

Nota esplicativa per i siti Internet dei relativi Ministeri, 17 novembre 2006

di Stefano Ceccanti e Alfonso Celotto

**lo schema di decreto legislativo dell'11 novembre 2006 per l'attuazione della
Direttiva europea n. 2004/38/CE di fronte ai pareri del Parlamento**

1. Procedura

In data 11 novembre, sulla base delle decisioni assunte dal Consiglio dei Ministri del giorno precedente, è stato trasmesso alle competenti Commissioni del Senato (Affari Costituzionali e Bilancio, con pareri della Commissione Giustizia e di quella sulle Politiche dell'Unione europea) lo schema di decreto legislativo relativo al recepimento della direttiva n. 2004/38/CE ai sensi dell'espressione del parere previsto dalla legge comunitaria 2004 (Legge 18 aprile 2005, n. 62).

Il termine previsto dalla Direttiva per il suo recepimento (30 aprile 2006) è peraltro già ampiamente scaduto.

Lo schema è accompagnato dalla relazione illustrativa e tecnica munita del visto della Ragioneria Generale dello Stato, nonché da una lettera di trasmissione in cui si precisa che “in relazione agli articoli 2 e 3 è stata utilizzata quale modalità di recepimento l'integrale riproposizione del testo della direttiva in questione. Ciò comporta che istituti non previsti nel nostro ordinamento non vengono introdotti con questo intervento normativo”.

2. Gli articoli 2 e 3 della Direttiva

Il testo degli articoli 2 e 3 della Direttiva, divenuti rispettivamente articolo 2 e articolo 3 dello schema di decreto, è il seguente:

“Articolo 2

Definizioni.

Ai fini della presente direttiva, si intende per:

1) «cittadino dell'Unione»: qualsiasi persona avente la cittadinanza di uno Stato membro;

2) «familiare»:

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, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

3) «Stato membro ospitante»: lo Stato membro nel quale il cittadino dell'Unione si reca al fine di esercitare il diritto di libera circolazione o di soggiorno.”

“Articolo 3

Aventi diritto.

1. La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.

2. Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone:

a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente;

b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

Lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno. “

3. Ulteriori articoli e motivazioni della Direttiva rilevanti ai fini dell'interpretazione degli articoli 2 e 3

All'interno della Direttiva sono presenti ulteriori norme e motivazioni (nei cosiddetti "considerando") utili ai fini dell'interpretazione.

Si tratta concretamente delle seguenti norme:

A) art. 10, comma 2, lettera f sulla concessione ai partners della carta di soggiorno (si riporta per completezza l'intero articolo) :

“Articolo 10

Rilascio della carta di soggiorno.

1. Il diritto di soggiorno dei familiari del cittadino dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro è comprovato dal rilascio di un documento denominato «carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione», che deve avvenire non oltre i sei mesi successivi alla presentazione della domanda. Una ricevuta della domanda di una carta di soggiorno è rilasciata immediatamente.

2. Ai fini del rilascio della carta di soggiorno, gli Stati membri possono prescrivere la presentazione dei seguenti documenti:

a) un passaporto in corso di validità;

b) un documento che attesti la qualità di familiare o l'esistenza di un'unione registrata;

c) l'attestato d'iscrizione o, in mancanza di un sistema di iscrizione, qualsiasi prova del soggiorno nello Stato membro ospitante del cittadino dell'Unione che gli interessati accompagnano o raggiungono;

d) nei casi di cui all'articolo 2, punto 2, lettere c) e d), la prova documentale che le condizioni di cui a tale disposizione sono soddisfatti;

e) nei casi di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), un documento rilasciato dall'autorità competente del paese di origine o di provenienza attestante che gli interessati sono a carico del cittadino dell'Unione o membri del nucleo familiare di quest'ultimo, prova che gravi motivi di salute del familiare impongono la prestazione di un'assistenza personale da parte del cittadino dell'Unione;

f) nei casi di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera c), la prova di una relazione stabile con il cittadino dell'Unione.”

