

Ricongiungimento familiare

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, decr. 6 dicembre 2006 - Pres. Cini - Rel. Pezzuti

Coppie di fatto - Identità di sesso dei conviventi - Riconoscimento giuridico della convivenza all'estero - Diritto al ricongiungimento familiare - Inammissibilità

(Cost. artt. 2, 29, 30, 31; d.lgs. 286/1998 art. 30, comma 1, lett. c; l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 65; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea artt. 9 e 21)

Atteso che il nostro ordinamento subordina il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari alla qualità di "familiare" del soggetto richiedente e che il provvedimento dell'autorità neozelandese si è limitato a riconoscere agli odierni residenti la qualifica di *partners* di fatto, cioè di conviventi, e non di familiari, difetta la qualifica necessaria perché possa essere rilasciato il permesso di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 286/1998.

... *Omissis* ...

Decreto

... *Omissis* ...

premesso che il cittadino neozelandese D.W.M.C. e il cittadino italiano R. T. hanno ottenuto dallo stato della Nuova Zelanda il riconoscimento di *partners de facto* e che, in forza di questo provvedimento, il M. C. intende ottenere il rilascio del permesso di soggiorno in Italia per motivi familiari, ponendo a sostegno della richiesta il suo "legame familiare" con il T.;

rilevato che il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari è regolato in via generale dall'art. 28 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e più specificamente dall'art. 30, che dispone che «il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato: (...) c) al familiare straniero regolarmente soggiornante, in possesso dei requisiti per il ricongiungimento con il cittadino italiano o di uno Stato membro dell'unione europea residenti in Italia, ovvero con straniero regolarmente soggiornante in Italia»;

atteso pertanto che il nostro ordinamento subordina il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari alla qualità di "familiare" del soggetto richiedente, cioè lo straniero che intende ricongiungersi ad altra persona residente in Italia deve essere suo familiare;

preso atto che a questo fine il M. C. e il T. richiamano le disposizioni degli artt. 24 e 65 della l. 31 maggio 1995 n. 218, che dispongono testualmente che «L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto; tuttavia i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto» e che «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pro-

nunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa»;

visto che il M. C. e il T. sostengono che il loro *status* di familiari di fatto è stato riconosciuto dalle autorità neozelandesi, con un provvedimento relativo ad un diritto della loro personalità, quindi direttamente efficace nel nostro ordinamento giuridico;

considerato, al riguardo, che il provvedimento dell'autorità neozelandese si è limitato a riconoscere agli odierni residenti la qualifica di *partners* di fatto, cioè di conviventi, e non di familiari, e quindi non ha attribuito loro la qualifica necessaria perché possa essere attribuito al M. C. lo *status* di familiare, richiesto necessariamente del richiamato d.lgs. n. 286 del 1998 perché possa essere rilasciato il permesso di soggiorno;

che è *ius receptum* che la condizione di convivente di fatto, sia pure ammantata da un riconoscimento ufficiale che ne attesta la durata e la stabilità, è del tutto diversa da quella di familiare, secondo quanto inteso dal nostro ordinamento giuridico, che la riconosce esclusivamente a quei soggetti legati dal vincolo parentale e, solo in taluni casi, anche di affinità;

che, nell'esaminare una questione di legittimità costituzionale della norma che vieta l'espulsione del familiare convivente con cittadino italiano e non anche l'espulsione del convivente non familiare, la Corte costituzionale ha ribadito «l'impossibilità di estendere, attraverso un mero giudizio di equivalenza tra le due situazioni, la disciplina prevista per la famiglia legittima alla convivenza di fatto» (Corte cost., ord. 11 luglio 2000, n. 313; Corte cost., 26 gennaio 1998, n. 2; Corte cost., 6 maggio 1998, n. 166), che «questa Corte ha anche in più occasioni affermato che la convivenza *more uxorio* è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corresponsività dei diritti e dei doveri (...) che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima» (Corte cost., n. 127 del 1997; Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237; Corte co-

