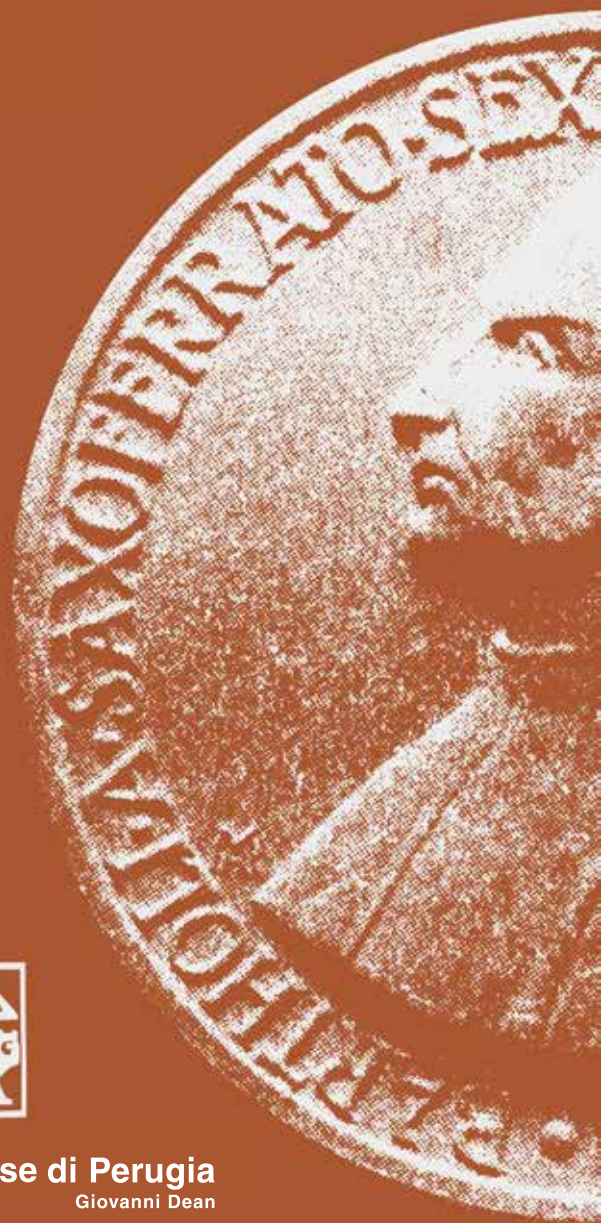


RASSEGNA
GIURIDICA
UMBRA

2015



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE SOMMARIO

| <i>DIRITTO CIVILE</i> | Pag. |
|---|------|
| Corte di Cassazione - Sez. unite civili, 17 luglio 2014, n. 16380, con nota di MARCO CANONICO, Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche | 6 |
| Tribunale di Perugia, 10 gennaio 2014, con nota di ANDREA SASSI, Presupposti del disconoscimento e interesse del figlio dopo la riforma della filiazione | 54 |
| Tribunale di Perugia, 7 febbraio 2014, con nota di SILVIO PIETRO CERRI, Questioni in tema di accettazione beneficiata | 69 |
| Tribunale di Perugia, 28 maggio 2014, con nota di CARMINE LAZZARO, Osservazioni in tema di preliminare di preliminare | 88 |
| <i>DIRITTO PENALE</i> | |
| Tribunale di Perugia, 2 febbraio 2015, con nota di ERICA FARINELLI, Sull'inefficacia probatoria del giudizio di "buona certezza" della c.d. ricognizione fotografica..... | 104 |
| Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, 23 ottobre 2014, con nota di GIULIA MOSCATELLI, Regime carcerario differenziato e diritto all'informazione: brevi note sull'oscuramento del digitale terrestre per i detenuti "41-bis"..... | 114 |
| Tribunale di Terni, 29 maggio 2014, con nota di MARICA BELLÌ, Brevi note in tema di lancio di materiali pericolosi in occasione di manifestazioni sportive..... | 120 |

DIRITTO PUBBLICO

Pag.

| | |
|--|-----|
| T.A.R. Umbria – 30 marzo 2015, n.146, con nota di ALESSANDRA FANI, Brevi note in tema di prescrivibilità dei farmaci biosimilari | 126 |
| T.A.R. Umbria – 11 marzo 2015, n.178, con nota di MATTEO PASSERI, Il problema dell'imparzialità dell'organismo verificatore alla luce della giurisprudenza CEDU | 140 |
| T.A.R. Umbria – 30 aprile 2015, n. 192, con nota di BENEDETTO PONTI, La selezione para-concorsuale o comparativa, funzionale al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni al ruolo, è indispensabile a garantire il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa ... | 165 |

DOTTRINA

| | |
|---|-----|
| ROBERTO CIPPITANI, La libertà di circolazione dei familiari provenienti dai paesi terzi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia | 182 |
| GIOVANNI ROSSI, La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile alla luce della direttiva 2012/29/UE | 196 |
| LUIGI TROMBETTA, L'ergastolo ostativo e l'art. 4 bis ord. penit.: il legno storto tra rieducazione e misure deflative | 224 |
| RENATO BORRUSO, Il valore etico della giurisprudenza | 236 |

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI FAMILIARI PROVENIENTI DAI PAESI TERZI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. *La giurisprudenza Zambrano e le sentenze successive sulla libertà di circolazione dei familiari cittadini di paesi terzi* – 2. *Argomenti interpretativi della Corte* – 3. *L'effetto utile* – 4. *Principi costituzionali* – 5. *Differenze nelle sentenze e contesto dell'interpretazione giudiziale* – 6. *Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del diritto comunitario*

1. *La giurisprudenza Zambrano e le sentenze successive sulla libertà di circolazione dei familiari cittadini di paesi terzi.*

Lo status di cittadino dell'Unione Europea comprende il diritto costituzionale alla circolazione e allo stabilimento all'interno del territorio comunitario (principalmente v. artt. 3, paragrafo 2; 20; 21, TUE; preambolo e art. 45 Carta dei diritti fondamentali).

La 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, richiama a tale proposito "il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso" ("considerando" n. 1 della direttiva).

Tale diritto si estende anche ai familiari del cittadino comunitario (v. l'art. 3 e l'art. 16, paragrafo 2), dove per familiari si intendono, a norma dell'art. 2 della direttiva: a) il coniuge; b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro; c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner; d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner.

