

Sezione terza
L'Unione Europea

Le misure dell'Unione Europea contro il razzismo e la xenofobia

Chiara Favilli

1. I primi passi dell'Unione Europea contro il razzismo e la xenofobia

Le istituzioni europee hanno iniziato a occuparsi direttamente del fenomeno del razzismo e della xenofobia in Europa a partire dagli anni Ottanta del Novecento. Uno dei primi atti ufficiali è rappresentato dalla dichiarazione congiunta adottata l'11 giugno 1986 da Commissione, Parlamento e Consiglio. Si deve però al Parlamento europeo il merito di aver mantenuto desta l'attenzione sul tema attraverso l'istituzione di una commissione di inchiesta che ha prodotto due significativi rapporti – il rapporto Evrigenis del 1984 ed il rapporto Ford del 1991 – con i quali già si sollecitava un'azione della Comunità contro il razzismo e la discriminazione. Poiché però il Trattato non conferiva alcuna competenza alla Comunità in questo settore, ogni azione in materia era preclusa, dato che l'Unione è condizionata ad agire solo nel rispetto del principio di attribuzione delle competenze.

La questione razziale viene però mantenuta all'ordine del giorno del Parlamento europeo con l'adozione anche di numerosi atti c.d. di *soft law*, gli unici adottabili in mancanza di una chiara base giuridica. Numerose sono anche le interrogazioni che i parlamentari hanno presentato, ora alla Commissione ora al Consiglio, mettendo in risalto i vari fenomeni di razzismo e discriminazione perpetrati negli Stati membri nei confronti sia di cittadini di Paesi terzi, sia di cittadini di Paesi membri.

Tuttavia né l'Atto unico europeo del 1986, né il Trattato di Maastricht del 1992, hanno apportato le necessarie modifiche ai Trattati. È solo nel corso della seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso che si assiste a una svolta. Nel 1994, su proposta delle delegazioni francese e tedesca, preoccupate dalla crescita al loro interno dei partiti di estrema destra, viene istituita in seno al Consiglio dell'Unione Europea, la Commissione consultiva sul razzismo e la xenofobia presieduta dal prof. Jean Kahn¹. Nel rapporto conclusivo, erano contenute alcune raccomandazioni che hanno effettivamente trovato successiva attuazione.

In particolare nel 1996, il Consiglio ha adottato l'azione comune sul razzismo e la xenofobia, sulla base del terzo pilastro dell'Unione europea² e ha deciso di proclamare il 1997 Anno europeo contro il razzismo. Quest'ultimo si è rivelato un'occasione di grande mobilitazione delle istituzioni e delle organizzazioni non governative di tutta Europa. Esso ha catalizzato e reso maggiormente visibile quel movimento di *lobby* che ha senz'altro svolto un ruolo efficace di pressione sulle istituzioni e sui *media*, formulando le proposte di modifica dei Trattati e monitorando i lavori della Conferenza intergovernativa del 1996³. Inoltre, con la sua conclusione, è stato istituito l'Osservatorio europeo per il razzismo e la xenofobia con sede a Vienna, oggi trasformato nell'Agenzia europea dei diritti fondamentali⁴. Si tratta di un'Agenzia indipendente con il compito di raccogliere dati e informazioni sul fenomeno del razzismo e la xenofobia, anche attraverso la creazione di una Rete europea di informazione (RAXEN), e di formulare suggerimenti alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri.

Nonostante la mancanza di un'espressa base giuridica nei Trattati, le istituzioni comunitarie avevano quindi iniziato ad adottare misure significative. La creazione di un'agenzia esterna costituisce infatti un investimento notevole da parte della Comunità. Il fermento di questi anni ha in un certo senso influenzato anche i lavori della Conferenza intergovernativa del 1996 incaricata di riformare i Trattati⁵. Il risultato è stato l'inserimento nel Trattato sulla Comunità europea dell'art. 13, in base al quale:

fatte salve le altre disposizioni del Trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Dopo il Trattato di Amsterdam il sistema di tutela contro le discriminazioni si arricchisce, quindi, di una nuova norma primaria destinata a incidere profondamente sul sistema europeo di tutela contro le discriminazioni⁶.

In attuazione dell'art. 13, la Commissione ha adottato un pacchetto di proposte che è stato approvato in tutte le sue parti il 27 novembre 2000. Si tratta della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e

dall'origine etnica⁷, e della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro⁸.

Le due direttive del 2000 sono dette “gemelle” in quanto presentano molti aspetti comuni. Sono entrambe articolate in tre capi: il primo dedicato alle disposizioni generali nel quale si trovano la definizione di discriminazione, le giustificazioni espressamente ammissibili, l'articolo sulle azioni positive e sulla clausola di salvaguardia; il secondo relativo al sistema di tutela legale e alle attività di dialogo con le parti sociali e con le ONG che i Governi sono obbligati a instaurare; il terzo contiene le disposizioni relative all'entrata in vigore e all'attuazione delle direttive negli Stati membri. Esse si differenziano in particolare per: i motivi di discriminazione tutelati; l'ambito di applicazione, dal momento che la seconda si limita al solo settore del lavoro; e la portata delle giustificazioni ammissibili. In queste pagine tratteremo solo della direttiva 2000/43/CE, con l'avvertenza che quanto affermeremo può in parte applicarsi anche all'altra direttiva.

Principio ispiratore del sistema comunitario di lotta alla discriminazione è che le misure normative non siano sufficienti se non sono accompagnate da misure di incentivazione e di sostegno al cambiamento delle prassi e dei comportamenti, mobilitando tutti i soggetti attivi nel settore e incoraggiando lo scambio di informazioni e di buone pratiche. Così accanto alle due direttive, il Consiglio ha adottato la decisione del Consiglio 2000/750/CE del 27 novembre 2000 che istituisce un Programma d'azione di lotta alla discriminazione (2001-2006), volto a promuovere attività di studio e di analisi, di cooperazione transnazionale, nonché di promozione e sensibilizzazione⁹. In base alla complementarità con le altre azioni comunitarie¹⁰, nei sei anni di vigenza del programma sono state finanziate numerose attività. È opportuno segnalare i numerosi studi e rapporti volti ad approfondire concetti e nozioni contenuti nelle direttive ed ad agevolare gli stessi Stati membri nell'attuazione delle direttive; rapporti e studi che, assieme a quelli realizzati dall'Osservatorio di Vienna, hanno arricchito in maniera significativa l'analisi giuridica e sociologica del tema, con un approccio che per alcuni Stati membri risulta essere altamente innovativo¹¹. A partire dal 2007 le azioni contro le discriminazioni sono finanziate nell'ambito del programma d'azione per l'occupazione e la solidarietà sociale, denominato *PROGRESS*, istituito con la decisione n. 1672/2006 del 24 ottobre 2006¹².

2. *La direttiva 2000/43 sulla parità di trattamento per ragioni connesse alla razza o all'origine etnica in particolare*

2.1. *L'ambito di applicazione*

Ai sensi dell'art. 3, par. 1, la direttiva si applica a tutte le persone sia del settore pubblico sia del settore privato compresi gli organismi di diritto pubblico. La duplice espressione, razza e origine etnica, è volta a conferire una nozione ampia che deve essere letta congiuntamente al considerando n. 6, nel quale è precisato che:

l'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie.

Per la difficoltà che spesso sussiste a scindere la discriminazione razziale da quella religiosa sarebbe stato preferibile includere nella direttiva anche la discriminazione per motivi di religione che è invece stata collocata nell'ambito di applicazione della direttiva "gemella" 2000/78/CE¹³.

Con la direttiva 2000/43/CE per la prima volta una normativa contro la discriminazione è stata estesa al di là del settore del lavoro, in particolare ai seguenti settori: la protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria; le prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso ai beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio. Questi ambiti di applicazione richiamano la normativa e la giurisprudenza in materia di libera circolazione dei lavoratori che, onde garantire piena integrazione dei lavoratori migranti in un altro Stato membro, hanno richiesto che ad essi sia praticato un trattamento uguale a quello dei propri cittadini. In effetti, nella relazione illustrativa della proposta di direttiva, la Commissione precisa che "gli Stati membri sono già tenuti ai sensi del regolamento n. 1612/68 sulla libera circolazione dei lavoratori migranti, a garantire benefici sociali a prescindere dalla nazionalità". I benefici sociali sono stati definiti dalla Corte di giustizia, relativamente alla circolazione dei lavoratori, come qualsiasi beneficio di natura economica o culturale garantito negli Stati membri dalle autorità pubbliche o da organizzazioni private. La stessa definizione deve applicarsi nella materia qui trattata così garantendo l'effettiva estensione dell'ambito di applicazione della direttiva.

Ancora, la direttiva prevede che si applichi anche al settore dell'istruzione e all'accesso ai beni e servizi, alla loro fornitura, incluso l'alloggio.

Casi di discriminazione da parte di agenzie immobiliari o di locali aperti al pubblico non sono quindi ammessi dalla direttiva¹⁴.

Va da sé che la sanità, i sistemi di sicurezza sociale, l'istruzione sono settori di competenza degli Stati. La direttiva, infatti, non riguarda la disciplina di tali settori ma, analogamente a quanto affermato in materia di libera circolazione dei lavoratori, richiede solo che tale competenza non produca una discriminazione in base alla razza o all'origine etnica. Ed infatti l'art. 3, par. 1, precisa che la direttiva si applica ai settori elencati "nei limiti dei poteri conferiti alla comunità". Quanto al settore del lavoro, l'art. 3 precisa che si applica alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione, all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento, formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali, alle condizioni di lavoro, compresa le retribuzioni ed il licenziamento. Inoltre prevede che si applichi anche all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni. Il divieto di discriminazione si applica quindi a tutte le organizzazioni comprese quelle sindacali.

Quanto all'applicazione *ratione personae*, la direttiva 2000/43/CE si applica a tutte le persone presenti nel territorio comunitario. In base al considerando n. 16:

gli Stati membri dovrebbero inoltre, se del caso e conformemente alle rispettive tradizioni e prassi nazionali, prevedere una protezione per le persone giuridiche che possono essere discriminate per motivi di razza od origine etnica dei loro membri.

Questo considerando accoglie un'interpretazione restrittiva in quanto potrebbe consentire agli Stati che non prevedano la protezione nei confronti delle persone giuridiche di non modificare la propria normativa.

Una rilevante esclusione riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità. L'art. 3, infatti, esclude dall'ambito di applicazione della direttiva:

le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di Paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei Paesi terzi o degli apolidi interessati.

La disposizione è rafforzata dal considerando n. 13, in base al quale:

divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il soggiorno di cittadini dei Paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego.

Le norme, quindi, non escludono l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi ma escludono che possano essere invocate contro le leggi sull'immigrazione o per discriminazioni basate sulla cittadinanza.

2.2. *La nozione di discriminazione*

Precedentemente, solo nella direttiva sull'onere della prova in materia di discriminazione per motivi di sesso vi era una definizione di discriminazione indiretta molto simile a quella poi fornita dalle direttive in esame. In mancanza di un riferimento testuale, la nozione di discriminazione era stata elaborata dalla Corte di Giustizia. Così la definizione che troviamo nelle direttive del 2000 recepisce in gran parte quella giurisprudenza apportando, però, alcune significative innovazioni ispirate dagli ordinamenti degli Stati membri dotati di una specifica tutela contro le discriminazioni. Ne risulta una definizione composita articolata in quattro fattispecie: la *discriminazione diretta*, la *discriminazione indiretta*, la *molestia* e l'ordine di *discriminare*.

Alla base della definizione di discriminazione si ha la comparazione tra due situazioni simili alle quali sia praticato un trattamento diverso che produce uno svantaggio. In altri termini interessa non che le situazioni siano trattate bene o male, o che sia stata compiuta una determinata allocazione di risorse, ma che le situazioni non siano trattate diversamente provocando uno svantaggio per i motivi elencati nell'art. 1 e che chi applica una certa legge non pratichi differenze basate su uno dei motivi enunciati dall'art. 13, trattando talune persone in modo meno favorevole. Non occorre che il *tertium comparationis* sia concretamente individuato contemporaneamente al verificarsi del trattamento discriminatorio. Esso infatti può anche collocarsi nel passato o addirittura nel futuro ipotetico.

Si ha “*discriminazione diretta* quando una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”, mentre:

sussiste *discriminazione indiretta* quando una disposizione, un criterio o una

prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

La definizione è innovativa in quanto i soggetti che vengono in rilievo sono individuati come “persone” senza alcun riferimento alla quantità di persone coinvolte. Nella direttiva sull'onere della prova, invece, le persone coinvolte devono costituire una “quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi”. Come vedremo si tratta di un aspetto che ha immediati effetti sul piano della prova del trattamento discriminatorio in quanto non è necessario dimostrare il pregiudizio subito da più soggetti, quindi dal gruppo, essendo sufficiente dimostrare il pregiudizio subito da una sola persona. Con la definizione fornita dalle direttive in esame non vi è più la necessità di provare che un certo atto o comportamento produce uno svantaggio su un numero maggiore di persone contraddistinte per l'appartenenza ad una razza, origine etnica e così via.