B) articolo 27, comma 2 che indica restrittivamente i limiti (si riporta il testo integrale con la rubrica del Capo per ragioni di completezza)

“Capo VI

Limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica

Articolo 27

Principi generali.

1. Fatte salve le disposizioni del presente capo, gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Tali motivi non possono essere invocati per fini economici.

2. I provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti.

Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione.

3. Al fine di verificare se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, in occasione del rilascio dell'attestato d'iscrizione o, in mancanza di un sistema di iscrizione, entro tre mesi dalla data di arrivo dell'interessato nel suo territorio o dal momento in cui ha dichiarato la sua presenza nel territorio in conformità dell'articolo 5, paragrafo 5, ovvero al momento del rilascio della carta di soggiorno, lo Stato membro ospitante può, qualora lo giudichi indispensabile, chiedere allo Stato membro di origine, ed eventualmente agli altri Stati membri, informazioni sui precedenti penali del cittadino dell'Unione o di un suo familiare. Tale consultazione non può avere carattere sistematico. Lo Stato membro consultato fa pervenire la propria risposta entro un termine di due mesi.

4. Lo Stato membro che ha rilasciato il passaporto o la carta di identità riammette senza formalità nel suo territorio il titolare di tale documento che è stato allontanato per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di salute pubblica da un altro Stato membro, quand'anche il documento in questione sia scaduto o sia contestata la cittadinanza del titolare. “

Per ciò che concerne quindi le motivazioni della direttiva sono rilevanti ai fini dell'interpretazione i seguenti “Considerando”:

A) n. 5 che spiega l'art. 2 sul partner registrato

“(5) Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza. Ai fini della presente direttiva, la definizione di «familiare» dovrebbe altresì includere il partner che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio.”

B) n. 6 che spiega l'art. 3 sul partner stabile

(6) Per preservare l'unità della famiglia in senso più ampio senza discriminazione in base alla nazionalità, la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi

della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione.”

C) n. 14 che vincola la discrezionalità dell'amministrazione

“(14) I documenti giustificativi richiesti dalle autorità competenti ai fini del rilascio dell'attestato d'iscrizione o di una carta di soggiorno dovrebbero essere indicati in modo tassativo onde evitare che pratiche amministrative o interpretazioni divergenti costituiscano un indebito ostacolo all'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari.”

D) n. 22 che precisa i limiti legittimi al diritto di libera circolazione

“(22) Il trattato consente restrizioni all'esercizio del diritto di libera circolazione per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Per assicurare una definizione più rigorosa dei requisiti e delle garanzie procedurali cui deve essere subordinata l'adozione di provvedimenti che negano l'ingresso o dispongono l'allontanamento dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari la presente direttiva dovrebbe sostituire la direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.”

E) n. 31 che esclude discriminazioni, segnatamente a causa delle tendenze sessuali

“(31) La presente direttiva rispetta i diritti e le libertà fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza etnica, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali.”

4. La radicale differenza tra le ipotesi formulate negli articoli 2 e 3 e la precettività dell'articolo 3 nel nostro ordinamento che non introduce comunque nuovi istituti

L'articolo 2 configura un vero e proprio diritto soggettivo in senso pieno per chi vi rientra.

In cambio di questa piena attribuzione di diritti pone per i partners dei vincoli particolarmente forti:

A) deve trattarsi di un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro;

B) scatta solo "qualora" lo Stato membro abbia una legislazione che equipara "l'unione registrata al matrimonio" e nel rispetto delle condizioni previste da tale "pertinente legislazione".

E' pertanto evidente che in Italia tale articolo non è ad oggi applicabile e che esso rientra nella precisazione della lettera di accompagnamento alla Direttiva sul fatto che il decreto non introduce nel nostro ordinamento "istituti non previsti".

E' altresì evidente che anche qualora una tale legislazione fosse introdotta in Italia (e anche nei Paesi in cui essa vi è già) tali condizioni coprono comunque un arco ristretto di beneficiari, trattandosi di unione registrata e di legislazione di un paese membro come base. Ad esempio un'unione registrata in Nuova Zelanda non è utilizzabile in Francia né, neanche un domani, in Italia.