L'interpretazione giurisprudenziale degli ultimi anni ha messo in luce i problemi che derivano dall'applicazione della normativa in parola ai familiari di cittadini comunitari, quando detti familiari a loro volta non hanno la cittadinanza di uno Stato membro.

In questi casi, la giurisprudenza comunitaria ha evidenziato che il cittadino proveniente da un paese terzo non ha un diritto autonomo alla libera circolazione

(sentenza nel caso *Iida*, punto 66)⁽¹⁾. Tale libertà, pertanto, va riconosciuta a detti familiari quando ricorrano le ipotesi di cui alla direttiva 2004/38/CE o quando comunque esista altro elemento di connessione con le disposizioni comunitarie in materia di cittadinanza (v. punto 82).

Si tratta quindi di un “diritto derivato” (*Iida*, punto 67; v. anche la sentenza *Dereci* ⁽²⁾, punto 55) che è riconosciuto ai cittadini non comunitari per evitare ostacoli alla libera circolazione del cittadino comunitario che lo possano dissuadere dall’esercizio dei suoi diritti (*Iida*, punto 68).

Una questione molto importante è se possano invocare la libera circolazione dei familiari anche i cittadini che non hanno esercitato il diritto alla mobilità transfrontaliera. Ciò dato che l’art. 3, paragrafo 1, della direttiva identifica come titolare del diritto “qualsiasi cittadino dell’Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza”.

Una giurisprudenza particolarmente importante con riferimento al tema è appresentata dalla sentenza nella causa Ruiz Zambrano del 2011 ⁽³⁾.

L’Avvocato Generale Eleanor Sharpston, nelle sue conclusioni ⁽⁴⁾, osserva come in alcune importanti sentenze della Corte di giustizia la libera circolazione dei cittadini comunitari è stata riconosciuta a prescindere dalla effettiva mobilità intraeuropea. L’Avvocato Generale cita, a riguardo, sentenze come *Garcia Avello* ⁽⁵⁾, *Zhu e Chen* ⁽⁶⁾ e *Rottmann* ⁽⁷⁾.

Come affermato da un altro Avvocato Generale, Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, infatti, non si potrebbe limitare il riconoscimento del diritto soltanto “ai casi in cui sia stata esercitata la libera circolazione, in quanto comprende altresì le ipotesi in cui l’esercizio di tale libertà venga impedito o scoraggiato, nel caso, per esempio, di sussidi destinati alla formazione in altri Stati membri, nei quali si evidenzia l’imprescindibile collegamento con il diritto comunitario” ⁽⁸⁾.

Nella sentenza Ruiz Zambrano la questione pregiudiziale si riferiva alla possibilità di invocare detto diritto da parte di un genitore (non comunitario) di un cittadino di uno Stato membro. In quella occasione la direttiva 2004/38/CE non avrebbe potuto a rigore applicarsi, in quanto la fattispecie era carente dei presupposti previsti dalla normativa: da una parte il minore non doveva spostarsi da uno Stato comunitario ad un altro; d’altra parte la definizione di familiare non include quello del membro della famiglia che si prende cura del cittadino comunitario (v. il citato art. 2).

Comunque la Corte di giustizia osserva che la protezione del diritto alla libera circolazione, riconosciuto dagli articoli 20 e 21 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (di seguito “TFUE”), impone di eliminare ogni ostacolo al libero esercizio di detto diritto.

In Ruiz Zambrano il diniego al permesso di residenza del genitore metterebbe il minore “nell’impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo status di

¹ Corte di giustizia, sent. 8 novembre 2012, C 40-11, *Iida*, ancora non pubblicata.

² Corte di giustizia, sent. 15 novembre 2011, C-256-11, *Dereci e altri*, ancora non pubblicata.

³ Corte di giustizia, sent. 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Racc. 2011 p. I-1177.

⁴ Conclusioni dell’Avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010, punto 77.

⁵ Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, Racc. 2003 p. I-11613.

⁶ Corte di giustizia, sent. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, Racc. 2004 p. I-9925.

⁷ Corte di giustizia, sent. 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, Racc. 2010 p. I-1449.

⁸ Come afferma l’Avvocato generale Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer del 20 marzo 2007, nelle cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan/Bezirksregierung Köln e Iris Bucher/Landrat des Kreises Düren*, punto 87.

cittadino dell'Unione." (*Ruiz Zambrano*, punto 44), obbligandolo ad abbandonare il territorio dell'Unione, in modo da seguire le persone che ne hanno la cura.

Come si è detto, la "dottrina Zambrano" costituisce negli ultimi anni il più importante "punto di apertura" riguardo al tema della circolazione dei familiari cittadini di uno Stato terzo ⁽⁹⁾.

Però, dopo un paio di mesi dalla sentenza nella causa *Ruiz Zambrano*, la Corte di giustizia ha adottato la sentenza nella causa *Mc Carthy* ⁽¹⁰⁾, riguardante la stessa materia ma giungendo a conclusioni apparentemente diverse.

Nella causa in parola, la Corte di Lussemburgo afferma che la Signora Mc Carthy, cittadina del Regno Unito e della Repubblica di Irlanda, non poteva, in applicazione della direttiva 2004/38/CE, richiedere il permesso di soggiorno permanente per il suo coniuge, cittadino giamaicano.

Ciò in quanto la signora non aveva esercitato il suo diritto alla libera circolazione recandosi in altro Stato membro (v. i punti da 30 a 43 della sentenza).

Contrariamente a quello che era accaduto nella causa Zambrano "la misura nazionale in questione nell[a] (...) causa principale non ha come conseguenza che la sig.ra McCarthy si vedrà obbligata a lasciare il territorio dell'Unione. " (sentenza Mc Carthy, punto 50), con ciò compromettendo il nucleo essenziale di diritti derivanti dalla cittadinanza comunitaria.

In altre sentenze si possono osservare ulteriori ipotesi in cui il diniego del permesso di soggiorno ad un familiare non è ritenuto pregiudicare l'esercizio dei diritti del cittadino comunitario.

Così, non si ritiene sufficiente che il cittadino comunitario consideri solo desiderabile, per ragioni economiche o di unità familiare, che il membro della famiglia rimanga nel territorio dell'Unione Europea (v. la sentenza *Dereci*, già citata e la giurisprudenza *Ymerga* dell'8 maggio 2013 ⁽¹¹⁾).