st., 2 aprile 1980, n. 45) e che «la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato l'unità della famiglia, dall'altra il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici invece assente nella convivenza *more uxorio*» (Corte cost., ord. 11 luglio 2000, n. 313):

che, pertanto, non è possibile una lettura costituzionalmente orientata della normativa *de qua*, nel senso di ricomprendere anche il convivente nella nozione di familiare, perché la stessa Corte costituzionale ha più volte inequivocabilmente chiarito che la convivenza - peraltro *more uxorio* e non la mera condivisane dell'abitazione - è un rapporto di mero fatto e sotto alcun punto di vista può essere equiparata alla famiglia legittima;

che d'altra parte, se è vero, come è vero, che il nostro ordinamento riconduce al rapporto tra i coniugi una serie di diritti e di doveri che trovano la loro fonte nel contratto di matrimonio, queste obbligazioni, salvo l'intervento *ad hoc* del legislatore, non possono trovare uguale riconoscimento anche da un rapporto di mero fatto, in quanto tale privo di qualsiasi certezza giuridica, ancorché protrattosi per un lungo lasso di tempo;

atteso peraltro che lo stesso art. 65 della legge n. 218 del 1995 subordina l'efficacia dei provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità alla verifica che non siano contrari all'ordine pubblico, coerentemente con il primo comma del precedente art. 16, ove si legge che «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»;

che nel caso di specie la legge neozelandese, che riconosce la qualità di conviventi di fatto a persone dello stesso sesso, è certamente contraria all'ordine pubblico italiano, vieppiù se fosse interpretata come costitutiva anche della qualità di familiari, intesa come coppia assimilabile ai coniugi ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno;

ritenuto che, pur mancando a livello europeo ed extraeuropeo una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni tra persone dello stesso sesso, non si può prescindere dall'esaminare la corrispondenza dei modelli normativi liberamente scelti nei vari stati agli istituti dell'ordinamento nazionale, non potendosi attuare con lo strumento invocato dai resistenti e attraverso la forzosa esportazione delle scelte operate da altre comunità nazionali il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare che deve trovare ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie (cfr. anche: App. Roma, 13 luglio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, n. 35, 55);

che a maggior ragione non può essere applicato l'art. 3,

comma 2, lett. b) della direttiva n. 2004/38/CE, che riconosce il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri al *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata, perché la Nuova Zelanda non fa parte dell'Unione Europea e la direttiva comunque chiarisce «ai fini della presente direttiva, la definizione di familiare dovrebbe altresì includere il *partner* che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio» e che «la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone»;

che questa direttiva comunitaria quindi certamente non impone di riconoscere il diritto anche alle unioni tra *partners* di sesso diverso, ove queste non abbiano alcun riconoscimento negli stati membri;

evidenziato inoltre che l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, su cui si basa l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, specifica che «a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, "l'uomo e la donna" hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano tale diritto»;

che la formulazione di questo diritto chiarisce che anche nella materia delle unioni di tipo coniugale il contesto sovranazionale deve tenere conto e rispettare gli ambiti di competenza dei singoli stati (in materia di età minima e di *status* delle persone) e compete al legislatore nazionale dare attuazione alle direttive e raccomandazioni comunitarie, nelle forme che risulteranno conformi alla volontà parlamentare, quale espressione delle istanze provenienti dalla società;

... *Omissis* ...

COPPIE DI FATTO: UN LIMITE AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE?

di Luisa Pascucci

L'A., dopo aver ricostruito il variegato panorama normativo in materia di ricongiungimento familiare e messo in luce alcuni dei possibili indici evolutivi di apertura nei confronti delle coppie omosessuali, constata l'impossibilità, allo stato della legislazione e della giurisprudenza esistenti, di accogliere un'interpretazione estensiva della categoria di familiari da ammettere al ricongiungimento, in sostanziale adesione alle argomentazioni con le quali la Corte d'appello respinge l'istanza di ricongiungimento di una coppia omosessuale formalmente registrata in un Paese straniero.

