Sul rapporto tra libertà e responsabilità in rete, cfr. N.W. PALMIERI, *op. cit.*, 249 ss.

[18] Su questi aspetti, in relazione al mutamento del concetto di *privacy* e della sua percezione, cfr. F. LANE, *American privacy. The 400-year history of our most contested right*, Boston, 2009, 229 ss.

[19] Si pensi al diritto all'anonimato del tossicodipendente (art. 106, comma 2, e art. 120, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) e degli studenti a rischio di tossicodipendenza (art. 326, comma 18, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297); della madre di figlio naturale (art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396); dell'autore di opere intellettuali (art. 8, l. 22 aprile 1941, n. 633); dei donatori di organi e tessuti, diritto esteso ai riceventi (art. 18, comma 2, l. 1 aprile 1999, n. 91) e di midollo osseo (art. 90, comma 3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

[20] S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, *Internet e la legge*, Milano, 2001, 69 ss.

[21] Sulle diverse fattispecie normative nelle quali l'anonimato è un elemento da tutelare, cfr. i contributi di E. MORELATO, A. AVITABILE, B. CUNEGATTI nel capitolo *L'ano-*

vanza dell'anonimato in ambito giornalistico e in ambito giudiziario[22]. Gli interessi coinvolti sono sostanzialmente differenti, ma in tutti questi casi l'anonimato, al di là della sua definizione come diritto o meno, è suscettibile di tutela[23].

Altre volte l'anonimato assume un ruolo più immediatamente strumentale, sia per interessi privati (la tutela della riservatezza, nelle sue diverse espressioni) che per interessi pubblici[24]: si pensi alle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici o ai concorsi pubblici o agli esami di abilitazione per l'iscrizione a ordini professionali, ma anche a fattispecie legate alla normativa tributaria[25].

Non a caso, inoltre, i cittadini esprimono la propria volontà politica attraverso il voto, in modo anonimo. E questo può avvenire, per determinate deliberazioni, anche per i rappresentanti dei cittadini. L'anonimato è protetto, almeno formalmente (a volte solo formalmente), in modo rigoroso.

Si pensi infine, per un esempio "accademico", alla valutazione della didattica espressa dagli studenti nei confronti dell'operato, ma anche della correttezza e della serietà, dei docenti. Il questionario è anonimo perché gli studenti/utenti possano esercitare pienamente il loro diritto di critica, attraverso valutazioni e osservazioni.

In riferimento all'anonimato digitale dei cittadini, una risposta più meditata alla domanda originaria (l'anonimato è "buono" o "cattivo"?) presupporrà una serie di distinzioni e ragionamenti su diritti e

nimato come diritto dell'individuo, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 133 ss.

[22] Art. 734-*bis*, c.p.; art. 13, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448; art. 13, comma 5, l. 23 febbraio 1999, n. 44; art. 52, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

[23] Cfr. G. FINOCCHIARO, *Conclusioni*, cit., 411 ss.

[24] Sul ruolo e sulla tutela dell'anonimato in ambito amministrativo, cfr. A. AVITABILE, *Anonimato come principio*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 263 ss.; T. BONETTI, *La tutela amministrativa*, *ivi*, 392 ss.

[25] Art. 13, comma 3, d.l. 25 settembre 2001, n. 350 (conv. in legge 23 novembre 2001, n. 409).

libertà individuali da un lato e su esigenze ed aspettative di controllo e sicurezza sociale dall'altro[26].

3. L'anonimato in Rete, tra gradi e livelli

Ma di cosa parliamo, quando parliamo di anonimato[27] (o di soppressione dello stesso) in Rete[28]? In effetti, si può far riferimento a fenomeni diversi[29], in particolare in relazione al "livello" ed al "grado".

In relazione al livello occorre distinguere l'anonimato relativo all'accesso alla Rete[30] dall'anonimato relativo alla navigazione ed all'inserimento di contenuti.

Per quanto riguarda l'accesso, nel momento in cui entriamo in Rete tramite un fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico (o *Internet Service Provider* - *ISP*), non c'è anonimato (del «contraente», almeno, che potrebbe non coincidere con

[26] Su questi aspetti, cfr. Commissione Europea, Raccomandazione Gruppo di lavoro per la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, Anonimato su Internet - 3 dicembre 1997 (XV D /5022/97 def., WP6), Conclusioni.

[27] Sul concetto di anonimato, v. A. CANDIAN, *Anonimato (diritto all')*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 499 ss.; E. PELINO, *op. cit.*, 31 ss.; T. DUMSDAY, *Anonymity and Privacy: Conceptual Links and Normative Implications*, in D. MATHESON (a cura di), *Contours of privacy*, Newcastle Upon Tyne, 2009, 71 ss.; S. MASCETTI, A. MONREALE, A. RICCI, A. GERINO, *Anonymity: A Comparison Between the Legal and Computer Science Perspectives*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT, Y. POULLET (a cura di), *European Data Protection: Coming of Age*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2012, 85 ss.

[28] Sul concetto di anonimato in Internet, e sulle relative problematiche, cfr. D. SOLOVE, *op. cit.*, 146 ss.; S. LEVMORE, *The Internet's Anonymity Problem*, in S. LEVMORE, M.C. NUSSBAUM (a cura di), *The Offensive Internet*, Cambridge-London, 2012, 50 ss.

[29] P. COSTANZO, *Profili costituzionali di Internet*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2003, 76 ss.; G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 52 ss.

[30] Sulla navigazione anonima, i suoi motivi ed i suoi limiti, v. M. IASELLI, *Navigazione anonima in Rete*, in A. MAGGIPINTO, M. IASELLI (a cura di), *Sicurezza e anonimato in Rete*, cit., 9 ss.

l'«utente»)[31]. Dobbiamo fornire i nostri dati personali, e la nostra attività in Rete è registrata. Che accediamo attraverso un indirizzo *IP* statico o dinamico non muta la situazione[32], e le pubbliche autorità potranno ottenere, qualora ne sussistano i presupposti, i dati che sono stati memorizzati[33]. L'anonimato non sussiste nemmeno nel caso si acceda attraverso strumenti messi a disposizione dal datore di lavoro, anche se in questo caso si aprono ulteriori specifiche problematiche[34].

La situazione è più complessa per quanto concerne reti civiche, in quanto vi possono essere più soluzioni, che vanno, almeno teoricamente, da un accesso "libero" (e quindi anonimo), ad un accesso per il quale è necessario un accreditamento preventivo generale (e quindi non anonimo), a soluzioni intermedie (in cui l'accesso è stato consentito, ad esempio, mediante un codice spedito al cellulare del richiedente, volta per volta: si ha pertanto una tracciabilità mediata). Per quanto riguarda Internet *point* o Internet *cafè*, il gestore potrebbe chiedere forme di identificazione diretta o mediata (e in tal caso non ci sarà anonimato) o potrebbe invece fornire l'accesso senza formalità (tranne eventualmente una *password* di connessione, valida per tutti gli utenti, e quindi non identificativa).

---

[31] Si utilizzano qui le definizioni proprie del d.lgs. n. 196/2003 (art. 4, comma 2, lett. f, g), per le quali «contraente» è chi ha stipulato il contratto con il fornitore del servizio di accesso, mentre «utente» è chi utilizza tale servizio.

[32] Sugli aspetti tecnici, v. M. REDOLFI, *Anonimato in Rete: note tecniche*, in A. MAGGIPINTO, M. IASELLI (a cura di), *Sicurezza e anonimato in Rete*, cit., 25 ss.

[33] Sul rapporto tra ISP e utenti, v. P. BALBONI, *Cenni giurisprudenziali e riflessioni sul quadro normativo italiano*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 321 ss.

[34] Sulla riservatezza del lavoratore e sulle possibilità di controllo da parte del datore di lavoro, in riferimento ad attività *online*, cfr. P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, con particolare riguardo, per quanto qui interessa, ai contributi di P. TULLINI (*Tecnologie informatiche in azienda: dalle linee-guida del Garante alle applicazioni concrete*, 123 ss.), M. AIMO (*La c.d.* cybersurveillance *sui luoghi di lavoro*, 135 ss.), N. LUGARESI (*Uso di Internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, 75 ss.); cfr. inoltre M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, 119 ss.

Nella vigenza dell'art. 7, comma 4, del d.l. n. 144/ 2005[35] (c.d. "decreto Pisanu"), vigeva di fatto un divieto di accesso anonimo alla Rete, essendo imposto a titolari e gestori di esercizi pubblici, circoli privati e punti di accesso *wi-fi* di identificare gli utenti, registrandone le generalità, e di memorizzare le attività compiute, archiviandone i dati[36]. L'abrogazione di tale norma[37], determinata dalla volontà di favorire un accesso non monitorato alla Rete come contributo allo sviluppo della stessa, è stata vista con sfavore da alcuni proprio per la minore possibilità di controllo. L'art. 10 del d.l. n. 69/2013 sembra avere, almeno per il momento, confermato la legittimità di un accesso anonimo alla Rete[38].

Cosa diversa dall'anonimato in sede di accesso è l'anonimato in navigazione (comprendendosi in questa locuzione anche l'anonimato dell'utente "creatore di contenuti"). L'utente della Rete non è infatti immediatamente "riconoscibile" dagli altri fornitori di servizi o dagli altri utenti, se non si identifica espressamente (e correttamente) davanti a loro. Una cosa quindi è l'identificabilità "di accesso", un'altra è l'identificabilità dell'utente, che può mancare (salvo ulteriori indagini) anche quando vi sia la prima.

A questo punto il problema si sposta su un diverso livello, che non riguarda l'accesso ad Internet, ma l'attività svolta in Rete, ed in particolare l'immissione di contenuti, in diversi "luoghi": siti personali, *blog*, *forum*, *social network*, nelle diverse loro possibili declinazioni. Più che la "piattaforma", ciò che potrà acquisire significato ai fini delle possibili responsabilità è, da un lato, la titolarità del "luogo" in cui si interagisce e, dall'altro, la modalità in cui ciò avviene, tra registrazione, monitoraggio e possibilità di intervento sui contenuti. Nel caso di inter-

[35] Il d.l. 27 luglio 2005, n. 144 (conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155) ha ad oggetto "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale".

[36] Sul decreto Pisanu, v. il contributo di A. BONFIGLIOLI nel capitolo *Anonimato: limiti e negazioni* in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 247 ss.

[37] L'abrogazione dell'art. 7, comma 4, del d.l. n. 144/2005 è stata disposta dall'art. 2, comma 19, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (conv. in l. 26 febbraio 2011, n. 10).

[38] L'art. 10, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98), nel testo vigente, prevede infatti che «l'offerta di accesso alla rete internet al pubblico tramite tecnologia WIFI non richiede l'identificazione personale degli utilizzatori».

venti in siti gestiti da altri (*blog*, forum tematici, quotidiani *online*, pagine di *social network*, e così via) il maggiore o minore livello di anonimato consentito dipende dalla politica del titolare di quello specifico sito[39]. È poi possibile che determinate piattaforme (come, ad esempio, *Facebook*) richiedano un'identificazione da parte di chi voglia usufruire della stessa, non consentendo, almeno in astratto, di iscriversi in modo anonimo o sotto pseudonimo[40].

Tutto questo determina diverse possibilità e, soprattutto, diversi livelli di responsabilità, secondo articolazioni al momento confuse, in assenza di una normativa chiara e in presenza di una giurisprudenza ondivaga, in particolare per quanto riguarda la responsabilità del gestore del sito[41] per contenuti introdotti da altri[42], indipendentemente dalla presenza o meno di filtri[43]. Se infatti sono ormai consolidate (anche se soggette ad interpretazioni diverse) le norme, sia a livello comunitario che nazionale, che escludono una responsabilità (ed un obbligo generalizzato di sorveglianza) per contenuti creati da altri in capo ai fornitori

[39] Il divieto di uso di pseudonimi da parte di Facebook è stato messo in discussione dal *Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (corrispondente, per lo *Schleswig-Holstein*, Stato federato della Germania, al nostro Garante per la protezione dei dati personali). La decisione in primo grado di un tribunale amministrativo di quello Stato ha dato però ragione a Facebook (v. http://www.techhive.com/article/2028296/facebook-can-keep-real-name-policy-german-court-rules.html).

[40] L'uso di pseudonimi è peraltro consigliato anche dal Garante per la protezione dei dati personali (v. www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1617879).

[41] Cfr. L. VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Dir. Inf. Info.*, 2011, 112 ss.

[42] Cfr. Trib. Varese, 8 aprile 2013 (in www.writersdream.org/); v, anche altro caso davanti al Tribunale di Roma (la sentenza non risulta ancora pubblicata: v. quindi: www.blogstudiolegalefinocchiaro.it/tag/cartellopoli/).

[43] In entrambi i casi sopra citati viene presupposta la riferibilità dei contenuti al titolare del blog, al di là della presenza o meno di filtri o di altri controlli.

professionali di servizi Internet[44], non è pacifico che tali norme di esenzione si applichino anche ai prestatori non professionali[45].

Nel caso di pagine create autonomamente, così come per commenti pubblicati in siti gestiti da altri, non c'è, al momento, un obbligo generalizzato di firmarsi, ma le cose potrebbero cambiare se diventasse legge una tra le proposte che giacciono in Parlamento mirate ad eliminare l'anonimato in Rete[46].

Ma al di là dei profili pubblicistici, la sopravvivenza dell'anonimato in Rete è al momento messa in discussione con maggiore efficacia da soggetti privati che chiedono all'utente, in cambio del "privilegio" di far parte di una comunità "globale", di presentarsi con il proprio nome e cognome. Si fa riferimento, sia pure con alcune differenze, a *social network* quali *Facebook*, *Google plus*, *LinkedIn*.

Le differenze tra le due fattispecie (divieto di anonimato normativamente imposto o contrattualmente accettato) sono evidenti. Nel primo caso è lo Stato a porre un obbligo per il quale la mia volontà non rileva, sulla base di un interesse pubblico superiore; nel secondo caso è un soggetto privato ad acquisire il mio consenso (che posso rifiutare, non accedendo al *social network*, o fingere di concedere, fornendo false generalità, esponendomi ad una futura cancellazione), sulla base di interessi privati convergenti. I *social network* mirano ad arrivare dove lo Stato ha, al momento (e con varie perplessità), scelto di non andare: la soppressione dell'anonimato in Rete. Il cittadino digitale, quale compo-

[44] Si fa riferimento alle norme di cui agli artt. 14-17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, di adeguamento alla direttiva 8 giugno 2000, n. 2000/31/CE ("Direttiva sul commercio elettronico") ed in particolare agli artt. 12-15 della stessa.

[45] L'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 70/2003 e l'art. 2, comma 1, lett. b) della direttiva n. 2000/31/CE definiscono in modo univoco come prestatore «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione».

[46] Si fa riferimento, ad esempio, alla proposta di legge n. 2195 della XVI legislatura che vuole introdurre un divieto generalizzato di immettere in Internet contenuti «in maniera anonima», o di agevolarne l'immissione (art. 2, comma 1): chi ne viola i divieti è considerato responsabile «sul piano civile, penale e amministrativo». Al di là delle possibili critiche alla formulazione del progetto di legge, è interessante notare come un insieme di norme il cui obiettivo fondamentale è quello di sopprimere l'anonimato in Rete siano raccolte sotto una rubrica che si riferisce alla «tutela della legalità», come se la legalità *online* dipendesse esclusivamente o principalmente da questo.

nente della comunità pubblica, ha quindi, al momento, una maggiore possibilità di anonimato rispetto all'utente Internet appartenente ad una comunità privata (per lo meno, a quelle comunità che richiedono un'identificazione).

L'aspetto interessante è dato dall'accettazione diffusa di questa limitazione della *privacy* individuale, che dipende dalla forte capacità di convincimento dei gestori di *social network*. Alcuni operatori commerciali sono riusciti, attraverso meccanismi di "incentivazione psicologica" fondati prevalentemente sulla stimolazione di un bisogno di socialità (con possibili risvolti narcisistici), prima ancora che sulla messa a disposizione di servizi, a mutare il bilanciamento che il singolo costruisce tra propria sfera pubblica e propria sfera privata[47]. In sostanza, l'anonimato è sacrificato, volontariamente, per una visibilità estremizzata, in funzione di accettazione sociale e di affermazione pubblica di sé. Affermazione pubblica del "sé privato", spesso.

A parte i livelli, vi possono poi essere più "gradi" di anonimato.

