

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione della Famiglia e dei Minori

La Corte, riunita incamera di consiglio nelle persone di:

Dott. Bianca La Monica
Dott. Ilio Poppa
Dott. Laura Laera

Presidente
Consigliere
Consigliere rel.

Nel grado di reclamo ex art. 739 cpc (procedimento ex articolo 30 decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286) promosso da :

MINISTERO DEGLI ESTERI, in persona del ministro pro tempore- reclamante-con l'avvocatura distrettuale dello Stato di Milano

CONTRO

~~XXXXXXXXXX~~ reclamato- assistito e difeso dall'avv. Enzo Andrea Cosentino, presso il cui studio in Varese via S. Martino 10 è elettivamente domiciliato

AVVERSO

il provvedimento emesso dal tribunale di Varese il 5.6.2009 con il quale, in accoglimento del ricorso ex articolo 30 decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche, è stato revocato e annullato il provvedimento con cui il Consolato generale d'Italia a Casablanca in data 19.12.2008 ha negato il visto di ingresso in Italia ai genitori dell'istante, signori ~~XXXXXXXXXX~~ e ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~ per i quali era stato rilasciato il 22.8.2008 dall'autorità amministrativa competente (sportello unico della prefettura di Varese) il nullaosta previsto dalla legge.

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

Con decreto 5.6.2009 il tribunale di Varese, in composizione monocratica in accoglimento del ricorso avverso il provvedimento emanato dall'autorità diplomatica relativo al diniego di visto per ricongiungimento familiare, così statuiva: " annulla il provvedimento di diniego del visto per il ricongiungimento familiare emesso il 19.12.2008 dal Consolato generale d'Italia di Casablanca".

Il giudice di primo grado ha ritenuto infatti che una volta presentata la domanda alla competente prefettura, il richiedente deve indicare la sussistenza integrale dei presupposti legittimanti il ricongiungimento familiare. Detti presupposti si intendono sia riguardo a quelli di natura oggettiva (alloggio e reddito) sia quelli di natura soggettiva (parentela, stato di salute, minore età eccetera). Una volta emesso il richiesto nullaosta all'autorità diplomatica spetterebbe, secondo l'interpretazione del provvedimento impugnato, solo l'accertamento dell'autenticità della documentazione comprovante i prospettati requisiti soggettivi, nel mentre la verifica sui requisiti oggettivi viene demandata alla prefettura. Sarebbero pertanto irrilevanti i limiti

introdotti da una nuova normativa nelle more dell'emissione del visto di ingresso, dovendosi far riferimento esclusivamente alla normativa vigente all'epoca della presentazione della domanda, una volta ottenuto il nulla osta dalla prefettura.

Avverso tale decreto ha proposto reclamo il Ministero degli Esteri in persona del Ministro, con l'avvocatura distrettuale dello Stato di Milano.

Secondo il reclamante, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, ai fini del cosiddetto ricongiungimento familiare, occorre tenere distinti il nullaosta rilasciato da uno sportello unico presso le prefetture dal visto di ingresso, rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche all'estero.

Il nullaosta non attribuisce quindi al congiunto in attesa di ricongiungimento alcun diritto soggettivo all'ottenimento del visto, il cui rilascio rimane di esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione degli esteri che non ha alcun obbligo in ordine a tale rilascio.

Correttamente è stata pertanto respinta dall'ambasciata a Casablanca la richiesta in questione non rientrando la stessa nella categorie previste dalle nuove disposizioni introdotte con il decreto legislativo 3 ottobre 2008 n. 160, non avendo l'istante dimostrato che gli altri figli della coppia risiedono fuori dal Marocco.

L'avvocato dello Stato chiedeva pertanto respingere il ricorso di controparte, con vittoria delle spese di lite.