La definizione è innovativa anche quando precisa che tali atti o comportamenti “possono” produrre lo svantaggio. In effetti gli atti di discriminazione indiretta sono di per sé applicabili a una pluralità di persone in quanto riguardano atti, comportamenti o prassi che un soggetto pubblico o privato adotta, spesso in maniera sistematica, e che, pur apparentemente neutri, sono tali da produrre nei fatti una discriminazione per i motivi elencati dall'art. 13 TCE. Si tratta di un aspetto particolarmente significativo e che distingue il diritto comunitario da altri ordinamenti che pure hanno una lunga storia di legislazione antidiscriminatoria. Secondo la definizione sarà possibile denunciare la discriminazione anche quando i criteri o le prassi semplicemente possano mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. Anche la misura solo potenzialmente indirettamente discriminatoria deve quindi essere considerata illegittima, con un notevole potenziamento della tutela antidiscriminatoria.

Con l'art. 2, par. 3, per la prima volta la tutela contro le *molestie* è disciplinata in un atto giuridico vincolante. Ispirandosi alla legislazione ed alla prassi di alcuni Stati membri, le direttive prevedono che le molestie siano da considerarsi una discriminazione ai sensi dell'art. 2, par. 1. Le istituzioni comunitarie si erano precedentemente occupate della materia ma solo in riferi-

mento al sesso e solo in atti c.d. di *soft law*¹⁵. La definizione fornita dalle direttive si discosta dalla nozione di discriminazione propria del diritto comunitario e dalla nozione di discriminazione diretta e indiretta come formulata nei paragrafi 1 e 2. La molestia è infatti definita come:

comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

La differenza è che qui non si ha una comparazione tra situazioni simili e il trattamento negativo non è inteso in quanto svantaggio rispetto ad altri soggetti, ma coincide con la violazione della dignità della persona e con la creazione di un clima avverso. Per provare che si è avuta una molestia non occorre dimostrare che ad altri venga riservato un trattamento diverso. In pratica ciò significa che un soggetto leso potrà dimostrare il pregiudizio subito anche solo con riferimento alla propria storia personale senza dover allegare fatti relativi ad altri che si trovino in una situazione analoga. Da questo punto di vista è più semplice dimostrare l'avvenuta lesione considerando anche che, laddove presenti, nulla impedisce che elementi di raffronto con altre situazioni analoghe potranno essere strumenti efficaci al fine di dimostrare la veridicità delle denunce allegate.

È stato acutamente osservato che, trovatosi di fronte alla definizione del modello comunitario di lotta alla discriminazione, il legislatore ha optato per una combinazione dei modelli di tutela antidiscriminatoria tradizionalmente esistenti che chiamano la Corte di giustizia a svolgere un ruolo diverso rispetto a quello svolto sino a oggi¹⁶.

Per costituire una molestia, il comportamento lesivo della dignità deve essere connesso alla creazione di un ambiente ostile intimidatorio, degradante, umiliante od offensivo. L'utilizzo della disgiunzione consente di affermare senza alcun dubbio che sia sufficiente che una sola di tali circostanze si verifichi. Si noti che lo stesso art. 2 afferma che "in questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri". Si capisce che con questa precisazione gli Stati membri potranno ridurre la portata innovativa dell'articolo adattando la definizione a quanto già previsto dal proprio ordinamento.

Infine secondo l'art. 2, par. 4, *l'ordine di discriminare* persone a causa della razza o dell'origine etnica è da considerarsi una discriminazione ai sensi del par.

1. Opportunamente il legislatore ha voluto che fosse inequivocabilmente considerato discriminazione anche l'ordine di compiere l'atto discriminatorio.

In tutte le nozioni di discriminazione è irrilevante la volontà dell'autore dell'atto che determina lo svantaggio. L'attività è infatti illegittima tutte le volte che sia tale da avere lo scopo o l'effetto di svantaggiare una persona sulla base della razza o dell'origine etnica. Ciò consente di escludere che l'accertamento della responsabilità dipenda da una *probatio diabolica* relativa all'intento dell'autore, peraltro agevolmente eludibile. Non sempre infatti gli atti discriminatori sono consapevoli, in particolare nei casi di discriminazione indiretta. Anche rispetto all'ordine di discriminare, la volontà di discriminare è generalmente insita in un ordine. Tuttavia non sarà mai necessario procedere alla dimostrazione della volontà di discriminare quanto della volontà di far compiere una certa azione che a sua volta provoca la discriminazione.

La direttiva prevede una norma volta a:

proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Si tratta di una norma necessaria affinché le persone che si ritengono vittime di una discriminazione non siano dissuase dal presentare un ricorso per timore delle possibili azioni di rappresaglia o vittimizzazione che questo può determinare. La norma, sebbene non lo contempli espressamente, deve essere interpretata nel senso di estendere la protezione non solo alla vittima dell'atto discriminatorio ma anche ai testimoni che intervengono nel procedimento a sostegno della vittima. Altrimenti verrebbe meno la possibilità di utilizzare la prova testimoniale che invece in molti casi è l'unica prova su cui è possibile basarsi proprio al fine di fondare quel *fumus* necessario per far scattare l'inversione dell'onere della prova sul convenuto¹⁷. Nella direttiva quadro è specificato che il trattamento sfavorevole può essere costituito dal licenziamento o da altro trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro. Queste disposizioni recepiscono la giurisprudenza della Corte in materia di discriminazione per motivi di sesso già richiamata sopra a proposito della possibilità di far valere un atto discriminatorio anche dopo la cessazione del rapporto che lo ha originato. Rispetto a quella giurisprudenza non si ha la necessità di qualificare l'atto come discriminazione, ma come quello che propriamente è vale a dire un atto di rivalsa nei confronti di colui che ha esercitato un pro-

prio diritto. La norma deve senz'altro essere interpretata in modo estensivo proprio per far sì che il soggetto lesa non sia dissuaso dal proporre ricorso per timore di atti di rappresaglia. È evidente che se vi siano state denunce di discriminazione o di rappresaglie a seguito di discriminazione il rapporto di lavoro potrà essere incrinato al punto da interrompersi. Questo è un fenomeno usuale nel caso di licenziamento ingiustificato quando il lavoratore, sebbene abbia diritto al reintegro, non prosegue poi il rapporto di lavoro. Questo rende evidente la necessità che si intervenga in via preventiva, attraverso codici di condotta, che le parti siano informate dei rispettivi diritti e doveri. In questi casi solo un'azione preventiva può garantire un'effettiva protezione dei soggetti.

Infine sia consentito qui solo un rapido accenno al fatto che l'art. 5 espressamente afferma che:

Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica.

Il diritto comunitario persegue l'obiettivo della parità di trattamento e della parità effettiva e completa. Nonostante che vi siano affermazioni nel senso che sia lo stesso principio della parità di trattamento a implicare azioni volte a realizzare l'effettiva parità, vi è la prevalente percezione che la parità di trattamento sia connessa a una concezione di uguaglianza meramente formale e contrapposta al principio della parità di opportunità connessa invece alla concezione di uguaglianza sostanziale. La normativa e la giurisprudenza in materia di discriminazione sessuale hanno esercitato una significativa influenza su questo articolo che risulta molto simile all'art. 141, par. 4, del Trattato CE come modificato dal Trattato di Amsterdam. La giurisprudenza in materia di discriminazione per motivi di sesso, espressa nelle sentenze *Kalanke*, *Marshall*, *Badeck* e *Abrahamsson*, ha finito con l'accogliere una concezione non rigida di azione positiva¹⁸. Il medesimo orientamento dovrebbe quindi essere ripetuto nei confronti della direttiva 2000/43/CE.

Occorrerà vedere nella pratica quali tipologie di azioni positive effettivamente gli Stati intenderanno adottare. Difficilmente gli Stati introdurranno azioni positive cosiddette forti in questo settore, per le critiche e i dubbi circa l'efficacia di tali misure – contestate anche dai soggetti che a tali categorie ap-

partengono – ma anche per la diversa percezione dei motivi di discriminazione tutelati dalle direttive rispetto alla discriminazione per motivi di sesso. Mentre per tali motivi è generalmente considerato doveroso proibire trattamenti che producano svantaggi, più contrastata è l'opinione circa l'ammissibilità di misure positive volte a intervenire normativamente sulle situazioni individuali per rimuovere discriminazioni sistematiche del gruppo cui tali individui appartengono. Ancora più esplicitamente si ritengono ammissibili misure che intervengono sulle condizioni di partenza per conferire a tutti le medesime opportunità, ma non le misure volte a intervenire sui risultati della "competizione".

2.3. Le giustificazioni oggettive

Secondo l'art. 2, par. 2, lett. b, della direttiva 2000/43/CE, la discriminazione indiretta è esclusa quando la disposizione, il criterio o la prassi produttivi del particolare svantaggio siano "oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari". La giustificazione oggettiva consente di prendere in esame gli interessi contrapposti – quello della vittima e quello dell'autore della misura – onde verificare se la ragione di quest'ultimo sia tale da giustificare lo svantaggio causato al primo. Si tratta di una categoria non tipizzata nella quale possono essere incluse una pluralità di circostanze alle quali è richiesto solo che rispettino due condizioni: essere rivolte a perseguire una finalità legittima ed essere realizzate con mezzi appropriati e necessari.

Quanto alla legittimità della finalità, si tratta evidentemente di una espressione molto ampia, tale da essere soddisfatta in molti casi. In particolare occorrerà che la Corte si esprima circa la possibilità che il perseguimento di una finalità economica da parte di un'impresa, ma anche di una pubblica amministrazione o di un ente pubblico, sia considerata sufficiente a fondare una giustificazione oggettiva. L'altra condizione prevista dalla norma è che i mezzi perseguiti siano appropriati e necessari, in conformità al principio di proporzionalità, principio generale dell'ordinamento comunitario più volte ribadito dalla Corte in materia di eccezioni alle libertà fondamentali. Anche in questo caso non si tratta di una condizione restrittiva: se la finalità perseguita è considerata legittima ben può accadere che lo svantaggio praticato nei confronti di alcuni soggetti sia prodotto da un comportamento *appropriato* perché idoneo a conseguire lo scopo. Esso deve però essere anche necessario,

ossia deve costituire l'unico mezzo per raggiungere il risultato perseguito. La portata concreta di questa clausola sarà rimessa all'interpretazione degli organi giurisdizionali. Trattandosi di un aspetto che incide concretamente sulla portata della tutela contro le discriminazioni, anche la Corte di giustizia dovrà chiarirne l'interpretazione.

L'art. 4 prevede un'altra categoria di giustificazioni che si applicano solo al settore del lavoro. Si tratta delle esenzioni che gli Stati possono praticare nei confronti di alcune professioni rispetto alle quali il trattamento differenziato per uno dei motivi indicati dalle direttive non costituisce discriminazione. Secondo l'art. 4, par. 1:

in deroga all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato.

Sono gli Stati membri ad avere la facoltà di escludere alcune attività lavorative dall'applicazione del divieto di discriminazione. In ambedue i casi sarà comunque sempre ammissibile un intervento delle autorità giurisdizionali sia nella valutazione della corretta interpretazione e applicazione delle eccezioni individuate, sia nella valutazione della legittimità delle esenzioni individuate dal legislatore nazionale.

Ai sensi dell'art. 4, l'eccezione può essere concessa quando la caratteristica costituisca un requisito determinante, vale a dire quando sia un elemento qualificante della stessa attività lavorativa ed essenziale, ossia necessario per il conseguimento di tali obiettivi. Tali obiettivi devono poi essere legittimi e il requisito deve essere proporzionato rispetto a essi. Così il requisito della proporzionalità deve essere inteso nel senso che non devono essere richiesti requisiti ulteriori rispetto a quelli necessari al raggiungimento dello scopo.

Il comune principio della proporzionalità conferma che l'eccezione contemplata dall'art. 4 costituisce una specie della categoria delle giustificazioni oggettive. Anche in questo caso occorre quindi precisare che la portata della presente eccezione è tale da condizionare la portata del divieto di discriminazione sancito dall'art. 2, par. 1. Una verifica dell'applicazione di questa clausola da parte della Commissione e da parte degli organi giurisdizionali è quindi

quanto mai necessaria onde accertare il corretto adempimento da parte degli Stati. La maggiore o minore estensione della portata dell'eccezione può compromettere la corretta applicazione della direttiva, richiedere una modifica della legislazione interna ed eventualmente comportare una responsabilità dello Stato.

2.4. Mezzi di ricorso ed esecuzione

Il capo II della direttiva, "Mezzi di ricorso ed esecuzione", è volto a far sì che gli Stati prevedano dei procedimenti giurisdizionali o amministrativi attraverso i quali sia possibile per le vittime denunciare la discriminazione subita, prevedendo sanzioni nei confronti degli autori ed eventualmente riconoscendo il risarcimento del danno subito. Pur nel rispetto dei rispettivi ordinamenti nazionali, la direttiva richiede agli Stati di creare un vero e proprio sistema di tutela che offra rimedi efficaci nei confronti delle vittime e sanzioni dissuasive nei confronti degli autori.