[47] Su questi aspetti, cfr. R. LEENES, Context is everything. *Sociality and privacy in online social network sites*, in M. BEZZI, P. DUQUENOY, S. FISCHER-HUBNER, M. HANSEN, G. ZHANG (a cura di), *Privacy and identity management for life*, Heidelberg-Berlin-New York, 2010, 48 ss.; G. RIVA, *I social network*, in M. DURANTE, U. PAGALLO (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritti delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 467 ss.; Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid surveillance. A conversation*, Cambridge-Malden, 2013, 21 ss.; M. BADIUL ISLAM, R. IANNELLA, *Privacy by design: does it matter for social networks?*, in J. CAMENISCH, B. CRISPO, S. FISCHER-HUBNER, R. LEENES, G. RUSSELLO (a cura di), *Privacy and identity management for life*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2012, 207 ss.; D. TROTTIER, *Social media as surveillance*, Farnham, 2012, 33 ss.; cfr. anche vari contributi in S. TREPTE, L. REINECKE (a cura di), *Privacy online. Perspective on privacy and self-disclosure in the social web*, Verlag-Berlin-Heidelberg, 2011, ed in particolare N. ELLISON, J. VITAK, C. STEINFIELD, R. GRAY, C. LAMPE, *Negotiating privacy concerns and social capital needs in a social media environment*, 19 ss.; A. JOHNSON, D. HOUGHTON, A. VASALON, B. MARDER, *Digital crowding: privacy, self-disclosure and technology*, 33 ss.; B. DEBATIN, *Ethics, privacy, and self-restraint in social networking*, 47 ss.; S. TREPTE, L. REINECKE, *The social web as a shelter for privacy and authentic living*, 61 ss.; Z. PAPACHARISSI, P. GIBSON, *Fifteen minutes of privacy: privacy, sociality, and publicity on social network sites*, 75 ss.; M. TADDICKEN, C. JERS, *The uses of privacy online: trading a loss of privacy for social web gratifications?*, 143 ss.

In primo luogo, l'anonimato può mancare, nel momento in cui io debba fornire preventivamente le mie generalità, sia che questo avvenga per scelta legislativa, sia che avvenga per scelta contrattuale. Il controllo, in questi casi, è massimo. Problema diverso riguarda le modalità dell'identificazione e la loro efficacia. Ci si può accontentare di una "auto-identificazione" non controllata (e quindi non particolarmente significativa), di un'identificazione della macchina (attraverso il *MAC address*, che identifica la scheda di rete), del contraente (attraverso l'indirizzo *IP*), di un'identificazione indiretta (attraverso il numero di cellulare oppure l'indirizzo email, con ovvie differenze in termini di effettività).

Contrapposto alla mancanza di anonimato sta l'anonimato assoluto, che presuppone un accesso libero, senza forme di identificazione, alla Rete, ai servizi, ai siti, ed alla possibilità di inserire contenuti. La libertà, in questi casi, è massima. Mi connetto tramite un sistema *wi-fi* che non richieda identificazione, navigo senza inserire dati personali, pubblico senza firmarmi, non accedo a siti nei quali mi sia precedentemente iscritto. Solo in questo caso, ma devo stare particolarmente attento, posso essere un cane.

Una forma intermedia è data dall'anonimato "protetto" (o "condizionato", o pseudonimato). In questi casi un soggetto, pubblico o privato, conosce le mie generalità, ma nei confronti degli altri utenti io opero sotto uno pseudonimo[48] (che solo il soggetto con cui ho negoziato il mio accesso può associare alle mie generalità) e subisco quindi un minore controllo (sociale, ma anche eventualmente giuridico) sui miei comportamenti rispetto alla prima ipotesi. In teoria, non dovrei preoccuparmi di quello che consulto e scrivo, di come interagisco con gli altri, di come mi comporto in Rete, fino a quando non violo la legge (o, e questo è un punto centrale, fino a quando qualcuno non sostenga che ho violato la legge). In quel momento, so che si potrà risalire a me, e questo dovrebbe funzionare da deterrente. Questo è ciò che già accade quando accedo alla Rete attraverso un *ISP*, sulla base di un rapporto contrattuale, al di là dell'individuazione di uno pseudonimo.

[48] Sul concetto di pseudonimo, v. G. PIAZZA, *Pseudonimo*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 893 ss.; A. RICCI, *Il diritto al nome*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 97 ss.

Forme di anonimato protetto possono avvenire anche in siti (ad esempio, *forum*) che chiedano una registrazione previa identificazione e che mi consentano poi di frequentare il sito sotto uno pseudonimo. Anche in questo caso problema diverso, pratico, è quello del grado di serietà dei meccanismi di identificazione.

Si possono poi rinvenire (*online* e *offline*) ulteriori forme di anonimato, qualitativamente diverse, che si intrecciano con quelle sopra viste. Ad esempio, un anonimato "collettivo", in cui più soggetti, sotto uno pseudonimo, scrivono e agiscono, senza una riferibilità individuale. O un anonimato di "Pulcinella", in cui un soggetto si firma con uno pseudonimo, un *nom de plume*, che, più o meno facilmente, può essere ricondotto al soggetto stesso. Ci possono essere più motivazioni, non necessariamente negative, dietro alla scelta di queste forme di anonimato. Si può ad esempio esprimere il desiderio di focalizzare l'attenzione degli altri sulle proprie idee invece che sulla propria persona[49]. D'altra parte, tali ipotesi non sono aggiuntive, ma sovrapposte, a quelle di cui si parlava prima, in termini di "gradi" di anonimato (assoluto o protetto, o anche assente), condividendone vantaggi, svantaggi e problematiche.

4. L'anonimato in Rete, tra tecnologia e diritto

Abrogato l'art. 7, comma 4, del d.l. n. 144/2005, è ora lecito connettersi ad Internet in modo anonimo, tramite un esercizio pubblico che decida di fornire un servizio di connessione *wi-fi* senza chiedere un'identificazione. Che poi l'anonimato sia in questo caso meno forte per ragioni legate alla "fisicità" delle modalità di connessione (riconoscibilità da parte di altri clienti; presenza di telecamere all'interno o all'esterno del locale) è un'altra questione, fattuale e incidentale.

Il decreto Pisanu era sorretto da motivazioni legate alla lotta al terrorismo, ma vi sono altre motivazioni, legate ad interessi economici o all'abuso di libertà di espressione e diritto di critica, che sono alla base di tentativi di restaurazione del divieto di anonimato in Rete. Al di

[49] Sulle ragioni che portano un autore a pubblicare in Rete in modo anonimo, cfr. B. CUNEGATTI, *L'autore anonimo su Internet*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 411 ss.

là di interventi dettati da ragioni contingenti o da interessi particolari, al di là di disegni e progetti di legge, a volte bizzarri, presentati sull'onda dell'emotività per fatti di cronaca determinati, ci sono norme vigenti, di carattere generale, che ci possono aiutare a valutare il rapporto tra Rete e anonimato?

Il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, "Codice dell'amministrazione digitale"[50], non affronta, in parte sorprendentemente, il tema nello specifico. Se da un lato è vero che nei rapporti con l'amministrazione il cittadino che chiederà servizi si presenterà identificandosi, è anche vero che un testo normativo che intende affrontare il rapporto tra Stato, altri enti pubblici e individui e che vuole favorire la presenza digitale della collettività, avrebbe potuto fissare qualche principio che evidenziasse l'approccio prescelto e potesse orientare le scelte future.

Si potrebbe obiettare che l'oggetto principale del Codice dell'amministrazione digitale è limitato, riguardando la gestione "burocratica" delle informazioni in modalità digitale (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 82/2005), e non si estende a problematiche concernenti il cittadino digitale nella sua completezza, la tutela di suoi diritti e libertà fondamentali ed il bilanciamento con esigenze di pubblica sicurezza. D'altro canto, il capo I ("Principi generali") del Codice, esaurite le definizioni, enuncia, nella sezione II ("Diritti dei cittadini e delle imprese") una serie di diritti che devono essere riconosciuti al cittadino, non solo a vantaggio dello stesso, ma anche della società nel suo complesso. Si pensi all'art. 9, che vuole favorire la partecipazione democratica elettronica e facilitare l'esercizio dei diritti civili e politici attraverso l'uso delle nuove tecnologie. In questo senso, l'uso anonimo di Internet, potendo contribuire al perseguimento di una più compiuta democrazia elettroni-

[50] Sul d.lgs. n. 82/2005, ed in particolare sugli articoli qui citati, cfr. S. FARO, *La democrazia elettronica*, in M. QUARANTA (a cura di), *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, Napoli, 2006, 103 ss.; B. PONTI, in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Rimini, 2005, 89 ss. e 114 ss.; M. MELICA, *L'alfabetizzazione informatica dei cittadini e la formazione informatica dei dipendenti pubblici*, in M. QUARANTA (a cura di), *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, cit., 263 ss.

ca[51], potrebbe essere oggetto di quell'opera di alfabetizzazione informatica dei cittadini prevista dallo stesso Codice (art. 8), anche per diffondere un anonimato cosciente e responsabile.

Ma c'è un altro "Codice" a cui possiamo fare riferimento per cercare norme specifiche o almeno riferimenti interpretativi. Si tratta del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, "Codice per la protezione dei dati personali"[52], peraltro richiamato espressamente dall'art. 2, comma 5, del d.lgs. n. 82/2005. L'anonimato è, dopo tutto, una componente eventuale del più ampio diritto alla *privacy*[53] e uno strumento per garantire l'effettività di una maggiore riservatezza[54].

---

[51] Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e* cyberspace*. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000, 214 ss., che evidenzia i rischi del «populismo informatico»; cfr. G. CASSANO, A. CONTALDO, *op. cit.*, 316 ss.

[52] Sul d.lgs. n. 196/2003, ed in particolare sugli articoli qui citati, v. i seguenti commentari: S. NIGER, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, F. BRAVO, J. MONDUCCI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati*, S. GORINI, S. NIGER, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, tutti in J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, 2004, rispettivamente 8 ss., 38 ss., 392 ss.; RI. IMPERIALI, RO. IMPERIALI, *Codice della privacy*, Milano, 2004, 50 ss., 114 ss., 550 ss., 565 ss., 598 ss.; i contributi di V. ITALIA, P. CECCOLI, T. CROCE, in V. ITALIA (a cura di), *Codice della privacy*, vol. I, Milano, 2004, rispettivamente 40 ss., 123 ss., 1526 ss.; R. D'ORAZIO, *Il principio di necessità nel trattamento di dati personali*, L. BOZZI, *Le regole generali per il trattamento dei dati*, S. MELCHIONNA, *La tutela dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni elettroniche*, tutti in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, rispettivamente 19 ss., 83 ss., 587 ss.; G. BUTTARELLI, *Profili generali del trattamento dei dati personali*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005, 77 ss.; R. ACCIAI, S. MELCHIONNA, *Le regole generali per il trattamento dei dati personali*, M. MASSIMI, *Il trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica*, in R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Rimini, 2004, rispettivamente 68 ss., 745 ss.; P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, 395 ss.

[53] Sul concetto composito di *privacy*, e sui suoi aspetti più intimi, v., tra gli altri, E.L. BEARDSLEY, *Privacy: Autonomy and Selective Disclosure*, in J.R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN (a cura di), *Privacy - Nomos XIII*, New York, 1971, 56 ss.; R.S. GERSTEIN, *Intimacy and Privacy*, in F.D. SCHOEMAN (a cura di), *Philosophical Dimensions of Privacy: an Anthology*, New York, 1984, 265 ss.; F.D. SCHOEMAN, *Privacy and Social Freedom*, New York, 1992, 19 ss.; J.C. INNESS, *Privacy, Intimacy and Isolation*, New

L'art. 3 del d.lgs. n. 196/2003, che esprime il principio di necessità nel trattamento dei dati, prescrive che l'utilizzazione di dati personali e dati identificativi debba essere ridotta al minimo quando le finalità perseguite possano essere realizzate mediante dati anonimi oppure attraverso modalità che consentano di identificare l'interessato solo in caso di necessità. In pratica si afferma, nella configurazione degli strumenti informatici, una preferenza per l'anonimato assoluto o l'anonimato protetto, quando non vi siano ragioni diverse che portino alla necessità, più ancora che all'opportunità, di un trattamento di ulteriori dati. Nello stesso senso, del resto, si esprime anche il legislatore comunitario, nel momento in cui auspica e suggerisce una riduzione drastica dell'uso di dati personali[55].

In questo senso, l'art. 11 del d.lgs. n. 196/2003 individua una serie di regole generali, per certi versi di specificazione del principio di necessità, che si applicano al trattamento di dati personali. Tra esse si segnalano, per quanto qui interessa, i criteri di correttezza, pertinenza e non eccedenza. Anche in questo caso il favore del legislatore sembra dirigersi verso anonimato e anonimato protetto, che garantiscono una maggiore protezione dei dati personali di un soggetto.

Del resto, l'art. 123, comma 1, del d.lgs. n. 196/2003 prevede, proprio in applicazione di tali principi e criteri, che i dati relativi al traffico di contraenti ed utenti trattati dal fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico siano resi anonimi (o cancellati) quando non più funzionali alla trasmissione della comunicazione elettronica. Ci deve essere una ragione specifica per non procedere a tale anonimizzazione (o cancellazione). Nello stesso senso, il successivo art. 126, comma 1, impone che i dati relativi all'ubicazione, diversi

York, 1992, 6 ss.; A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, 7 ss.; J.W. DECEW, *In Pursuit of Privacy. Law, Ethics, and the Rise of Technology*, Ithaca, 1997, 73 ss., S. SCOGLIO, *Transforming Privacy. A Transpersonal Philosophy of Rights*, Westport, 1998, 1 ss.

[54] Sul rapporto tra dati personali e anonimato, alla luce in particolare del d.lgs. n. 196/2003, v. i contributi di E. MORELATO e S. NIGER, nel capitolo *Anonimato e protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato*, cit., 205 ss.

[55] Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002, considerando (9).

dai dati relativi al traffico, possano essere trattati solo se anonimi o se il contraente o l'utente abbiano manifestato il proprio consenso, sempre revocabile. In entrambi i casi si fa riferimento quindi non tanto all'anonimato in Rete, ma ad un profilo successivo, vale a dire l'anonimizzazione dei dati raccolti durante la connessione. Ciò non toglie che il d.lgs. n. 196/2003 esprima, sia in sede di principi che di norme settoriali, come l'art. 133, un favore per la riduzione del trattamento dei dati personali acquisiti in Rete.

Se l'assenza di norme specifiche in merito alla questione dell'anonimato in Rete non stupisce in riferimento a Codice dell'amministrazione digitale e Codice in materia di protezione dei dati personali, in quanto si tratta di atti legislativi di carattere estremamente generale, non rivolti esclusivamente, e nemmeno principalmente, alla disciplina di Internet, stupisce invece che in altri atti e iniziative, non legislativi, dedicati alla Rete, non ci si pronunci con maggiore chiarezza su questi profili.

Si fa riferimento ad esempio alla consultazione pubblica del 2012 di iniziativa del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, "La posizione italiana sui principi fondamentali di Internet"[56], nella quale non si affronta la questione dell'anonimato in Rete. Se il documento sottoposto alla consultazione pubblica non contiene alcun riferimento espresso, è però possibile trovare un paio di riferimenti interessanti, che spiegano quanto meno l'impostazione seguita, che sostiene, non senza contraddizioni, l'anonimato protetto[57].

[56] V. http://discussionepubblica.ideascale.com/.

[57] Se da un lato infatti si esprime un giudizio fortemente negativo nei confronti di fenomeni di «sorveglianza generalizzata e ingiustificata dei contenuti e degli utenti» (sezione b, dedicata alla "cittadinanza in Rete"), dall'altra si fa riferimento alla «creazione» di una identità digitale quale «elemento essenziale per la creazione di rapporti commerciali e sociali affidabili» e per «il tracciamento delle attività illegali» (sezione c, dedicata a "consumatori e utenti della Rete"). Se quindi anonimato, ed eventualmente anonimato protetto, potrebbero costituire strumenti rilevanti da utilizzare per limitare la sorveglianza *online*, interessi commerciali ed esigenze di difesa sociale sono citati al fine di garantire la "riconoscibilità" dei soggetti. Il punto di equilibrio sembra pertanto l'anonimato protetto. In questo senso si può interpretare la successiva affermazione che considera la creazione di una identità digitale funzionale anche alla «riservatezza delle informazioni personali e delle comunicazioni interpersonali».