Nel costituirsi in giudizio la signora ■■ ribadiva gli argomenti già espressi in primo grado e cioè che secondo la legge in vigore alla data del rilascio del nullaosta (decreto legislativo 8 gennaio 2007 n. 5) erano sussistenti tutte le condizioni e in particolare quella di cui alla lettera d) dell'articolo 29. L'autorità competente in Marocco avrebbe avuto solo il compito di accertare l'autenticità dei documenti prodotti dall'istante e comprovanti i prospettati requisiti soggettivi.

A sostegno di questa tesi viene richiamato il contenuto della Circolare n.4660 del 28.10.2008 del Ministero dell'Interno che ritiene applicabile la nuova disciplina unicamente per le domande ancora in fase di istruttoria, riconoscendo implicitamente che quelle già istruite debbano rientrare nella previgente normativa.

Chiede pertanto spingersi il reclamo, con vittoria delle spese del grado.

LA CORTE OSSERVA

La questione principale posta all'esame di questa corte, se cioè sia applicabile lo ius superveniens in materia di ricongiungimento familiare, intervenuto nelle more del complesso procedimento diretto al rilascio del visto di ingresso da parte dei familiari dell'istante (che nel caso di specie ha ripristinato il limite dell'assenza di altri figli nel Paese di provenienza), è già stata affrontata dalla Corte di Cassazione (sentenza 15247 del 4 luglio 2006), in relazione ad analogo problema determinato dalla modifica di precedente normativa in materia.

La Suprema Corte ha infatti riconosciuto che :” In tema di disciplina dell'immigrazione, il rilascio del visto di ingresso allo straniero richiedente il

congiungimento familiare si configura come l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo a formazione complessa, il quale coinvolge sia le determinazioni espresse dalla Questura, sia le valutazioni dell'Autorità consolare, di guisa che, dovendo gli atti e i provvedimenti amministrativi essere formati nel rispetto della normativa vigente al momento della loro emanazione, il sopravvenire di una nuova legge durante lo svolgimento del procedimento comporta l'applicazione del principio "tempus regit actum", nel senso che ciascuna delle fasi va sottoposta alla disciplina della legge vigente nel tempo in cui viene compiuta. Pertanto, lo "ius superveniens", costituito dall'art. 23 della legge 30 luglio 2002, n. 189, che ha modificato la lettera c) dell'art. 29 d.lgs. n. 286 del 1998, aggiungendo alla frase "genitori a carico" la proposizione "qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza ovvero genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute", deve essere applicato qualunque sia la fase del procedimento, e quindi anche dopo il rilascio del nulla osta e sino alla concessione del visto di ingresso. (Nella specie, una straniera, regolarmente residente in Italia, aveva chiesto e ottenuto il nulla osta all'ingresso della genitrice nel territorio nazionale; l'autorità consolare aveva successivamente negato il visto di ingresso in applicazione del novellato art. 29, lettera c), stante la presenza nel Paese di origine di altra figlia in grado di mantenere la madre; in base al principio affermato, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il diniego del visto di ingresso riformando la sentenza impugnata secondo la quale, invece, ai fini dell'accertamento delle condizioni fissate dal legislatore, occorre fare riferimento alla normativa vigente all'epoca della proposizione dell'istanza all'autorità di pubblica sicurezza)".

Questa Corte, che effettivamente in precedenti casi aveva condiviso le argomentazioni svolte dal giudice di legittimità, "re melius perpensa", ritiene di dissentire da questa impostazione giuridica che attribuisce al visto di ingresso rilasciato dall'autorità consolare autonomia discrezionale e decisionale rispetto al nulla osta.

La Corte ritiene più rispondente al dettato legislativo l'interpretazione adottata da altre diverse decisioni di merito, che hanno ritenuto la fase consolare del tutto estranea all'accertamento dei requisiti sostanziali per poter accedere al ricongiungimento, ponendosi questo come diritto soggettivo perfetto esercitato nel momento di presentazione dell'istanza (vedi tra tutte Corte d'Appello di Firenze, sentenza 12.6.2009 nel procedimento n.283/09VG).