1. Il caso

La decisione della Corte d'appello riguarda una coppia di fatto omosessuale composta da un cittadino italiano ed un cittadino neozelandese. In Nuova Zelanda la coppia aveva ottenuto il riconoscimento giuridico della convivenza e, conseguentemente, il *partner* italiano aveva ottenuto un legale titolo di ingresso e di soggiorno in territorio neozelandese. Successivamente (nel 2003), la coppia ha deciso di stabilirsi in Italia e il *partner* neozelandese vi ha fatto ingresso con visto per studio e conseguente permesso di soggiorno della durata di un anno. In prossimità della scadenza del permesso, nel 2004, i due uomini hanno chiesto alla Questura di Livorno la conversione del titolo di soggiorno per motivi di studio in permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c, d.lgs. 286/1998, ma l'istanza è stata respinta. Hanno quindi presentato ricorso al Tribunale di Firenze e la loro istanza è stata accolta. Il Giudice di prime cure ha sottolineato come, in tema di permesso di soggiorno per motivi familiari, il testo unico sull'immigrazione parli di "familiare straniero" senza ulteriori specificazioni: in Nuova Zelanda il legame familiare tra i due è stato legalmente riconosciuto e il provvedimento straniero non può dirsi contrario all'ordine pubblico "poiché è pacifico nel nostro ordinamento che la coppia di fatto omo o etero sessuale non solo ha una rilevanza sociale, ma ha ottenuto anche specifici riconoscimenti giuridici, da ultimo nella legge n. 154/2001" (1). Il diritto del convivente straniero ad ottenere il permesso di soggiorno risulta - secondo il giudice di prime cure - non solo dall'art. 2 della Costituzione, ma anche dalla direttiva 2004/38 CE, che riconosce il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri al *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

Avverso il decreto del Tribunale, il Ministero dell'interno ha proposto reclamo alla Corte d'appello, che, con il provvedimento in epigrafe, ha revocato il decre-

to e negato il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.

2. Il ricongiungimento familiare: inquadramento normativo e questioni interpretative

Il ricongiungimento familiare è istituito mediante il quale si consente a chi risiede o soggiorna regolarmente in uno Stato di essere raggiunto dai familiari provenienti da altri Paesi. Negli ultimi anni, è stato invocato con crescente frequenza dagli stranieri per insediarsi negli Stati ospitanti, che si sono così determinati a porre condizioni sempre più rigorose atte a contenere il fenomeno di mobilità inevitabilmente prodottosi entro i limiti di un ordinato flusso migratorio.

Oltre a potersi genericamente ricondurre nell'alveo delle norme costituzionali a tutela dell'unità familiare (artt. 29, 30, 31 Cost.), detto diritto è altresì positivamente riconosciuto, più o meno esplicitamente, da innumerevoli accordi internazionali, quali l'art. 10 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989; l'art. 44, n. 2 della Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie firmata a New York il 18 novembre 1990; nonché l'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966. Così come, peraltro, può essere dedotto dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, a tutela del rispetto della vita privata e familiare di ogni persona, recentemente recepita e arricchita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza. La Carta di Nizza è ora parte integrante della Costituzione europea, approvata a Roma il 29 ottobre 2004 e ratificata in Italia con legge 7 aprile 2005, n. 57, ma non ancora in vigore giacché subordinata alla ratifica di tutti gli Stati aderenti.

Ebbene, nonostante tali autorevoli fonti paiano proiettare l'istituto del ricongiungimento familiare verso l'area dei diritti dell'uomo e dei diritti della personalità, meritevoli dunque di tutela assoluta, nondimeno nella giurisprudenza della Corte costituzionale, così come in quella della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, non si trova il riconoscimento di un diritto all'unità familiare pieno ed incondizionato, ritenendosi, viceversa, di dover bilanciare di volta in volta la pretesa del singolo col corrispondente interesse dello

Nota:

(1) Trib. Firenze, decreto n. 266 del 7 luglio 2005.