Rimane però una domanda. Se il principio dell'anonimato protetto (identificazione immediata all'accesso, e uso successivo di pseudonimo) costituisce il principio che il nostro ordinamento ritiene il più idoneo a bilanciare i diversi interessi coinvolti, perché si sono abrogate le norme del decreto Pisanu che prescrivevano una identificazione generalizzata, consentendosi così la navigazione da parte di soggetti non identificati? Non sembra del tutto coerente.

Un diverso approccio nella lotta all'anonimato è, come anticipato, adottato dai *social network*, che mirano prima ancora che ad imporre direttamente (con evidenti limiti pratici per l'applicazione coattiva di un tale divieto da parte di un soggetto privato operante *online*) la fine dell'anonimato, a renderla accettabile, se non addirittura desiderabile. In questo caso non si fa riferimento all'anonimato in Rete, ma all'anonimato sulle singole piattaforme. Il successo di tale impostazione è reso evidente dalla funzione identificativa che *Facebook* o *Google* assumono spesso nei confronti di altri servizi di altri operatori, contribuendo, nel contempo, a legare (pericolosamente, per la *privacy* degli utenti) dati provenienti da diversi "ambienti".

Le motivazioni addotte per questa fuga "indotta" dall'anonimato risiedono in considerazioni sulla diversa sensibilità degli utenti (circostanza che può essere vera per molti, ma non per tutti, e che è in continuo mutamento) e sull'effetto che l'anonimato provoca nell'utente medio, specie nel momento in cui ha a disposizione un'utenza ampia, potenzialmente illimitata (ma spesso estremamente limitata nei fatti, con frustrazione delle proprie ambizioni). L'analisi ha più di un fondo di verità che chiunque naviga in Rete può osservare facilmente[58], ma che solo in parte è spiegabile in termini di livelli di anonimato[59].

Leggendo commenti su *social network*, *blog*, quotidiani *online*, si sarebbe tentati di aderire decisamente ad una teoria, da più parti pro-

[58] Per un'efficace rappresentazione grafica tratta dalla cultura popolare (in particolare, dal *cartoon online* Penny Arcade, tra i più apprezzati e longevi in Rete), v. http://www.penny-arcade.com/comic/2004/03/19.

[59] Cfr. J. SULER, *The online disinhibition effect*, in *CyberPsychology & Behavior*, 2004, 321 ss., che individua sei fattori di "disinibizione": «*dissociative anonymity*», «*invisibility*», «*asynchronicity*», «*solipsistic introjections*», «*dissociative imagination*» ed infine «*minimization of authority*».

posta, che considera la fine dell'anonimato come strumento decisivo per limitare l'irresponsabilità comportamentale degli utenti della Rete. Questa visione ha però due demeriti (principali). Il primo è che parametra sugli utenti più indisciplinati una regolamentazione applicabile anche a chi non si farebbe prendere dal vortice della improvvisa (supposta) fama. Lo *standard* normativo che si andrebbe ad applicare considererebbe tutti i cittadini come sostanzialmente indegni di godere di libertà di cui probabilmente abuserebbero, invece di punire solo chi effettivamente abusa della propria libertà. Una pericolosa *race to the bottom* applicata a diritti e libertà fondamentali. Il secondo è che se è vero che alcuni (o anche molti) utenti si comportano meglio quando non protetti dall'anonimato, altri tendono, nelle stesse condizioni, a non esprimersi liberamente (in senso positivo) con ricadute negative in termini di diffusione di idee, informazioni, critiche, e quindi in termini di crescita individuale e sociale. Il risultato è una Rete più "normalizzata" e banale, con utenti preoccupati più di essere presenti e visibili che non di esprimere qualcosa di intelligente e originale.

Se invece affrontiamo il problema dell'anonimato sotto il profilo tecnologico, esistono sistemi che possono garantire una navigazione anonima, come TOR[60]. Tali sistemi rappresentano una soluzione tecnologica che pone delicate questioni di carattere giuridico. Se il progetto di legge prima citato diventasse legge, TOR sarebbe da considerare un "agevolatore" di comportamenti illeciti, quindi soggetto alle sanzioni previste (tralasciando i problemi di giurisdizione, e quindi di effettività). Un diverso problema è quello della sua fruibilità, in astratto illimitata, ma di fatto ristretta. Si tratta di un sistema di non immediata utilizzabilità, dall'utente medio (e distratto), richiedendo un livello non elementare di conoscenza "tecnica" (e attenzione). TOR richiede, per essere efficace, un'opera di educazione specifica.

In sostanza, se si considera l'anonimato come valore, e non come pericolo o strumento del male, si creerebbe un "divario digitale" che favorirebbe i cittadini più tecnologicamente istruiti, con l'effetto collaterale di favorire chi davvero, in Rete, ha una forte motivazione per delinquere, e mezzi economici per farlo.

[60] TOR è acronimo di *The Onion Router*, cfr. www.torproject.org.

5. Anonimato in Rete: perché proteggerlo e come

In ordinamenti dittatoriali l'anonimato ha un senso, perché protegge i dissidenti, mentre invece in ordinamenti democratici non ha un senso, perché protegge i criminali. Questa è una distinzione, volutamente semplificata, spesso proposta nell'ambito di discussioni che riguardano l'anonimato in Rete. La trovo una posizione paradossale, semplicistica e pericolosa. Paradossale perché, in ordinamenti dittatoriali, l'anonimato in Rete non è generalmente consentito, per cui non si tratta di compiere scelte legittime, ma tutt'al più di sfruttare sistemi (vietati, in ordinamenti di quel tipo) che garantiscano l'anonimato. Semplicistica perché parte dal presupposto che l'unica ragione per volere godere dell'anonimato sia, in sistemi democratici, quella di delinquere (o di essere fortemente maleducati). Pericolosa perché, portata (coerentemente) all'estremo, dovrebbe portare, *offline* e non solo *online*, anche in ordinamenti democratici, alla scomparsa di qualunque forma di anonimato. Se tutti avessimo un *microchip* inserito nel nostro corpo che rivelasse in tempo reale la nostra posizione e registrasse i nostri spostamenti e le nostre attività, con ogni probabilità la delinquenza diminuirebbe e la percentuale di punibilità aumenterebbe. Ma vorremmo vivere così?

Con questo non si vuole dire che l'anonimato in Rete non possa favorire attività e comportamenti illeciti (o una grande maleducazione), ma che il vantaggio che la collettività potrebbe trarre dalla eliminazione completa dell'anonimato è inferiore allo svantaggio che ne deriverebbe[61]. Pensiamo ad esempio al conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e diffamazione[62]. Sicuramente, se in Rete tutti fossimo imme-

[61] Cfr. A. WELLS BRANSCOMB, *Anonymity, autonomy, and accountability: challenge to the First Amendment in Cybesrpaces*, 104 *Yale L.J.*, 1995, 1639.

[62] Sulla diffamazione in Rete, sul ruolo dell'anonimato e sulle possibili azioni a livello giurisdizionale, v. L. EDWARDS, *Defamation and the Internet*, in L. EDWARDS, C. WAELDE (a cura di), *Law & the Internet: a framework for electronic commerce*, Oxford-Portland, 2000, 249 ss.; J. ROSENOER, *op. cit.*, 109 ss.; R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2011, 315 ss.; Y. AKDENIZ, H. ROGERS, *Defamation on the Internet*, in Y. AKDENIZ, C. WALKER, D. WALL (a cura di), *The Internet, law and society*, Harlow, 2000, 294 ss.; G. CASSANO, A. CONTALDO, *op. cit.*, 392 ss., che partono dal concetto di "onore virtuale".

diatamente identificabili, attraverso una firma digitale visibile e verificata, le ipotesi di diffamazione diminuirebbero. Ma l'anonimato non protegge solo il diffamatore, protegge anche chi esprime opinioni controverse, chi è, o può essere, perseguitato, in diversi modi, in diversi ambiti, in diversi momenti, per quanto sostiene, o anche chi non vuole attirare attenzione su di sé, per timidezza (riservatezza)[63], o anche perché desidera che al centro delle riflessioni siano le sue idee e non la sua persona, evitando forme di confutazione, "laterali" e scorrette, *ad personam*.

In questo senso, negare l'anonimato in Rete, anche nella sua forma di anonimato protetto, porterebbe ad una limitazione sostanziale di informazioni, idee, opinioni, critiche, con un impoverimento del dibattito pubblico, considerato anche lo stretto rapporto tra *privacy* e democrazia[64] e quindi la necessità di limitare la prima il meno possibile[65].

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha espresso tali concetti con molta chiarezza, anche prima dell'avvento della Rete, ed in riferimento ad un ordinamento che non solo è democratico, ma che ha anche sempre garantito con fermezza e decisione la libertà di espressione. Nel 1960, nel caso *Talley*, la Corte Suprema ha affermato che scritti anonimi, dai volantini ai libri, hanno ricoperto un ruolo importante nello sviluppo dell'umanità[66]. Nel 1990, nel caso *McIntyre*, la Corte ha ribadito e rafforzato il concetto, affermando che la redazione di *pamphlet* anonimi non rappresenta una pratica dannosa e disonesta, ma una rispettabile tradizione di difesa e dissenso: l'anonimato è una protezione dalla

[63] D. SOBEL, *The Process that «John Doe» is Due: Addressing the Legal Challenge to Internet Anonymity*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 5, 2000, §§1 ss., ove si fa riferimento, in modo concisamente efficace, a «the persecuted, the controversial, and the simply embarrassed» (§1).

[64] Su questi aspetti, v. A.F. WESTIN, *op. cit.*, 23 ss.; C.D. RAAB, *Privacy, Democracy, Information*, in B. LOADER (a cura di), *The Governance of Cyberspace*, New York-London, 1997, 155 ss.

[65] A. ETZIONI, *The Limits of Privacy*, New York, 1999, 10 ss.; E. VAN DEN HAAG, *On Privacy*, in J.R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN (a cura di), *Privacy - Nomos XIII*, New York, 1971, 153 ss.; G.G. SCOTT, *Mind Your Own Business. The Battle for Personal Privacy*, New York, 1995, 6 ss.

[66] *Talley v California*, [1960] 362 US 60.

tirannia della maggioranza[67]. L'anonimato è in sostanza uno strumento importante per garantire il *free speech*, e come tale è tutelato dal Primo Emendamento della Costituzione americana[68].

Il problema, riconosciuto il valore dell'anonimato[69], per l'individuo e per la società, è quindi quello di garantirne una tutela efficace, considerando gli attacchi, spesso superficiali e pretestuosi, cui è sottoposto. In particolare, per quanto riguarda la libertà di espressione, si tratta di evitare azioni strumentali che intendano semplicemente accertare l'identità di soggetti che hanno esercitato un diritto di critica o di informazione, al fine di adottare provvedimenti punitivi, volti a far terminare attività analoghe. Si pensi al caso *Raytheon*, della fine degli anni '90. La società in oggetto, seccata per critiche pubblicate *online* da dipendenti anonimi, promosse un'azione per violazione contrattuale e rivelazione di informazioni riservate. Ottenuti i nominativi dei ventuno dipendenti, rinunciò all'azione, prendendo comunque provvedimenti nei confronti di tali soggetti, compreso il licenziamento per quattro di essi[70]. L'obiettivo finale non era arrivare ad una decisione sul merito dell'azione, ma individuare chi aveva criticato l'azienda e punirlo, al di fuori della sede giudiziale.

Per evitare un uso distorto e strumentale della giustizia, come canale di raccolta di informazioni da usare in altri luoghi, la giurispru-

---

[67] *McIntyre v Ohio Elections Commission*, [1995] 514 US 334.

[68] Su questi aspetti, in riferimento all'anonimato *online*, v. J.D. WALLACE, *Nameless in Cyberspace. Anonymity on the Internet*, Cato Institute Briefing Papers, n. 54, 8 dicembre 1999, 2 ss.; M. KIM, *The Right to Anonymous Association in Cyberspace: US Legal Protection for Anonymity in Name, in Face, and in Action*, (2010) 7:1 *SCRIPTed* 51, in http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol7-1/kim.asp; R.G. LARSON III, P. GODFREAD, *Bringing John Doe to Court: Procedural Issues in Unmasking Anonymous Internet Defendants*, in *William Mitchell Law Review*, n. 38(1), 2011, 328 ss.; J. O'BRIEN, *Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the Identities of Anonymous Internet Speakers in Online Defamation Cases*, in *Fordham L. Rev.*, n. 70, 2002, 2745.

[69] M. HANEN, *Context and Construction: Connecting Privacy, Anonymity and Identity*, in D. MATHESON (a cura di), *Contours of Privacy*, Newcastle Upon Tyne, 2009, 60 ss.

[70] *Civil Action No. 99-816 (Commonwealth of Massachusetts Superior Court, Middlesex County, Filed Feb. 1, 1999)*.

denza americana individua, in altri casi (*Dendrite*[71], *Cahill*[72], *Mobilisa*[73]), una serie di criteri da seguire: notifica (*online*) all'anonimo dell'azione che si vuole intraprendere; specificazione puntuale da parte dell'attore delle affermazioni che si ritengono lesive; prova del danno e della causalità; bilanciamento tra la libertà di espressione (anonima) ed interessi del ricorrente.

Non sono del resto solo i giudici a dimostrare sensibilità per la difesa dell'anonimato come baluardo della libertà di espressione. In ambito legislativo, sempre nell'ordinamento statunitense, sono state approvate in molti Stati[74] normative idonee a limitare l'uso di azioni giudiziarie a scopi intimidatori, conosciute sotto l'acronimo di SLAPP (*strategic lawsuits against public participation*).

Il fatto che l'anonimato in Rete, nell'ordinamento statunitense, sia un valore da proteggere seriamente, proprio perché strumentale alla tutela del Primo Emendamento, risulta anche dai motivi che possono portare ad una sua limitazione "soggettiva" e dalle polemiche comunque suscitate da norme che vanno in questa direzione. La *Proposition 35*[75], in California, ha portato alla modifica del codice penale di quello Stato, introducendo, per chi si sia macchiato di reati attinenti alla sfera sessuale, un obbligo di registrazione per le attività *online*. In particolare il *sex offender* deve fornire una lista di tutti gli identificativi usati in Rete ed una lista degli ISP di cui si serve.

Si comprende la *ratio* della norma, di fronte a reati che hanno una probabilità molto alta di recidiva e la cui commissione, soprattutto a danno di minori, può essere facilitata dalla Rete. D'altro canto, sono state sollevate numerose obiezioni a tale disegno di legge, in parte centrate sulla vaghezza delle sue norme, sulla disomogeneità dei soggetti considerati e sulla sua presunta limitata efficacia. Anche in questo caso si contrappongono esigenze di sicurezza e difesa sociale da un lato e

[71] *Dendrite Int'l, Inc. v. Doe No. 3, 775 A.2d 756 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001).*

[72] *Doe No. 1 v. Cahill, 884 A.2d 451 (Del. 2005).*

[73] *Mobilisa, Inc. v. Doe 1, 170 P.3d 712 (Ariz. Ct. App. 2007).*

[74] V. http://www.anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection/.

[75] La *Proposition 35* è un disegno di legge dello Stato della California, oggetto di referendum popolare nel novembre 2012; il referendum ha avuto un risultato favorevole alla proposta con una percentuale record, superiore all'81% dei votanti.

tutela della libertà di espressione (e più in generale dei diritti civili) dall'altro.

C'è anche un'ulteriore preoccupazione per norme quali la *Proposition 35* o altre proposte limitative della libertà personale quale, ad esempio, l'introduzione, per gli *stalker*, di un obbligo di braccialetto elettronico. Queste proposte sono dirette, al momento e tendenzialmente, a categorie di soggetti socialmente impopolari. Ma il timore è che questa compressione della loro riservatezza (e della possibilità di usufruire di anonimato) possa costituire il primo passo, facilitato dall'evoluzione tecnologica, per generalizzare forme di controllo pervasivo, *online* ed *offline*.

6. Anonimato, abusi e applicazione della legge

Riconoscere il valore dell'anonimato in Rete non impedisce di ammettere che il suo abuso abbia trasformato Internet in un luogo, per usare un eufemismo, non sempre piacevole. Non mi riferisco qui solamente agli illeciti, civili e penali principalmente, ma anche amministrativi, che l'anonimato può favorire, alla Rete come *Far West*, metafora che spesso si trova in interviste (o titoli di interviste), ma anche in sentenze[76]. Faccio riferimento ad un imbarbarimento della comunicazione e dei rapporti interpersonali in Rete, ad un livello di rispetto e tolleranza non esaltanti, ad una qualità dell'interazione sociale che in grande misura rispecchia quello della società, ma che, proprio per il mezzo in cui avviene, ne amplifica anche i difetti.