Un aspetto chiave del sistema di tutela è quello della prova della discriminazione subita: la pretesa vittima deve dimostrare di aver subito uno svantaggio e che esso sia stato procurato dal comportamento dell'accusato. Come l'esperienza della legislazione in materia di discriminazione per motivi di sesso mostra, nelle cause in materia di discriminazione può essere estremamente problematico ottenere prove, in quanto le informazioni pertinenti sono spesso in possesso della parte convenuta. Per questo motivo, e ispirandosi alla direttiva 97/80/CE sull'onere della prova in materia di discriminazione per motivi di sesso, l'art. 8 della direttiva prevede che:

gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi ad un tribunale o a un'altra autorità competente fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

La direttiva, così come anche la direttiva 97/80/CE, non introduce un'inversione dell'onere della prova, che tecnicamente si ha quando la parte asserisce l'esistenza di un atto o di un fatto senza doverne provare i fatti costitutivi, spettando alla parte convenuta di provarne l'inesistenza. La stessa direttiva 97/80/CE in tema di onere della prova dispone che:

Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi a un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi a un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta.

Queste norme stabiliscono che per dimostrare l'esistenza di una discriminazione sia sufficiente la dimostrazione della presunzione. Quindi le direttive richiedono un livello di prova attenuato rispetto alle regole generali del diritto civile in base alle quali è difficile che un giudice consideri accertato un fatto sulla base di presunzioni. Le direttive in altre parole permettono una diversa valutazione delle presunzioni da parte del giudice nel senso che l'apprezzamento delle presunzioni dovrà essere più libero e, soprattutto, non necessariamente ancorato alla dimostrazione del fatto in termini gravi, precisi e concordanti.

Basterà che l'attore dimostri il *fumus* in presenza del quale spetta al convenuto dimostrare l'inesistenza del fatto. Nella discriminazione indiretta per motivi di sesso questo meccanismo è strettamente connesso al fatto che si considera esistente una presunzione di discriminazione quando vi siano dati statistici che dimostrano l'esistenza di uno svantaggio provocato a un numero considerevole di persone. Nel caso delle direttive qui esaminate non è richiesto che sia dimostrato il pregiudizio subito da un numero considerevole di persone e, quindi, anche il rilievo dei dati statistici è attenuato.

La presunzione dell'esistenza della discriminazione potrà essere fornita con qualsiasi mezzo sia nel caso della discriminazione diretta che nel caso della discriminazione indiretta, compreso il fatto notorio. Concorre a interpretare in tal senso l'art. 8, il considerando n. 21, in base al quale:

le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, per l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento, l'onere della prova debba essere posto a carico del convenuto nel caso in cui siffatta discriminazione sia dimostrata.

La norma sulla condivisione dell'onere della prova espressamente prevede che gli Stati non siano tenuti ad applicarla ai procedimenti in cui spetta al giudice o all'organo competente indagare sui fatti¹⁹.

Si noti che, in base alla direttiva, la tutela giurisdizionale non è considerata come l'unica forma di azione, né come l'azione di tutela preferibile. Accanto a essa si richiede che gli Stati instaurino azioni che possono essere definite “di sistema”, attraverso il dialogo con le parti sociali, in modo da rimuovere norme e prassi che conducono a discriminazioni in particolare nel settore del lavoro.

2.5. L'istituzione dell'organismo di promozione della parità di trattamento

Al fine di stimolare azioni strutturali e di ampio respiro, l'art. 13 della direttiva 2000/43/CE recita:

Gli Stati membri stabiliscono che siano istituiti uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica. Tali organismi fanno eventualmente parte di agenzie incaricate, a livello nazionale, della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali. 2. [...] tra le competenze di tali organismi rientrano: l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni [...]; lo svolgimento di inchieste indipendenti [...]; la pubblicazione di relazioni indipendenti.

Il testo originario della proposta di direttiva, elaborato dalla Commissione, definiva espressamente l'organismo come indipendente. In fase di negoziazione tale termine è stato soppresso soprattutto per le preoccupazioni in merito alle implicazioni finanziarie sollevate da alcune delegazioni. Con una soluzione pragmatica si è optato per omettere tale attributo, sottolineando che ciò che è essenziale è che l'organismo sia in grado di svolgere le funzioni a esso attribuite in modo indipendente, lasciando quindi al legislatore nazionale il compito di stabilire come questo possa essere garantito. Se si considera che, in base all'art. 3 della direttiva, l'organismo in oggetto può svolgere inchieste indipendenti rivolte sia al settore pubblico sia al settore privato, risulta chiaro come la garanzia dell'indipendenza sia un requisito necessario anche se solamente implicito. In questo senso dispone anche l'art. 8 *bis* della direttiva 2002/73/CE che modifica la direttiva 76/207/CEE sulla parità di trattamento tra uomini e donne, e che richiede l'istituzione di “un organismo indipendente per l'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne”.

L'istituzione di organismi di questo tipo è prevista in alcuni documenti internazionali che li qualificano come indipendenti. Così la *General policy re-*

commendation n. 2, *Specialised bodies to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance at national level*, adottata dalla *European Commission against Racism and Intolerance* del Consiglio d'Europa e richiamata espressamente dalle conclusioni generali della conferenza europea contro il razzismo tenutasi a Strasburgo il 13 ottobre 2000, *All different all equal, from principle to practice*. Tale raccomandazione indica i principi che gli Stati devono rispettare nell'istituzione degli organismi in oggetto. Tra questi vi è il principio n. 5, *Independence and accountability*, secondo il quale gli organismi:

should function without interference from the State and with all guarantees necessary for their independence including the freedom to appoint their own staff, to manage their resources as they think fit and to express their views publicly.

Analogamente, le stesse conclusioni generali della conferenza di Strasburgo dichiarano, al par. 21, che “the European Conference underlies the essential contribution of independent specialised bodies at national, regional or local levels”.

Anche il programma d'azione approvato dalla Conferenza delle Nazioni Unite di Durban prevede, al par. 90, che gli Stati debbano “establish, strengthen, review and reinforce the effectiveness of independent national human rights institutions, particularly on issues of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance”, e richiama i *Principles relating to the status of national institutions for the promotion and protection of human rights* – i c.d. *principi di Parigi* – annessi alla risoluzione dell'Assemblea generale n. 48/134 del 20 dicembre 1993.

L'attribuzione a un unico organismo delle funzioni di promozione delle pari opportunità comprendente, oltre alla lotta alla discriminazione per motivi di razza od origine etnica, anche il genere, presenta alcuni aspetti positivi. Altri Stati hanno preferito questo tipo di organismi che, anzi, hanno una competenza estesa anche ad altri motivi di discriminazione quali la religione, l'orientamento sessuale, l'età e l'handicap; si pensi alla *Equality Authority* in Irlanda, l'*Equality Commission for Northern Ireland* o all'analogo commissione nei Paesi Bassi²⁰. La stessa direttiva ha previsto espressamente la possibilità di attribuire le funzioni di promozione delle pari opportunità ad un'agenzia incaricata del rispetto dei diritti umani. Anche l'art. 13 Trattato CE induce ad adottare un approccio orizzontale nella lotta alla discriminazione, approccio che, infatti, ha costituito il perno centrale del programma d'azione di lotta contro le discriminazioni 2001-2006.

Si noti che l'Unione ha in parte seguito tale orientamento con la decisione di trasformare l'Osservatorio europeo sul razzismo e la xenofobia in Agenzia europea dei diritti fondamentali²¹, mantenendo la struttura di agenzia esterna e indipendente ma estendendone l'ambito di applicazione a tutto il settore dei diritti umani. Parallelamente, in ragione delle specificità della discriminazione per motivi di sesso e della particolare attenzione a essa riservata dall'Unione, è stato anche creato l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere²².

3. La proposta di decisione quadro in materia di razzismo e xenofobia

Tra gli strumenti comunitari rilevanti in materia di razzismo e xenofobia vi è anche l'art. 29 TUE in base al quale:

Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia,

perseguendo tra l'altro "il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale". Così, nel novembre 2001, la Commissione ha presentato una proposta di decisione quadro sull'armonizzazione delle misure penali in materia di razzismo e xenofobia. La proposta è volta a fornire definizioni comuni dei reati connessi al razzismo e alla xenofobia e ad armonizzare le sanzioni applicabili in questo settore. La proposta aveva riscontrato una forte opposizione nel Consiglio da parte di alcune delegazioni nazionali: l'Italia, che sosteneva come tali fenomeni fossero adeguatamente perseguiti a livello nazionale e che l'obiettivo dell'armonizzazione delle sanzioni, come fissato dapprima nel Consiglio europeo di Tampere nel 1999, non riguardasse il razzismo e la xenofobia; il Regno Unito, l'Irlanda e i Paesi scandinavi, preoccupati del possibile contrasto con il principio della libertà di espressione.

Non è stato possibile così raggiungere un accordo politico neanche sulla proposta modificata presentata dall'Italia nel marzo del 2003, né su una proposta rivista preparata in sede di COREPER nel corso del 2005²³. Dopo un periodo di stasi, il negoziato su tale proposta è stato riaperto con vigore dalla Presidenza tedesca che, a partire dalla proposta rivista del 2005, è riuscita a raggiungere un accordo generale nella riunione del 19 aprile 2007, precosti-

tuendo le condizioni per una probabile approvazione nel corso di questo stesso anno. In base a tale proposta, gli Stati dovranno adottare una normativa volta a punire le seguenti condotte: incitamento pubblico alla violenza e all'odio nei confronti anche di una sola persona per motivi di razza, colore, religione, discendenza od origine nazionale o etnica; il pubblico consenso, diniego o banalizzazione dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti nello Statuto del Tribunale penale internazionale nonché del Tribunale di Norimberga. È lasciata agli Stati membri la discrezionalità in ordine alla scelta se punire solo condotte che disturbino l'ordine pubblico o che siano pericolose, abusive od offensive. Tali condotte devono essere punite con sanzioni penali di un massimo almeno tra uno e tre anni di reclusione. La decisione-quadro espressamente fa salve le norme costituzionali nonché i principi fondamentali nazionali in materia di libertà di associazione, di stampa e di espressione. Con un attento linguaggio, volto a preservare le libertà fondamentali garantite in ogni singolo Stato, e non menzionando espressamente né l'olocausto né i crimini della dittatura sovietica, si è così superato lo stallo schiudendo le porte all'armonizzazione anche delle sanzioni penali in materia di razzismo e xenofobia e contribuendo a consolidare l'azione complessiva dell'Unione in questa materia. Una volta che la decisione-quadro sarà entrata in vigore, l'azione comune del 1996 sarà sostituita e gli Stati avranno due anni di tempo per l'adozione delle norme di attuazione.

Note

1. L'istituzione della Commissione è dovuta ad una proposta francese e tedesca ed è stata approvata dal Consiglio europeo di Corfù del 1994.

2. Cfr., infra, par. 4.

3. Si ricorda in particolare l'attività dello *Starting Line group* che ha dato vita alla campagna di emendamento del Trattato denominata *Starting point* alla quale hanno aderito più di 250 organizzazioni non governative di tutti gli allora quindici Stati membri impegnati nella lotta alla discriminazione per motivi di razza, religione e origine etnica. Analoghe campagne sono state condotte da altre reti di associazioni impegnate nella lotta alla discriminazione per motivi di handicap e di orientamento sessuale.

4. Regolamento (CE) n. 168/2007 del 15 febbraio 2007, in GUUE L 53, pp. 1-13.

5. Si vedano le risoluzioni del Parlamento europeo del 17 maggio 1995 e del 13 marzo 1996 (doc. A40068-96) nelle quali esso chiedeva che fosse inserito nel Trattato il riferimento espresso al principio di uguaglianza e all'obbligo da parte dell'Unione di agire per contrastare l'esclusione sociale, l'ingiustizia sociale e la discriminazione, in GUCE C 151 del 19 giugno 1995, p. 56, C151 e GUCE C 96, p. 77. La Commissione nella comunicazione COM(96)1990, del 28 febbraio 1996,

Rafforzare l'Unione e preparare l'ampliamento, affermava che la conferenza “dovrebbe includere nel Trattato disposizioni sul divieto di qualsiasi discriminazione, in particolare per quanto concerne l'uguaglianza tra uomini e donne al di là delle disposizioni relative alla parità di retribuzione, nonché la condanna del razzismo e della xenofobia”, *ivi*, p. 3.

6. Il Trattato di Nizza ha modificato l'art. 13 TCE aggiungendo un secondo paragrafo in base al quale “il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 quando adotta misure di incentivazione comunitarie, a esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1”. Una modifica non di grande rilievo e che non ha peraltro ancora trovato attuazione.

