

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37553-il-diritto-al-ricongiungimento-ed-all-unit-familiare>

Autore: Concetta Parrinello

Il diritto al ricongiungimento ed all'unità familiare

IL DIRITTO AL RICONGIUNGIMENTO ED ALL'UNITÀ FAMILIARE¹

Nel lontano 1950 la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art. 8, ha sancito che "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita [...] familiare [...]; non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, e la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Con queste parole i redattori della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali hanno inteso preservare uno dei diritti-cardine su cui si basa l'esistenza umana: il diritto alla vita familiare, diritto fondamentale, che accomuna sotto un'unica aspirazione l'intero genere umano, senza distinzioni di classe sociale, sesso, razza, religione, nazionalità e così via.

Un diritto che, però, nonostante la sua importanza, incontra degli ostacoli in quelle situazioni che gli stessi autori della Convenzione hanno definito con specificità. Il problema appare, dunque, quello di comprendere come può un diritto così importante essere sottoposto a delle limitazioni. Come è possibile negare ad un individuo la possibilità di vivere assieme alla propria famiglia.

Nel lungo arco temporale che ha seguito l'entrata in vigore della Convenzione, si sono affrontati e alternati due schieramenti dottrinali opposti: quello che vuole vedere affermare il diritto a tutti i costi, indipendentemente dalla situazione contingente, indipendentemente dalle necessità sociali che si impongono; e quello che, al contrario, prende in seria considerazione la cosiddetta ragion di Stato, la ragione, cioè, per cui anche un diritto fondamentale può essere negato, se ciò è necessario al mantenimento della sicurezza della società.

¹ Il presente contributo riproduce il testo della relazione tenuta al Convegno "L'Italia sono anch'io?", che si è svolto presso l'aula "O. Buccisano" dell'ex Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Messina.

In un momento storico in cui la tutela della sicurezza delle frontiere, doverosa per ogni Paese, non può spingersi alla negazione o all'eccessiva compressione dei diritti fondamentali della persona umana, appare certamente opportuno domandarsi se "esistono le condizioni, affinché possa essere esercitato un concreto diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini dei Paesi terzi legittimamente residenti dell'Unione europea".

Il diritto al ricongiungimento familiare può ascriversi nell'insieme di garanzie giuridiche poste a tutela della famiglia, intesa quale "nucleo naturale e fondamentale della società". Esso costituisce una diretta estrinsecazione del principio di unità familiare, giacché tende a promuovere la riunificazione dei membri della famiglia in un Paese diverso da quello di origine.

Il diritto al ricongiungimento corrisponde ad una tendenza diffusa, riscontrabile nella generalità dei Paesi europei, ispirata sia dalla necessità di riconoscere e salvaguardare il patrimonio dei diritti fondamentali goduti dagli immigrati extracomunitari, sia dalla consapevolezza che il consentire agli stranieri di ricongiungersi e di vivere con i propri familiari una normale vita di affetti rappresenta una premessa essenziale per il buon esito delle politiche d'integrazione

In questi contesti, gli Stati hanno mostrato un atteggiamento di prudenza per il timore di aprire varchi incontrollabili all'ingresso di nuovi immigrati e la preoccupazione di assicurare una corrispondenza tra ingressi ed effettiva capacità di integrazione socio-economica del Paese ospitante. Da ciò derivano le difficoltà che l'Unione Europea ha incontrato allorché, alla fine degli anni '90, ha tentato, con una Direttiva apposita, di stabilire orientamenti comuni in materia di ricongiungimento e anche la Corte Europea, ritenendo che l'art. 8 CEDU non imponga agli Stati membri di rispettare la scelta degli immigrati di risiedere sul loro territorio e di autorizzare l'ingresso per consentire il ricongiungimento familiare, sottolinea che soltanto circostanze eccezionali determinano una

violazione dell'art. 8 CEDU a seguito del rinvio di un membro della famiglia privo della nazionalità dello Stato ospite. E, tuttavia, precisa la giurisprudenza europea del tempo, benché non vi sia un diritto ad entrare e risiedere in un certo paese contraente, l'esclusione di uno straniero dal paese dove vivono i suoi parenti più prossimi può costituire una ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare, protetto dall'art. 8 § 1 CEDU. Tale ingerenza, infatti, ai sensi dell'art. 8 § 2, deve essere "prevista dalla legge", deve avere uno "scopo legittimo" e deve essere "necessaria in una società democratica", vale a dire proporzionata rispetto allo scopo.