In un caso che non riguardava la Rete, la Procura del Tribunale di Roma archiviava una querela per diffamazione, escludendo la punibilità di soggetti che parlavano in pubblico (in quel caso, televisivo), sulla base del fatto che la credibilità dell'informazione offerta, e della conseguente discussione, fosse palesemente bassa e quindi inidonea a

[76] Si pensi ad esempio alla più famosa (e criticata) sentenza, nel nostro ordinamento, in tema di Internet e riservatezza (Trib. Milano, sez. IV, 12 aprile 2010, n. 1972, poi riformata dalla Corte d'appello di Milano, sez. I, 27 febbraio 2013) che cita «la "sconfinata prateria di internet" dove tutto è permesso e niente può essere vietato».

ledere l'altrui reputazione[77]. Il rischio che vari "luoghi" in Rete seguano la stessa sorte (credibilità zero) è alto. Ci si chiede se ne debba derivare anche la medesima conseguenza (punibilità zero).

Al di là di questo, l'immagine della Rete come luogo di informazione e confronto ha subito, negli ultimi anni, un certo deterioramento. Attribuirne l'intera responsabilità all'anonimato dei suoi utenti sarebbe non solo ingeneroso, ma anche non corretto, così come è mistificatorio parlare di "anarchia" di Internet: le regole ci sono, e sono spesso quelle che possono essere applicate anche fuori dal *web*, nel "mondo reale". Se un soggetto esprime un concetto diffamatorio, sarà in astratto punibile tanto *offline* che *online* (ed in questo caso con probabili aggravanti). E, molto spesso, se quel soggetto che mette in atto quel comportamento *online* non è punito, ciò non dipende dal suo (vero o presunto; assoluto o mediato) anonimato. Nella maggior parte dei casi sarebbe infatti possibile (eventualmente attraverso poche semplici indagini) risalire alle sue generalità attraverso il fornitore di accesso e/o attraverso chi gestisce quel determinato sito per il quale è richiesta una registrazione.

Ciò non accade, spesso, per ragione di "numeri". La non punibilità deriva dall'estrema diffusione di comportamenti analoghi che non diventano per questo leciti, ma che sono in pratica tollerati, sia per non sovraccaricare il sistema giudiziario, sia per evitare accuse censorie nei confronti della Rete. Il ragionamento, sbagliato, è che se si vuole la Rete libera occorre accettare anche questi comportamenti. Diventerebbe troppo complesso, troppo lungo, troppo gravoso perseguire tutti i responsabili. Se si vuole fare un paragone, forse azzardato, è quanto accade negli stadi, dove insulti, minacce e altri comportamenti che in altri luoghi e in altri momenti sarebbero puniti, vengono, fino ad un certo livello (comunque eccessivo), tollerati perché il perseguirli tutti sarebbe, di fatto, impossibile (e perché si andrebbe ad incidere su un fenomeno collettivo, socialmente apprezzato ed economicamente rilevante, come il calcio).

[77] La sentenza riguardava la trasmissione televisiva "Il processo di Biscardi" (v. http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2000/03/22/biscardi-assolto-niente-offese-quel-processo-da.html).

Per quanto riguarda la Rete, dimentichiamoci per un attimo gli aspetti legati all'anonimato come elemento che può favorire l'illegalità (e la maleducazione). Le difficoltà nell'applicazione della legge dipendono da altri fattori.

Vi sono innanzitutto problemi di giurisdizione e di effettività della stessa. In primo luogo non è detto che sia il giudice italiano quello competente, quando il comportamento è tenuto all'estero o attraverso intermediari operanti all'estero. In secondo luogo, anche qualora un giudice italiano avesse giurisdizione, e sancisse la responsabilità di un determinato soggetto, occorrerebbe accertare se vi siano gli strumenti per applicare la decisione nei confronti di quel soggetto, o di un intermediario, non presenti nel nostro territorio. Si tratta di un problema non esclusivo della Rete, ma che certamente la Rete ha dilatato esponenzialmente.

Un secondo problema, di ordine fattuale, è legato, specie con l'avvento del *web* 2.0, al numero di persone che possono pubblicare contenuti, alla velocità di diffusione di tali contenuti ed anche all'età (giovane) di gran parte dei soggetti creatori di contenuti, padroni della tecnologia, ma spesso immaturi (non che l'età sia garanzia, da sola, di una perfetta maturazione) nel loro rapporto con le regole, giuridiche o sociali. È un *mix* potenzialmente micidiale.

A questo si aggiungono limiti classici del nostro ordinamento, parzialmente "rivisitati". La qualità delle leggi, non sempre eccelsa, risente di una frequente mancanza di comprensione ed adattamento da parte del legislatore, che tende a ragionare secondo schemi non compatibili con la regolamentazione della Rete (che spesso non conosce sufficientemente). La qualità delle sentenze, e soprattutto l'uniformità delle stesse, sono messe in pericolo da una diseguale conoscenza della Rete e dei suoi meccanismi, e da sensibilità differenziate dei giudici. Un tratto comune è poi dato da una diffusa diffidenza per Internet, visto sia come luogo che può favorire comportamenti illeciti, sia come luogo sfuggente al dominio del diritto, che spoglia legislatore e giudice di parte del loro potere, comportando di fatto una reazione "conservativa".

7. Anonimato responsabile, tra educazione e reputazione (e paura dell'ignoto)

Come si può coniugare anonimato e responsabilità[78] in un ambiente vitale (in senso positivo, ma anche negativo) come Internet? Ci sono due possibili strade, che possono intersecarsi e che condividono una strategia a lungo termine e una generosa dose di fiducia e ottimismo (al limite dell'utopia): da un lato promuovere e diffondere una "educazione civica digitale", che renda l'ambiente-Rete più gradevole; dall'altro favorire e rendere appetibile una "reputazione digitale" che consenta di creare un affidamento[79] nei rapporti sociali.

Per "educazione civica digitale" non intendo solamente una reviviscenza della *Netiquette*[80] che, superata in alcune sue parti, continua peraltro a mantenere una sua attualità (anche se non sufficientemente riconosciuta) in altre e, soprattutto, nei principi che esprime. Una *Netiquette* rivista ed aggiornata potrebbe costituire una ragionevole base di partenza. Intendo però anche uno sforzo di sensibilizzazione che porti ad insegnare non tanto, e non solo, come si usano gli strumenti digitali, ma quali sono le norme (sociali, prima ancora che giuridiche), che dovrebbero disciplinare l'esperienza in Rete degli utenti[81]. Considerando la fortuna della "educazione civica" come materia scolastica, l'aspetto utopistico appare immediatamente.

Accanto all'educazione ed alla sensibilizzazione del cittadino digitale, che dovrebbe colmare una sorta di *digital cultural (legal/ethi-*

---

[78] Sul rapporto, in Rete, tra anonimato e responsabilità, v. M. BETZU, *Anonimato e responsabilità in internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, fasc. 2 (in www.costituzionalismo.it/articoli/391/).

[79] Sulla rilevanza della reputazione *online* e sul collegamento con aspetti di affidamento e fiducia, v. G. SARTOR, *Privacy, reputazione, affidamento: dialettica e implicazioni per il trattamento dei dati personali*, in F. BERGADANO, A. MANTELERO, G. RUFFO, G. SARTOR, *Privacy digitale. Giuristi e informatici a confronto*, Torino, 2005, 83 ss.; più in generale, v. S.L. NOCK, *The Costs of Privacy. Surveillance and Reputation in America*, Hawthorne, 1993, 1 ss.

[80] *Netiquette* (*Internet Engineering Task Force, 1995 - RFC 1855*).

[81] In questo senso, v. la *Digital education resolution* adottata alla 35th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Varsavia, 23-26 settembre 2013 (in https://privacyconference2013.org/Resolutions_and_Declarations).

cal) divide, sarebbe poi necessaria un'opera di aggiornamento per i soggetti (legislatore, giudici, amministratori pubblici) che hanno il potere di adottare decisioni idonee a modificare la disciplina giuridica di Internet o a darne puntuale attuazione. Una maggiore conoscenza della storia, delle dinamiche, dei meccanismi e dei diversi percorsi di regolamentazione della Rete consentirebbe di alzare il livello qualitativo di leggi e sentenze concernenti i comportamenti *online*, superando pregiudizi chiaramente riscontrabili in affermazioni e prese di posizione di soggetti che devono individuare o applicare le regole.

In particolare sarebbe opportuno riuscire a superare una sorta di manicheismo (aprioristico e sterile) nel cui ambito Internet viene alternativamente visto come il bene assoluto (potenziale destinatario del Nobel per la pace, "bene comune", strumento risolutivo di tutti i mali) e come male assoluto (giungla senza regole o soggetta alla regola del più forte o del più furbo, luogo di perdizione, rifugio per delinquenti ed asociali, strumento per delinquere). Internet non dovrebbe essere né beatificato, né demonizzato. È uno strumento (e un ambiente) unico, ma neutro, che può essere usato in modi diversi, a seconda della regolamentazione vigente e della sensibilità diffusa degli utenti. Attraverso l'educazione digitale si può intervenire proprio sul capitale sociale della collettività degli utenti.

L'educazione civica digitale si può quindi collegare alla reputazione digitale. Non si fa riferimento alla reputazione di un soggetto che può essere messa in discussione o lesa dall'esercizio (o meglio, dall'abuso) della libertà di espressione o di informazione di un altro soggetto[82]. Per "reputazione digitale"[83], intendo invece il patrimonio che un soggetto acquisisce, in termini di rispetto e considerazione da parte degli altri utenti, nella sua attività *online*, indipendentemente da una sua identificazione o identificabilità *offline*. Ciò presuppone, o può presupporre, uno pseudonimo, ma siamo al di fuori, o possiamo esserlo, dall'anonimato protetto, nel senso che quello che importa non è che lo

[82] Sulla reputazione personale ed il rapporto con la Rete, cfr. D. SOLOVE, *op. cit.*, 189 ss.

[83] J. WOLFF, *Unraveling Internet Identities: Embedding Accountability & Anonymity at the Application Layer* (April 26, 2012). 2012 TRPC (in http://ssrn.com/abstract=2046826), 1 ss.

pseudonimo sia connesso ad una persona identificabile, ma che tale pseudonimo sia connesso ad un solo soggetto, la cui identità "reale" è irrilevante. Posso non essere identificabile e rintracciabile, ma la mia "persona" in Rete acquisisce un "capitale personale" fondato sulla espressione, sempre in Rete, della mia personalità[84]. E per difendere tale capitale sono portato a comportarmi correttamente, per non perderlo.

Quello che rileva è che il soggetto cui è riferibile quella identità (anche solo) digitale (in astratto sono possibili anche più identità digitali, e quindi più "reputazioni") sia incentivato a mantenere comportamenti che conservino o aumentino il rispetto e la considerazione degli altri utenti. Ed a mantenere quella (o quelle) identità, non avvalendosi di identità "usa e getta" per loro natura più idonee ad associarsi a comportamenti asociali ed antisociali. In questo senso non solo è possibile che il soggetto, anche a tutela della propria riservatezza, si costruisca più identità digitali, ma anche che vi siano più sistemi di costruzione della reputazione, che utilizzano incentivi diversi facenti leva sul rapporto tanto con gli altri utenti quanto sui gestori di tali sistemi.

Il problema di fondo è quello di rompere lo schema ordinario che vede contrapposti anonimato e responsabilità[85], per cui all'aumento del primo corrisponde la compressione della seconda. Questo può essere vero, nel momento in cui un soggetto abbia la certezza di non essere rintracciabile, ad esempio attraverso un uso diligente di sistemi di anonimizzazione, come TOR. Ed è vero, a valori opposti, nel momento in cui non c'è anonimato, come ad esempio nel rapporto *online* con la propria banca o con pubbliche amministrazioni che richiedano prove della propria identità "reale".

[84] Su identità e personalità digitale, sotto un profilo filosofico, v. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000, 207 ss.; sulla definizione giuridica di identità digitale, anche in riferimento agli aspetti reputazionali, v. G. CASSANO, A. CONTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009, 296 ss.; sulla creazione dell'identità nei *social network*, cfr. M. CAVALLO, F. SPADONI, *I social network. Come Internet cambia la comunicazione*, Milano, 2010, 70 ss.

[85] J. WOLFF, *op. cit.*, 2 ss.

Abbiamo già visto come invece ciò possa non essere vero quando ad una identificazione o identificabilità reale si contrappongano problemi di giurisdizione: anche una precisa identificazione può non evitare l'impunibilità, la coscienza di tale impunibilità, e quindi l'irresponsabilità.

Ma l'aspetto più interessante è un altro, ed è proprio quello relativo ad "ambienti" in cui sistemi di reputazione possono essere costruiti e nei quali l'anonimato può (meglio) coesistere con la responsabilità[86]. In quei casi non è la paura della sanzione giuridica che incentiva a comportarsi correttamente, secondo un'etica della collettività cui si appartiene, ma ci si comporta correttamente perché si intende acquisire un livello di reputazione tale da averne vantaggi in termini innanzitutto, ma non esclusivamente, sociali, che il gestore del singolo ambiente è disposto a riconoscere. E questo avviene perché il sito, la piattaforma, l'ambiente virtuale in cui opero ne trarrà vantaggio per la stessa sua reputazione di luogo "serio", lasciando ad altri siti il ruolo di sfiatatoio per istinti altrimenti repressi. La sanzione è presente anche in questo caso, ma è sociale, e fa riferimento alla mia eventuale marginalizzazione in quella comunità nel momento in cui il mio comportamento si discosta sensibilmente da quello ritenuto accettabile.

In questo senso, la valorizzazione di una personalità digitale anonima richiede anche forme di tutela della persona, senza che occorra rinunciare all'anonimato. In caso contrario la costruzione della reputazione e quindi della responsabilità potranno venire meno in quanto faranno riferimento ad un soggetto che può essere colpito con maggiore facilità proprio perché l'ordinamento garantisce una protezione minore a chi non è disposto a rinunciare al proprio anonimato. Quando non si interferisce con altri valori, dovrebbe invece essere possibile difendersi senza doversi identificare.

Si può prendere ad esempio la posta elettronica non sollecitata, o *spam*. Se per difendere un mio indirizzo anonimo di posta elettronica, che uso per comunicare esprimendo la mia personalità digitale (e/o per evitare compromissioni del mio indirizzo principale), devo identificarmi (allo *spammer* prima, al Garante per la protezione dei dati personali

[86] J. WOLFF, *op. cit.*, 4 ss.

poi)[87], probabilmente lascerò perdere, proprio per mantenere il mio anonimato. Il che comporta non solo una minore tutela personale, ma anche una minore capacità sociale di denuncia nei confronti di comportamenti che inquinano la Rete, alzando i costi, individuali e sociali, necessari per poter garantire un livello soddisfacente dell'attività di comunicazione *online*. D'altra parte, se inoltro allo *spammer* la richiesta *ex* art. 7 del d.lgs. n. 196/2003, con la quale chiedo, tra gli altri, dove sia stato tratto il mio indirizzo (anonimo) di posta elettronica, non c'è ragione, nel momento in cui spedisco la richiesta da quell'indirizzo, di specificare le mie generalità.

Si tratta, sia per quanto riguarda la promozione di un'educazione civica digitale, sia per quanto riguarda la costruzione di sistemi di reputazione *online*, di strade complesse, che si muovono al di fuori dei meccanismi giuridici (repressivi) tradizionali e che, anche per questo, richiedono tempo. Altre strade, che consentono un'immediata risposta dell'ordinamento, e possono portare ad una modifica di comportamenti in via coercitiva, sono pertanto battute, non senza rischi ed effetti negativi per il sistema.

Si fa riferimento in particolare a forme di responsabilità mediata che colpiscono non chi ha compiuto quel determinato fatto che è tradizionalmente considerato illecito (soggetto che può essere complesso individuare), ma invece chi ha "facilitato" quel comportamento, mettendo a disposizione uno spazio "virtuale", o anche semplicemente la connessione alla Rete. In questo senso si spiegano le numerose sentenze che colpiscono gli *Internet intermediaries*[88], professionali o meno, per

[87] Su questi aspetti, cfr. N. LUGARESI, S. BERTAZZO, *La tutela del diritto alla privacy davanti al Garante per la protezione dei dati personali. Profili sostanziali e procedurali*, in B. DENTE, N. LUGARESI, M.S. RIGHETTINI (a cura di), *La politica della privacy tra tutela dei diritti e garanzia dei sistemi*, Firenze, 2009, 67 ss.