Inoltre, la giurisprudenza attuale precisa che tale diritto non potrebbe applicarsi automaticamente in modo "transitivo" e cioè nel caso in cui il cittadino non comunitario, che richieda il permesso di residenza, sia coniuge del genitore (anch'egli non comunitario) di figli minori con la cittadinanza di un Paese dell'Unione. La regola è rinvenibile in *O. e S* ⁽¹²⁾ del dicembre del 2012.

La giurisprudenza ha evidenziato che il diritto derivato dei familiari di paesi terzi si applica non solo quando il cittadino comunitario si sposta in altro Stato diverso da quello di cui possiede la cittadinanza, ma anche quando il cittadino dell'Unione, stabilito in altro paese comunitario, torna in quello di cui è cittadino.

Infatti come afferma la Commissione nella causa *Singh* ⁽¹³⁾ "il cittadino di uno Stato membro che torni a stabilirsi in tale Stato dopo aver esercitato un'attività economica in un altro Stato membro si trova in una situazione analoga a quella del cittadino di un altro Stato membro che venga a stabilirsi nel suddetto paese." (*Singh*, punto 13).

La citata sentenza *O. e B.*, quando deve stabilire come trattare i periodi di soggiorno di un familiare di un paese terzo, afferma che "in una situazione in cui un

⁹ C. Pizzolo, *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, in R. Arnold, V. Colcelli, *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg, 2015, in corso di pubblicazione.

¹⁰ Corte di giustizia, sent. 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*, Racc. 2011 p. I-3375.

¹¹ Corte di giustizia, sent. 8 maggio 2013, C-244/13, *Ymerga*, ancora non pubblicata, punto 39.

¹² Corte di giustizia, sent. 6 dicembre 2012, C-356/11 y C-357/11, *O. y S.*, ancora non pubblicata.

¹³ Corte di giustizia, sent. 7 luglio 1992, C-370/90, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*, Racc. 1992 p. I-4265

cittadino dell'Unione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di un paese terzo nel corso di un soggiorno effettivo, ai sensi e nel rispetto delle condizioni enunciate agli articoli 7, paragrafi 1 e 2, o 16, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza, le disposizioni della medesima direttiva si applicano per analogia quando detto cittadino dell'Unione ritorni, con il familiare interessato, nel proprio Stato membro d'origine" (*O. e B.*, punto 61).

In un altro caso *McCarthy* del 2014⁽¹⁴⁾ (senza in realtà connessioni con quello del 2011 sopra citato) la Corte di Giustizia ha affermato il diritto del signor Mc Carthy (cittadino inglese residente in Spagna) di essere accompagnato nei suoi soggiorni nel Regno Unito dal coniuge di nazionalità di un paese terzo, munita di permesso di residenza rilasciato dal Regno di Spagna, senza che le autorità inglesi potessero imporre un ulteriore permesso. La direttiva 2004/38/CE si applica ai signori Mc Carthy in quanto il marito, cittadino comunitario, ha esercitato il suo diritto alla circolazione e quindi tale diritto si applica anche per tornare nello Stato di cittadinanza (punti 36-37).

Come sottolinea l'Avvocato Generale in questo secondo caso *Mc Carthy*⁽¹⁵⁾, peraltro, "la direttiva 2004/38/CE muove dall'ipotesi secondo cui, per spostarsi all'interno dell'Unione, il cittadino dell'Unione andrebbe sempre dallo Stato membro del quale possiede la cittadinanza verso un altro Stato membro, mentre ciò non avviene sempre, come illustrano i summenzionati esempi. A mio avviso, non sarebbe neanche adeguato alla realtà attuale della cittadinanza dell'Unione elencare in maniera esaustiva le diverse direzioni in cui i cittadini dell'Unione si spostano all'interno della stessa. Il legislatore dell'Unione – così mi sembra – non ha inteso introdurre un numero limitato di ipotesi di spostamento (*numerus clausus*), in modo da escludere quelle effettuate fra lo Stato membro ospitante e quello del quale un cittadino dell'Unione ha la cittadinanza." (punto 74).

Oltre al diritto derivato di circolazione i familiari del cittadino comunitario acquisiscono, dopo una convivenza di 5 anni, il permesso di soggiorno permanente, previsto dall'art. 16, comma 2, direttiva 2004/38/CE.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma che i familiari del cittadino comunitario adempiono alla citata disposizione quando hanno risieduto con il loro congiunto nel quinquennio⁽¹⁶⁾ o comunque quando sussisteva un legame familiare come il matrimonio, anche nel caso di una separazione di fatto⁽¹⁷⁾.

In coerenza con quanto detto sopra nella causa *O. e B.*⁽¹⁸⁾, la Corte riconosce che il periodo valido per acquisire il permesso di soggiorno comprende anche quello in cui il cittadino comunitario ritorna nel suo Paese di origine (*O. e B.*, punto 61).

¹⁴ Corte di giustizia, sent. del 18 dicembre 2014, C-202/13, *McCarthy* e altri, ancora non pubblicata.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 20 maggio 2014.

¹⁶ Corte di giustizia, sent. 8 maggio 2013, C-529/11, *Alarape y Tijani*, ancora non pubblicata, punto 34.

¹⁷ Corte di giustizia, sent. 10 luglio 2014, C-244/13, *Ogieriakhi*, ancora non pubblicata.

¹⁸ Corte di giustizia, sent. 12 marzo 2014, C-456/12, *O. y B.*, ancora non pubblicata.

2. Argomenti interpretativi della Corte

Il tema della libertà movimento dei familiari provenienti da un paese terzo, oltre ad avere una rilevanza di per sé, fornisce una interessante prospettiva per osservare come la Corte di giustizia svolge la sua attività interpretativa.

Soprattutto la sentenza *Ruiz Zambrano*, e la giurisprudenza che ne è derivata, rappresenta un importante punto di riferimento nei più recenti studi sull'interpretazione del giudice comunitario⁽¹⁹⁾.

L'integrazione giuridica europea deve molto al lavoro interpretativo della Corte di giustizia, che durante più di 60 anni ha sviluppato un suo particolare approccio interpretativo⁽²⁰⁾.

In un primo momento, analizzando la giurisprudenza citata nel paragrafo precedente, la peculiarità dell'interpretazione della Corte non sembra così evidente.