Progressivamente i vari Paesi membri hanno definito autonomamente i propri indirizzi legislativi, secondo opzioni molto diversificate, sicché l'Unione Europea, al termine di un laborioso *iter* e dopo avere emanato diverse raccomandazioni (ricongiungimento familiare per i rifugiati e le altre persone aventi necessità di protezione internazionale), non ha potuto fare altro che rinunciare alla prospettiva di una Direttiva rigorosa, intesa a promuovere il "diritto" al ricongiungimento, optando invece per una Direttiva di "compromesso" (2003/86).

Con la direttiva 2003/86/CE, emanata il 22 settembre 2003, la Comunità europea ha finalmente affrontato la complessa problematica riguardante il diritto al ricongiungimento familiare, aspetto indubbiamente essenziale di una politica comune di immigrazione.

Il Consiglio con tale direttiva stabilisce che il diritto al ricongiungimento familiare, riconosciuto ai migranti, costituisce il principale corollario del diritto al rispetto della vita familiare, protetta, oltre che dall'art. 8 della CEDU, da ulteriori strumenti di diritto internazionale. E la Corte di Giustizia si orienta verso un riconoscimento del ricongiungimento familiare come diritto che fa anche parte dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario, in quanto principio generale.

Anche se l'art. 8 della CEDU non garantisce alcun diritto allo straniero d'entrare o risiedere sul territorio di un Paese determinato, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha tuttavia giudicato che il fatto di escludere una persona da un Paese dove vivono i suoi genitori può costituire un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare così come protetto dall'art. 8. L'interpretazione di questa disposizione da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dato luogo ad un'ampia giurisprudenza, nella quale sono racchiuse importanti garanzie al fine di proteggere la vita familiare dei cittadini stranieri.

I diritti garantiti in questa disposizione hanno essenzialmente lo scopo di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici nella sua sfera privata, in particolare nella vita privata o familiare, garanzie che hanno diminuito gradualmente il potere discrezionale di cui gli Stati dispongono al momento della regolamentazione di questa materia.

Di conseguenza, la nozione di "rispetto", contenuta nell'art. 8, § 1 e interpretata in modo estensivo ed evolutivo dalla giurisprudenza, implica anche la nascita di obblighi positivi dello Stato inerenti al rispetto effettivo della vita privata, al fine di eliminare gli ostacoli al pieno sviluppo della personalità

L'Italia ha recepito la normativa europea tramite il D. lgs. n. 5/2007 con notevole ritardo (la scadenza prevista era il 3 ottobre 2005), a dimostrazione delle lunghe e difficili resistenze incontrate per cercare di coniugare le politiche comunitarie e quelle nazionali in tema di immigrazione.

Successivamente sono state emanate nuove modifiche ed integrazioni (D. lgs. n. 160/08 e L. n. 94/09) volte a porre delle restrizioni in materia di diritto all'unità familiare per i cittadini stranieri, poste spesso sotto l'etichetta di misure volte a garantire la sicurezza del Paese ma incidendo in modo restrittivo sui diritti dei migranti.

Tra queste le più rilevanti da segnalare sono: 1) l'innalzamento del reddito non più collegato al reddito necessario per poter usufruire dell'assegno sociale, ma

aumentato della metà per ogni familiare da ricongiungere. Si tratta di un inasprimento che non trova particolare motivazione nel contesto di equilibrio tra diritti dei migranti e interesse dello Stato italiano a verificare le condizioni di accoglienza dei familiari; 2) l'introduzione dell'idoneità abitativa che fa coincidere i due requisiti, prima alternativi, della conformità ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, appesantendo ulteriormente i requisiti necessari per ottenere la documentazione autorizzativa e con un aumento dei costi a carico del lavoratore straniero.

I numerosi interventi legislativi nazionali in materia di immigrazione, più o meno forzatamente ricondotti al tema della sicurezza, evidenziano un generale impianto restrittivo che informa di sé buona parte degli interventi introdotti anche qualora essi incidano su aspetti riconducibili alla gestione, più che al controllo, del fenomeno migratorio da parte dello Stato.

A fronte di un atteggiamento rigido del legislatore, si segnala la posizione assunta dalla Consulta e dalla giurisprudenza che si muovono in un'ottica maggiormente garantista dei diritti dei migranti.