Stato ospitante a controllare i flussi migratori in entrata (2). Questo in considerazione del fatto che l'ingresso dello straniero nel territorio nazionale coinvolge svariati interessi pubblici - sicurezza, ordine pubblico, sanità - la cui ponderazione spetta in primo luogo al legislatore interno, limitato soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (3).

Si è così cercato di bilanciare l'indiscutibile diritto dello Stato ad esercitare la sovranità nel presidio delle proprie frontiere in funzione di un ordinato flusso migratorio (4) con le altrettanto rilevanti esigenze di tutela della vita familiare dello straniero, di cui il ricongiungimento familiare costituisce una delle principali espressioni, come tale abbisognevole di una regolamentazione specifica e dettagliata; una disciplina che, come si vedrà, non si esaurisce ad un solo livello normativo, ma che presenta, in realtà, una struttura estremamente variegata e in continua evoluzione in corrispondenza delle diverse categorie di soggetti di volta in volta coinvolti nelle dinamiche del ricongiungimento.

Particolare attenzione sarà dunque prestata alla ricostruzione del frastagliato assetto normativo, che pare aver disorientato lo stesso Tribunale di prime cure, il quale ha invocato a criterio risolutore del caso una direttiva comunitaria totalmente estranea ad esso.

Si affronterà poi il problema dell'individuazione delle categorie di familiari ammesse a beneficiare del ricongiungimento, verificando se, a tal fine, possano rilevare quelle "nuove" forme di organizzazione della vita familiare che sempre più si vanno diffondendo nel contesto sociale: convivenze *more uxorio* ed unioni stabili di persone dello stesso sesso (5).

3. Il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extracomunitari legalmente soggiornanti nel territorio di uno Stato membro dell'Unione

Nell'ambito della disciplina dell'immigrazione, lo Stato ha da sempre vantato una competenza pressoché esclusiva, tendente a limitare le iniziative delle istituzioni comunitarie volte ad introdurre una politica comune in tale materia (6).

È solo con il Trattato di Amsterdam (7) che gli Stati membri hanno riconosciuto una competenza, quanto meno concorrente, della Comunità in materia di immigrazione e di circolazione dei cittadini di Stati terzi all'interno del territorio dell'Unione. In particolare, il Trattato di Amsterdam ha trasferito nel primo pilastro - contraddistinto dal c.d. metodo comunitario, che marginalizza il ruolo dei governi nazionali a favore delle istituzioni europee - quasi tutti i settori sino ad allora rientranti nell'ambito del terzo pilastro (immigrazione, rilascio di visti, concessione di asilo, cooperazione giudiziaria in materia civile), "comunitarizzando" materie sino ad allora trattate esclusivamente in ambito intergovernativo, ossia con potere decisionale interamente riservato agli Stati membri, tesi a limitare le ini-

ziative delle istituzioni comunitarie volte ad introdurre una politica comune in materia (8).

A seguito delle suddette modifiche, l'art. 63.3 del Trattato CE ha attribuito al Consiglio il compito di adottare misure in materia di politica di immigrazione, fatto salvo il diritto degli Stati membri di mantenere o introdurre *ex novo* norme di diritto interno compatibili con il Trattato medesimo. E sulla base di tale articolo è stata adottata la direttiva 2003/86 CE, volta a disciplinare il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extracomunitari legalmente soggiornanti nel territorio di uno Stato membro dell'Unione; una direttiva a lungo osteggiata dagli Stati, perché giudicata poco sensibile alle prerogative da essi vantate in materia di immigrazione, in via esclusiva, sino al Trattato di Amsterdam, e in via concorrente (in virtù dell'espressa riserva di cui all'art. 63 del Trattato CE nonché dei principi consuetudinari di diritto internazionale (9)), successivamente ad esso.