In effetti, come la maggior parte dei giudici nazionali di tradizione giuridica dell'Europa continentale, il giudice comunitario appare utilizzare i classici metodi di interpretazione.

L'omaggio alla tradizione ermeneutica si può soprattutto osservare nella sentenza *McCarthy* del 2011, nella quale si afferma l'utilizzo dell'interpretazione letterale, sistematica e teleologica per escludere l'applicazione della direttiva 2004/38/CE al marito della cittadina comunitaria, che non abbia mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, avendo sempre soggiornato nello Stato membro di cui possiede la nazionalità.

Infatti, applicando l'argomento letterale ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38/CE, questa deve applicarsi soltanto al cittadino dell'Unione che "si rechi" o soggiorni in uno Stato membro "diverso" da quello di cui ha la cittadinanza (*McCarthy*, punto 32).

Secondo la Corte di Giustizia, anche il sistema delle disposizioni nella direttiva supporta la sua tesi (v. paragrafi 36 ss. *McCarthy*): l'articolo 1, lettera a), della direttiva definisce il suo oggetto con riferimento all'esercizio "del" diritto "alla libertà di circolazione e di soggiorno" dei cittadini dell'Unione nel territorio degli Stati membri; il rapporto tra la residenza e la libera circolazione risulta sia dal titolo della direttiva, sia dalla maggior parte del suo preambolo; il diritto di soggiorno di cui agli articoli 6, 7 e 16 della direttiva 2004/38/CE riguarda il soggiorno di un cittadino dell'Unione in un altro Stato membro.

Detta interpretazione sembra poi coerente con la finalità della direttiva che è sì quella di "agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (*McCarthy* 2011, punto 28), ma comunque fissando i termini e le condizioni per l'esercizio della libertà di circolazione (*McCarthy* 2011, punto 33).

L'approccio espresso in *McCarthy* è confermato anche nella giurisprudenza *De-rci* (paragrafo 54 e seguenti; Vedi anche O. e B., comma 37 e segg.), che, come scrive l'Avvocato generale nelle sue conclusioni in *O. e S.*, ha realizzato una inter-

¹⁹ Tra gli altri DAWSON, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 3, maggio 2014, 423-435; BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012; CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

²⁰ Si tratta di un approccio che costituisce un riferimento anche nella giurisprudenza di altre corti regionali, come quelle dell'America Latina. Si permetta a riguardo il rinvio a CIPPITANI, *La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional*, in *Diritto e processo*, 2011, 67-99.

pretazione particolarmente rigorosa dei criteri stabiliti in *Ruiz Zambrano*.

In altre sentenze si sottolinea, in più, che non è sufficiente la pura interpretazione letterale.

Un esempio è la sentenza *Ogierakhi*, nella quale la Corte ritiene che se “l’articolo 16, paragrafo 2, della suddetta direttiva fosse oggetto di un’interpretazione letterale, il cittadino del paese terzo potrebbe essere reso vulnerabile da provvedimenti unilaterali adottati dal suo coniuge, il che sarebbe in contrasto con la ratio della direttiva in esame” (*Ogierakhi*, punto 40).

Lo spirito della direttiva, secondo la Corte, è espressa dal 15° “considerando” della direttiva, che prevede la “tutelare giuridicamente i familiari in caso di decesso del cittadino dell’Unione, di divorzio, di annullamento del matrimonio o di cessazione di una unione registrata” (vedi anche la disciplina di cui all’articolo 13 della direttiva, “Mantenimento del diritto di soggiorno dei familiari in caso di divorzio, di annullamento del matrimonio o di scioglimento dell’unione registrata”).

Alla fine, l’interpretazione della Corte non può basarsi esclusivamente sulla lettera della legge. In realtà esse è sempre legata a raggiungere un fine.

La finalità va considerata come inizio e come risultato dell’attività interpretativa. Per esempio: “La finalità e la ratio di tali diritti derivati, segnatamente i diritti di ingresso e di soggiorno dei familiari di un cittadino dell’Unione, si basano sulla constatazione che negare il loro riconoscimento può pregiudicare la libertà di circolazione del cittadino di cui trattasi, dissuadendolo dall’esercitare i propri diritti di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante” (*Alokpa* ⁽²¹⁾, punto 22; vedi anche *Ymeraga*, punto 35; *Iida*, punti 67 e 68).

Gli argomenti della giurisprudenza che si sta studiando sono perfettamente coerenti con l’approccio della Corte di Giustizia nella interpretazione del diritto comunitario.

La Corte più in generale, quando interpreta, afferma di utilizzare gli strumenti interpretativi ordinari ⁽²²⁾, ovvero quelli della tradizione positivista dell’Europa continentale.

Da questo punto di vista, i giudici dovrebbero solo derivare le regole da un sistema legale chiuso e completo stabilito dal legislatore nazionale. È quanto fa l’articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano che rappresenta l’interpretazione come un processo lineare e quasi algoritmico che inizia e si basa su una interpretazione letterale del testo ⁽²³⁾.

Il giudice può considerare ulteriori argomenti (come lo scopo della legge o principi generali) solo se l’interpretazione letterale non è sufficiente a regolare un caso specifico.

Ma la Corte di giustizia, come detto, nonostante riferimento a vari argomenti interpretativi (la lettera, lo scopo della legge, l’interpretazione sistematica), li utilizza in maniera cumulativa e non in modo sequenziale come al contrario si verificherebbe nella tradizione dell’ermeneutica giuridica ⁽²⁴⁾.

Inoltre, nella giurisprudenza del giudice comunitario l’interpretazione si realiz-

²¹ Corte di giustizia, sent. 10 de octubre de 2013, C 86/12, *Alokpa*, ancora non pubblicata.

²² Per esempio v. Corte di giustizia sent. 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland e The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e altri*, Racc. 1996, I-1029.

²³ SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 224; ANGELASCO, DEMOGUE, *La technique législative en matière de codification Civil. Étude de droit comparé*, Boccard, Paris, 1930.

²⁴ BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, cit., v. soprattutto cap. 9.

za sempre per raggiungere uno scopo ⁽²⁵⁾.

Pertanto, contrariamente a quanto accade nei codici civili nazionali, l'interpretazione teleologica non è solo un momento eventuale, ma necessario nel processo di attribuzione del senso giuridico a una disposizione. Lo scopo è il punto di partenza del processo interpretativo e interessa tutta la comprensione dei testi legali ⁽²⁶⁾.