La Corte Costituzionale già negli anni '90 ha affermato che, avendo natura di diritto fondamentale della persona, il diritto all'unità familiare deve essere riconosciuto anche allo straniero (sent. n. 28/1995), precisando che limiti possono essere previsti ma solo attraverso un corretto bilanciamento dei valori in gioco e purché le scelte statali non risultino manifestamente irragionevoli (ord. n. 232/2001). La stessa Corte, di recente, conclude nel senso che, in seguito alle modifiche del D.Lgs. n. 5/2007, qualora lo straniero abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero sia esso stesso familiare ricongiunto, le condanne penali non hanno una rilevanza ostativa assoluta.

In questi casi viene rimessa alla discrezione dell'Autorità di pubblica sicurezza una valutazione complessiva che tenga conto, oltre che del pregiudizio derivante dalla condanna penale, anche di altri fattori quali la lunga durata del soggiorno

pregresso e i legami familiari. In materia di immigrazione, secondo l'art. 5, co. 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. immigrazione) e successive modifiche, richiede che, in sede di rilascio, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, si debba tener conto anche della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale. In tema di ricongiungimento familiare del cittadino straniero, il divieto stabilito dall'art. 29, comma 1 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998 con riguardo alle richieste proposte a favore del coniuge di un cittadino straniero, già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, opera oggettivamente, a prescindere dalle qualità soggettive del richiedente, mirando ad evitare l'insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria all'ordine pubblico anche costituzionale. (Nella specie, la richiesta era stata avanzata dal figlio a favore della propria madre, il cui coniuge, già soggiornante in Italia, aveva precedentemente proposto analoga istanza a favore di un'altra moglie; in applicazione dell'anzidetto principio la S.C. ha accolto il ricorso, escludendo la necessità di provare che il figlio avesse agito per conto del padre. La situazione ostativa al ricongiungimento familiare non è equivalente a quelle che, con varie ma ricorrenti formule, adottano le disposizioni del D.Lgs. n. 30/2007 e del D.Lgs. n. 32/2008, facendo richiamo, quali clausole ostative al ricongiungimento, al rinnovo od al rilascio di permessi per ragioni di famiglia del familiare di cittadino comunitario o quali ragioni poste a fondamento dell'allontanamento del cittadino comunitario o del suo familiare (motivi imperativi di pubblica sicurezza o motivi di pubblica sicurezza); infatti, la portata della previsione ostativa va intesa come valutazione di esistenza di dati afferenti una attuale e concreta minaccia dello straniero alla sicurezza dello

Stato: la valutazione, pertanto può anche prendere le mosse dalla gravità e natura della condanna riportata nel tempo (nel caso di specie: traffico di stupefacenti), che la rende certamente coerente con il pericolo per la sicurezza statale rappresentato dalla attitudine delinquenziale connessa alla indiscutibile appartenenza alla organizzazione dei traffici di stupefacenti, ma deve concludere per la totale inesistenza di elementi che integrino i requisiti di attualità e concretezza di quella passata minaccia).

Il consistente e perdurante afflusso di cittadini stranieri nel territorio nazionale che ha prodotto, tra gli altri effetti, un sensibile incremento dei procedimenti di conferimento della cittadinanza, sia per matrimonio che per residenza, ha indotto il Ministero dell'Interno, con una direttiva del 7 marzo 2012, a disporre il trasferimento ai Prefetti della competenza ad emanare i provvedimenti di acquisto della cittadinanza per matrimonio, al fine di garantire uno snellimento dei procedimenti e promuovere una politica di integrazione di quegli stranieri che, attraverso il vincolo coniugale, entrano a far parte a pieno titolo della comunità nazionale.

La scelta adottata dal Ministro sembra rappresentare un punto di svolta rispetto alla normativa vigente (il riferimento è al Pacchetto sicurezza del 2009) laddove si sottolinea che gli atti amministrativi sono privi di valutazione discrezionale e tanto più di valenza politica, da emanarsi una volta accertate la sussistenza o meno dei requisiti prescritti (art. 5 della legge n. 91/1992) e l'assenza o meno di determinati pregiudizi penali (art. 6, lettera a) e b), della medesima legge).