[88] Sulla posizione e sulla responsabilità degli *Internet service providers*, o, più in generale, degli *Internet intermediaries*, cfr. R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2011, 329 ss.; N. LASORSA BORGOMANERI, *La responsabilità dell'ISP per la violazione del diritto d'autore: dal caso RTI/Youtube alla delibera AGCOM*, in G. CASSANO, G. SCORZA, G. VACIAGO (a cura di), *Diritto dell'Internet*, Padova, 2013, 419 ss.; G. NAPOLI, *Responsabilità dell'*Internet service provider *nella giurisprudenza civile*, *ivi*, 463 ss.; F.G. CATULLO, *Responsabilità penale dell'*In-

quanto è stato pubblicato, da altri, negli spazi soggetti alla loro potestà. L'autore può essere eventualmente punito, o anche restare anonimo ed impunito, in quanto l'esigenza di protezione sociale (ed individuale) è comunque soddisfatta attraverso la sanzione all'intermediario (che spesso, si pensi agli *ISP* professionali, ma non sempre, si pensi ai comuni cittadini *blogger*, sono anche maggiormente solvibili in caso di richieste di danni). Con la conseguenza di incentivare, di fatto, un controllo, che la normativa espressamente non prevede e non impone, e quindi una censura preventiva e "precauzionale"[89]. Nello stesso senso, anche se su un piano diverso, si muovono forme di responsabilità, per illeciti commessi da terzi, per il titolare di reti *wi-fi*[90].

Il risultato finale è una limitazione delle possibilità e degli spazi in cui parlare liberamente, inibendosi, soprattutto al semplice utente, non solo attività illecite, ma anche attività "scomode" di informazione, di critica o di incentivazione di un dibattito pubblico. L'anonimato dell'individuo viene consentito, o almeno tollerato, perché comunque si limita, indirettamente, la possibilità di esprimersi in modo anonimo, agendo sugli intermediari, trasformati in censori per autodifesa. Si ammette una libertà, apparentemente, perché a monte se ne è negata un'altra, che di fatto comprime la prima.

È una negazione della storia, della tradizione, della vitalità e dello "spirito" di Internet.

8. Conclusioni

Quando si parla di anonimato in Rete è importante prima di tutto chiarire cosa si intende con quel termine, distinguendo tra i diversi

---

ternet service provider*: la sentenza Google Vividown*, *ivi*, 605 ss.; G. CASSANO, *Diritto dell'Internet. Il sistema di tutele della persona*, Milano, 2005, 350 ss.

[89] Sugli effetti censori della responsabilità in capo agli *Internet intermediaries*, cfr. A. NEWEY, *Freedom of expression: censorship in private hands*, in LIBERTY (a cura di), *Liberating cyberspace. Civil liberties, Human rights and the Internet*, Londra, 1999, 15 ss.

[90] Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Indirizzo IP, reti* wi-fi *e responsabilità per illeciti commessi da terzi*, in *Dir. Inf. Info.*, 2013, 107 ss.

gradi (anonimato "assoluto" e anonimato protetto) e i diversi livelli (in accesso, in navigazione, nell'espressione di contenuti). A quel punto si potranno valutare i valori e gli interessi coinvolti, cercando di individuare il punto di equilibrio tra controllo e sicurezza da un lato e riservatezza e libertà dall'altro. Si tratta, rispettati i principi fondamentali di un ordinamento, di una scelta politica che deve però tenere conto non solo degli aspetti individuali e collettivi, ma anche delle prospettive di sviluppo della Rete, ponderando benefici, pericoli e rischi delle diverse soluzioni.

Di fronte ad un orientamento cautelativo, che favorisce istanze di difesa sociale, limitando fortemente o impedendo *tout court* l'anonimato *online*, è però possibile, per combattere comportamenti illeciti, o anche solo maleducati, un'altra strada, per quanto non facile. Da un lato, occorre favorire la diffusione "anticipata" di un'educazione civica digitale, riducendo il *gap* tra conoscenza del mezzo e conoscenza delle norme. Dall'altra occorre promuovere, ai diversi livelli, meccanismi di riconoscimento della reputazione "digitale", incentivando comportamenti che contribuiscano alla creazione di ambienti *online* che, non rinunciando alla vivacità del mezzo, sappiano ridurre progressivamente i comportamenti illeciti o negativi per la convivenza sociale.

Non si tratta di una strada semplice, né scorrevole. È una scelta che richiede coraggio, presentando rischi evidenti. Ma le alternative (dalla cancellazione dell'anonimato *online* a forme di responsabilità indiretta od oggettiva sempre più pressanti) rischiano, nella loro impostazione dettata dalla prudenza, e spesso dalla paura, di rendere la Rete un luogo forse più sicuro, ma certamente meno libero e meno vitale.

LA *CITTADINANZA DI GENERE*: PER L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE OLTRE LA CITTADINANZA IN SENSO STRETTO

Anna Simonati

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 2. Il* gender auditing*: la* cittadinanza di genere *oltre la cittadinanza. - 3. La presenza femminile nei "luoghi del potere". - 3.1. La composizione delle commissioni di concorso nella pubblica amministrazione. - 3.2. La presenza femminile nelle società "pubbliche". - 3.3. Le "quote di genere" nella composizione degli organi politici delle regioni e degli enti locali. - 4. La* cittadinanza di genere *nella legislazione regionale. - 5. Gli istituti che incidono indirettamente sulla* cittadinanza di genere*: due esempi significativi. - 6. Considerazioni di sintesi.*

1. Introduzione

Nell'ambito di una riflessione corale e interdisciplinare sull'evoluzione del concetto di *cittadinanza*, merita un approfondimento l'analisi di una sua derivazione settoriale di recente individuazione: la cosiddetta *cittadinanza di genere*. Questa espressione è variamente utilizzata dagli studiosi di scienze sociali[1] per designare quell'insieme di strumenti che può consentire – o quanto meno agevolare – la partecipazione di tutti, a prescindere dal genere di appartenenza, alla vita pubblica[2].

---

[1] Per un'introduzione relativa al concetto di *genere* nelle scienze sociali, v., per esempio, C. SARACENO *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, in S. PICCONE STELLA, C. SARACENO (a cura di) *La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996; T. PITCH, *Un diritto per due*, Milano, 1998; E. CISLAGHI, *Pensare il genere per un'analisi complessa*, Bergamo, 2004, 9.

[2] Questo scritto si pone nell'alveo di una riflessione che da tempo conduco, al fine della ricostruzione in termini giuridici del "nuovo" concetto di *cittadinanza di genere*. Pertanto, alcune delle considerazioni svolte nelle pagine seguenti sono già state svolte in altra sede: sia consentito richiamare A. SIMONATI, *Cittadinanza di genere: riferimen-*

Preliminarmente, mi sembra utile spendere qualche parola per (tentare di) chiarire il rapporto che intercorre fra la *cittadinanza di genere* e la *cittadinanza* "tradizionale"[3], onde verificare se la prima sia, almeno in parte, riconducile alla seconda. Certamente, può dirsi che fra i due concetti non c'è né una corrispondenza biunivoca relativamente

to (solo) simbolico o concetto (anche) giuridico?, in E. BELLÈ, B. POGGIO, G. SELMI (a cura di), *Attraverso i confini del genere*, Trento, 2012, 121 ss., ed EADEM, *La* cittadinanza di genere*: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Trento, 2014, 115 ss. I risultati della ricerca, però, in questa sede sono rielaborati in prospettiva in parte diversa, cioè (come precisato nel testo) al fine di ricostruire il rapporto fra la *cittadinanza di genere* e il concetto di *cittadinanza* tradizionalmente delineato nel sistema del diritto pubblico italiano.

[3] Ovviamente, non è questa la sede per ricostruire i percorsi dottrinali e giurisprudenziali che hanno accompagnato l'evoluzione del concetto di *cittadinanza*. Può essere utile, però, evidenziare come esso assuma oggi nuovi profili problematici che suscitano l'interesse degli studiosi del diritto pubblico. A dimostrazione della varietà degli aspetti controversi, v. nella dottrina recente, a mero scopo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza: M. FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato costituzionale*, in *Quad. fior. storia pens. giur. mod.*, 2012, f. 41, 427 ss.; P. DE IOANNA, *Livelli essenziali di cittadinanza e funzionamento della democrazia rappresentativa: qualche notazione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2012, 753 ss.; T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto "europeizzato" di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 445 ss.; L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in http://www.grusol.it/informazioni/08-11-12.PDF, consultato il 15 settembre 2013; B. DI GIACOMO RUSSO, *Dalla cittadinanza legale alla cittadinanza amministrativa*, in *Quad. amm.*, 2012, f. 1, 15 ss.; T. GUARNIER, *Cittadinanza e unità. Della diluizione di un dispositivo performativo*, in www.federalismi.it, consultato il 15 settembre 2013; D. PORENA, *C'è spazio anche in Italia per una concezione "culturalista" della cittadinanza? Brevi profili comparatistici e spunti di riflessione in vista di una revisione della legislazione nazionale*, in www.federalismi.it, consultato il 15 settembre 2013; E. BALBONI, *Autonomie, Regionalismo, Federalismo: verso un nuovo patto di cittadinanza*, in *Quad. reg.*, 2011, 935 ss.; P. BENI, *Crisi e politicità della cittadinanza*, in *Quest. Giustizia*, 2011, f. 3-4, 7 ss.; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 425 ss.; S. GIUBBONI, *La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2011, f. 1, 131 ss.; v. anche A. FEDELI, *Appello per una riforma della legge sulla cittadinanza*, in *Iustitia*, 2012, f. 2, pt. 2, 245 ss.

all'ambito della legittimazione soggettiva che li contraddistingue, né un rapporto di *genus* e *species*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, non sarebbe corretto ritenere che la *cittadinanza di genere* debba essere applicata esclusivamente alle cittadine e ai cittadini italiani o europei. Al contrario, la sua genesi scientifica va ricondotta all'intento di estendere alle donne in quanto tali – e non in quanto cittadine in senso giuridico – una serie di garanzie tradizionalmente loro precluse e gli sviluppi successivi della nozione si riconnettono alla necessità che il genere di appartenenza non rappresenti mai un indebito condizionamento alle potenzialità di sviluppo della persona. L'ambito soggettivo di applicabilità, dunque, è individuato a prescindere dall'esistenza di un legame giuridico stabile di appartenenza fra l'individuo e un gruppo di riferimento e il fondamento costituzionale è riposto nel riconoscimento dei diritti inviolabili, *ex* art. 2.

Ne consegue, evidentemente, che la nozione giuridica di *cittadinanza* rappresenta solo un "antecedente logico" rispetto a quella di *cittadinanza di genere*. Nella sua declinazione in relazione al genere, la *cittadinanza* perde i suoi connotati classici e assume la fisionomia di concetto inclusivo, simbolico e suggestivo di istanze partecipative diffuse. La tutela della *cittadinanza di genere* comporta la rimozione degli ostacoli che impediscono, anche in via di fatto, la piena espressione di uomini e donne, compatibilmente con lo *status* (cittadini italiani, cittadini UE, cittadini extracomunitari o apolidi) di appartenenza. Essa punta all'eliminazione delle barriere tradizionalmente erette in nome della pretesa distinzione fra attitudini e capacità maschili e femminili – e su questo fronte chiaramente il principale riferimento costituzionale è riposto nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 – ma non incide ontologicamente sul concetto di *cittadinanza* in senso stretto. Ciò non significa, peraltro, che a volte le previsioni poste a difesa della parità di genere non comportino una variazione rispetto al passato nelle modalità con cui uomini e donne possono esercitare i diritti conseguenti al loro *status* di cittadini. L'esempio più rilevante è senza dubbio rappresentato dalla disciplina delle "quote di genere" elettorali[4] applicabili negli enti

[4] V. *infra*, 3.3.

locali e, spesso anche alla luce delle disposizioni contenute negli statuti, in ambito regionale.

Qui di seguito, cercherò di esaminare sinteticamente le regole e gli istituti riconducibili alla nozione di *cittadinanza di genere*. Va chiarito fin d'ora che l'oggetto dell'indagine è rigorosamente circoscritto: non si tratta di monitorare l'applicazione del principio di parità di genere "a tutto tondo", ma di verificare l'incidenza dell'attività e dell'espressione delle donne (oltre che degli uomini) nei settori in cui è più forte e immediata la rilevanza dell'interesse della collettività.

Sul piano strutturale e metodologico, saranno in primo luogo analizzati alcuni strumenti che sono stati espressamente disciplinati dal legislatore nazionale – benché con diverso livello di approfondimento – con il preciso intento di dare applicazione al principio di parità di genere nel diritto pubblico. Dopo aver dedicato alcune considerazioni al bilancio di genere (rispetto al quale, come si vedrà, il contributo normativo è stato ad oggi particolarmente scarno e complessivamente deludente), ci si soffermerà sugli strumenti posti a garanzia della presenza femminile nei cosiddetti "luoghi del potere" (dalla partecipazione delle donne alle commissioni di concorso[5] e ai consigli di amministrazione delle società "pubbliche", alla previsione di quote elettorali riservate al genere sottorappresentato negli organi politici). Seguirà la sintetica analisi delle leggi regionali in cui la *cittadinanza di genere* ha trovato significativa – e a volte esplicita – protezione. Infine, qualche rilievo sarà espresso a proposito di alcuni istituti (segnatamente, la pianificazione strategica eventualmente prodotta dagli enti locali e le ordinanze del sindaco) che, almeno occasionalmente, sono suscettibili di determinare effetti indiretti (ma non irrilevanti) sull'ampiezza e sull'intensità della tutela della *cittadinanza di genere*.

[5] Per quanto riguarda il requisito della cittadinanza per l'assunzione di incarichi di rilievo nel settore pubblico, v., per esempio, G.I. VIGLIOTTI, *Cittadinanza italiana: requisito essenziale per gli alti funzionari*, nota a Tar Puglia, Lecce, I, 26 giugno 2012, n. 1138, in *Corr. Mer.*, 2013, n. 1, 104 ss.

2. Il gender auditing*: la cittadinanza di genere oltre la cittadinanza*

Come è noto, il *gender auditing* non comporta né la redazione di bilanci distinti per genere, né la necessaria previsione di finanziamenti riservati alle donne. Si tratta, invece, di uno strumento descrittivo, che consente di evidenziare come le implicazioni della spesa pubblica siano influenzate dalle asimmetrie di genere, soprattutto in vista della proposizione di politiche pubbliche a medio termine; inoltre, esso permette di analizzare le entrate e le spese di un ente pubblico valutando *ex ante* e monitorando *ex post* gli effetti prodotti su uomini e donne. In quanto meccanismo di valutazione dell'impatto delle misure assunte, esso può svolgere un'importantissima funzione di indirizzo politico, in particolare ai fini dell'oculata gestione delle (scarse) risorse economiche pubbliche.

La sperimentazione è stata svolta soprattutto da parte degli enti locali, che, alla luce del principio di sussidiarietà, assumono competenze amministrative generali e sono di conseguenza in grado di incidere in maniera più significativa sul *mainstreaming*[6]. Tuttavia, la diffusione della rendicontazione di genere sul territorio italiano è ancora discontinua, soprattutto a causa della quasi totale carenza di disciplina legislativa in materia.

Nelle disposizioni nazionali di ultima generazione emerge qualche sforzo per colmare la lacuna. I risultati, tuttavia, non sempre sono rassicuranti. Anzi, deve purtroppo riconoscersi l'assenza di reale progettualità, come dimostra, in particolare, il contenuto del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che merita per la sua rilevanza almeno un cenno. Nel decreto si prevede[7] la redazione da parte delle amministrazioni pubbliche di un piano della *performance* triennale, documento di programmazione in cui sono individuati gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi che l'ente si propone di realizzare nell'immediato futuro,

[6] In dottrina, analizzano la questione dell'adozione dei bilanci di genere nella prospettiva della prassi applicata presso gli enti locali, per esempio, F. BETTIO, S. BOTARELLI, A. ROSSELLI (a cura di), *Come si costruisce un bilancio di genere: linee guida per amministratrici/amministratori comunali*, Siena, 2006 e F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, Bergamo, 2003.