3. *L'effetto utile*

L'approccio finalista della giurisprudenza comunitaria si esprime attraverso uno strumento caratteristico della Corte di giustizia e si incontra anche nelle decisioni degli altri organi giudiziali transnazionali ⁽²⁷⁾; la ricerca dell' "effetto utile" del diritto comunitario, che è considerato come un "corollario" dell'interpretazione teleologica ⁽²⁸⁾.

Come si è efficacemente detto, la Corte di giustizia ha posto l'approccio teleologico, insieme al principio dell'effetto utile, alla base della "infrastruttura del metodo ermeneutico comunitario" ⁽²⁹⁾.

Per la dottrina, l'effetto utile significa "scegliere tra varie soluzioni possibili secondo i termini del trattato nel loro contesto, quello che meglio serve la soddisfazione del suo oggetto e lo scopo" ⁽³⁰⁾.

A parere della Corte del Lussemburgo, il principio dell'effetto utile serve per raggiungere gli obiettivi dei Trattati costituzionali e, di conseguenza, per garantire il funzionamento dell'Unione ⁽³¹⁾.

L'effetto utile conduce ad applicare in modo più ampio possibile le norme che regolano le situazioni giuridiche soggettive di origine transnazionale, come libera circolazione delle persone ⁽³²⁾; d'altra parte per raggiungere gli obiettivi del diritto comunitario, si devono interpretare in maniera restrittiva le norme che limitano o derogano a dette situazioni giuridiche ⁽³³⁾.

Tutta la giurisprudenza che si sta analizzando utilizza argomenti connessi all'effetto utile.

Come si è detto, la sentenza *Ruiz Zambrano* e le altre fondano la loro argomentazione sulla necessità di assicurare il godimento effettivo dei diritti di cittadino

²⁵ Trib. primo grado, sent. 11 dicembre 2003, *Conserve Italia / Comisión*, T-305/00, Racc. 2003, II-5663.

²⁶ Sulla prospettiva teleologica dell'interpretazione del giudice comunitario v., per esempio, JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, 499 ss.

²⁷ Si permetta il riferimento a CIPPITANI, *Interpretación de las Cortes regionales*, in ÁLVAREZ LEDESMA, CIPPITANI (a cura di), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Peugia-México, 2013, 312-325; ID., *El «Derecho de la integración» en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica*, in PAMPILLO BALIÑO (a cura di), *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 523-548.

²⁸ QUADROS, *Direito das Comunidades Europeas e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisbona, 1984, 427.

²⁹ PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de México, 2008, 353.

³⁰ REMIRO BROTONS, *Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, vol. 2, 313.

³¹ V. per esempio Corte di giustizia, sent. 4 ottobre 2001, C-403/99, *Italia/ Commissione*, Racc. 2001, I-6883; ID., sent. 13 febbraio 1969, 14/68, *Walt Wilhelm y otr./ Bundeskartellamt*, Racc. 1969, I.

³² Corte di giustizia, sent. 20 febbraio 1997, C-344/95, *Comissione/ Belgio*, Racc. 1997, I-1035, punti 14-18, 34.

³³ Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports e altri/ Commissione*, Racc. 1996, II-1201, punti 48-49.

dell'Unione da parte del minore.

In questo contesto, la sentenza *Ruiz Zambrano* può affermare che l'articolo 20 TFUE "osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione" (*Ruiz Zambrano*, punto 42).

Come anche affermato in altre sentenze, richiamate dallo stesso giurisprudenza *Zambrano*, il diniego di residenza ai genitori di cittadini comunitari minori di età ha l'effetto di compromettere l'effettivo godimento dei diritti riconosciuto ai minori dal legislatore comunitario (*Baumbast*, punto 71)⁽³⁴⁾.

Infatti, le sentenze *Zambrano* e *Chen Zhu*⁽³⁵⁾ non si limitano ad applicare la libertà di movimento al familiare che è a carico del cittadino comunitario, ma anche nel caso contrario in cui è il cittadino di un paese terzo che mantiene il cittadino dell'Unione.

Secondo la Corte di giustizia "È chiaro, infatti, che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno." (*Zhu e Chen*, punto 45).

La necessità di assicurare l'effetto utile impone di non interpretare le norme comunitarie in senso restrittivo (*Baumbast*, punto 74; cfr. anche *Chakroun*⁽³⁶⁾, punto 43).

L'incompatibilità tra l'effetto utile e un'interpretazione restrittiva può essere osservato in *Ogieriakhi*, dove l'effetto utile contrasta con la pura interpretazione letterale, che si tradurrebbe in un'applicazione restrittiva della direttiva 2004/38/CE.

Le sentenze successive a *Zambrano* confermano l'obiettivo di assicurare l'effetto utile alla circolazione, eliminando le circostanze di fatto che limitano la libertà di circolazione del cittadino comunitario, tra le quali appunto il diniego del permesso in favore del familiare extracomunitario (*O. y S.*, punto 48; v. *Dereci*, punto 68), in quanto "come conseguenza di un siffatto diniego, tale cittadino si trovasse obbligato, di fatto, a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, venendo così privato del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione" (*Alokpa*, punto 32).

Ma la conferma del principio sostenuto in *Zambrano* avviene in modo negativo, nel senso che la necessità di raggiungere l'effetto utile, si sostiene, non si verifica nella situazione specifica presa in esame da dette sentenze.

La giurisprudenza McCarthy del 2011 ricorda (punto 52 e 53) che le decisioni sulla questione del cognome (v. la citata sentenza *Avello* e anche la sentenza *Grukin e Paul*⁽³⁷⁾) invocano l'applicazione del diritto alla libera circolazione in presenza di misure nazionali (come ad esempio le norme relative attribuzione del cognome) che costituiscono un ostacolo al movimento a la libera circolazione.

In conseguenza, afferma la prima sentenza *McCarthy*, "l'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di

³⁴ Corte di giustizia, sent. 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R.*, Racc. 2002, I-7091.

³⁵ Corte di giustizia, sent. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, Racc. 2004, I-9925.

³⁶ Corte di giustizia, sent. 4 marzo 2010, C-578/08, *Chakroun*, Racc. 2010, I-1839.