7. In GUCE, L 180, del 9/07/2000, pp. 22-26.

8. In GUCE L 303 del 02/12/2000, pp. 16-22.

9. In GUCE, L 303, del 02/12/2000, pp. 23-28.

10. In particolare sono rilevanti: gli Orientamenti in materia di occupazione, i Fondi strutturali, il programma *Equal*, il Fondo Sociale europeo, il programma Istruzione, formazione e gioventù, il programma specifico per combattere l'esclusione sociale. Gli orientamenti in materia di occupazione esortano già gli Stati membri a dare la massima priorità alla lotta contro la discriminazione delle donne in tutti i loro interventi sul mercato del lavoro. Essi invitano gli Stati membri a prestare un'attenzione particolare alla necessità dei disabili, delle minoranze etniche e di altri gruppi e individui che, anche a causa della discriminazione, potrebbero trovarsi in una situazione di svantaggio sul mercato del lavoro. Inoltre i medesimi gruppi possono beneficiare dell'assistenza ordinaria dei Fondi strutturali. Inoltre, attraverso il programma *Equal*, il Fondo Sociale europeo affronta i problemi connessi con l'esclusione, la discriminazione e l'ineguaglianza nella misura in cui essi interagiscono con l'occupazione. L'azione è incentrata sulle priorità tematiche concordate fra gli Stati membri e la Commissione che si riconnettono ai quattro pilastri della Strategia europea sull'occupazione. Ancora il nuovo programma Istruzione, formazione e gioventù continuerà a promuovere l'integrazione delle categorie svantaggiate, comprese le persone esposte ai vari tipi di discriminazione: si tratta infatti di una priorità di tipo orizzontale del programma. Infine la Commissione ha adottato un programma specifico per combattere l'esclusione sociale, volto a sostenere gli sforzi degli Stati membri per contrastare e prevenire l'esclusione sociale.

11. http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm; <http://fra.europa.eu/fra/index.php>.

12. In GUUE L 315 del 15 novembre 2006, pp. 1-7.

13. House of Lords, *Ninth Report*, London 2000, par. 73.

14. *Relazione sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*, COM(2006)643 del 30 ottobre 2006, p. 3.

15. *Risoluzione del Consiglio del 29 maggio 1990 sulla protezione della dignità di uomini e donne nel lavoro*, in GUCE C 157, 27/06/1990, pp. 3-4; *Raccomandazione della Commissione 92/131/EEC del 27 novembre 1991 sulla protezione della dignità delle donne e degli uomini nel lavoro*, in GUCEL 49, 24/02/1992, pp. 1- 8; *Dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991 sul-*

l'attuazione della raccomandazione del Consiglio sulla protezione della dignità di uomini e donne nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta per combattere l'orientamento sessuale, in GUCE C 27, 04/02/92, p. 1.

16. M. Barbera, *Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, in "Industrial Law Journal", XXI (2002), n. 1, pp. 82-91.

17. Cfr., *infra*, par. 2.4.

18. Cfr. da ultimo, O. Pollicino, *Trattamento preferenziale e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano 2006.

19. Art. 8 e considerando n. 22 della direttiva 2000/43/CE.

20. Per una rassegna di tutti gli organismi creati o esistenti nei Paesi membri si veda il sito: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/rights/neb_en.htm

21. Regolamento (CE) n. 168/2007 del 15 febbraio 2007, in GUUE L 53, pp. 1-13.

22. Regolamento (CE) n. 1922/2006 del 20 dicembre 2006, in GUUE L 403, pp. 9-17.

23. Doc. Consiglio n. 8994/05.

Pluralismo giuridico e discriminazione: il rispetto dell'unità familiare tra Corti europee e Corte di Cassazione

Alida Surace

1. *Pluralismo giuridico e diritto al rispetto della vita familiare*

Il presente saggio si propone di analizzare, attraverso il confronto tra la giurisprudenza italiana e quella europea, la discriminazione che colpisce i cittadini dei paesi terzi per quanto concerne il diritto al rispetto della vita familiare. Questo diritto ha assunto negli ultimi anni una particolare rilevanza per gli stranieri, poiché, a fronte delle politiche migratorie restrittive adottate dagli Stati membri dell'Unione Europea, il ricongiungimento familiare è divenuto un importante canale di immigrazione. Il rispetto della vita familiare rappresenta, infatti, almeno nell'ambito del Consiglio d'Europa, un diritto fondamentale che le politiche migratorie dei singoli Stati devono rispettare.

Esso è protetto, com'è noto, dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU), secondo il quale:

Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Per l'Italia, e tutti gli altri paesi dell'Unione Europea, la CEDU costituisce un imprescindibile parametro di riferimento, alla luce del quale valutare l'effettiva tutela garantita all'unità familiare. In effetti, un ruolo decisivo nella definizione di questo parametro, data la formulazione poco precisa dell'art. 8, è, *rectius* dovrebbe essere, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU). Il suo approccio, inevitabilmente di tipo casistico, in questi anni ha cercato di definire un corretto bilanciamento degli interessi a cui rimanda l'art. 8, tentando allo stesso tempo di adeguare ai mutamenti sociali la nozione di "vita familiare", in modo da

conferirle un'accezione che non vanifichi l'effettività del diritto a livello di singoli Stati.

Questa breve premessa evidenzia che uno studio minimamente esaustivo dei profili discriminatori attualmente connessi alla tutela dell'unità familiare richiede di inquadrare il rapporto tra le Corti europee e la Corte di Cassazione all'interno del cosiddetto *pluralismo giuridico*. L'elaborazione della nozione di *interlegality*, a opera di Boaventura de Sousa Santos, svolge a tal riguardo un ruolo cruciale all'interno della sua teoria volta a definire il fenomeno, non certo nuovo ma da sempre oggetto di continue riflessioni, dell'intersezione di diversi ordinamenti giuridici¹.

A fronte del lento, ma incessante recesso degli Stati dalla esclusiva titolarità della *domestic jurisdiction*, e della conseguente inadeguatezza delle tesi del monismo giuridico, la riscoperta di “strati e dimensioni dell'universo giuridico da disseppellire e valorizzare”² diviene l'indispensabile chiave di lettura del mondo moderno e delle conseguenze della globalizzazione. La presa di coscienza dell'abbattimento dei confini e dell'inevitabile interazione fra tre dimensioni – locale, nazionale, globale – potrebbe semplicemente indurre a constatare la coesistenza nel medesimo ambito politico-spaziale, di una pluralità di sistemi giuridici, considerati alla stregua di entità separate e distinte. Risulta invece interessante mettere in risalto l'attuale presenza di differenti sistemi legali, *legal orders*, sovrapposti, compenetrati, eterogenei, tanto complementari, quanto antagonisti e pertanto non riconducibili ad alcun unitario paradigma normativo, ma piuttosto inquadrabili esattamente in ciò che Boaventura de Sousa Santos definisce *interlegality*³. Ecco perché tale nozione fornisce uno strumento ottimale per la comprensione della realtà complessa e multidimensionale del pluralismo giuridico, rendendo così inevitabile interrogarsi circa l'impatto di tale pluralismo sulle esperienze, sulle percezioni e sulla coscienza dei singoli individui e dei gruppi, interessati nello stesso momento da diversi e spesso contrastanti ordini legali e culturali⁴. Nella sua accezione fenomenologica l'interlegalità è descritta come “un processo altamente dinamico, perché i diversi spazi giuridici sono non-sincronici e questo comporta combinazioni irregolari e instabili di codici giuridici (codici intesi in senso semiotico)”⁵.

La questione dei diritti fondamentali, nel caso di specie il rispetto dell'unità familiare, si arricchisce così, alla luce dell'evidente coesistenza di una pluralità di *legal orders* deputati alla loro protezione, di un nuovo e

prezioso strumento di analisi. È infatti incontestabile in Europa la presenza di:

spazi giuridici differenti sovrapposti, che si intrecciano e si mischiano nelle nostre menti, così come nelle nostre azioni, in occasione di salti qualitativi o di crisi radicali nelle nostre traiettorie di vita, o nella monotona routine della banale vita quotidiana⁶.

Nel contesto europeo, la genesi della duplice protezione – Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo – dei diritti fondamentali in Europa⁷, ha dato origine a un sistema che, in assenza di precise forme di coordinamento tra le due giurisdizioni, si traduce inevitabilmente in una costante correlazione che assume i caratteri ora della complementarità, ora della competizione, ora della subordinazione, ora infine della semplice coesistenza. L'analisi della risoluzione delle controversie sottoposte al giudizio delle due Corti si rivela da un lato interessante per lo studio concreto di quella correlazione, dall'altro indispensabile per avvalorare la tesi dell'effettiva presenza di interlegalità. Analoghe considerazioni derivano dall'analisi dei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale: l'assenza di un formale inserimento della Convenzione europea in un sistema organico di fonti rende, infatti, la combinazione tra questi due piani estremamente complessa, soprattutto nel passaggio da una ricostruzione prettamente teorica dello *status* giuridico della Convenzione a uno studio delle discrasie che sorgono in Italia nell'applicazione concreta del diritto all'unità familiare, sia come presupposto per il ricongiungimento familiare, che come limite all'espulsione. Uno studio comparativo della giurisprudenza nazionale – soprattutto con riferimento alla Corte di Cassazione – e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), permette di mettere in evidenza i diversi criteri di protezione del diritto all'unità familiare, che discendono, tra l'altro, dalla portata attribuita alla nozione di famiglia, agli effetti della filiazione e alle ragioni che, secondo il sistema convenzionale, possono giustificare un'ingerenza nella vita familiare. Il risultato di questa costante sovrapposizione mette in luce la presenza di una molteplicità di situazioni ibride, spiegabili solo alla luce del fatto che in un contesto di interlegalità, non essendo il diritto preesistente rispetto alle controversie, esse vengono risolte da chi detiene il potere di decidere quale norma applicare o quale interpretazione privilegiare nel caso concreto, in un quadro spesso conflittuale che de Sousa Santos definisce in termini di *politics of definition of law*.

Dal punto di vista della correlazione tra ambito nazionale e ambito comunitario⁸, la situazione può sembrare più semplice, in virtù del fatto che il lungo percorso di integrazione europea⁹ si è tradotto in un sistema organico all'interno del quale esiste sia una formale gerarchia tra le fonti giuridiche riconducibili ai due ordinamenti¹⁰, sia un preciso meccanismo di coordinamento che dovrebbe assicurare, attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo¹¹, omogeneità e coerenza al sistema stesso. L'esame diretto delle sentenze smentisce però, come vedremo, l'apparente organicità del sistema, mostrando la presenza, anche in questo caso, di relazioni interlegali che tradiscono ancora una volta complessità, competizione e sovrapposizione dia-cronica.

2. La giurisprudenza di Strasburgo

2.1. La nozione di "famiglia"

Esaminando la giurisprudenza della Corte EDU, merita sottolineare subito come la Corte abbia escluso, ormai da diversi anni, che la nozione di vita familiare si limiti a comprendere la situazione che consegue all'instaurazione di una famiglia qualificabile come legittima. La prima sentenza che giunge a queste conclusioni risale al giugno 1979 e fu pronunciata nel caso *Marckx c. Belgio*. In tale occasione il problema consisteva sostanzialmente nella qualificazione del rapporto tra una donna e sua figlia, in mancanza di una figura maschile e di un legame giuridico con questa. La Corte fece notare inizialmente che l'art. 8 non fa alcuna distinzione tra famiglia legittima e illegittima, cosa che sarebbe a suo avviso in contrasto con l'art. 14 e con il divieto da esso imposto di prevedere qualsiasi discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CEDU¹².

In una sentenza di qualche anno successiva (*Johnston c. Irlanda*, 18/10/1986) la Corte ha fornito un'analoga interpretazione del diritto al rispetto della vita familiare, affermando che essa comprende sia le unioni legittime che quelle prive di un vincolo giuridico-formale. Costituendo entrambe una famiglia ai sensi dell'art. 8, "sono pertanto protette da esso, anche se la relazione esiste al di fuori del matrimonio". Otto anni dopo nel caso *Keegan c. Irlanda* (26/5/1994), a fronte delle considerazioni fatte dal Governo irlandese, secondo il quale né il semplice legame di sangue tra una madre e sua figlia, né il sincero e profondo desiderio di una vita familiare

erano sufficienti per costituire una famiglia, la Corte ha ripetuto che la nozione di famiglia non può essere limitata a una relazione basata sul matrimonio, ma comprende necessariamente anche altri legami materiali di fatto. In particolare, un figlio nato all'interno di un'unione di tal genere è *ipso iure* un membro di essa, fin dal momento della sua nascita, con l'importante conseguenza che tra il figlio e i suoi genitori si stabilisce un legame che rientra nella nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU, "anche se al momento della sua nascita i genitori non coabitano più o la loro relazione è terminata".

Pochi mesi dopo (*Kroon c. Paesi Bassi* 27/10/1994) la Corte ha avuto modo di ribadire che la situazione di fatto, normalmente la convivenza, va valutata indipendentemente dall'esistenza di un vincolo giuridico.