C'è innanzitutto da domandarsi se la validità e gli stessi requisiti del matrimonio vadano ricostruiti secondo le norme dell'ordinamento italiano o secondo le norme straniere al quale rimandano le nostre norme di diritto internazionale privato e processuale.

Qualora la scelta si orienti per il diritto italiano è da tenere in considerazione tutto l'arco della normativa che riguarda il matrimonio.

Per il coniuge è ora richiesta l'età minima di diciotto anni e lo status di coniuge non legalmente separato (per i rari casi in cui altri ordinamenti prevedano, al pari di quello italiano, l'istituto della separazione legale). A fronte di tale presupposto potrebbero verificarsi situazioni di disparità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri, considerato che l'ordinamento italiano ammette, in presenza di determinate condizioni, il matrimonio del cittadino sedicenne. Dunque, l'età richiesta per contrarre matrimonio sarebbe differente a seconda della cittadinanza di colui che si sposa. La norma così regolata è stata introdotta per ostacolare i matrimoni forzati ma non tiene conto delle consuetudini di molti Paesi di provenienza dei cittadini migranti dove i matrimoni avvengono in età inferiore. Il limite di età così imposto al ricongiungimento familiare non costituisce uno strumento valido di contenimento dei matrimoni forzati ma solo un appesantimento dei tempi necessari per riunire la famiglia. La normativa italiana ha mantenuto la sua dicitura originale e consente il ricongiungimento ai figli minori intesi come minore di anni 18, non apportando nessuna altra restrizione.

Il Governo italiano, all'interno del Testo Unico per l'immigrazione, infatti, ha recepito non solo la Direttiva Europea ma anche la Convenzione sui diritti dei fanciulli di New York del 1989, che all'art 3 stabilisce chiaramente in tutti i procedimenti amministrativi, giudiziari, deve essere sempre preso in considerazione il superiore interesse del minore.

La Direttiva non prende in considerazione il fatto che i figli all'interno della migrazione non sono soggetti attivi ma spesso subiscono la scelta migratoria dei genitori e i lunghi tempi di regolarizzazione. Le clausole sospensive previste dalla Direttiva in tal senso non facilitano la riunificazione della famiglia oltre a introdurre una discriminazione in base all'età, vietata dall'art 14 della CEDU. Il tema delle misure di integrazione mal si conciliano con il diritto all'unità familiare. Il ricongiungimento familiare è subordinato a una serie di requisiti

soggettivi (quali l'esistenza di legami familiari) e oggettivi che devono garantire la sostenibilità della migrazione familiare senza bisogno di sostegni economici da parte del Paese ospitante.

La soddisfazione di tali requisiti antecedentemente al ricongiungimento mal si conciliano in tema di diritti quale quello all'unità familiare. Soprattutto in tema di minori, subordinare l'ingresso al superamento di un test o al raggiungimento di un obiettivo di una misura di integrazione, può dare adito a un uso strumentale delle misure volto a contenere l'afflusso migratorio dei familiari.

Le disposizioni introdotte nell'ordinamento dal c.d. Pacchetto Sicurezza del 15 luglio del 2009 (l. n. 94/2009) appaiono lesive della tutela del diritto a formare una famiglia e a contrarre matrimonio disciplinata dagli artt. 8 e 12 della "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" recepita nell'ordinamento italiano con legge 4 agosto 1955, n. 848, norma quest'ultima che stabilisce in particolare che "uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto", dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ai sensi del quale "Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione", nonché dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (nota anche come Carta di Nizza approvata dal Parlamento europeo nel novembre del 2000 alla quale il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ha attribuito il medesimo valore giuridico dei trattati) che individua tra le libertà fondamentali, all'art. 9, "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne garantiscono l'esercizio". Il trattamento giuridico dello straniero irregolare è stato, peraltro, oggetto di numerose pronunce da parte della giurisprudenza interna e sovrastatale, divenendo emblema di un fenomeno di tensione tra la produzione legislativa nazionale e le elaborazioni pretorie.

È stato da più parti rilevato, infatti, come la giurisprudenza abbia da tempo assunto un atteggiamento di divergenza rispetto alla formazione interna in materia di trattamento dello straniero e, in generale, delle questioni attinenti all'immigrazione.