[7] V. art. 10, comma 1, lett. *a)* e lett. *b)*, d.lgs. n. 150/2009.

nonché gli indicatori di riferimento per la valutazione dell'attività svolta. Non si riscontra, però, alcun riferimento alla redazione del bilancio di genere, che è richiamato, invece, quale elemento contenutistico della relazione annuale di carattere consuntivo che gli enti devono stilare valorizzando i risultati raggiunti. È evidente come il legislatore abbia tenuto conto solo in parte delle potenzialità virtuose insite nel meccanismo del *gender auditing*, il quale appare come un'arma poco efficace se il suo utilizzo non è imposto anche nel momento preventivo della progettazione degli interventi.

In questo quadro normativo a dir poco embrionale, restano ovviamente aperti una serie di interrogativi di carattere prevalentemente metodologico, la cui soluzione è suscettibile di produrre ricadute non irrilevanti sulla concreta idoneità del *gender auditing* a fungere da meccanismo di promozione della *cittadinanza di genere*.

Un primo problema concerne l'individuazione delle voci del bilancio, che, secondo una tesi espressa in dottrina[8], andrebbero suddivise almeno in tre gruppi: le spese specificamente dirette a uomini o donne, le spese preordinate a finanziare iniziative a sostegno indiretto delle pari opportunità e quelle (normalmente, la maggioranza) non orientate rispetto al genere.

A seguito del raccoglimento dei dati utili alla rendicontazione[9], particolarmente spinoso appare il momento della valutazione dell'impatto sulla popolazione di diverso genere delle politiche assunte. Il metodo più semplice parrebbe quello di attribuire a ciascuna misura un punteggio compreso tra un minimo e un massimo[10]. L'assegnazione del

[8] In generale v., per esempio: F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, cit., 18 ss.; D. BUDLENDER, R. SHARP, *How do a gender-sensitive budget analysis. Contemporary research and practice*, Commonwealth Secretariat, London, 1998.

[9] Si può procedere – per esempio, potenziando il meccanismo del sondaggio già previsto in molti settori dalle Carte dei servizi – alla verifica disaggregata per genere dell'indice di oggettivo sfruttamento e dell'indice di soddisfazione percepita dagli utenti dei servizi erogati dall'ente, nonché alla valutazione delle spese stanziate ed effettuate in ciascun settore per accertare l'impatto concreto su uomini e donne.

[10] Per qualche esempio, v., oltre ai riferimenti già indicati, ISTITUTO PER LA RICERCA SOCIALE - I.R.S. (a cura di), *Il bilancio di genere dei comuni. Un manuale*, Milano, 2006, 73 ss.

punteggio appropriato, però, è comunque quanto mai complessa e richiede l'abbandono consapevole di visioni antiquate, legate a una concezione troppo tradizionalista delle aspirazioni di uomini e donne[11].

Altre incertezze possono essere espresse circa l'individuazione dei soggetti autori della rendicontazione di genere.

Il coinvolgimento diretto delle istituzioni di riferimento nell'autovalutazione delle politiche assunte[12] presenta evidenti vantaggi correlati alla possibilità per l'ente pubblico di effettuare ingenti investimenti economici per realizzare le priorità individuate. Nel contempo, uno svantaggio di non poco conto consiste nella sovraesposizione al rischio di mutamento di indirizzo politico, che proprio sulla stabilità dell'individuazione delle priorità è suscettibile di incidere.

Il rischio specifico del modello che prevede la predisposizione del *gender auditing* su impulso di terzi – soprattutto associazioni o organizzazioni non governative[13] – consiste, invece, nella probabile scarsa incisività di proposte provenienti da soggetti spesso privi di conoscenze specifiche circa il concreto indice di fattibilità delle iniziative. Un vantaggio potrebbe invece consistere nella possibilità di raccogliere esigenze rappresentative di bisogni vigorosamente percepiti dalla categoria di cui le associazioni si fanno portavoce, ma non va sottaciuto il fatto che queste, nella maggior parte dei casi, sono a loro volta politicamente e/o ideologicamente orientate.

---

[11] V. DIREZIONE CENTRALE RISORSE FINANZIARIE E PATRIMONIO REGIONE EMILIA-ROMAGNA (a cura di), *Un sistema informativo per le politiche di genere nella Regione Emilia-Romagna*, cit., 32.

[12] V., per esempio, F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, cit., 37 ss.

[13] Sul punto, v., per esempio, F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, cit., 40 ss., ove questo modello è ricondotto all'esperienza canadese (1993). In proposito, v., per esempio, CANADIAN CENTRE FOR POLICY ALTERNATIVES AND CHO!CES (a cura di), *The alternative Federal budget papers*, Ottawa and Winnipeg, 1997, nonché IDEM (a cura di), *Show us the money. The politics and process of alternative budgets*, Winnipeg, 1998, IDEM (a cura di), *The alternative Federal budget papers*, Ottawa and Winnipeg, 1998, IDEM (a cura di), *The alternative Federal budget papers*, Ottawa and Winnipeg, 1999, e IDEM (a cura di), *The alternative Federal budget papers*, Ottawa and Winnipeg, 2000.

È forse preferibile, allora, il modello "misto"[14], in cui soggetti pubblici e privati cooperano in vista della redazione di un documento equilibrato.

3. La presenza femminile nei "luoghi del potere"

3.1. La composizione delle commissioni di concorso nella pubblica amministrazione

Il problema dell'accesso delle donne ai cosiddetti "luoghi del potere" in condizioni di parità di *chances* rispetto agli uomini tuttora rappresenta una questione assai spinosa[15]. In qualche caso, del resto, il legislatore nazionale ha preso espressamente posizione per (tentare di) garantire l'accesso paritario di uomini e donne ai ruoli pubblici, ove il genere femminile tradizionalmente soffre di un evidente *deficit* rappresentativo.

L'esempio forse più interessante (quanto meno in chiave diacronica) è rappresentato dall'art. 57, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. 30 marzo

[14] V. F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, cit., 42 ss., ove questo modello è esemplificato con il riferimento al sistema sudafricano (1994). In proposito v. anche, per esempio, D. BUDLENDER, *The first women's budget*, Cape Town, 1996, IDEM, *The second women's budget*, Cape Town, 1997, IDEM, *The third women's budget*, Cape Town, 1998, e IDEM, *The fourth women's budget*, Cape Town, 1999.

[15] Sul punto, la letteratura è ricca. A mero titolo esemplificativo, v.: PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA (a cura di), *Donne e leadership: per lo sviluppo di una cultura organizzativa delle amministrazioni pubbliche in ottica di genere*, Roma, 2003; PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (a cura di), *L'impatto della flessibilità sui percorsi di carriera delle donne: quarto programma d'azione comunitario per le pari opportunità fra uomini e donne*, Milano, 2001; CONSIGLIO REGIONALE DEL VENETO - SERVIZIO STUDI, DOCUMENTAZIONE E BIBLIOTECA (a cura di), *Donne nelle istituzioni: numeri e bibliografia*, Venezia, 2000; B. BECCALLI, M. BARBERA (a cura di), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999; AA.VV., *Una parità ancora sulla carta: la presenza femminile nel settore pubblico*, numero monografico della rivista *Pubblica Amministrazione oggi*, 1997.

2001, n. 165[16], in base al quale «le pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro» tra l'altro «riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso».

A fronte della (frequente) violazione di questa norma, in passato la giurisprudenza amministrativa solo sporadicamente ha riconosciuto che la disposizione introducesse a pieno titolo uno strumento qualificabile in termini di "azione positiva"[17], mentre in altri casi ha ritenuto che la previsione corrispondesse a un principio generale posto a tutela di interessi sovraindividuali inidonei a legittimare all'esperimento di un ricorso in sede giurisdizionale[18].

Forse anche alla luce della scarsa sensibilità manifestata dai giudici amministrativi, recentemente il legislatore ha modificato[19] il testo della disposizione, presidiandone l'efficacia di nuove garanzie. In primo luogo, ha precisato le modalità di calcolo della quota di posti in commissione riservati alle donne[20]. In tal modo, si è eliminato qualsiasi motivo di incertezza determinato dalla genericità della previgente formulazione normativa, rendendo così impraticabile la tesi (in passato seguita in giurisprudenza) dell'esclusione della sua vincolatività giuri-

[16] Per completezza, va detto che la prospettiva della parità di genere nell'accesso al lavoro e nelle prospettive di carriera emerge in varie disposizioni del d.lgs. n. 165/2001. V., per esempio art. 7 e art. 22.

[17] Per esempio, v.: Tar Liguria, II, 10 dicembre 2005, n. 1648, in *F. amm. Tar*, 2005, 3869; Cons. St., V, 11 ottobre 2005, n. 5487, in *F. amm. C.d.S.*, 2005, 2950; Cons. St., VI, 27 dicembre 2006, n. 7962, in *F. amm. C.d.S.*, 2006, 3322.

[18] Per esempio, v.: Cons. St., V, 6 giugno 2002, n. 3184, in *Giur. it.*, 2002, 2405; Tar Lazio, Roma, III, 28 maggio 2003, n. 4779, in *F. amm. Tar*, 2003, 1680; Cons. St., V, 23 ottobre 2007, n. 5572, in *F. amm. C.d.S.*, 2007, 2818; Tar Campania, Napoli, III, 3 febbraio 2010, n. 558, in *Red. amm. Tar*, 2010 n. 2. V. anche, per esempio: Tar Sicilia, Catania, II, 19 ottobre 1999, n. 2092, in *Ragiusan*, 2000, 251; TAR Lazio, Roma, III, 12 gennaio 2007, n. 149, in *F. amm. Tar*, 2007, 181; Cons. St., VI, 18 dicembre 2001, n. 6280, in *F. amm.*, 2001, 3207.

[19] V. l'art. 5, comma 1, legge 23 novembre 2012, n. 215.

[20] Infatti, oggi è stabilito che, in sede di determinazione del terzo dei posti nelle commissioni di concorso riservati alle donne, «in caso di quoziente frazionario si procede all'arrotondamento all'unità superiore qualora la cifra decimale sia pari o superiore a 0,5 e all'unità inferiore qualora la cifra decimale sia inferiore a 0,5».

dica. Inoltre, oggi è prevista l'istituzione obbligatoria, nell'ambito di ciascuna amministrazione, di un Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni[21], con compititi propositivi, consultivi e di verifica dei risultati raggiunti[22]. Infine, ancora più significativo è il possibile intervento del consigliere di parità competente per territorio, al quale l'atto di nomina della commissione di concorso deve essere inviato, pena la possibile responsabilità del dirigente inadempiente. Qualora ravvisi l'illegittima composizione della commissione, il consigliere di parità «diffida l'amministrazione a rimuoverla»; ove la diffida sia violata, è possibile adire le vie giurisdizionali e l'ottemperanza alla conseguente sentenza è garantita anche a livello penale[23].

Se attualmente il livello della tutela può ritenersi nel complesso piuttosto soddisfacente, è necessario segnalare che, a stretto rigore, meglio avrebbe fatto il legislatore non a riservare almeno un terzo dei posti nelle commissioni di concorso alle donne, ma a stabilire che il genere meno rappresentato debba ottenere almeno un terzo dei posti disponibili[24]. La norma vigente individua, invece, direttamente il genere ritenuto aprioristicamente sottorappresentato; essa, dunque, appare poco aderente al principio di parità fra i generi ed è pienamente compatibile con i parametri costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza solo in quanto si ponga come misura transitoria.

[21] A proposito del Comitato, che riunisce su di sé tutte le funzioni precedentemente attribuite ai comitati per le pari opportunità e ai comitati paritetici competenti in materia di *mobbing*, v. i commi 01-05 dell'art. 57, d.lgs. n. 165/2001. In dottrina, v. S. PETRILLI, *I Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni - Linee guida*, in *Azienditalia - Il personale*, 2011, n. 5, 238 ss.

[22] In base al comma 05 dell'art. 57, d.lgs. n. 165/2001, la mancata costituzione del Comitato «comporta responsabilità dei dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche al fine del raggiungimento degli obiettivi».

[23] V. il comma 1 *bis* dell'art. 57, d.lgs. n. 165/2001, come risultante dalla modifica apportata dall'art. 5, comma 1, lett. *b)*, legge n. 215/2012.

[24] Non a caso, questa è la formulazione delle disposizioni che puntano a garantire l'accesso femminile alle cariche politiche. V. *infra*, 3.3.

3.2. La presenza femminile nelle società "pubbliche"

Un importante passo avanti nel progressivo riconoscimento della partecipazione delle donne alla vita pubblica è coinciso con la recente introduzione – ad opera della l. 12 luglio 2011, n. 120[25] – della riserva di quote di genere nella composizione degli organi collegiali di governo delle società partecipate da enti pubblici o quotate in borsa. Il regolamento attuativo[26], applicabile alle società non quotate in borsa partecipate e controllate da enti pubblici, contiene alcune norme interessanti.

In primo luogo, è prevista la riserva al genere sottorappresentato di almeno (un quinto, nell'immediato, ma a pieno regime) un terzo dei posti disponibili[27]. La vigilanza sul rispetto della disciplina è demandata al Presidente del Consiglio dei Ministri o, su sua delega, al Ministro per le pari opportunità, che in materia presenta al Parlamento una relazione triennale; dunque, le società devono comunicare tempestivamente al Governo qualsiasi variazione.

È interessante, poi, la norma regolamentare in base alla quale la mancanza di equilibrio fra i generi può essere segnalata al governo «da chiunque vi abbia interesse»[28]. L'ampia locuzione utilizzata dal legislatore sembra preludere a una notevole estensione della legittimazione,

[25] La legge sarà in pieno vigore a partire dal 2015. Per l'analisi della situazione esistente prima dell'entrata in vigore della riforma, v., per esempio, M. BIANCO, A. CIAVARELLA, R. SIGNORETTI, *Women on boards in Italy*, Quaderni di finanza Consob, n. 70, ottobre 2011, in http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/studi_analisi/quaderni_finanza/qdf70.html, consultato il 19 luglio 2013. Per un commento alla disciplina del 2011, v. M. BENEDETTI, *Le quote nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 719 ss.; v. anche C. GARILLI, *Le azioni positive nel diritto societario. Le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, f. 3, 885 ss., e A. BUSANI, G.O. MANNELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, in *Società*, 2012, in particolare 56 ss.

[26] Precisamente, v. d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251.

[27] V. art. 3, d.P.R. n. 251/2012, in cui si dispone che tale riserva sia indicata nello statuto dell'ente. La regola si applica anche ove la designazione avvenga con modalità elettive, nel qual caso il criterio dell'equo riparto fra i generi opera fin dalla fase di formazione delle liste con un numero di candidati superiore a tre.

[28] V. art. 4, comma 4, d.P.R. n. 251/2012.

che parrebbe ricomprendere i componenti del Governo, parlamentari, i consiglieri di parità, i soggetti titolari di incarichi istituzionali nell'ambito dell'amministrazione controllante la società, nonché, probabilmente, le associazioni rappresentative dell'aspirazione al pieno rispetto del principio di parità di genere[29]. Inoltre, dovrebbero essere pienamente legittimate a presentare la segnalazione anche le donne candidate ma non elette/nominate (o addirittura non candidate, benché qualificate) alle cariche societarie, così come tutti i componenti degli organi di governo e i singoli soci, in capo ai quali ben deve riconoscersi un interesse qualificato al rispetto della normativa da parte dell'ente. Più controversa e discutibile, invece, appare la legittimazione del *quisquis de populo* – a prescindere dal genere di appartenenza – che dipenderà dall'intensità dell'immediata vincolatività giuridica riconosciuta alla disposizione[30].

3.3. Le "quote di genere" nella composizione degli organi politici delle regioni e degli enti locali

Ovviamente, la tutela della *cittadinanza di genere* si pone in una relazione particolarmente stretta con i tradizionali diritti di cittadinanza allorché determina la predisposizione di "corsie preferenziali" per l'accesso agli organi politici a vantaggio delle persone appartenenti

[29] Per quanto concerne la legittimazione di questi soggetti a far valere in giudizio la violazione delle norme sulle cosiddette "quote elettorali di genere", v. *infra*, 3.3, ove si segnala la recente apertura in tal senso del Consiglio di Stato.

[30] Ove la norma sulla composizione degli organi sociali sia violata, il governo diffida l'ente a ripristinare l'equilibrio fra i generi entro un termine breve, che potrà essere reiterato, previa nuova diffida, in caso di inottemperanza. La seconda diffida, però, deve contenere l'avviso della decadenza dell'organo e comporta la sua ricostituzione «nei modi e nei termini previsti dalla legge e dallo statuto»: v. art. 4, comma 5, d.P.R. n. 251/2012. Non è chiaro se sia richiesto un ripensamento direttamente da parte della società oppure un intervento correttivo esterno (da parte dell'ente pubblico controllante). Sembra potersi ritenere che entrambe le vie indicate siano praticabili (la seconda in subordine al fallimento della prima), purché sia comunque rispettato l'art. 5, che vieta che dall'attuazione del decreto derivino «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» e impone alle autorità interessate di provvedere «agli adempimenti previsti […] con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

al genere al momento pesantemente sottorappresentato. Nell'ordinamento italiano[31] da tempo è aperta la discussione circa la legittimità[32] e l'opportunità[33] della previsione delle cosiddette "quote di genere elettorali"[34].