Nel caso *Boughanemi c. Francia* (26/4/1996) la Corte ha affermato che "la nozione di vita familiare, sulla quale si basa l'art. 8, comprende, anche dove non c'è coabitazione, il legame tra un genitore e suo figlio, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia o meno legittimo". Elementi come l'esercizio da parte del padre del diritto di visita del figlio e il contributo economico alla sua educazione sono stati ritenuti sufficienti per la costituzione di una vita familiare¹³. L'eventuale espulsione di uno straniero, che comporta l'impossibilità di mantenere i legami con la figlia affidata alla sola madre, cittadina del paese dal quale è disposta l'espulsione, costituisce quindi una chiara violazione dell'art. 8 della CEDU, se non "necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

2.2. *Motivi legittimi di ingerenza nella vita familiare*

Secondo una giurisprudenza convenzionale ormai consolidata¹⁴, ogni Stato è titolare di un potere sovrano in merito all'ammissione, al respingimento, all'espulsione e all'extradizione dello straniero. L'art. 8 della CEDU introduce tuttavia alcuni limiti a questo potere. Se quindi spetta agli Stati il compito di "mantenere l'ordine pubblico, in particolare nell'esercizio del loro diritto di controllare, in conformità a un principio consolidato di diritto internazionale e ai trattati internazionali cui essi aderiscono, l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri", è altrettanto vero che le decisioni in materia, "nella misura in cui possono incidere sul diritto protetto dal primo comma dell'articolo 8, devono risultare necessarie in una società democra-

tica, ovvero giustificate da un bisogno sociale imperioso e, soprattutto, proporzionate al legittimo interesse perseguito¹⁵. Risulta di conseguenza inaccettabile un'omissione, da parte degli Stati, della valutazione comparativa tra gli interessi di ordine pubblico ai quali è normalmente preordinato il provvedimento di espulsione e gli interessi dei quali è titolare lo straniero ai fini di pervenire a una decisione di giusto equilibrio tra essi.

Nonostante la Corte abbia sempre dato per scontato che "l'esecuzione di un provvedimento di espulsione costituirebbe un'ingerenza da parte dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto [...] al rispetto della vita familiare, come garantito dall'articolo 8, comma 1", essa ha anche sostenuto, in accordo con la Commissione, che tale provvedimento può non rilevare, in linea teorica, sotto il profilo dell'art. 8, se lo straniero può lasciare il paese insieme ai propri familiari, purché la misura risulti ragionevole. In pratica tuttavia è quasi impossibile che tali presupposti si verifichino, e che sia pertanto da escludere che si siano creati vincoli sociali e familiari degni di tutela¹⁶. Non va infatti dimenticato che l'art. 8 tutela anche la vita privata, la quale può anche essere autonoma, ovvero indipendente dai legami familiari¹⁷. Nel caso di uno straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione dal Belgio, è stato infatti precisato che egli "aveva stabilito reali legami sociali in Belgio, [...] e aveva conseguentemente creato anche una vita privata là, ai sensi dell'articolo 8, che include il diritto di un individuo a formare e sviluppare legami con altre persone, inclusi i rapporti professionali o di affari"¹⁸. La distinzione non è facile: le relazioni private e familiari possono coesistere, senza necessariamente coincidere. Anche se le seconde fossero venute meno o risultassero di scarso rilievo, sarebbe comunque opportuno dimostrare l'inesistenza di altri legami – di natura appunto sociale, professionale o economica – per ritenere legittima l'espulsione.

Ogni volta che un provvedimento statale sia suscettibile di interferire nel rispetto della vita familiare, la Corte analizza singolarmente tutti i requisiti previsti dalla Convenzione affinché tale interferenza possa considerarsi legittima. Viene in particolare valutato se essa sia: a) prevista dalla legge, b) volta a perseguire un obiettivo legittimo – in relazione a quelli elencati nel secondo comma –, c) necessaria in una società democratica. Spesso la Corte si è trovata a dichiarare la violazione dell'art. 8 ritenendo il provvedimento di espulsione "non necessario in una società democratica, vale a dire non giustificato da un bisogno sociale imperioso e non proporzionato al legittimo obiettivo

perseguito”. Nella sentenza *Boultif* la Corte ha enunciato gli elementi che ritiene di dover valutare attentamente:

la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno dello straniero nel paese da cui dovrebbe essere espulso, il tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta dello straniero nel suddetto periodo, la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare [...], altri fattori che rivelino la realtà e la genuinità del legame familiare, compresa la consapevolezza da parte dei familiari circa il reato commesso, la presenza di figli e la loro età. Non ultimo, la Corte deve verificare il grado di difficoltà che la famiglia verosimilmente dovrebbe affrontare per ritornare nel paese di origine.

Pur alla luce di questi rigidi parametri, la maggioranza dei giudici normalmente ritiene la commissione di taluni reati – soprattutto di quelli connessi allo spaccio di stupefacenti – sufficiente per escludere la valutazione, sotto il profilo della proporzionalità, dei criteri legati al periodo di residenza e all'esistenza di legami familiari¹⁹. Non solo: nel caso *Gül c. Svizzera*, 19/2/1996, la Corte ha sostenuto il principio per cui l'art. 8 “non può essere considerato come un'imposizione allo Stato di un obbligo generale di rispettare la scelta dei coniugi su dove radicare la propria vita familiare, o di autorizzare la riunificazione della famiglia sul proprio territorio”. In questa occasione la Corte constata invece che:

in ragione della durata del periodo in cui i coniugi Gül hanno vissuto in Svizzera, non sarebbe certamente facile tornare in Turchia, ma non ci sono, rigorosamente parlando, ostacoli che impediscano loro di sviluppare la propria vita familiare anche in Turchia.

Anche ammettendo che la situazione familiare in esame “è estremamente difficile da un punto di vista umano”, ritiene legittimo il rifiuto da parte della Svizzera dell'ingresso, e quindi del ricongiungimento, di un minore con i propri genitori, osservando che quest'ultimo aveva sempre vissuto nel paese di origine “ed era pertanto cresciuto nell'ambiente linguistico e culturale del suo paese”²⁰.

3. La normativa comunitaria e il ruolo della Corte di giustizia

Il dovere di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU grava sulla Corte di giustizia con esclusivo riferimento agli atti comunitari e quindi agli atti normativi statali di diretta applicazione di questi ultimi²¹. Fino

alla recente approvazione della direttiva in materia di ricongiungimenti familiari, la giurisprudenza della Corte ha avuto per oggetto principalmente casi in cui si trattava di decidere circa il diritto di soggiorno dei familiari – indipendentemente dalla loro cittadinanza – di cittadini comunitari che, nell'esercizio delle libertà fondamentali, avevano stabilito la propria residenza in uno Stato diverso da quello di origine.

La Corte, pronunciandosi in via pregiudiziale sulla direttiva relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità²², ha sottolineato che:

giacché la direttiva è volta a facilitare l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi da parte dei cittadini degli Stati membri, i diritti attribuiti ai coniugi²³ dei cittadini degli Stati membri vengono loro riconosciuti affinché possano accompagnare questi ultimi quando, spostandosi o soggiornando in un altro Stato membro diverso dal loro Stato membro di origine, esercitano, alle condizioni previste dalla direttiva, i diritti derivanti dal Trattato²⁴.

La Corte non dedica particolare attenzione, in questa come in altre pronunce, alla definizione di famiglia, tutelabile ai sensi dell'art. 8 della CEDU, evitando ad esempio di soffermarsi sulle questioni relative alle ipotesi di convivenza di fatto in assenza di un vincolo giuridico-formale o di assenza di convivenza. Con riguardo alla prima questione è però probabile che la Corte, facendo costante riferimento ai coniugi e all'esistenza di un matrimonio o di un vincolo coniugale²⁵, dia per scontata, in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, l'esigenza di un tale vincolo.

A uno Stato membro è consentita l'adozione di misure nazionali che ostacolino l'esercizio della libera prestazione di servizi, ma solo qualora esse risultino conformi ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce la tutela e quindi, nel caso di specie, al diritto al rispetto della vita familiare. Conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo²⁶, la Corte afferma che "l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti, può rappresentare un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8, n. 1, della Convenzione. Una simile ingerenza viola la Convenzione a meno che essa non corrisponda ai requisiti di cui al n. 2 dello stesso articolo", rendendo pertanto necessaria l'individuazione del giusto equilibrio tra il rispetto del suddetto diritto e altre esigenze tra cui la salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicu-

rezza. La Corte ha ritenuto che uno Stato membro non sia autorizzato a negare l'ingresso e il soggiorno di uno straniero coniugato con un cittadino comunitario per il solo motivo che egli "è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro interessato"²⁷.

La giurisprudenza di Strasburgo può aver fornito la chiave di lettura dell'art. 8 della CEDU, nel momento in cui la Corte di giustizia ritiene necessario procedere a un effettivo bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, concludendo così che, in presenza di una vita familiare effettiva, un'ingerenza da parte dello Stato attraverso il diniego del permesso di soggiorno per il cittadino non comunitario, "costituirebbe una sanzione manifestamente sproporzionata in rapporto alla gravità dell'inosservanza delle prescrizioni nazionali relative al controllo degli stranieri". Recentemente la Corte ha affermato che uno Stato viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva comunitaria 64/221/CEE, se impedisce l'ingresso dei coniugi di cittadini comunitari, perché segnalati nel sistema di informazione Schengen, "senza aver preliminarmente verificato se la presenza di tali persone costituisca una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività"²⁸.

Per quanto la Corte assegni un ruolo importante alla CEDU e all'interpretazione che di essa fornisce la Corte di Strasburgo, il diritto al rispetto della vita familiare assume tuttavia rilievo, non in quanto tale, ma piuttosto quale corollario del fondamentale principio della libertà di circolazione stabilito in ambito comunitario, in modo tale che il suo pieno godimento sia volto principalmente all'eliminazione degli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato CE²⁹. È la combinazione di un diritto di soggiorno di origine comunitaria in capo ai cittadini degli Stati membri, con il principio del rispetto della vita familiare, che ha condotto la Corte ad affermare l'esistenza di un diritto di soggiorno anche in capo ai membri della loro famiglia, indipendentemente dalla loro cittadinanza, "che può venire limitato solo in casi eccezionali e a condizioni molto rigorose"³⁰. Principio che si è in concreto tradotto in un trattamento favorevole per i figli minori. La direttiva 90/364/CEE garantiva, infatti, il diritto al ricongiungimento familiare ai soli ascendenti a carico, mentre ad avviso della Corte, dal momento che anche un minore cittadino di uno Stato membro è titolare dei diritti di libera circolazione e di soggiorno garantiti dal diritto comunitario, "il rifiuto di consentire al genitore cittadino di uno Stato terzo che effettivamente ha la

custodia di un figlio [...], di soggiornare con tale figlio nello Stato membro ospitante, priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno di quest'ultimo"³¹. Anche in questo caso la lettura dei diritti fondamentali è comunque condotta alla luce dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario: in tal senso una diversa conclusione della Corte sarebbe risultata in contrasto con la sua costante giurisprudenza volta a sottolineare le esigenze connesse all'unità familiare, in quanto strumento per l'effettiva realizzazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE³².

Per quanto riguarda invece il ricongiungimento di famiglie i cui membri sono esclusivamente cittadini di paesi terzi, non è individuabile nell'ordinamento giuridico comunitario un simile diritto di soggiorno, non essendo possibile trasporre automaticamente a queste situazioni le suddette pronunce della Corte di giustizia. Con un'importante sentenza resa in via pregiudiziale, la Corte ha stabilito alcuni criteri che le autorità amministrative e giudiziarie nazionali sono tenute a seguire nella valutazione di legittimità di un provvedimento di espulsione adottato nei confronti di cittadini di Stati con i quali la Comunità ha stipulato accordi di associazione³³. Questa pronuncia si colloca nella scia del tentativo di giungere a un'equiparazione tra i cittadini comunitari e quelli di paesi con i quali vi siano accordi, dal punto di vista della libera circolazione e dei limiti all'espulsione legata a motivi di ordine pubblico³⁴. Ancora una volta i criteri enunciati in ambito comunitario – tra i fatti rilevanti nel caso di specie può essere annoverata ad esempio la condotta tenuta dal soggetto destinatario dell'espulsione – risultano conformi a quelli previsti dalla giurisprudenza di Strasburgo³⁵. La conclusione cui pervengono entrambe le Corti è in linea con la necessità di accertarsi che il provvedimento di espulsione non sia giustificato da esigenze general-preventive, ma sia piuttosto fondato sulla sussistenza di un pericolo concreto e attuale, escludendo così qualsiasi automaticità tra sentenza di condanna ed espulsione. In base al suddetto accordo, gli Stati sono autorizzati ad avvalersi di motivi di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubblica, al fine di limitare i diritti dei cittadini di paesi terzi e dei loro familiari regolarmente soggiornanti nel loro territorio. Per giungere effettivamente all'equiparazione prima menzionata, la nozione di ordine pubblico dev'essere intesa in modo restrittivo e soprattutto "occorre far riferimento all'interpretazione della medesima eccezione elaborata in tema di libera circolazione dei lavoratori che siano cittadini degli Stati membri della Comunità". Utilizzando le prescrizioni contenute nella direttiva 64/221/CEE, prima citata, le autorità nazionali do-

vranno quindi “accertare nel caso concreto se il provvedimento o le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale che costituisca una minaccia attuale per l’ordine pubblico”.