Le Corti interne, europee e internazionali stanno compiendo un graduale ma inarrestabile processo di “erosione” delle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio italiano, principalmente con riferimento alle disposizioni introdotte nell'ordinamento dal c.d. Pacchetto Sicurezza del 15 luglio del 2009 (l. n. 94/2009), con una decisiva riscrittura delle misure legislative di contrasto all'immigrazione clandestina.

Uno degli interventi più rilevanti in materia è quello adottato di recente dalla Consulta (sentenza n. 245 del 25 luglio 2011), la quale ha legittimato i matrimoni tra un cittadino italiano e un immigrato clandestinamente presente sul territorio, dichiarando illegittimo l'art. 116 c.c., nella parte in cui vietava la celebrazione delle nozze a chi non risultasse in possesso di un documento comprovante la regolarità del soggiorno in Italia. Invero la qualificazione ad opera della Corte Costituzionale del diritto di contrarre matrimonio come diritto fondamentale deve farsi risalire agli inizi di questo secolo (sentenza n. 445 del 2002), laddove tale carattere è stato ricavato dalla diretta riconducibilità del diritto in questione, oltre che all'art. 31 Cost., anche agli artt. 2 e 29.

La disposizione, introdotta al fine di impedire i cd “matrimoni di comodo”, è stata ritenuta lesiva della libertà di contrarre matrimonio e costituire una famiglia, principio tutelato dall'art. 31 Cost. e dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

La sentenza, infatti, non solo afferma la titolarità dei cittadini italiani del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, ma lo inquadra, altresì, come un diritto di rango universale, richiamando a tal proposito le carte internazionali sui diritti dell'uomo. La decisione rafforza, dunque, il ruolo della Consulta quale organo

giurisdizionale “multilivello”, deputato a sindacare la compatibilità della legislazione nazionale non solo alla Costituzione italiana, ma all’intero complesso dei diritti “importati” nell’ordinamento mediante l’adesione all’Unione Europea e alle Convenzioni internazionali per la salvaguardia dei diritti umani.

Anche la Corte di Strasburgo, infatti, pronunciandosi nel 2010, sul caso *O’Donoghue and Others v. The United Kingdom*, ha sancito la violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo da parte dello Stato che priva della capacità matrimoniale lo straniero in condizione di irregolarità o il cui permesso di soggiorno sta per scadere, vietando agli Stati firmatari della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali la sottrazione ai cittadini della piena disponibilità del diritto al matrimonio al mero scopo di impedire le unioni di comodo; le motivazioni adottate dalla Corte Europea sono state recepite dalla Consulta che, sancendo l’incostituzionalità dell’art. 116 c.c. anche per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., ha rilevato come la difesa del diritto a contrarre matrimonio debba essere ricondotto all’ambito degli “obblighi internazionali” ai quali la potestà legislativa statale e regionale è sottoposta.

L’intervento della Corte Costituzionale in materia di libertà matrimoniale si colloca a pochi mesi di distanza da un’altra pronuncia di estremo rilievo, (28 aprile 2011 sul caso *El Dridi* procedimento C-61/11 PPU.), con la quale la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha dichiarato non conforme alle Direttive e ai principi comunitari la comminazione della pena della reclusione per l’immigrato irregolarmente soggiornante in Italia. Ritenendo che la norma penale italiana non fosse idonea a perseguire gli obiettivi comuni degli Stati membri - ossia l’allontanamento dai confini comunitari degli stranieri irregolarmente soggiornanti - la Corte di Giustizia ha di fatto aperto la via per i Tribunali italiani alla disapplicazione delle norme che puniscono con la reclusione lo straniero che non ottemperi all’ordine amministrativo di allontanamento dal

territorio nazionale. In applicazione del suddetto principio, di recente la Suprema Corte (Cass. pen., 29.7.2013, n. 32859) ha affermato che l'extracomunitario privo di permesso di soggiorno che sta per sposarsi con un'italiana come provato dalle anteriori pubblicazioni di rito, non commette reato e non può essere espulso. La procedura amministrativa di espulsione sarebbe "limitativa della libertà matrimoniale, sia per lo straniero che per i cittadini italiani", e sembrerebbe "determinare una discriminazione nell'esercizio di un diritto fondamentale dell'uomo legata ad una mera condizione personale, che non appare ragionevole", in assenza di esigenze "di salvaguardia di altri valori costituzionalmente rilevanti di pari grado", tali da giustificare un "limite al diritto fondamentale in esame".

Concetta Parrinello