[31] Per ovvie esigenze di sintesi, non saranno in questa sede esaminate le disposizioni di livello regionale. Su questo tema, in dottrina, v., esempio: L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, 47 ss.; G. BRUNELLI, *Le "quote" riprendono quota? A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale*, in *Le regioni*, 2006, 531 ss.; E. PALICI DI SUNI PRAT, *Le ragioni delle donne e le donne nelle Regioni*, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 605 ss.; COMMISSIONE NAZIONALE PER LA PARITÀ E LE PARI OPPORTUNITÀ TRA UOMO E DONNA (a cura di), *Regioni: quali statuti e quali leggi elettorali*, Roma, 2003; M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, 64 ss.

[32] Sull'istituto delle "quote di genere" si è a suo tempo pronunciata, in senso parzialmente critico, la Corte costituzionale: v. sent. 12 settembre 1995, n. 422, in *F. it.*, 1995, I, 3386. V. anche quanto meno C. cost., 13 febbraio 2003, n. 49, in *F. amm. CdS*, 2003, 447, ove si è precisato che i vincoli imposti dalla legge per conseguire l'equilibrio dei generi nella rappresentanza politica non devono incidere sulla «parità di chances delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale». In dottrina, v. sul punto G. PASSANITI, *Pari opportunità tra Corte Costituzionale e revisione della Costituzione (a margine della ordinanza n. 39 del 2005 della Corte costituzionale)*, in http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2200.htm, consultato il 27 luglio 2013; v. gli ampi riferimenti ivi indicati.

[33] Recentemente v., per esempio: A. DEL RE, *Le quote necessarie*, in http://www.ingenere.it/articoli/sesso-e-potere-le-quote-necessarie, consultato il 19 luglio 2013; G. CHIOLA, *Pari opportunità e riforme costituzionali: analisi e prospettive*, in *Sociologia dir.*, 2008, 107 ss.; I. SALZA, *Le regole sulla partecipazione delle donne in politica: dalle cosiddette "quote rosa" al rinnovato quadro costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2008, 81 ss.; G. BRUNELLI, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Bologna, 2006; M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene rappresentanza protetta, tra riforme e interpretazione costituzionale*, in *Le regioni*, 2003, 491 ss.; M.T. SILVESTRINI, C. SIMIAND, S. URSO (a cura di), *Donne e politica: la presenza femminile nei partiti politici dell'Italia repubblicana. Torino, 1945-1990*, Milano, 2005.

[34] Per quanto concerne le competizioni elettorali di livello centrale, nell'art. 2, d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico per l'elezione del Senato della Repubblica) è previsto un generico *favor* per l'equilibrio della rappresentanza fra donne e uomini. È più incisiva la disciplina delle elezioni degli europarlamentari di cui all'art. 56, d.lgs. 11

Le previsioni maggiormente incisive[35] riguardano la composizione degli organi politici delle regioni e degli enti locali[36].

Per quanto concerne questi ultimi, le regole sono contenute, come è noto, nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267[37]. La chiave di lettura

aprile 2006, n. 198 (Codice per le pari opportunità fra uomo e donna): vi si prevede che, «nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, successive alla data di entrata in vigore della legge 8 aprile 2004, n. 90, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati»; la sanzione prevista per «i movimenti e i partiti politici presentatori di liste che non abbiano rispettato la proporzione» consiste nella riduzione del «rimborso per le spese elettorali […], fino ad un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale al numero dei candidati in più rispetto a quello massimo consentito» e «sono, comunque, inammissibili le liste circoscrizionali composte da più di un candidato che non prevedono la presenza di candidati di entrambi i sessi». Inoltre, «la somma eventualmente derivante dalla riduzione […] è erogata ai partiti o gruppi politici organizzati che abbiano avuto proclamata eletta […] una quota superiore ad un terzo di candidati di entrambi i sessi». In base all'art. 1, comma 1, l. 22 aprile 2014, n. 65, poi, nelle prime elezioni per il Parlamento europeo successive all'entrata in vigore della legge, ove siano espresse tre preferenze «queste devono riguardare candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della terza preferenza». Lo stesso art. 1, l.n. 65/2014, infine, modifica in senso analogo la l. 24 gennaio 1979 n. 18.

[35] Alle disposizioni richiamate nel testo si affianca la previsione di cui all'art. 1, comma 2 *bis*, l. 22 febbraio 2000, n. 28 (Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica), modificato dall'art. 4, l. n. 215/2012. In base a questa norma, «i mezzi di informazione, nell'ambito delle trasmissioni per la comunicazione politica, sono tenuti al rispetto dei principi di cui all'articolo 51, primo comma, della Costituzione, per la promozione delle pari opportunità tra donne e uomini». Questo meccanismo è interessante, perché determina l'anticipazione al momento comunicativo della tutela della piena partecipazione femminile alla vita pubblica. Sostanzialmente nella medesima direzione si muove l'art. 1, comma 7, l. 6 luglio 2012, n. 96, che riduce del cinque per cento i contributi pubblici spettanti ai partiti e ai movimenti politici che abbiano presentato liste elettorali composte per più dei due terzi da candidati dello stesso sesso. La previsione, formalmente abrogata dal comma 4 dell'art. 14, d.l. 28 dicembre 2013, n. 149 (convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 13), continua provvisoriamente ad applicarsi ai sensi del comma 3 del medesimo art. 14.

[36] In prospettiva, per quanto riguarda l'elezione dell'organo consiliare nelle città metropolitane, v. art. 1, comma 27 e comma 38, l. 7 aprile 2014, n. 56. Per quanto riguarda l'elezione del Consiglio provinciale, v. art. 1, comma 71 e comma 77, della l. n. 56/2014.

comune può essere indicata nella necessità – evidentemente ben presente al legislatore – di contemperare l'esigenza di garantire la presenza femminile nelle istituzioni, tuttora drammaticamente scarsa, con alcuni principi basilari dell'ordinamento: il riconoscimento dell'autonomia normativa degli enti territoriali, da un lato, e il primario interesse alla loro governabilità, dall'altro lato. Pertanto, estremizzando un po', può forse dirsi che la *cittadinanza di genere* trova in questo caso nei diritti di cittadinanza in senso stretto i propri confini e i limiti del proprio esercizio.

La preoccupazione di non intaccare eccessivamente l'autonomia normativa di comuni e province sembra alla base della disposizione che, senza imporre il rispetto di quote minime per la presenza femminile, stabilisce che gli statuti indichino le azioni positive idonee ad «assicurare condizioni di parità fra uomo e donna», anche nella composizione delle giunte e degli organi collegiali non elettivi dell'ente e di aziende e istituzioni da questo dipendenti[38]. In modo del tutto compatibile, la salvaguardia della governabilità e della buona amministrazione sta a fondamento della formulazione – anch'essa generale e priva di precise indicazioni quantitative – dell'art. 46, comma 2, TUEL, in base al quale «il sindaco e il presidente della provincia nominano, […] garantendo la presenza di entrambi i sessi, i componenti della giunta». Analogamente, l'art. 17, comma 5, del testo unico richiede «il rispetto del principio della parità di accesso delle donne e degli uomini alle cariche elettive […] e agli uffici pubblici» nella predisposizione da parte degli statuti delle modalità di elezione e di nomina dei componenti dei collegi espressione di decentramento di livello comunale. In questo caso, oltre all'assenza di parametri quantitativi di riferimento, si nota la delimita-

[37] Come è noto, si tratta del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. L'art. 2, comma 1, l. n. 215/2012 ne ha modificato varie disposizioni. Sul punto v., per esempio, D. CAPOTORTO, *Contro le giunte monosex c'è un'arma in più*, in http://www.ingenere.it/articoli/contro-le-giunte-monosex-c-unarma-pi, consultato il 19 luglio 2013.

[38] V. art. 6, comma 3, d.lgs. n. 267/2000, emendato nel 2012. Del tutto coerente è l'art. 4, comma 4, lett. *c-bis*, l. 2 luglio 2004, n. 165 (modificato dall'art. 3, comma 1, l. n. 215/2012), in base al quale le regioni, nel disciplinare il sistema di elezione del presidente della giunta e dei consiglieri regionali, devono anch'esse assicurare la «promozione della parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive».

zione dell'ambito di applicabilità ai soli comuni con più di 300.000 abitanti.

Un altro gruppo di regole riguarda la presentazione delle liste per l'elezione del sindaco e dei consiglieri comunali[39]. Questa disciplina si contraddistingue per una sorta di "doppio livello" di tutela del principio di parità di genere. Dapprima, infatti, le "quote di genere" si applicano nella fase della formazione delle liste dei candidati, ove «è assicurata la rappresentanza di entrambi e sessi» e, se la popolazione supera i 5.000 abitanti, nessun genere «può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati». Successivamente, al momento del voto, il principio di parità di genere opera in forma, per così dire, "attenuata" e influenza i risultati elettorali solo parzialmente. È previsto, infatti, che ove l'elettore possa esprimere fino a due preferenze, «esse devono riguardare candidati di sesso diverso della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza»[40]. I compiti di verifica del rispetto della disciplina sono assegnati alla commissione elettorale mandamentale, la quale, nel caso in cui risulti la violazione delle regole sulla composizione delle liste, elimina i nominativi dei candidati appartenenti al genere rappresentato oltre i due terzi, procedendo dall'ultimo candidato nell'ordine di lista. L'unico limite al potere di intervento della commissione è costituito dalla necessità, nei comuni di minori dimensioni, di mantenere il numero minimo di candidati necessario per l'ammissione della lista alla competizione elettorale; invece, nei comuni con più di 15.000 abitanti, se la proporzione di genere non è stata rispettata e a seguito della correzione il numero dei candidati è inferiore a quello minimo prescritto, la commissione ricusa la lista[41]. Anche in questo caso, il legislatore ha sacrificato parzialmente l'efficacia del

[39] Per quanto concerne il calcolo delle quote, gli artt. 71, comma 3 *bis*, e 73, comma 1, d.lgs. n. 267/2000 (entrambi modificati nel 2012), prevedono l'«arrotondamento all'unità superiore qualora il numero dei candidati del sesso meno rappresentato da comprendere nella lista contenga una cifra decimale inferiore a 50 centesimi». La prima disposizione si applica all'elezione del consiglio e del sindaco nei comuni fino a 15.000 abitanti; la seconda si applica invece, nei comuni di maggiori dimensioni, solo all'elezione del consiglio.

[40] V. art. 71, comma 5, e art. 73, comma 3, d.lgs. n. 267/2000.

[41] V. d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, art. 30, comma 1, lett. *d-bis* e lett. *e*, e art. 33, comma 1, lett. *d-bis* e lett. *e* (come modificati dalla legge n. 215/2012).

principio di parità fra i generi (rafforzata dalla previsione della quantificazione di quote minime di candidate nelle liste) solo per assicurare la piena governabilità dell'ente locale, la quale, evidentemente, è considerata un obiettivo di massimo rilievo.

La sensibilità dimostrata dal legislatore è condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, che da tempo riconosce l'immediata vincolatività del principio di parità fra i generi ed è propensa ad annullare gli atti di composizione delle giunte degli enti territoriali contrastanti con le disposizioni sulle "quote di genere"[42].

Per quanto concerne la composizione delle giunte regionali, la sovrarappresentazione del genere maschile è stata ritenuta incompatibile con i principi generali contenuti nel combinato disposto dell'art. 51, Cost.[43], dell'art. 117, comma 7, Cost. e dell'art. 1, d.lgs. n. 198/2006. Naturalmente, ove tali previsioni siano richiamate e specificate nello statuto dell'ente il riconoscimento della loro immediata vincolatività giuridica è ulteriormente agevolato[44]. Per quanto concerne la composizione delle giunte di province e comuni[45], oggi più che mai l'unico li-

[42] V. per tutti M. CERRONI, *Il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive alla luce della giurisprudenza amministrativa del 2011*, in http://www.federalismi.it, consultato il 20 luglio 2013, ove sono reperibili numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Per quanto concerne la legittimazione alla promozione del ricorso, essa tradizionalmente è riconosciuta in capo agli elettori dell'ambito territoriale di riferimento, mentre nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato si registra un'importante apertura anche nei confronti delle associazioni per la salvaguardia delle "quote di genere": v. Cons. St., V, 21 giugno 2012, n. 3670, in *F. amm. CdS*, 2012, 1620 (che annulla Tar Lombardia, Milano, I, 4 febbraio 2011, n. 354, in *F. amm. Tar*, 2011, 354).

[43] V. nuovamente M. CERRONI, *Il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive alla luce della giurisprudenza amministrativa del 2011*, cit., il quale sottolinea come l'art. 51, Cost. sia stato ritenuto immediatamente precettivo.

[44] Per esempio, con riferimento alla composizione della giunta regionale lombarda, v. Cons. St., V, 21 giugno 2012, n. 3670, cit.; per quanto concerne l'esperienza campana, v. Cons. St., V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *F. amm. CdS*, 2011, 2439, a seguito della quale la regione Campania ha presentato ricorso per conflitto di attribuzione – poi dichiarato inammissibile – presso la Corte costituzionale (v. C. cost., 5 aprile 2012, n. 81, in *F. it.*, 2012, 5, I, 1285).

[45] V., per esempio: Tar Puglia, Bari, III, 18 dicembre 2008, n. 2913, in www.giustizia-amministrativa.it (consultato il 20 luglio 2013) e Idem, Lecce, I, 23 settembre 2009, n. 740, in *Guida dir.*, n. 40, 2009, 100; Tar Campania, Napoli, I, 10 marzo 2011, n. 1427,

mite legittimo alla piena operatività della parità di genere è riposto nella necessità di garantire la governabilità; ne deriva che l'atto di nomina della giunta in contrasto con il principio è legittimo solo se adeguatamente motivato con riferimento ad esigenze di rispetto delle coalizioni di partito e degli equilibri politici[46].

In conclusione, merita di essere segnalato un aspetto per certi versi paradossale. È noto, infatti, come, per quanto sporadicamente, siano state nominate giunte degli enti locali composte da sole donne. È significativo che queste fattispecie non solo non siano state oggetto di ricorso, ma addirittura siano spesso balzate agli onori della cronaca come esempi virtuosi[47]. In questi casi, il riconoscimento della "nuova" *cittadinanza di genere* è dunque posto, per quanto implicitamente, a fondamento del ripensamento delle modalità di esercizio dei tradizionali diritti partecipativi espressione del principio di uguaglianza formale e del principio di legalità.

4. La cittadinanza di genere *nella legislazione regionale*

Alcuni segnali incoraggianti nel senso del graduale ma progressivo accoglimento della *cittadinanza di genere* nell'ordinamento italiano provengono anche dalla normativa di livello regionale.

Il punto di partenza è costituito dall'emanazione della l.r. Toscana 2 aprile 2009, n. 16, rubricata proprio *Cittadinanza di genere*[48]. La progressiva maturazione anche in ambito giuridico di una nuova consapevolezza ha trovato conferma ulteriore, pochi anni dopo, con la

in *Giur. mer.*, 2011, 1415; Tar Campania, Napoli, I, 7 aprile 2011, n. 1985, in *F. amm. Tar*, 2011, 1318; Tar Sardegna, 2 agosto 2011, n. 864, in *F. amm. Tar*, 2011, 2617; Tar Lazio, Roma, II, 26 luglio 2011, n. 6673, in *Guida dir.*, 2011, n. 33-34, 77; Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 26 ottobre 2011, n. 750, in *Red. amm. Tar*, 2011, n. 10.

[46] Nella giurisprudenza recente, v. per esempio: Tar Puglia, Lecce, I, 7 febbraio 2013, n. 289, e Idem, 14 dicembre 2012, n. 2025, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it (consultato il 21 luglio 2013).

[47] V. per qualche dettaglio D. CAPOTORTO, *Contro le giunte monosex c'è un'arma in più*, cit.

[48] La disciplina è già stata oggetto di una prima revisione, che ha prodotto la riforma operata con l.r. 10 febbraio 2011, n. 4.

produzione, nella regione Marche, della l.r. 23 luglio 2012, n. 23, che riprende molte delle disposizioni toscane[49].