Richiamando quanto ripetutamente sottolineato dai giudici di Lussemburgo, è quindi indubbio che “la Corte di giustizia delle Comunità europee in sede di interpretazione dei diritti fondamentali dei quali la stessa garantisce l’osservanza, deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che a sua volta interpreta la Convenzione europea dei diritti dell’uomo”³⁶. La normativa comunitaria e l’interpretazione di questa fornita dalla Corte in sede di rinvio pregiudiziale, sanciscono una chiara e comprensibile differenza di trattamento tra i cittadini comunitari e quelli appartenenti ai paesi terzi. Nel momento in cui questa differenza viene però a incidere, seppur indirettamente, sui diritti garantiti “a ogni persona”³⁷ dalla CEDU, ciò potrebbe costituire una violazione, da parte degli Stati membri del sistema convenzionale, del divieto di discriminazione, quale previsto dall’art. 14 della CEDU stessa. I giudici di Strasburgo sono tuttavia intervenuti a dirimere eventuali contrasti tra giurisdizioni, configurabili a tal riguardo, in occasione della pronuncia resa nel caso *C. c. Belgio*, precedentemente analizzata. Il ricorrente sosteneva, tra l’altro, di essere stato vittima di una discriminazione fondata sulla nazionalità, poiché la sua espulsione si traduceva in un trattamento meno favorevole di quello riservato agli autori di reati che, in quanto cittadini di uno Stato membro dell’Unione europea, risultavano invece protetti contro tali provvedimenti. Pronunciandosi sull’asserita violazione dell’art. 14 della CEDU in connessione con l’art. 8, la Corte concluse che “tale trattamento preferenziale è basato su un motivo oggettivo e ragionevole, dal momento che gli Stati membri dell’Unione europea costituiscono un ordinamento giuridico particolare che ha, conseguentemente, introdotto una sua propria cittadinanza”. Viene tra l’altro richiamata la sentenza *Moustaquim* in cui la Corte aveva chiarito che “l’articolo 14 protegge gli individui che si trovano in condizioni analoghe, da ogni discriminatoria differenza di trattamento nell’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione e dai suoi protocolli”³⁸, e che alla luce di ciò era pienamente giustificata la differenza di trattamento tra i cittadini comunitari e quelli di Stati terzi, in ragione della diversa condizione – appartenenza o meno a uno speciale ordinamento giuridico – in cui essi versano.

Sembra pertanto impossibile, quanto meno allo stato attuale della giuri-

sprudenza di Strasburgo, pretendere l'estensione anche ai cittadini di paesi terzi, del trattamento riservato dall'ordinamento comunitario ai propri cittadini, nonostante tale obbiettivo sia stato affermato, fin dal 1999, in occasione del Consiglio europeo di Tampere.

3.1. *La direttiva comunitaria in materia di ricongiungimenti familiari*

Il sindacato giurisdizionale della Corte di Giustizia assumerà rilevanza crescente in ragione della concreta applicazione che gli Stati nazionali daranno alla direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare³⁹. Questa è però stata l'occasione per mettere in piena luce la disparità di trattamento che la Corte ritiene di dover praticare tra cittadini comunitari e cittadini di paesi terzi. Oltre a non conseguire l'obbiettivo di armonizzazione dei regimi giuridici nazionali relativi al ricongiungimento familiare dei migranti, essa tradisce in un certo senso anche la priorità politica accordata dal Consiglio di Tampere al trattamento equo dei cittadini di paesi terzi, garantendo loro "diritti e doveri comparabili a quelli dei cittadini dell'Unione Europea"⁴⁰. Alcune soluzioni legislative concordate rappresentano un risultato inaccettabile dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, su cui l'Unione Europea dovrebbe essere fondata⁴¹. Nonostante le dichiarazioni contenute nell'*incipit* della direttiva, alcune disposizioni lasciano infatti alla discrezionalità degli Stati la possibilità di impedire, o rendere estremamente difficile l'esercizio del diritto alla vita familiare, soprattutto nella portata ad esso attribuita dalla Corte EDU.

In particolare è stata ampiamente criticata la possibilità concessa agli Stati:

a) *di porre condizioni per il ricongiungimento familiare dei figli con più di dodici anni e possibilità di esclusione di quelli con più di quindici*. Essa sembra da un lato rimettere in discussione persino il largo consenso esistente sul diritto all'unità tra figli minori e genitori, senza contare che costituisce una discriminazione in base all'età, come tale vietata dall'art. 14 della CEDU, e priva di un'adeguata e ragionevole giustificazione;

b) *di far trascorrere un lungo periodo di attesa prima di poter effettivamente esercitare il diritto al ricongiungimento*. La direttiva consente di richiedere un periodo di soggiorno legale fino a due anni come condizione per la richiesta di ricongiungimento, e la possibilità di far trascorrere fino a tre anni tra la presentazione della stessa e l'effettivo rilascio del titolo di soggiorno. È del tutto evidente che il protrarsi di una separazione forzata dal proprio nucleo

familiare può avere conseguenze gravissime sulla crescita dei minori. E comunque, come è stato sottolineato⁴², le condizioni cui può legittimamente essere condizionato l'esercizio di un diritto non dovrebbero arrivare a svuotare lo stesso di contenuto, rendendo il suo godimento eccessivamente difficile;

c) *di distinguere tra il congiunto e il partner non sposato*: la scelta di privilegiare il modello tradizionale di famiglia nucleare fondata sul matrimonio risulta chiaramente in contrasto con quanto sostenuto, fin dal 1986 dalla Corte di Strasburgo⁴³;

d) *di rifiutare il rinnovo del titolo di soggiorno del familiare o di ritirarlo quando il soggiornante non soddisfa più le condizioni di esercizio del diritto in questione*. Una tale disposizione comporta, ad esempio, che nel caso in cui il soggiornante non disponga di risorse tali da costringerlo a ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato di residenza⁴⁴, e quindi già versa in una situazione precaria, si vedrà privato del diritto all'unità familiare. Si tratta indubbiamente di una misura che non tiene conto dei requisiti sanciti dal secondo comma dell'art. 8 della CEDU e della interpretazione fornita dalla Corte EDU.

Il Parlamento Europeo ha promosso un ricorso contro il Consiglio dell'Unione Europea di fronte alla Corte di giustizia per annullamento della direttiva sostenendo che i primi due aspetti sono "inaccettabili alla luce dei diritti fondamentali, in particolare del diritto alla vita familiare e al diritto di non discriminazione, il cui rispetto si impone nell'ordinamento comunitario dell'Unione Europea per effetto dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea"⁴⁵. La Corte ha respinto il ricorso con la sentenza del 27/06/2006

Essa inizia riconoscendo che, ancorché la CEDU non garantisca in assoluto agli stranieri la possibilità di ingresso e soggiorno in un determinato paese, il rispetto della vita familiare implica per gli Stati membri "obblighi che possono essere di carattere negativo, qualora uno di essi sia tenuto a non espellere un soggetto, ovvero di carattere positivo, quando l'obbligo sia quello di consentire a un soggetto di fare ingresso e di risiedere sul proprio territorio", con la conseguenza che ogni ingerenza deve trovare fondamento nell'art. 8 stesso. A suo parere il potere discrezionale concesso agli Stati di limitare l'ingresso di un minore di età superiore ai dodici anni, in ragione di un livello minimo di capacità di integrazione, non può essere considerata in contrasto con il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, né con il divieto di discriminazione in base all'età. Non convince molto questa con-

clusione dal momento che, come giustamente rilevato dal Parlamento, “uno degli strumenti più importanti di un’integrazione riuscita di un minore sarebbe costituito dal ricongiungimento con la sua famiglia”, risultando pertanto incongruo il compimento di un test di integrazione anteriormente a tale momento, tanto più che la direttiva omette qualsiasi definizione della nozione di integrazione e che un criterio di tal genere, specificato da una normativa nazionale, non sembrerebbe ricompreso tra gli obiettivi legittimi contemplati dall’art. 8, secondo comma della CEDU. Il rispetto della proporzionalità tra l’ingerenza nella vita familiare e l’obiettivo di incentivare il ricongiungimento con i minori, avrebbe dovuto indurre all’adozione di misure meno radicali da attuarsi dopo il ricongiungimento e non permettere agli Stati una sua totale preclusione.

Con riferimento alla seconda disposizione impugnata, relativa al trattamento riservato ai minori di età superiore a quindici anni, la Corte premette che “una disposizione di un atto comunitario potrebbe, di per sé, risultare in contrasto con i diritti fondamentali qualora [...] autorizzasse [...] implicitamente i medesimi ad adottare o mantenere in vigore leggi nazionali in contrasto con i detti diritti”. Poi contraddittoriamente conclude per l’assenza di una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU, dal momento che non è comunque vietato agli Stati di prendere in considerazione una domanda relativa ai minori suddetti e di consentire ugualmente il loro ingresso, in ragione dell’interesse del minore e del rispetto della vita familiare.

Ad analoga conclusione la Corte arriva in merito alla possibilità di subordinare l’effettivo esercizio del diritto al ricongiungimento a una residenza di due anni e alla possibilità di lasciare intercorrere anche tre anni dal momento della domanda a quello dell’effettiva concessione del permesso di soggiorno. Merita di essere sottolineato che la direttiva pare quasi richiedere l’adozione di una normativa contenente tale previsione, poiché il secondo considerando, anziché ricordare agli Stati gli obblighi gravanti su di essi in tema di diritti fondamentali, afferma che la direttiva stessa “rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti in particolare nell’articolo 8 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

Diventa a questo punto utile svolgere alcune considerazioni conclusive circa l’atteggiamento dimostrato dalla Corte in un settore che risulta peraltro di estrema importanza nell’ambito del lavoro fin qui svolto. Nonostante l’iniziale centralità assegnata alla tutela dei diritti fondamentali, quali garantiti

in particolare dal sistema convenzionale, all'interno dell'ordinamento comunitario e all'interpretazione di essi, alla luce di quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo più volte richiamata, la Corte approda tuttavia a conclusioni non pienamente coerenti con tali premesse. Dalla sentenza analizzata sembra infatti trasparire, più che una reale convinzione circa l'infondatezza del ricorso del Parlamento e quindi la conformità delle disposizioni impugnate al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare e al divieto di non discriminazione, la consapevolezza che la libertà concessa agli Stati di apporre limitazioni al ricongiungimento, abbia svolto una funzione irrinunciabile ai fini del raggiungimento di un accordo in seno al Consiglio. È infine la stessa Corte, nel giudizio relativo all'ultima disposizione impugnata, ad ammettere che la configurabilità di trattamenti differenziati in presenza di situazioni analoghe – inevitabile conseguenza della discrezionalità esercitabile dagli Stati – “non costituisce altro che l'espressione della difficoltà di procedere a un ravvicinamento delle legislazioni in un settore che, fino a quel momento, ricadeva unicamente nella competenza degli Stati membri”.

4. *Il diritto al ricongiungimento familiare nell'ordinamento italiano*

Nell'ordinamento italiano la tutela della vita familiare assume particolare rilievo soprattutto con riferimento a quelle situazioni in cui tale diritto viene necessariamente posto in rapporto, ai fini di un corretto bilanciamento, con le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza comune, che vengono normalmente in rilievo quando uno straniero viene colpito da un provvedimento di espulsione. In proposito si deve ricordare che “la giurisprudenza dei tribunali amministrativi sul punto è proprio nel senso di ritenere affetto da carenza di motivazione il provvedimento di espulsione dal territorio italiano che ignori la complessiva situazione della famiglia dell'espulso che, qualora non vi siano particolari motivi di ordine pubblico, deve essere mantenuta unita”⁴⁶.

L'eventuale annullamento del provvedimento di espulsione, che normalmente tiene conto, seppur implicitamente, della *ratio* dell'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza europea e da quella nazionale, è di solito motivato sia in base alle norme del T.U. sull'immigrazione relative all'unità familiare e alla tutela dei minori, sia in base ad alcune disposizioni costituzionali, riferite alla tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2), alla condizione giuridica dello straniero (art. 10), ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29) e a quelli dei figli (art. 30).⁴⁷

Prima di analizzare la giurisprudenza della Cassazione merita fare un cenno alla vicenda delle due norme del T.U. sull'immigrazione che più direttamente regolano il diritto all'unità familiare. Queste norme sono contenute nel titolo IV Diritto all'unità familiare e tutela dei minori e alcune di esse, in particolare gli artt. 28, sul Diritto all'unità familiare, 29, sul Ricongiungimento familiare, 31, Disposizione a favore dei minori, sono state oggetto di controversie relative sia alla loro costituzionalità che alla loro interpretazione.

Il terzo comma dell'art. 31, in particolare, prevede che possa essere autorizzato l'ingresso e/o la permanenza del familiare del minore per gravi ragioni relative al suo sviluppo psicofisico. Su questo tema la Corte di Cassazione non ha ritenuto di privilegiare il diritto all'unità familiare. La sua giurisprudenza ormai consolidata, ribadita recentemente con la sentenza n. 396 dell'11/1/2006, sostiene che le esigenze giustificative dell'autorizzazione non devono essere generiche, ma "determinate da motivi gravi, corrispondenti alla necessità di non privare traumaticamente il fanciullo della fruizione di diritti fondamentali, riconosciuti dalla legge a prescindere dalla sua condizione di straniero". Tra questi diritti non sembra esserci quello all'unità familiare dato che secondo la Corte l'autorizzazione non può essere concessa per l'esistenza di situazioni di durata lunghissima o indeterminabile, come il completamento dell'intero processo educativo-formativo del minore, senza superare la lettera e la *ratio legis* stessa della disposizione. Decisamente più in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, appaiono le tesi della Corte Costituzionale⁴⁸, secondo cui se è vero che il diritto all'unità familiare non deve necessariamente trovare soddisfazione nel nostro paese, è altrettanto vero che "i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore" dovrebbero essere considerati quelli normalmente connessi alla crescita del bambino e quindi, potenzialmente, anche alla continuità nella frequenza, quantomeno, della scuola dell'obbligo. In altre parole, il "grave motivo" che può giustificare la permanenza in Italia dei genitori, a prescindere dalla titolarità di un titolo di soggiorno, dovrebbe essere il superiore interesse del minore a vivere in famiglia, senza che questo comporti l'allontanamento dal territorio dove questa si è stabilita o la separazione dai genitori. Questa tesi corrisponde a quanto prescritto nella CEDU, ai sensi della quale una compressione del diritto al rispetto dell'unità familiare sarebbe possibile solo in presenza di necessità di ordine pubblico.