³⁷ Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2009, C-353/06, *Grunkin y Paul*, Racc. 2009, I-7639.

misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". (*McCarthy* del 2011, punto 56).

Al contrario, la situazione in *Ruiz Zambrano* presentava un carattere considerato molto specifico (*Dereci*, punto 67), o eccezionale (*O. e S.*, punto 48).

4. Principi costituzionali

Come accennato nel paragrafo precedente, la Corte di giustizia tenta di stabilire l'effetto utile non solo delle disposizioni applicabili alla materia in modo specificato, come le direttive in materia di libera circolazione, ma anche del sistema giuridico comunitario nel suo complesso.

Un'altra caratteristica della giurisprudenza comunitaria è che applica direttamente le norme costituzionali come quelle del Trattato di Funzionamento che riconoscono le libertà comunitarie (articoli 20 e 21 del TFUE).

Inoltre, nelle sentenze esaminate si tiene conto anche di altri principi generali del diritto comunitario, vale a dire i diritti fondamentali previsti dalla Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quest'ultimo strumento giuridico regionale oggi è parte del sistema dell'Unione, sulla base dell'articolo 6 del trattato sull'Unione Europea in seguito alle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona.

In particolare, una parte della giurisprudenza afferma la necessità di tutelare il diritto fondamentale al rispetto della "vita privata e familiare".

Infatti l'effetto utile deve soddisfare l' "esigenza del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU, rispetto che fa parte dei diritti fondamentali i quali, secondo costante giurisprudenza, sono riconosciuti dal diritto comunitario" (*Baumbast*, punto 72).

L'Avvocato generale del caso *Ruiz Zambrano* nelle sue conclusioni ha ricordato che la Corte di giustizia lo riconosca come un diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario, in particolare facendo riferimento alla sentenza nel caso *Carpenter*⁽³⁸⁾.

Il diritto alla vita familiare si elabora a partire della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella sentenza *Boultif*⁽³⁹⁾ la Corte di Strasburgo ha ritenuto che un provvedimento di espulsione di una persona da un Paese in cui vivono i propri familiari comporta una violazione del diritto al rispetto della vita familiare.

La sentenza *Carpenter*, dunque, afferma che "È pacifico che a separazione dei coniugi Carpenter nuocerebbe alla loro vita familiare e, conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale da parte del sig. Carpenter. Infatti, tale libertà non potrebbe esplicare pienamente i suoi effetti se il sig. Carpenter fosse dissuaso dall'esercitarla a causa degli ostacoli frapposti, nel suo paese di origine, all'ingresso e al soggiorno di sua moglie" (*Carpenter*, punto 39).

Infatti, "La decisione di espellere la sig.ra Carpenter costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ... il quale fa parte dei di-

³⁸ Corte di giustizia, sent. 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, Racc. 2002, I-6279.

³⁹ Corte Europea dei Diritti Umani, sent. 2 agosto e 2001, *Boultif c. Svizzera*, §§ 39, 41 y 46, ECHR 2001-IX.

ritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata inoltre nel preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. 6, n. 2, UE, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario" (*Carpenter*, punto 41).

In *O. e S.* si afferma inoltre che la direttiva 2003/38/CE sul ricongiungimento familiare deve essere attuata "alla luce degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta, i quali impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati oltre che nell'ottica di favorire la vita familiare, nonché evitando di pregiudicare sia l'obiettivo di tale direttiva sia il suo effetto utile" (*O. e S.*, punto 82).

Quindi l'articolo 7, comma 1, lettera c), della direttiva 2003/86/CE non può essere interpretato e applicato in modo da violare i diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali (*O. e S.*, punto 77).

In effetti, gli Stati membri dovrebbero non solo interpretare il loro diritto nazionale in conformità del diritto comunitario, ma anche cercare di applicare le interpretazioni che non siano in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario (*O. e S.*, punto 78)⁽⁴⁰⁾.

5. Differenze nelle sentenze e contesto dell'interpretazione giudiziale

La dottrina che studia la questione della libera circolazione osserva che la sentenza *Ruiz Zambrano* rappresenta una frattura rispetto alla giurisprudenza successiva⁽⁴¹⁾.

In realtà, ciò che può sorprendere è che, mentre le decisioni appaiono differenti rispetto alle soluzioni adottate, la metodologia interpretativa è praticamente la stessa.

Come detto, tutti i casi citati condividono il modello interpretativo finalista, il cui principale strumento è la ricerca di un effetto utile delle direttive, nonché dei Trattati comunitari.

Infatti, il modello finalista non consiste nella interpretazione di una determinata disposizione, ma nella costruzione di un "*constitutional telos*" di finalità dell'intero ordinamento giuridico comunitario, che è alla base del processo interpretativo della Corte di giustizia⁽⁴²⁾.

Le differenze osservabili tra i due blocchi di sentenze (prima e dopo *Zambrano*) appartengono alla logica dello sviluppo di una coerenza del diritto comunitario.

Infatti, come ritiene Jacobs "*MacCarthy seeks to maintain systematic coherence by, rather than despite, distinguishing Ruiz Zambrano*"⁽⁴³⁾.

Questa frattura si esprime attraverso uno strumento già sperimentato dalla Corte, che la dottrina ha chiamato "*sufficient dissimilarity*".

Come spiega Gunnar Beck, in base a questa tecnica argomentativa, la Corte distingue una causa dalla precedente, definendo i fatti della nuova causa in contrapposizione con la precedente. In particolare, nelle sentenze in esame, si pone in risalto: se il cittadino dell'Unione ha o non ha esercitato il diritto alla libera circolazione; se il cittadino è mantenuto da un familiare non comunitario; se il cittadino

⁴⁰ V. Corte di giustizia, sent. 23 dicembre 2009, C-403/09 PP, *Detiček*, Racc. 2009, I-12193, punto 34.

⁴¹ PIZZOLO, *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, cit.

⁴² POIARES MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, 1 ss.

⁴³ JACOBS, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2014, 147 ss.

del paese terzo ha un permesso di soggiorno in un altro paese comunitario; se il cittadino dell'Unione è un minore o un adulto autosufficiente.