Note:

(2) Questo percorso interpretativo è stato espressamente sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 febbraio 1996, *Gul v. Svizzera*, richiesta n. 23218/94; sentenza 21 giugno 1988, *Berrehab c. Olanda*, richiesta n. 10730/84; sentenza 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, richieste n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, in *www.echr.coe.int*. In questi termini si veda anche Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. e giur.*, 1998, 203, secondo cui lo Stato non può abdicare al compito ineludibile di presidiare le proprie frontiere attraverso regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio. Per riferimenti in dottrina cfr. Marchigiani, *Costituzione e disposizioni a tutela dei diritti fondamentali*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2007, 112.

(3) In tal senso cfr. Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 62, in *Riv. dir. int.*, 1994, 1054; cfr. anche Corte cost., ord. 4 luglio 2001, n. 232, in *Giur. cost.*, 2001, 2066. In dottrina v. Pizzorno, *Le cause ostative all'ingresso degli stranieri in Italia con riferimento alla richiesta di ricongiungimento familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, pt. 1, 371 ss.. Sul tema anche Cozzi, *Straniero residente in Italia, ricongiungimento familiare ed espulsione: giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo a confronto*, in *Foro it.*, 2006, fasc. 3, pt. 1, 677.

(4) Si veda Corte cost., 14 maggio 2006, n. 158, in *Dir. e giust.*, 2006, 22, 36; cfr. anche Corte cost., ord. 17 maggio 2001, n. 140, in *Giur. cost.*, 2001, II, 1156, in cui si afferma che "le esigenze di tutela del nucleo familiare, individuate dal legislatore, cedono di fronte a quelle di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato"; in questi termini anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danimarca*, n. 56811/00, in *www.echr.coe.int*.

(5) In argomento, con riferimento alle coppie omosessuali, Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno, ne I nuovi percorsi del diritto di famiglia*, collana diretta da M. Sesta, Milano, 2005, 237.

(6) Sull'evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione si vedano Manca, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2003; Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006, 16 ss.

(7) Firmato nel 1997 ed entrato in vigore nel 1999.

(8) Iniziative per la verità sporadiche e in ogni caso filtrate da strumenti di cooperazione scarsamente vincolanti e quasi sempre adottabili soltanto all'unanimità.

(9) Macrì, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 794.

Ecco allora (in parte) spiegarsi il perché del notevole ritardo con cui lo Stato italiano ha recepito la direttiva comunitaria sul ricongiungimento familiare, cui si è data attuazione solo recentemente con d.lgs. 5/2007, che modifica in più punti il d.lgs. 286/1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), già modificato con legge 189/2002 (10).

In particolare, il d.lgs. 5/2007, oltre a semplificare le procedure e a disciplinare *ex novo* (art. 29-bis t.u. imm.) il ricongiungimento familiare del rifugiato, espunge dalla pregressa formulazione (artt. 28, 29, 30 t.u. immigrazione) alcuni dei requisiti, difficilmente accertabili nella prassi operativa, che la legge Bossi-Fini, volta a contenere il diritto all'unità familiare nell'alveo della più generale regolamentazione dei flussi di ingresso, aveva introdotto. In particolare, non è più richiesta per i figli minori con cui ricongiungersi la condizione di familiari "a carico"; né, per i figli maggiorenni, un'invalidità totale, essendo sufficiente un'impossibilità di provvedere alle indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute. Quanto ai genitori dell'avente diritto al ricongiungimento, è stata eliminata la necessità dell'accertamento dell'esistenza o meno di altri figli nel paese d'origine, limitandosi ora la legge a richiedere la mancanza di un adeguato sostegno familiare nel Paese di provenienza. Comprovati documentalmente i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute, unitamente alle altre condizioni di legge per essere ammessi al ricongiungimento (disponibilità di un alloggio e di un reddito rispondenti a determinati parametri), al familiare viene rilasciato un visto di ingresso e, conseguentemente, un permesso di soggiorno per motivi familiari *ex art.* 30, comma 1, lett. a, t.u. imm. avente la stessa durata del permesso di soggiorno del soggetto rispetto al quale si è esercitato il ricongiungimento e rinnovabile con quest'ultimo (11).