Una problematica sulla quale la Corte Costituzionale non ha dimostrato

la stessa sensibilità era quella sollevata dall'art. 29, comma 1, lett. c del T.U. sull'immigrazione nella parte in cui limitava la possibilità di ricongiungimento dei genitori ultrasessantacinquenni al caso in cui "gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute". Oggi il problema è stato risolto con le modifiche apportate dal d. lgs 5/2007⁴⁹, ma la Corte Costituzionale con la sentenza 224/2005⁵⁰ aveva sostenuto:

mentre l'inviolabilità del diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con i figli minori, non può invece sostenersi che il principio contenuto nell'art. 29 della Costituzione abbia un'estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori; infatti nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori, l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare l'interesse all'affetto con altri interessi di rilievo.

Rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, questa posizione lascia perplessi, prima di tutto con riferimento all'interpretazione alquanto restrittiva dell'art. 29 della Costituzione, e alla conseguente limitazione della tutela alla famiglia nucleare. In secondo luogo appare sorprendente l'acquiescenza della Corte alle tesi dell'avvocatura dello Stato, secondo cui si dovevano escludere violazioni delle norme convenzionali, dato che la Corte EDU aveva affermato che "il diritto al rispetto della vita familiare può subire varie limitazioni, poiché spetta agli Stati contraenti assicurare l'ordine e il benessere pubblico nell'esercizio del loro diritto al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri". In realtà, se si analizzano le sentenze pronunciate dalla Corte EDU sull'argomento, non si può che giungere a una conclusione diversa. Basti qui ricordare che, in più di una circostanza, la Corte EDU ha sostenuto che la vita familiare tutelata dall'art. 8 non è solo quella che si realizza all'interno di una famiglia cosiddetta legittima, comprendendo ad esempio anche i rapporti tra nonni e nipoti, e che le eventuali limitazioni di tale diritto necessitano di rigorosa giustificazione ai sensi del secondo comma dell'art. 8. Come osserva Nazzarena Zorzella "se alla famiglia italiana viene riconosciuto il diritto a beneficiare dell'aiuto di tutti i membri, non vi è ragione per non riconoscerlo anche a tutti i componenti della famiglia straniera"⁵¹.

Decisamente non in linea con la giurisprudenza della Corte EDU appare

anche l'ordinanza n. 158 del 2006 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità posta dal Tribunale di Genova con riferimento all'art. 19, comma 2, lett. c) del D. lgs. 286/1998 per violazione della tutela della famiglia, anche se straniera, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione e al principio di uguaglianza garantito dall'art. 3 della Costituzione. I giudici della Consulta hanno affermato che:

la questione sollevata dal giudice remittente, ove accolta, andrebbe a vanificare i fini sottesi alla legge per il ricongiungimento familiare, dal momento che sarebbe consentito in ogni caso allo straniero coniugato e convivente con altro straniero di aggirare le norme in materia di ingresso e soggiorno, con evidente sacrificio degli altri valori costituzionali considerati dal d.lgs. n. 286 del 1998 [e], quanto alla ritenuta violazione dell'art. 3 della Costituzione, non può effettuarsi alcun giudizio di comparazione tra la situazione dello straniero coniugato con altro straniero - sia pur munito di permesso di soggiorno - e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano, trattandosi di situazioni fra loro eterogenee (ordinanza n. 232 del 2001).

In materia di rapporto tra diritto all'unità familiare ed espulsione dello straniero, una sentenza che, per il fondamentale ruolo rivestito, non può non essere ricordata, è quella pronunciata dalla Cassazione nel caso *Medrano*⁵². In tale occasione la Cassazione ha sottolineato, rifacendosi espressamente alla giurisprudenza degli organi della CEDU, come l'espulsione sia destinata inevitabilmente a incidere sui diritti fondamentali del soggetto destinatario, e nel caso in esame sull'intera famiglia, potendone compromettere l'unità. A una sentenza di condanna non può seguire un'espulsione automatica, essendo necessario "prendere in esame le circostanze del caso di specie (gravità del reato determinante l'espulsione, possibilità per i familiari di seguire l'interessato, età e situazione personale e giuridica dei figli e dei familiari in genere ecc.), al fine di pervenire a una decisione di giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco". Dopo aver opportunamente richiamato l'art. 8 della CEDU, la Corte conclude che la normativa deve essere interpretata in modo che la sua applicazione non si risolva:

immotivatamente nella violazione del principio sancito dalla normativa convenzionale che costituisce un criterio ermeneutico per la corretta applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione e occorre quindi che il giudice accerti in concreto la pericolosità del soggetto [...], valutando, fra l'altro, - nell'ottica e per

le finalità perseguite anche dalla disposizione di origine convenzionale – gli indici concernenti le condizioni di vita familiare dello straniero.

La presenza di un nucleo familiare che comprenda anche figli minori e una situazione di precedente permanenza regolare fanno chiaramente pendere più facilmente la bilancia a favore della tutela della vita familiare, dove invece l'assenza di questi fattori comporta più verosimilmente la rigida applicazione delle norme in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri. Secondo la Cassazione il diritto al mantenimento dell'unità della famiglia viene in considerazione, ai fini della valutazione di legittimità di un provvedimento di espulsione emesso ai sensi dell'art. 13 del T.U. sull'immigrazione, solo con riferimento agli stranieri regolarmente presenti: per ritenere legittima la permanenza in Italia dei cittadini stranieri irregolari:

non è, di per sé, sufficiente l'esistenza di un nucleo familiare; né tale disciplina si pone in contrasto con alcun principio, desumibile dall'art. 2 Cost., relativo alla tutela del diritto all'unità familiare, atteso che il legislatore ordinario può legittimamente limitare tale diritto, per bilanciare l'interesse dello straniero al mantenimento del nucleo familiare con gli altri valori costituzionali sottesi alle norme in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri⁵³.

La Cassazione⁵⁴ sembra aver seguito la giurisprudenza di Strasburgo sulla nozione di famiglia ai sensi dell'art. 8 della CEDU, in una sentenza relativa al requisito della coabitazione con i parenti di nazionalità italiana, quale elemento essenziale per essere dichiarato inespellibile. La Corte sottolinea innanzitutto come l'art. 30 del T.U. sull'immigrazione inserito, diversamente dall'art. 19, nel Titolo IV relativo al diritto all'unità familiare e alla tutela dei minori, non richieda la coabitazione o la convivenza dello straniero con il parente al quale vuole essere ricongiunto e contempli inoltre la possibilità di rilascio di permesso di soggiorno, anche in assenza di altro titolo valido, al fine evidente di tutelare il superiore interesse del minore. La Corte ricorda quindi che nel caso di specie il diniego di permesso era conseguito al fatto che lo straniero coinvolto rientrava tra i soggetti socialmente pericolosi, ai quali l'art. 28 del D.P.R. 394 del 1999 permette di ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari ex art. 30 del T.U. sull'immigrazione solo se “si trovano nelle documentate circostanze di cui all'art. 19, comma 2, lett. c, del Testo Unico”, ovvero siano conviventi con i parenti per riunirsi ai quali è chiesto il permesso di soggiorno. Il ragionamento della Corte continua affermando che:

la norma regolamentare contrasta chiaramente con il T.U. che tutela gli interessi superiori del minore, con carattere di priorità anche rispetto alle ragioni di ordine pubblico per le quali è regolato l'ingresso e il soggiorno degli extracomunitari in Italia; [...] quando il genitore straniero chieda il permesso per recuperare l'unità familiare con un figlio minore cittadino italiano, con il quale non conviva, salvo il caso di perdita della potestà genitoriale secondo la legge interna, la carenza di coabitazione o convivenza con il minore non è ostativa al rilascio del permesso di soggiorno, anche in difetto del titolo per ottenerlo.

Si tratta di una sentenza che, se seguita in modo adeguato dalle giurisdizioni di merito, avrà inevitabili risvolti sul bilanciamento tra le esigenze di tutela della vita familiare e quelle di ordine pubblico, ampliando in un certo senso la nozione stessa di famiglia⁵⁵.

È forse ancora presto per trarre conclusioni relative all'atteggiamento della Cassazione nei confronti del diritto al rispetto della vita familiare dei cittadini stranieri. Dall'analisi fin qui condotta è peraltro possibile rilevare come, a fronte di una legislazione sull'immigrazione che rende spesso inevitabile un'interpretazione a fini integrativi, diventa fondamentale il ruolo svolto dalla Suprema Corte per armonizzare le decisioni spesso divergenti dei vari giudici di merito e della Pubblica amministrazione, e quindi per poter comprendere se e quanto la giurisprudenza di Strasburgo riesca a influenzare quella delle Corti italiane, indipendentemente dalla presenza o meno di ricorsi volti a far rilevare una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU; è inoltre inevitabile registrare la quasi totale assenza di un esplicito riferimento al sistema convenzionale, sia da parte della stessa Corte che nelle motivazioni adottate dalle parti ricorrenti, quando invece le pronunce della Corte EDU, sarebbero estremamente utili, sia come supporto interpretativo, che come prevenzione di potenziali condanne nei confronti dell'Italia.

5. Conclusioni

La complessità del panorama giuridico, che l'analisi comparativa della giurisprudenza dei *legal orders* coinvolti ha permesso di svelare, è indubbiamente foriera di incertezze dal punto di vista del livello di tutela ascrivibile all'art. 8 della CEDU. Lo studio dei rapporti intercorrenti tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario ha messo in luce come l'esistenza di un formale sistema di fonti, ordinato gerarchicamente, non sembra in realtà sufficiente a garantire la chiarezza della normativa e l'indefettibilità dei diritti. Sembrano dun-

que inadeguate, quantomeno allo stato attuale, le proposte che mirano alla predisposizione di rigide forme di coordinamento, all'imposizione di una rigida struttura gerarchica, o alla fusione delle due giurisdizioni europee in materia di protezione dei diritti fondamentali⁵⁶. Il percorso di ricerca intrapreso induce a prendere atto dell'interlegalità come di un dato al momento ineliminabile e a leggere la realtà, in questo caso le discriminazioni in materia di protezione dell'unità familiare, alla luce di essa.

Lo studio delle sentenze emesse dai giudici nazionali e dalle due Corti europee ha evidenziato come la presenza di differenti livelli di tutela apprestati all'unità familiare in ragione delle possibili interpretazioni dell'art. 8 della Convenzione, sia connessa all'esistenza di *reti di legalità* parallele: ciascuna esprime la propria originalità, un'originalità che costituisce, secondo de Sousa Santos, caratteristica saliente di ogni *legal order* e fonte di dinamicità nelle relazioni tra essi. Nel contesto europeo queste due caratteristiche sono rintracciabili, tra l'altro, anche nelle specificità di cui le due Corti sono portatrici in ordine alle condizioni di intervento, agli strumenti messi a disposizione degli individui e degli Stati e agli effetti delle proprie decisioni negli ordinamenti nazionali. Ciò è oggettivamente fonte di un'intersezione dinamica che rende problematica la prospettiva di un suo superamento, anche in virtù della difficoltà di individuare *a priori* la soluzione migliore. Si possono fare due esempi in tal senso: nel caso in cui venga in rilievo la responsabilità di uno Stato membro, non sottoponibile però al giudizio della Corte di giustizia in quanto la materia esula dalla competenza dell'ordinamento comunitario⁵⁷, l'individuo conserva nondimeno la possibilità di ricorrere alla Corte di Strasburgo. Inoltre alla maggiore rigidità delle condizioni cui sono sottoposti i ricorsi individuali alla Corte di giustizia rispetto a quelli diretti dalla Corte EDU, fa riscontro la circostanza che le sentenze emesse dalla prima godono di un'esecutività sconosciuta a quelle riconducibili alla Corte di Strasburgo.