L'articolo 3, invece, non configura un diritto soggettivo pieno. Infatti lo Stato è tenuto ad agevolare (l'indicativo "agevola", che vale come imperativo, cioè come "deve agevolare" e non come una mera facoltà, quale sarebbe se invece fosse scritto "può agevolare") un "partner" che è definito in modo molto più blando per requisiti soggettivi e oggettivi rispetto all'art. 2:

A) è in "relazione stabile debitamente attestata" con un cittadino dell'Unione, non sotto un'unione registrata secondo la legislazione di uno dei Paesi membri;

B) l'agevolazione avviene "conformemente" alla legislazione nazionale, che non sceglie quindi il "se" in termini generali, ma che può incidere fortemente sul "come", sul "se" nel caso singolo, col dovere di giustificare "l'eventuale rifiuto" dopo un "esame approfondito della situazione personale", e di precisare in precedenza in modo tassativo i documenti richiesti (considerando n. 14).

Che l'indicativo "agevola" significhi "deve agevolare" è confermato senza alcun possibile dubbio dalla versione ufficiale inglese della Direttiva che prepone a "facilitate" il verbo di dovere "shall":

"1. This Directive shall apply to all Union citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and to their family members as defined in point 2 of Article 2 who accompany or join them.

2. Without prejudice to any right to free movement and residence the persons concerned may have in their own right, the host Member State shall, in accordance with its national legislation, facilitate entry and residence for the following persons:

(a) any other family members, irrespective of their nationality, not falling under the definition in point 2 of Article 2 who, in the country from which they have come, are dependants or members of the household of the Union citizen having the primary right of residence, or where serious health grounds strictly require the personal care of the family member by the Union citizen;

(b) the partner with whom the Union citizen has a durable relationship, duly attested.

The host Member State shall undertake an extensive examination of the personal circumstances and shall justify any denial of entry or residence to these people."

Pertanto nei Paesi in cui l'art. 2 rispetto ai partners non è applicabile, l'art. 3 è comunque precettivo.

Nei paesi in cui l'art. 2 è già applicabile, esso si applica sommandosi all'art. 3: se il partner è nelle condizioni previste dall'art. 2 entra con un diritto soggettivo; il partner che non rientra in quelle può provare ad entrare grazie alle più blande condizioni dell'art.3, sempre che vi rientri "conformemente alla legislazione nazionale" e che l'amministrazione non dia un diniego motivato sul caso singolo e che la giurisdizione non confermi tale scelta.

La precettività dell'art. 3, confermata del resto esplicitamente dalla relazione tecnica munita del visto della Ragioneria che poco prima di stimare in 25.000 i parenti di cui agli articoli 2 e 3 vi ricomprende espressamente "il convivente del cittadino dell'Unione" non significa certo che esso introduca "istituti non previsti dal nostro ordinamento" ed infatti non copre alcuna "relazione stabile debitamente attestata" in Italia, ma apre certo alcuni seri problemi relativi all'uguaglianza delle persone.

Infatti una relazione di quel tipo in cui uno dei partner sia cittadino dell'Unione (compresi i casi in cui uno di esso sia italiano) diventano giuridicamente rilevanti ai fini dell'attribuzione di un diritto, mentre un'analoga relazione stabile sorta in Italia non è rilevante. Non è tanto un problema di eguaglianza per chi vive in Italia, dato che il diritto in questione in questo caso specifico è il diritto di circolazione e di soggiorno, ma per chi, vivendo oggi in Italia con un partner stabile voglia spostarsi in uno dei Paesi membri, non potendo produrre alcuna certificazione utilizzabile per ottenere lì la libertà di circolazione e di soggiorno. Tali indubbi problemi di uguaglianza non vanno però risolti al ribasso, negando la precettività dell'art. 3, ma al rialzo, aggiornando la restante legislazione nazionale. D'altronde la stessa logica è affermata dal considerando 29 che afferma: "la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare le norme nazionali più favorevoli".