In particolare, se è pur vero che il rilascio del visto di ingresso deve essere configurato come l'atto conclusivo di un procedimento a formazione complessa, il quale coinvolge sia le determinazioni espresse dalla questura sia le valutazioni dell'autorità consolare, si rileva come quest'ultima deve limitarsi ad un accertamento formale

dell'autenticità degli atti posti a sua conoscenza, senza che abbia alcuna discrezionalità nella valutazione della sussistenza dei requisiti per il ricongiungimento ex art. 29 D.lgs.286/98.

A conforto di questa interpretazione vi è innanzitutto la lettera della legge.

Il comma 7 di tale articolo recita infatti: "Il rilascio del visto nei confronti del familiare per il quale è stato rilasciato il predetto nulla osta è subordinato all'effettivo accertamento dell'autenticità, da parte dell'autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i supposti rapporti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute".

L'art.6 del D.P.R. 31 agosto 1999, n.394 (regolamento di attuazione del D.lgs 25 luglio 1998, n.286), intitolato "visti per il ricongiungimento familiare e familiari al seguito" a sua volta, premesso che la richiesta di nulla osta al ricongiungimento familiare per i soggetti di cui all'art.29, comma 1 del testo unico, va presentata allo Sportello Unico per l'immigrazione presso la Prefettura-Ufficio Territoriale del Governo, competente per il luogo di dimora del richiedente, prevede, oltre alla produzione della documentazione attestante tutti i requisiti oggettivi richiesti (carta di soggiorno, reddito, alloggio ecc, alla lettera d) **che la domanda dell'interessato deve essere corredata da "documentazione attestante i rapporti di parentela, la minore età e lo stato di famiglia"**; alla lettera e) la documentazione attestante l'invalidità totale o i gravi motivi di salute previsti dall'art. 29 comma 1, lettere b-bis) e c) del testo unico rilasciata, a spese del richiedente, dal medico nominato con decreto della rappresentanza diplomatica o consolare".

Il n.2 dell'art. 6) citato dispone quindi che l'autorità consolare provvede alla legalizzazione della documentazione di cui all'art. 1, lett. d), e) ed f), salvo che gli accordi internazionali vigenti per l'Italia prevedano diversamente, nonché alla sua validazione ai fini del ricongiungimento familiare.

Il n. 4 dell'art.6 infine dispone espressamente che sia lo Sportello Unico a verificare la sussistenza dei requisiti e condizioni previsti dall'art. 29 del testo unico .

Ad avviso di questo Collegio pare difficilmente superabile il dettato letterale della norma.

Nessuna attività di verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi è richiesto all'autorità consolare che deve limitarsi a verificare l'autenticità dei documenti attestanti i rapporti di parentela già presentati all'atto della richiesta di nulla osta.

È una qualche discrezionalità dell'autorità consolare può farsi discendere dal potere attribuito alle competenti rappresentanze diplomatiche di effettuare apposito esame del DNA nel caso di mancanza o dubbio sull'autenticità dei documenti attestanti la parentela di cui all'art.29 lett.d) 1 bis, risultando tale previsione anzi dare ulteriore conforto ai limitati poteri di mero controllo della veridicità del rapporto di parentela posto alla base della domanda di ricongiungimento, non essendo previsto in nessuna parte della legge che l'autorità diplomatica debba effettuare valutazioni diverse dall'accertamento dell'effettività della relazione familiare.

Anche la nuova formulazione dell'art.29 n.7 in relazione al requisito ulteriore di cui alla lettera d) n. 1 dell'art.29 (che richiede in caso di genitori ultra sessantacinquenni che non vi siano altri figli impossibilitati al loro sostentamento per "gravi motivi di salute") demanda ugualmente all'autorità consolare l'effettivo accertamento dell'autenticità della documentazione comprovante lo stato di salute, che deve essere allegata alla domanda di nulla osta e la cui deliberazione circa la sussistenza del requisito della gravità è attribuita all'autorità amministrativa in Italia..