Nessun sistema può attualmente ritenersi formalmente depositario di un'autorità superiore in materia di protezione dell'unità familiare. L'inevitabile e continua sovrapposizione, la divergenza, la complementarità o l'antagonismo, deducibili in particolare dalla giurisprudenza esaminata, potevano essere letti in chiave di potenziale utilità e progresso nella definizione della protezione del diritto all'unità familiare. Un livello di tutela più elevato eventualmente accordato da un ordinamento può, infatti, a prescindere dagli effetti pratici, rappresentare uno stimolo nei confronti degli altri. Si tratta di un'in-

fluenza che l'analisi della giurisprudenza ha chiaramente messo in risalto, anche se relativamente al confronto tra ordinamento nazionale e sistema comunitario sono le pronunce dei giudici di merito⁵⁸, ancor prima di quelle della Corte di Cassazione, a rendere evidente il percorso di adeguamento alla giurisprudenza della Corte EDU, indipendentemente dallo Stato nei confronti del quale la questione era stata sollevata. L'indiscutibile presenza di questa tendenza all'uniformazione, assolutamente spontanea e quasi sempre in assenza di un qualsiasi riferimento in tal senso, può essere interpretata in due modi: si può ritenere che la convergenza sia dovuta al fatto che nell'ordinamento italiano sono rinvenibili tutti i principi che trovano espressione nel sistema convenzionale⁵⁹ oppure che essa sia un effetto diretto dell'interlegalità. Risulta difficile propendere in modo netto per l'una o per l'altra, quello che è certo è che il meccanismo virtuoso auspicato si è talvolta effettivamente realizzato: basti pensare alla portata recentemente attribuita dalla Suprema Corte al requisito della convivenza tra genitori e figli, in sintonia con quanto più volte affermato dalla Corte di Strasburgo. Vi sono naturalmente delle eccezioni, ma esse sono imputabili più alla lentezza della giustizia italiana che all'assenza di una volontà di adeguamento. Anche l'esclusione da parte della Cassazione del requisito di convivenza tra genitori e figli, al fine della realizzazione di una vita familiare tutelabile ai sensi dell'art. 8 della CEDU, è intervenuta con circa 9 anni di ritardo, rispetto a quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo. Sicuramente oggi la Cassazione si mantiene ancora lontana dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo quando insiste sulla portata restrittiva attribuita ai "gravi motivi", contemplati dall'art. 31 del T.U. sull'immigrazione, che possono giustificare l'ingresso o la permanenza del familiare del minore in Italia, così come quando insiste, in linea con la legislazione nazionale, sulla differente disciplina da riservare ai coniugi non sposati⁶⁰.

Note

1. Cfr. B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, Butterworths Lexis Nexis, London 2002.

2. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 62-63.

3. I soggetti vivono pertanto in un'epoca di "legalità porosa o porosità giuridica, reti multiple di ordini giuridici che ci costringono a transizioni e superamenti". Cfr. B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 437. T.d.C.

4. In questo senso si parla di "dimensione intersoggettiva o fenomenologia del pluralismo giuridico". Cfr. B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 97.

5. Ivi, p. 437. T.d.C.

6. *Ibid.*, T.d.C.

7. Per un approfondimento cfr. A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino 2004.

8. È evidente come anche in questo caso sia possibile riscontrare la presenza di più di un ordinamento giuridico operante sul medesimo territorio. Cfr. le considerazioni svolte a tal riguardo da Z. Bankowski, A. Scott, *The European Union?*, in R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, pp. 77-95.

9. È interessante a tal riguardo richiamare la ricostruzione fatta da Weiler, secondo il quale tale processo sarebbe costituito da tre fasi: a) costituzionalizzazione della struttura comunitaria; b) progressivo cambiamento delle competenze della Comunità; c) trasferimento alla Comunità del potere politico. Per un approfondimento cfr. Ivi.

10. Si noti che, discostandosi da Teubner, il quale esclude la presenza di una relazione gerarchica tra i vari ordinamenti, in favore di un sistema di *heterarchy*, de Sousa Santos sostiene invece che il pluralismo giuridico nell'era della globalizzazione conserva una connotazione gerarchica.

11. Art. 234 Tr. CE.

12. Nel caso in esame si sarebbe trattato di una discriminazione fondata sulla nascita. Per una discussione del diritto all'unità familiare cfr. S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2001, pp. 307-317.

13. Cfr. anche la sentenza del 7/8/1996, *C. c. Belgio* in cui la Corte conferma tale interpretazione ripetendo quanto affermato nella sentenza *Boughanemi* sulla coabitazione e sulla legittimità delle relazioni.

14. B. Nascimbene usa l'espressione *jus receptum* in B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza* in B. Nascimbene, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 153-187.

15. Corte EDU *Beldjoudi c. Francia* 26/3/1992. Considerazioni analoghe sono contenute anche nelle seguenti sentenze: 28/3/1985, *Abdulaziz c. Regno Unito*; *Berrehab c. Paesi Bassi*, 21/06/1988 (la Corte in questo caso differenzia il bilanciamento a seconda che si tratti o meno di primo ingresso); 18/2/1991, *Moustaquim c. Belgio*.

16. Cfr. la decisione della Commissione europea dell'8 ottobre 1974, ric. N. 6357/73, *X. c. Germania* e la sentenza della Corte EDU del 2/8/2001, *Boultif c. Svizzera*.

17. Cfr. B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, cit.

18. Corte EDU, 7/8/1996, *C. c. Belgio*, cit. La Corte sostiene comunque l'assenza di una violazione dell'art. 8, rilevando come nella situazione in esame, la misura dell'espulsione era proporzionata ai legittimi scopi perseguiti.

19. Meritano comunque di essere ricordate le opinioni dissenzienti del giudice Martens e del giudice Baka nel caso *Boughanemi c. Francia* (26/4/1996).

20. A conclusioni opposte la Corte giunge nel caso *Berrehab c. paesi Bassi*, citato, in cui però il minore era privo di analoghi legami con il paese di origine.

21. Ai sensi dell'art. 46, lett. d) del Tr. UE, le disposizioni del Tr. CE dedicate alla Corte di giustizia si applicano all'art. 6, secondo comma, ma limitatamente all'"attività delle istituzioni,

nella misura in cui la Corte sia competente a norma dei trattati che istituiscono le comunità europee a norma del presente trattato”. In particolare con la sentenza del 13 luglio 1989, *Hubert c. Repubblica Federale di Germania*, causa 5/88 in “Raccolta”, (1989), n. 4, p. 2609, la Corte ha esteso il proprio controllo anche agli atti degli Stati membri, qualora essi diano attuazione a obblighi incombenti in virtù del diritto comunitario.

22. Direttiva 73/148/CEE del 21 maggio 1973.

23. Si noti che la direttiva in esame è finalizzata all’eliminazione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno anche con riferimento ad altri membri della famiglia dei cittadini comunitari: figli di età inferiore a 21 anni, ascendenti e discendenti a carico anche del coniuge. Analoga previsione è contenuta in un’altra direttiva in materia di libera circolazione delle persone, che sarà successivamente analizzata.

24. Sentenza 11/7/2002, *Carpenter*. Per considerazioni analoghe cfr. anche la sentenza *Akrich*, anch’essa relativa all’interpretazione delle disposizioni di diritto comunitario, relative alla libera circolazione delle persone e al diritto di soggiorno di un cittadino di un paese terzo coniugato con un cittadino di uno Stato membro.

25. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia 25/7/ 2002, *Mouvement contre le racisme, l’antisémitisme et la xénophobie ASBL (Mrax) c. Regno del Belgio*.

26. Viene infatti richiamata tra le altre la sentenza *Boultif c. Svizzera*, cit.

27. Sentenza *Mrax*, cit.

28. Sentenza 31/1/2006, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*. Cfr. anche la sentenza 29/4/2004 in cui la Corte afferma la necessità che “la valutazione effettuata caso per caso dall’autorità nazionale di dove si situi il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e in particolare tenendo debitamente conto del rispetto dei diritti fondamentali, come la tutela della vita familiare”.

29. Cfr. soprattutto la sentenza *Carpenter*, cit.

30. È quanto affermato dall’avvocato generale Kokott nelle conclusioni relative alla causa C-540/03 e C-503/03, cit.

31. Sentenza 19/10/ 2004, *Chen e. a.*. Secondo la Corte “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”.

32. Cfr. M. Castellaneta, *Soltanto l’estensione del diritto al genitore consente alla prole di vivere nello Stato membro*, in “Il Sole 24 Ore – Guida al diritto”, (2004), n. 42, p. 107.

33. Sentenza 11/11/2004, *Cetynkaya*. In base all’accordo di associazione tra Comunità europea e Turchia del 19 settembre 1980, i giudici nazionali sono in particolare obbligati “a prendere in considerazione [...] determinati dati di fatto successivi all’ultimo provvedimento delle autorità competenti, che non consentano più una limitazione dei diritti dell’interessato”.

34. Cfr. M. Castellaneta, *Al giudice nazionale spetta il compito di verificare i motivi di ordine pubblico* in “Il Sole 24 Ore – Guida al diritto”, (2005), n. 1, p. 63.

35. È ancora una volta la sentenza *Boultif* a venire in rilievo.

36. Sentenza 17/9/2002, *Baumbast, R. e Secretary of State for the Home Department*.

37. Così nell’art. 1 sono indicati i titolari dei diritti sanciti dalla CEDU.

38. Analoga spiegazione è contenuta nelle sentenze *Mrax* e *Johnston*, cit.

39. Il ricongiungimento familiare è definito dall'art. 2 della direttiva come "l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro dei familiari di un cittadino di un paese terzo che soggiorna legalmente in tale Stato membro, al fine di conservare l'unità familiare, indipendentemente dal fatto che il legame familiare sia anteriore".

40. Cfr. il punto 18 delle conclusioni di Tampere. Si tratta di un obiettivo riconosciuto, almeno formalmente, anche nel testo definitivo della direttiva. Cfr. in particolare il secondo considerando.

41. Art. 6, comma 2, del Trattato UE.

42. Cfr. C.U. de Sousa, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, in F. Julienne-Laferrriere, H. Labayle, O. Edstrom, sous la direction de, *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam. The european immigration and Asylum Policy: Critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 127-140.

43. Sentenza *Johnston c. Irlanda*, cit. Si ricordi anche la sentenza *Kroon c. Paesi Bassi*, cit.

44. Cfr. l'art. 16, comma 1, lett. a) e l'art. 7, comma 1, lett. c).

45. Ricorso presentato il 22/12/2003 dal Parlamento europeo contro il Consiglio dell'Unione Europea, Causa C-540/03.

46. Tribunale di Trento, ordinanza 7/12/2002, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", (2003), n. 1, p. 128.

47. Per osservazioni in tal senso cfr. B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza* cit., p. 182.

48. Decisione n. 376 del 2000 con cui dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 2, lettera d) del d.lgs. 286/1998 nella parte in cui non estendeva il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto. Questa pronuncia costituisce un importante esempio di come la giurisprudenza italiana si limita spesso a menzionare la CEDU o altri strumenti internazionali come semplice conferma di principi già presenti nel nostro ordinamento costituzionale: la tutela della vita familiare è sancita dagli artt. 8 e 12 della CEDU, dall'art. 10 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dagli artt. 9 e 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo. In quell'occasione la Corte sottolineò infatti che "dal complesso di queste norme, pur nella varietà delle loro formulazioni, emerge un principio pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost., in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione e assistenza". Cfr. "Diritto, immigrazione e cittadinanza", (2000), n. 3, p. 186.

49. Il decreto, in vigore dal 15/2/2007, come recita all'art. 1, stabilisce "le condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato italiano, in applicazione della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003".

50. In "Diritto, immigrazione e cittadinanza", (2005), n. 2, pp. 144 ss.

51. In "Diritto, immigrazione e cittadinanza", (2004), n. 2, p. 169.

52. Cass. Pen., sez. I, sentenza 2194/1993, n. 2194. Cfr. le osservazioni di G. Raimondi, in nota alla sentenza, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

53. Cass. Civ., sez. I, sentenza 22206/2004, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza",

(2005), n. 1, p. 128.

54. Cass. Civ., sez. I, sentenza 2358/2005.

55. Nozione che arriva a comprendere ad esempio anche i rapporti tra nonni e nipoti, scardinando un po' la convinzione, radicata nella giurisprudenza italiana (cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 224 del 2005, cit.) per cui la vita familiare tutelata dalla Costituzione, come dal T.U. sull'immigrazione, sia essenzialmente quella nucleare. Si tenga presente che le modifiche apportate dal d. lgs. 5/2007 hanno d'altronde tradotto in precise disposizioni normative (in particolare l'art. 13, comma 2-bis) le suddette esigenze evidenziate in via giurisprudenziale.

56. Si tratta di una soluzione legata soprattutto all'ipotesi che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea acquisti forza vincolante determinando così un rafforzamento del ruolo della Corte di giustizia nella protezione dei diritti fondamentali.

57. Ciò si verifica, allo stato attuale del diritto comunitario, ogniquale volta si tratti di verificare la compatibilità tra la normativa nazionale volta alla disciplina dell'espulsione degli stranieri e la protezione dell'unità familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU.

58. Per un approfondimento in tal senso si rimanda, a titolo meramente esemplificativo, a Tribunale per i minori di Venezia, decreto del 28/09/1998; Corte di Bari, ordinanza del 31/12/2001; TAR Puglia, sentenza del 20/08/2002; Tribunale di Torino del 23/01/03; Tribunale di Prato, ordinanza del 10/10/2003; Tribunale per i minorenni di Milano del 31/07/2004; Corte d'appello di Lecce, ordinanza del 17/11/2004.

59. È ciò che ha sostenuto la Corte Costituzionale nella decisione n. 376/2006.

60. La tutelabilità ex art. 8 della CEDU delle unioni prive di un vincolo giuridico-formale è stata sancita, come sopra riportato, dalla Corte di Strasburgo fin dal 1979, ed espressamente confermata nel 1986.