In entrambi i casi, la *cittadinanza di genere* è ricostruita in termini di principio che deve essere applicato nelle politiche regionali; inoltre, si afferma l'impegno della regione per valorizzare le differenze fra donne e uomini[50]. Dunque, si promuove la partecipazione di tutti alla vita pubblica a prescindere dall'appartenenza di genere e si auspica l'assunzione di azioni positive a sostegno (non necessariamente delle donne, ma) della presenza nei vari settori del genere sottorappresentato. Da questo punto di vista, la normativa regionale appare assai avanzata, benché necessariamente tenga conto della situazione attuale, in cui evidentemente il genere svantaggiato nella maggior parte dei casi è quello femminile.

Gli obiettivi espressamente posti dai legislatori regionali a fondamento della protezione della *cittadinanza di genere* sono di portata generale[51]: dal rispetto dei diritti di donne e uomini (con particolare riferimento alla difesa delle libertà e dell'autodeterminazione delle prime), alla promozione della genitorialità consapevole e dell'equa distribuzione delle responsabilità familiari; dal sostegno alla conciliazione fra tempi di lavoro e tempi dedicati alla vita privata, alla promozione dell'imprenditorialità e delle professionalità femminili in vista dell'uguale indipendenza economica di uomini e donne; dall'impegno per l'integrazione della programmazione pubblica e dell'attività normativa alla luce delle politiche per la *cittadinanza di genere*, alla promozione della partecipazione femminile alla vita politica e sociale. Nell'ambito di un impianto teleologico palesemente caleidoscopico, merita particolare attenzione l'intento di eliminare gli stereotipi associati al genere. Questo risultato evidentemente richiede una profonda metamorfosi culturale, comportante in primo luogo il distacco dalla mentalità manichea per cui l'identità maschile e quella femminile sono nettamente separate

[49] Anche la regione Umbria ha dimostrato sensibilità per la questione della parità di genere. Nel Documento annuale di programmazione regionale 2011-2013 (provv. reg. 16 marzo 2011), si esprime infatti l'intento di elaborare una legge specifica sulla cittadinanza di genere.

[50] V. art. 1, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 1, comma 2, l.r. Marche n. 23/2012.

[51] V. art. 2, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 2, l.r. Marche n. 23/2012.

non solo quanto a compiti e ruoli, ma soprattutto, e prima ancora, quanto ad abilità e sensibilità.

Sul piano metodologico, si punta soprattutto sulla concertazione e sul coordinamento fra livelli istituzionali, ove spicca il ruolo della regione. Questa è chiamata (oltre che alla formulazione di un piano regionale per la *cittadinanza di genere*[52] e alla predisposizione periodica dei bilanci di genere[53]) ad approvare i progetti prospettati dagli altri enti territoriali e dalle associazioni e a deliberarne il finanziamento[54], ad indire – di regola con cadenza annuale – un *Forum della cittadinanza di genere* coinvolgente tutti i soggetti impegnati sul fronte della parità fra donne e uomini[55], ad istituire un *Tavolo permanente di coordinamento per le politiche di genere*[56], che funge da luogo di discussione e confronto fra tutti coloro che promuovono politiche di pari opportunità[57].

La misura forse più interessante consiste nella costituzione della banca dati dei saperi delle donne, in cui sono inseriti i *curricula* delle donne residenti o occupate in regione che sono dotate di particolari competenze professionali. Ciò dovrebbe consentire la più agevole valorizzazione delle capacità femminili nel mondo del lavoro e favorire l'inserimento delle donne nelle posizioni politico-istituzionali di vertice[58].

Al di là dell'intrinseca portata innovativa sul piano sistematico di queste disposizioni, il problema più spinoso concerne il momento dell'implementazione, poiché i legislatori regionali non prevedono vere

[52] V. art. 22, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 18, l.r. Marche n. 23/2012.

[53] V. art. 13, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 7, l.r. Marche n. 23/2012.

[54] V. art. 3, l.r. Toscana n. 16/2009. Il legislatore marchigiano introduce varie forme di programmazione regionale a sostegno dei progetti a tutela della parità di genere: in particolare, v. art. 11, comma 2, e art. 14.

[55] V. art. 7, l.r. Toscana n. 16/2009.

[56] V. art. 8, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 6, l.r. Marche, n. 23/2012.

[57] Il ruolo basilare della regione è ulteriormente dimostrato dal fatto che, nell'impianto normativo di entrambe le leggi regionali, spetta proprio della giunta regionale indicare gli interlocutori legittimati a sedere al Tavolo permanente. Ciò, pare di poter dire, a garanzia della reale imparzialità dei soggetti coinvolti attivamente nel momento della programmazione delle iniziative da assumere.

[58] V. art. 4, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 3, l.r. Marche n. 23/2012.

e proprie sanzioni per le condotte incompatibili con i principi e le regole enunciati nell'articolato.

In tale prospettiva, un punto interessante concerne la previsione, nella disciplina toscana, della conclusione di accordi territoriali e patti locali di genere con i comuni interessati e con altri soggetti pubblici o privati, per la realizzazione dei progetti ritenuti rilevanti[59]. Istituti simili, del resto, da tempo sono stati introdotti anche da altri legislatori regionali, se pure in ambiti teleologicamente più circoscritti[60]. Tuttavia, questi meccanismi negoziali hanno contorni giuridici incerti e di per sé non appaiono suscettibili di rappresentare solide garanzie efficaci per il rispetto in concreto del principio di parità di genere. Pertanto, l'unico strumento realmente efficace pare poter essere indicato nella rimozione dei finanziamenti già deliberati, ove le condizioni stabilite dalla normativa vigente o dalle intese che ne sono conseguite non siano state rispettate[61].

5. Gli istituti che incidono indirettamente sulla cittadinanza di genere*: due esempi significativi*

L'ultima tappa di questo sintetico percorso ricostruttivo della *cittadinanza di genere* consiste nell'analisi (necessariamente, per sommi capi) di due istituti che, a mio parere, sono suscettibili di incidere indirettamente sull'intensità della sua efficacia giuridica. Precisamente, qualche considerazione sarà espressa, in primo luogo, sulla pianificazione strategica e, in secondo luogo, sulle ordinanze sindacali che vietano l'utilizzo nel territorio comunale di taluni indumenti femminili,

[59] V. art. 22, l.r. Toscana n. 16/2009.

[60] Per esempio, v. l.r. Puglia 21 marzo 2007, n. 7, art. 15, ove la stipulazione di appositi patti è prevista per il sostegno della genitorialità e della conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro, congiuntamente con l'incentivazione economica che consiste nella distribuzione, a seguito dell'adesione ai patti, di finanziamenti ulteriori rispetto a quelli eventualmente già erogati in applicazione di altri precetti. Inoltre, con particolare riferimento alla promozione della genitorialità consapevole – soprattutto dei lavoratori e delle lavoratrici – v. anche i patti territoriali di genere di cui all'art. 22, l.r. Liguria 1° agosto 2008, n. 26.

[61] V. art. 23, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 3, l.r. Marche n. 23/2012.

ritenuti potenzialmente in contrasto con l'esigenza di garantire la sicurezza della popolazione. Si tratta, evidentemente, solo di due esempi, scelti in modo forse un po' arbitrario. Ritengo, però, che essi risultino particolarmente significativi, perché dimostrano come strumenti apparentemente del tutto avulsi dalla prospettiva propria delle politiche di genere, possano invece determinare delle ricadute non irrilevanti sulla parità di trattamento fra uomini e donne.

Mediante i piani strategici[62], gli enti territoriali possono programmare lo sviluppo del territorio di riferimento, con particolare attenzione per il potenziamento degli agglomerati urbani quali centri di valorizzazione di politiche inclusive e di *welfare*. Dunque, possono essere predisposte soluzioni operative a problemi concreti che non di rado sono strettamente connessi a questioni di genere: si pensi al potenziamento dei servizi rivolti alle fasce più vulnerabili e disagiate della popolazione, alla promozione di attività informative e culturali idonee a promuovere maggiore consapevolezza sulle principali tematiche giuridiche e sociali, alla tutela della sicurezza nelle aree urbane ed extraurbane più "a rischio". Sul piano metodologico, al potenziamento del coordinamento fra enti territoriali normalmente si affianca la ricerca di un consenso diffuso tramite il dialogo con l'associazionismo corporativo e l'adesione volontaria dei comuni a un progetto condiviso.

Pertanto, l'oculata gestione della pianificazione strategica potrebbe determinare – benché in via indiretta – lo sviluppo costruttivo delle condizioni idonee ad assicurare il piano esercizio della *cittadinanza di genere*.

Reciprocamente, altri istituti – anch'essi in via indiretta e poco evidente – sono al contrario suscettibili di mettere a rischio i risultati virtuosi fin qui raggiunti, ponendo in atto delle vere e proprie discriminazioni di genere "sommerse".

[62] In proposito, nella dottrina recente, v. soprattutto F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012. Sia consentito citare anche A. SIMONATI, *Il piano strategico in Italia: meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla depianificazione?*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 99 ss. In entrambi gli scritti sono reperibili ampi riferimenti ulteriori, a cui si rinvia per l'approfondimento dei concetti richiamati nel testo.

L'esempio forse più noto e lampante consiste in alcuni gruppi di ordinanze emesse – con particolare frequenza negli ultimi tempi – dai sindaci, per vietare l'uso entro il territorio comunale di *burqa* e *niquab* (che, in quanto atti a occultare il volto di chi li indossa, sono ritenuti in contrasto con il diritto alla sicurezza delle popolazioni locali) e di *burquini*[63] (il cui utilizzo è censurato prevalentemente per ragioni di igiene e salubrità pubblica).

Nonostante sia rimasto per lo più inespresso e poco considerato[64], il profilo delle possibili implicazioni discriminatorie correlate all'appartenenza di genere (oltre che a quella di matrice etnica, culturale e religiosa) di tali atti è in realtà assai rilevante. Non a caso, la giurisprudenza[65] evidenzia la necessità che l'assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con i principi generali dell'attività amministrativa. Si richiede dunque, fra l'altro, l'attenta valutazione del parametro della ragionevolezza con riferimento all'indispensabilità dell'apposizione di divieti assoluti, che potrebbe determinare odiosi effetti di segregazione e autosegregazione di genere.

La rilevanza di questo esempio ai nostri fini è ancora più lampante se si riflette sulla circostanza che le donne colpite dalle ordinanze "anti *burqa*, *niquab* e *burquini*" sono, nella stragrande maggioranza dei casi, cittadine straniere extracomunitarie; ne consegue, evidentemente,

[63] Come è noto, il termine costituisce un neologismo, prodotto dalla crasi fra i vocaboli *burqa* e *bikini*.

[64] V. però, in dottrina: A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le regioni*, 2010, 349 ss., ove sono reperibili ampi riferimenti, relativi sia alla prassi amministrativa, sia alla giurisprudenza amministrativa in materia. V. anche: C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col* burqa *e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, nota a Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2426 ss.; M. MINNITI, F. MINNITI, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sindaco ko alla guerra del velo islamico*, nota a Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, 2006, n. 44, 108 ss.

[65] V., per esempio: Cons. St., VI, 19 giugno 2008, n. 3076, in *Comuni Italia*, n. 10-11, 2008, I, 4; Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, 2006, n. 44, 108; Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2423.

una concatenazione di discriminazioni che complicano e aggravano il quadro complessivo.

6. Considerazioni di sintesi

Come si è cercato di dimostrare in questo breve contributo, nell'ordinamento italiano vigente è possibile rintracciare una serie di regole e istituti che, globalmente considerati, vanno a comporre il caleidoscopico statuto giuridico della *cittadinanza di genere*.

I singoli elementi esaminati sono stati selezionati, senza alcuna pretesa di esaustività, in base a una valutazione (soggettiva e dunque quanto mai fallibile) di rilevanza sull'incidenza operativa del principio di parità fra uomo e donna nel diritto pubblico. Ne è emerso un quadro assai variegato, la cui peculiarità principale concerne forse la grande disparità nel grado di maturazione raggiunto dall'elaborazione concettuale e normativa dei vari strumenti analizzati, alcuni dei quali, come si è segnalato, sono oggetto di contributi legislativi molto embrionali e di portata non vincolante o addirittura (solo) di buone prassi.

Non è detto, però, che questo sia un fattore di debolezza del sistema. Anzi, proprio lo spiccato gradualismo con cui i diversi meccanismi giuridici trovano spazio può rappresentare un elemento di vitalità per il loro futuro fisiologico sviluppo, dato che la sperimentazione svolta sul campo senza vincoli stringenti potrà aiutare i legislatori (quello nazionale, ma soprattutto quelli regionali) ad adeguarsi nei tempi e nei modi che riterranno opportuni.

Del resto, la prudenza è d'obbligo nell'auspicare la piena realizzazione di spinte giuspositivistiche in un settore in cui la percezione (anche) giuridica delle problematiche risente dell'evoluzione della sensibilità e dei comportamenti sociali. In tale contesto, si profila in primo luogo il pericolo derivante da un'eccessiva cristallizzazione delle regole. Inoltre, non è agevole predisporre un adeguato impianto sanzionatorio per le condotte illegittime, il che evidentemente potenzialmente mina la stessa credibilità dell'impianto normativo nel suo complesso.

D'altra parte, anche una fiducia smisurata nella spontanea instaurazione di buone prassi non è necessariamente ben riposta. In parti-

colare, la discontinuità fra aree territoriali nel grado di applicazione "spontanea" degli istituti è suscettibile di creare un *vulnus* difficilmente colmabile nel principio di eguaglianza e nel criterio che impone l'uniformità in ambito nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni.

Pertanto, la soluzione preferibile è forse quella dell'incentivazione normativa all'assunzione di buone prassi, con l'assegnazione a soggetti *super partes* di compiti di vigilanza e garanzia. Questa formula potrebbe risultare efficace, almeno fino a quando le stesse buone prassi, alla luce degli esiti virtuosi prodotti in termini di inclusione nella vita comune della popolazione di entrambi i generi[66], non siano autonomamente percepite come di per sé convenienti e, di conseguenza, assumano forza vincolante in modo, per così dire, non "traumatico".

In conclusione, resta solo da ribadire come il tradizionale concetto di *cittadinanza* abbia costituito solo una sorta di "antecedente logico" per l'elaborazione della nuova nozione di *cittadinanza di genere*. Come si è evidenziato, quest'ultima non solo non si pone rispetto a quella in una posizione di *species* a *genus*, ma neppure presenta caratteri tali da poter essere almeno tendenzialmente ricondotti, quanto a contenuto e ambito applicativo soggettivo, a quelli tipici della cittadinanza *tout court*. Infatti, molte delle sue estrinsecazioni trovano efficacia a tutela (anche) di uomini e donne che non sono cittadini italiani (né, a volte, cittadini europei). Se ne può desumere, forse un po' paradossalmente, la perdurante attualità della nozione giuridica di *cittadinanza*. Quest'ultima risulta talmente evocativa – sul piano simbolico prima ancora che su quello giuridico in senso stretto – della protezione di un nucleo forte di diritti e interessi basati sul riconoscimento del profondo legame strutturale della persona con un gruppo a cui essa stabilmente appartiene, da essere utilizzata quasi come "contenitore" di riferimento per accezioni derivate di *cittadinanza*.

[66] In giurisprudenza, v. Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 14 febbraio 2013, n. 105, in *F. amm. Tar*, 2013, 683, ove – con riferimento alla questione delle quote di genere nella composizione degli organi politici degli enti locali, si afferma proprio che le norme in tema di pari opportunità sono poste a tutela dell'interesse generale.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Luisa Antoniolli – Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Gregorio Arena – Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Fulvio Cortese – Ricercatore di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Maryellen Fullerton – Professor of Law, Brooklyn Law School, Brooklyn, New York, USA; Fulbright Distinguished Professor of Law, University of Trento, Trento, Italy (2013)

Nicola Lugaresi – Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Alessandra Magliaro – Ricercatrice di Diritto tributario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Elena Mattevi – Assegnista di ricerca in Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Elisabetta Pederzini – Professoressa associata di Diritto commerciale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Gracy Pelacani – Dottoranda di ricerca presso la Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università di Trento

Silvia Pellizzari – Ricercatrice a tempo determinato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Diego Quaglioni – Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Gianni Santucci – Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Alvise Schiavon – Dottore di ricerca presso la Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università di Trento

Anna Simonati – Ricercatrice di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

COLLANA
'QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA'

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)