Tuttavia, l'attuazione della direttiva comunitaria si arresta qui, giacché il d.lgs. 5/2007 non sembra accogliere gli importanti segnali di apertura con cui la direttiva tende, sia pur timidamente, ad ampliare la categoria dei familiari nei cui confronti esercitare il diritto al ricongiungimento.

In particolare, all'art. 4.3 essa riconosce agli Stati membri la possibilità di autorizzare, per via legislativa o regolamentare, il ricongiungimento con il *partner* non coniugato che abbia "una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante" ovvero sia a quest'ultimo legato da una relazione formalmente registrata, riservandogli lo stesso trattamento previsto per il coniuge (12). L'art. 5.2 della stessa aggiunge che nell'esaminare la domanda del *partner* non coniugato del soggiornante, gli Stati membri devono tener conto, "per stabilire se effettivamente esista un vincolo familiare, di elementi quali un figlio comune, una precedente coabitazione, la registrazione formale della relazione e altri elementi di prova affidabili".

Pur tuttavia, la "timidezza" (13) con cui la direttiva si affaccia alle problematiche di tutela delle convivenze *more uxorio* in ambito di ricongiungimento familiare emerge con tutta evidenza là dove essa lascia in definitiva agli Stati membri la libertà di decidere se autorizzare o meno la riunificazione familiare con i *partners* non coniugati (o la cui relazione sia registrata), fermo che "l'autorizzazione al ricongiungimento familiare concessa da uno Stato membro a tali persone non pregiudica la facoltà per gli Stati membri che non riconoscono l'esistenza di legami familiari nei casi contemplati dalla presente disposizione di non concedere a dette persone il trattamento riservato ai familiari (...)" (14). Con ciò consentendo agli Stati di limitare l'effettivo esercizio del diritto al ricongiungimento familiare non solo in ragione del consueto limite dell'ordine pubblico (richiamato dall'art. 6.1 della direttiva), ma anche, e a monte, in ragione di una restrittiva individuazione dei membri della famiglia cui concedere il beneficio.

4. Il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dell'Unione Europea tra diritto comunitario e diritto interno

Per lungo tempo i cittadini comunitari sono stati ammessi ad esercitare il diritto al ricongiungimento con i propri familiari (cittadini comunitari e non) solo nella misura in cui avessero esercitato una delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE; in particolare, la sparsa e settoriale normativa di diritto comunitario derivato riconosceva il diritto al ricongiungimento familiare non ai cittadini comunitari *tout court*, ma in quanto lavoratori subordinati (15), lavoratori autonomi (16), studenti (17), pensionati (18) che avessero esercitato il diritto alla libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza.

L'ultima evoluzione sul punto si è avuta con la di-

Note:

(10) C.d. legge Bossi-Fini, che ha introdotto sensibili limitazioni alla possibilità di concessione del visto di ingresso per ricongiungimento familiare.

(11) Per riferimenti in ordine alla procedura prevista per il ricongiungimento familiare si veda Morozzo della Rocca, *Il diritto al ricongiungimento familiare e le indagini consolari sulla veridicità delle attestazioni contenute nella certificazione di stato civile straniera*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, pt. 1, 120 ss.

(12) Così anche l'art. 15.1 della direttiva.

(13) Una timidezza che il legislatore italiano del 2007 avrebbe potuto superare non solo accogliendo l'invito del legislatore comunitario ad aprirsi nei confronti delle convivenze di fatto, ma addirittura adottando, così come previsto dall'art. 3.5 della direttiva, disposizioni interne più favorevoli di quelle indicate nella direttiva stessa.