Secondo Jacobs la tecnica della “*disimilarity*” è propriamente ciò che distingue il caso di *Ruiz Zambrano* rispetto a *McCarthy* del 2011. Nel secondo caso la differenza rilevante è rappresentato dal fatto che il minore in *Zambrano* non poteva esercitare i loro diritti di cittadinanza, in quanto avrebbero dovuto abbandonare il territorio dell'Unione Europea. Il che non si verifica, secondo la Corte comunitaria, nel caso della signora *McCarthy* in quanto adulto non dipendente dal marito.

Anche la diversa qualificazione dei fatti si realizza sempre come variazione dello stesso quadro concettuale.

Pertanto, secondo la Corte di giustizia, vi è una continuità tra le sentenze citate, rinforzata da tecniche come la “differenza sufficiente” o la ripetizione nelle sentenze di “*building block*”, cioè di frasi già utilizzate in altre sentenze ⁽⁴⁴⁾.

Esempio di questa tecnica è la frase “La finalità e la ratio di tali diritti derivati (...) si basano sulla constatazione che negare il loro riconoscimento può pregiudicare la libertà di circolazione del cittadino di cui trattasi, dissuadendolo dall'esercitare i propri diritti di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante”, che si può leggere nel sentenze *Alokpa* (punto 22), *Ymerga* (punto 35) e *Iida* (punto 68).

Quindi la questione è perché i due gruppi di decisioni, anche con la stessa metodologia, raggiungono risultati che la dottrina percepisce come diversi.

Una prima differenza tra *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* è il un peso diverso in riferimento al livello di principi costituzionali.

Infatti, mentre *Ruiz Zambrano* (come *Carpenter* e *O. e S.*) si basano sulla tutela dei diritti fondamentali, in particolare il diritto al rispetto della vita familiare, la sentenza *McCarthy* del 2011 e molte tra le sentenze successive non danno lo stesso rilievo ai principi stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione di Roma.

Il fatto di non dare lo stesso rilievo, tuttavia, non significa che tali principi non sono considerati, ma che nell'argomentazione assumono un ruolo più importante gli obiettivi fissati a livello dello specifico testo legislativo.

Probabilmente sentenze come *Ruiz Zambrano*, *Carpenter* o *Garcia Avello* seguono meglio il percorso ermeneutico fino a raggiungere e a comprendere i principi fondamentali.

In ogni modo, anche in sentenze come *McCarthy* la Corte non sembra rinunciare al suo approccio interpretativo caratteristico.

Inoltre, ad aumentare la sensazione di una differenza tra le sentenze è l'uso di un espediente tecnico e argomentativo in alcune sentenze che si inscrivono nella linea della giurisprudenza *McCarthy* del 2011.

In tali sentenze, infatti, il giudice comunitario stabilisce che le differenze tra i fatti delle questioni esaminate e quelli posti alla base della sentenza *Zambrano* devono essere identificati dall'organo giurisdizionale che rimesso l'interpretazione pregiudiziale.

Nella sentenza *Alokpa*, per esempio, il giudice comunitario demanda al giudice nazionale il compito di verificare se i figli della signora *Alokpa* hanno i requisiti previsti nella direttiva 2004/38/CE e, pertanto, se godono del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante a norma dell'articolo 21 TFUE. In particolare “tale giudice deve verificare se i suddetti figli dispongano, da soli o grazie alla madre, di

⁴⁴ Sul rinvio del giudice comunitario alla sua precedente giurisprudenza, v. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, specialmente i capp. 4 e 8.

risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia completa, come prevede l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38" (*Alokpa*, punto 30). Se non sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, "l'articolo 21 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che alla sig.ra Alokpa venga negato un diritto di soggiorno sul territorio lussemburghese" (*Alokpa*, punto 31).

Per quanto riguarda l'applicazione del diritto alla libera circolazione riconosciuto dal TFUE la Corte di giustizia stabilisce che, nel caso in cui il giudice nazionale "deve ancora verificare se un siffatto diritto di soggiorno non potrebbe esserle comunque concesso in via eccezionale, pena pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione di cui godono i suoi figli, poiché, in conseguenza di siffatto diniego, questi ultimi sarebbero di fatto costretti a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme e privati, quindi, del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status suddetto" (*Alokpa*, punto 33).

Quindi, mentre nel caso *Ruiz Zambrano*, la Corte comunitaria applica direttamente l'articolo 20 TFUE, qui riconosce un potere discrezionale al giudice nazionale, affermando che, nel caso quest'ultimo non ravvisasse le condizioni previste dalla legislazione, il rifiuto delle autorità lussemburghesi di concedere alla signora Alokpa il diritto di soggiorno sarebbe legittimo, in quanto i suoi figli non sarebbero obbligati da questo fatto a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, perché potrebbero risiedere nel paese di cittadinanza (Francia) insieme con la madre.

In *Dereci* la decisione della Grande Camera è che "Il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione". Tuttavia questo principio si applica sempreché il "diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione", ma questo deve essere accertata dal giudice nazionale del rinvio.

Applicando questo metodo, infatti, la Corte sembra rimanere coerente con la giurisprudenza precedente, e in particolare con la sentenza *Ruiz Zambrano*, degradando le differenze a mere questioni di fatto.

6. Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del diritto comunitario

La giurisprudenza comunitaria che si occupa della libera circolazione dei familiari extracomunitari dei cittadini dell'Unione è spesso utilizzata come esempio di "attivismo" dei giudici comunitari.

In generale, secondo alcuni autori la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, integrando e completando le "lacune" ⁽⁴⁵⁾ in un sistema incompleto e poco profondo, svolgerebbe una funzione "pretoria", collocandosi all'incrocio tra interpretazione e creazione del diritto ⁽⁴⁶⁾. Pertanto, si presume che i giudici comunitari

⁴⁵ V. MINGOZZI, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, 248; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 531.

⁴⁶ CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*,

svolgano un potere legislativo ⁽⁴⁷⁾, che sostituisce quello delle istituzioni legislative ⁽⁴⁸⁾. Questa dottrina ritiene che la Corte di giustizia agisca, se non *contra legem*, almeno vicino ai limiti della legalità.

Tuttavia questa posizione non appare convincente per diverse ragioni.

Da un punto di vista logico, la giurisprudenza oggetto di studio non può essere descritta come espressione di un approccio esclusivamente “attivista”: se *Ruiz Zambrano* si potrebbe considerare un esempio di attivismo giudiziario, *Mc Charty* dovrebbe essere guardato come esempio una tendenza conservatrice e restrittiva.