Deve pertanto concludersi che il diritto soggettivo al ricongiungimento familiare, (perché tale è indubitabilmente quello al ricongiungimento familiare ex art. 28 dlgs 286/98 letteralmente intitolato "diritto all'unità familiare") viene esercitato nel momento di proposizione della domanda ed è alla fase di accertamento dei presupposti, che si svolge in Italia, che si deve far riferimento per la valutazione della sussistenza dei requisiti. Una volta emesso il nulla osta dalla competente autorità amministrativa in Italia, il visto si configura come una mera condizione di efficacia del diritto già accertato, che quindi, al suo verificarsi (accertata veridicità del rapporto di parentela nel caso in esame), retroagisce al momento del rilascio del nulla osta, e non come un ulteriore fase discrezionale e autonoma.

Ciò è tanto più vero anche alla luce della disposizione di cui al n.2 dell'art.29 che testualmente recita: "ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione della domanda."

Lo ius superveniens quindi non può essere legittimamente richiamato a spiegare la sua efficacia in relazione a diritti soggettivi già consolidati, laddove la residua attività amministrativa esplicando non ha margini apprezzabili di discrezionalità (cfr. TAR Emilia Romagna, sez.I, 21 marzo 2006 n.1105 e Tar Valle d'Aosta 20 maggio 2004 n.54).

Di questo è ben consapevole anche il Ministero degli Interni, che "d'intesa con il Ministero degli Affari degli Esteri" (pag.2) nella citata circolare esplicativa n.4660 prot. Del 28.10.2008, ha stabilito, in assenza di norme transitorie, che addirittura le domande già istruite prima dell'entrata in vigore del decreto lgs. dovessero ricadere nella previsione della disciplina previgente.

La scelta del Ministero con la citata circolare risponde del resto a una corretta interpretazione della normativa in parola discendente non solo dalla lettera della legge (comma 7 art. 29 dlgs.n.286 del 1998 sopra riportato e art. 6 regolamento) , ma anche dalla direttiva 2003/86/CE la quale recita che" nell'applicare il diritto nazionale e in particolare la legge nazionale appositamente adottata per l'esecuzione di una direttiva, il giudice deve interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e dello scopo della direttiva (cfr. sentenza CGCE dell'8.10.1987 nella causa c-80/86).

La direttiva in parola, all'art. 13 comma 1 dispone che "una volta accettata la domanda di ricongiungimento familiare, lo Stato membro interessato agevola il rilascio dei visti necessari per queste persone".

A maggior ragione quindi deve considerarsi perfezionato il diritto al ricongiungimento per quei casi in cui il nulla osta era già stato rilasciato antecedentemente all'entrata in vigore in data 5.11.2008 del D.lgs. 160/2008, come nel caso all'esame della Corte (nulla osta del 22.8.2008).

Deve pertanto rigettarsi il reclamo.

Tenuto conto del contrasto giurisprudenziale sul punto anche con precedenti pronunce di questa Corte, si ritiene di dover compensare le spese di lite del presente grado.

PQM

la Corte rigetta il reclamo e per l'effetto conferma il decreto emesso il 5.6.2009 dal Tribunale di Varese che in accoglimento del ricorso ex articolo 30 decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche, presentato da Ait Zaouite Khadouj ha annullato il provvedimento 12.1.2009 del Consolato generale di Casablanca con il quale è stato negato il visto per ricongiungimento familiare in favore dei propri genitori Baghalou Zainaba e Ait Zaouite.

Dichiara compensate le spese di lite del presente grado di giudizio.

Milano 8.1.2010

IL CANCELLIERE C2
Dott.ssa Olivia Lantini

Il presidente

CORTE
DEPOSITO
D.G. 22 FEB 2010
IL CANCELLIERE
Dott.ssa Olivia Lantini