Infine la precettività dell'art. 3 è stata già affermata nel primo caso giudiziario affrontato a causa della Direttiva: il caso Warren McCall-Taddeucci col quale in primo grado il Tribunale di Firenze il 4 luglio 2005 ha riconosciuto come partner di una relazione stabile con un cittadino italiano un neozelandese secondo la normativa di quel Paese. Al di là dell'ardita decisione, consistente nel ritenere già precettiva la direttiva ancor prima del suo recepimento e della data di scadenza per il medesimo, ciò che rileva ai nostri fini è la concessione del permesso di soggiorno per motivi familiari ex art. 3 per mancanza di istruttoria di quel caso da parte della Pubblica Amministrazione. Per inciso la questione sarebbe stata analoga anche se fosse stato

applicabile l'art. 2 della Direttiva, giacché esso non copre il riferimento alla legislazione neozelandese e quindi il diritto avrebbe dovuto essere comunque rintracciato nell'art. 3.

Per di più è da rilevare che la sentenza demolisce in questi casi l'utilizzabilità del richiamo al limite dell'ordine pubblico interno (art. 16 legge n. 218/1995) che può essere evocato anche da chi riconosce la precettività dell'art. 3, ma che intenderebbe limitarla a danno dei rapporti stabili tra persone del medesimo sesso. Infatti la nozione di ordine pubblico oggi applicabile secondo Costituzione si riduce comunque "ai principi veramente irrinunciabili e fondamentali posti dalla Costituzione" (Corte di cassazione, sentenza n. 2788 del 10 gennaio 1995) ed in ogni caso va utilizzata conformemente ai documenti sui diritti umani sottoscritti dal nostro Paese, non ultima la Carta di Nizza, che all'articolo 9 distingue "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia" e che all'articolo 21 vieta "ogni forma di discriminazioni" per varie ragioni, comprese le "tendenze sessuali".

5. *Questioni aperte per i pareri parlamentari*

Ferma restando, allo stato attuale della normativa interna, la non precettività dell'art. 2 relativamente ai partners e l'impossibilità più generale di introdurre con lo schema "istituti non previsti nel nostro ordinamento", a proposito dell'articolo 3, che è invece precettivo, le commissioni parlamentari sono sostanzialmente chiamate a una scelta tra l'opzione relativamente più semplice proposta dallo schema di decreto, che si limita a recepire l'analogo articolo della direttiva e che di conseguenza affida maggiormente all'amministrazione e alle giurisdizioni il compito di decidere sui casi singoli, o se inserire direttamente alcune norme che rispondano soprattutto al considerando 14, il quale indica come scelta preferenziale l'indicazione tassativa dei documenti giustificativi da richiedere.

A mò di esempio, la versione precedente dello schema di decreto, superata dalla decisione del Consiglio di Ministri, aveva tra l'altro previsto esplicitamente che:

- A) la documentazione comprendesse "certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità estera, corredati di traduzione italiana autenticata dall'autorità consolare italiana che ne attesta la conformità all'originale, dopo aver avvisato l'interessato che la produzione di atti o documenti non veritieri è prevista come reato dalla legge italiana.";
- B) che andassero prodotti documenti che attestassero esplicitamente la "relazione stabile";
- C) che in particolare per le persone non aventi la cittadinanza di uno Stato membro andasse prodotto l'attestato della "richiesta d'iscrizione anagrafica del familiare cittadino dell'Unione, con relativa attestazione della disponibilità di risorse economiche sufficienti per sé e per il familiare a carico e convivente, secondo i criteri di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché la titolarità di una assicurazione sanitaria ovvero di altro titolo comunque denominato idoneo a coprire tutti i rischi nel territorio nazionale";
- D) che i permessi di soggiorno avessero una validità di tre anni dalla data del rilascio, fossero rinnovabili, previa verifica delle condizioni che ne avessero determinato il rilascio, e che consentissero l'accesso allo studio e lo svolgimento di attività lavorativa.

Le commissioni Parlamentari, anche nell'ascolto degli operatori del settore, saranno senz'altro in grado di soppesare i pro e i contro effettivi di queste due diverse scelte, entrambe comunque del tutto legittime e fondate.