Considerando il sistema istituzionale comunitario, è difficile dire che la Corte sta agendo al di là dei suoi poteri.

Come si osserva, infatti, la polemica contro l’attivismo della Corte del giudice comunitario presuppone che si sia stabilito la funzione propria della Corte e che il giudice del Lussemburgo non abbia adempiuto i suoi limiti ⁽⁴⁹⁾.

La Corte svolge diverse funzioni di solito appartenenti a vari tipi di giudici ⁽⁵⁰⁾, ma in sostanza, il giudice comunitario garantisce un’interpretazione uniforme del diritto sovranazionale, in particolare attraverso un potente strumento che è la “interpretazione pregiudiziale” (articolo 267 TFUE) che può essere richiesto da tutti i giudici nazionali, quando essi abbiano un dubbio circa la corretta interpretazione di una norma dell’Unione.

Tuttavia, fondamentalmente, la Corte svolge una funzione giurisdizionale ⁽⁵¹⁾, cioè quella di interpretare il diritto comunitario, dando il senso giuridico necessario per applicarlo ai rapporti giuridici ⁽⁵²⁾.

Così la il giudice comunitario agisce come un qualsiasi organo giudicante, in particolare come giudice costituzionale e giudice di legittimità di ultimo grado.

Per quanto riguarda le corti costituzionali nazionali, i giudici comunitari non creano diritto ex novo, ma mirano a sviluppare una “concrezione” applicabile per risolvere casi specifici ⁽⁵³⁾. Le fonti giuridiche del Diritto comunitario, come le fonti del diritto transnazionale regionale, in particolare i trattati e gli strumenti relativi ai diritti umani, utilizzano espressioni aperte, che è necessario riempire di signi-

cit.; AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *Brit. Year Book Int. Law*, 1981, 41.

⁴⁷ BETTATI, *Le «law-making power» de la Cour*, in *Pouvoir*, 1989, 57 ss.

⁴⁸ Alcuni autori sostengono una posizione diversa, v. EVERLING, *The Court of Justice as a Decision-making Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, 1294 ss.

⁴⁹ DAWSON, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., spec. 423 ss.

⁵⁰ Come la funzione di controllo di legittimità degli atti delle altre Istituzioni comunitarie (art. 263 TFUE); i giudizi sulla responsabilità contrattuale (art. 272 TFUE) e extracontrattuale dell’Unione (art. 268 e 340 TFUE); le controversie in materia di lavoro tra l’Unione e i suoi agenti (art. 270 TFUE) e altre competenze ancora (art. 271 ss. TFUE).

⁵¹ V. tra gli altri, EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., 1309 ss. Sulla differenza tra la “creatività” dei giudici e la funzione legislativa cfr. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 774 ss.

⁵² V., per esempio, la Corte di giustizia, sent. 27 marzo 1980, 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkvit italiana*, Racc. 1980, 1205, punto 16.

⁵³ Sul ruolo dei giudici costituzionali nella interpretazione del diritto, v. CASTILLO CÓRDOVA, *La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos*, in ÁLVAREZ LEDESMA, CIPPITANI, *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, Roma-Perugia-México, 2013, 293 ss.

ficato tecnico in linea con le finalità dell'ordinamento giuridico transnazionale ⁽⁵⁴⁾.

Il tema delle "lacune" non è solo una caratteristica del diritto dell'Unione, al quale corrisponderebbe una interpretazione creativa del giudice comunitario.

Come sosteneva Bobbio il problema delle lacune è di natura ideologica: il linguaggio delle fonti legali è sempre "incompleto", in quanto "il legislatore non estrae dalle proposizioni normative esprimono tutte le conseguenze normative che possono ottenersi" e sempre l'interprete (compreso il giudice) deve "completare" il linguaggio legislativo ⁽⁵⁵⁾.

In entrambi i casi si tratta di una caratteristica della giurisdizione moderna perché può contare su maggiore spazio discrezionale dei giudici, necessario per attribuire coerenza a un ordinamento giuridico sempre più complesso e multilivello ⁽⁵⁶⁾.

Correttamente, molti autori (Beck) sottolineano il carattere complesso e aperto del Diritto comunitario che influenzano di conseguenza l'attività interpretativa della Corte di giustizia, rendendola meno prevedibile (anche se non certo arbitraria).

Tuttavia il Diritto comunitario, e in generale il diritto dei processi di integrazione regionale, porta a conseguenze estreme tendenze, ma già nel diritto odierno.

Il cosiddetto potere legiferare di organi giudiziari, come la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sembra un errore di prospettiva degli accademici che hanno difficoltà quando si avvicinano al fenomeno di integrazione comunitaria, con un approccio tradizionale.

Quindi la questione non è l'esistenza di un potere legislativo arbitrario della Corte di Giustizia, né si può chiedere una riduzione del potere discrezionale del giudice comunitario, il che sarebbe in contrasto con le disposizioni dei trattati dell'Unione.

Secondo alcuni studiosi, come Conway, per affrontare quello che viene vista come violazione della separazione dei poteri, la Corte avrebbe dovuto cambiare il suo approccio interpretativo, limitando il ricorso ai principi generali, come al contrario si verifica nel caso *Ruiz Zambrano* ⁽⁵⁷⁾.

Eppure, come si è cercato di mostrare nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza comunitaria, compresa quella che non sembra seguire affatto la dottrina *Ruiz Zambrano*, si dimostra fedele allo stesso percorso logico-interpretativo e fa comunque riferimento ai principi generali e costituzionali del diritto europeo.

Pertanto, le sentenze in tema di libera circolazione dei familiari non comunitari sembrano rivendicare una sostanziale omogeneità della metodologia interpretativa: quello che si può osservare non è una differenza "ingredienti", cioè gli argomenti interpretativi, ma semmai di quantità degli stessi argomenti.

ROBERTO CIPPITANI

⁵⁴ ZAGREBELSKY, *El juez constitucional en el siglo XXI*, in FERRER MAC-GREGOR, MOLINA SUÁREZ, (co-ord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, 4 ss.

⁵⁵ V., tra gli altri BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 212. V. anche René David che parla della "collaborazione" tra interprete e legislatore, v. DAVID, JAUFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1995, 125 ss.

⁵⁶ BISOGNI, *Jurisdicción moderna, Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, t. II, 937 ss.

⁵⁷ CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, cit., 94.