(14) Considerando n. 10 della direttiva.

(15) Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio.

(16) Direttiva 73/148/CEE del Consiglio.

(17) Direttiva 93/96/CEE del Consiglio.

(18) Direttiva 90/365/CEE del Consiglio.

rettiva 2004/38 CE (19), che riunendo in un testo unico l'affastellato *corpus* legislativo previgente, ha generalizzato il diritto di circolazione e soggiorno a tutti i cittadini dell'Unione, con conseguente estensione ad ogni cittadino comunitario non ulteriormente qualificato del diritto a ricongiungersi con i propri familiari, con ciò superando la pregressa legislazione settoriale (20); ma per il resto ha confermato l'impianto normativo preesistente, continuando a configurare quale presupposto imprescindibile per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare lo spostamento del cittadino comunitario da uno Stato membro ad un altro (21). In altri termini, l'aver esercitato la libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza rimane *condicio sine qua non* per l'applicabilità del diritto comunitario; in mancanza, la fattispecie dovrà considerarsi puramente interna allo Stato membro e, in quanto tale, risulterà regolata dalle norme nazionali sull'immigrazione: norme fortemente restrittive, in quanto ispirate alla politica statale di controllo delle frontiere, e dunque suscettibili di determinare le c.d. discriminazioni a rovescio ogniqualvolta apprestino una disciplina deteriore rispetto a quella invocabile per i rapporti viceversa rientranti nel campo di applicazione del diritto comunitario.

Ciò non significa che al cittadino dell'Unione che non si sia avvalso della libertà di soggiorno in altro Stato membro si negherà in ogni caso il diritto ad essere raggiunto nello Stato di residenza dai familiari stranieri, bensì che il diritto in questione gli verrà accordato solo nella misura in cui la normativa interna lo riconosca ai propri cittadini. E se la stessa, per ipotesi, negasse ai cittadini il ricongiungimento familiare o lo subordinasse a condizioni particolarmente gravose, la lacuna o il rigore delle disposizioni nazionali non potrebbero essere colmati invocando l'applicazione della direttiva comunitaria, giacché il diritto al ricongiungimento familiare è, nel diritto comunitario, accessorio e funzionale alla libertà di circolazione, e il suo esercizio è imprescindibilmente collegato a situazioni nelle quali i cittadini abbiano effettivamente circolato fra almeno due paesi membri (22).

Quanto alla definizione dei familiari ammessi al ricongiungimento, la direttiva, all'art. 2, punto 2, ha avuto l'indubbio merito di farvi rientrare soggetti diversi dai familiari in senso stretto, come il "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante".

Peraltro, si prevede (art. 3.2, b) che ogni Stato, conformemente alla propria legislazione nazionale, agevoli l'ingresso e il soggiorno di tutti quei soggetti che non rientrano nella ristretta nozione di "familiare" di cui sopra; in particolare, il riferimento è al "partner con

cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata". A tal proposito, al considerando n. 6 della direttiva si afferma che « (...) la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica del cittadino dell'Unione». Ecco allora che anche la suddetta direttiva, sia pur meno timidamente rispetto alla direttiva 2003/86 CE, lascia in definitiva agli Stati membri la libertà di decidere se autorizzare o meno la riunificazione familiare con i *partners* non coniugati che non rientrino nella definizione di cui all'art. 2, punto 2.

Da ultimo, la direttiva *de qua*, all'art. 27, ha positivamente ribadito le ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica quali consueti limiti invocabili dallo Stato ospitante al fine di restringere la libertà di circolazione dei cittadini.

5. Ricongiungimento familiare con il cittadino italiano residente in Italia: fattispecie meramente interna

Si è visto che il diritto comunitario (direttiva 2004/38) non riconosce un diritto al ricongiungimento a favore dei familiari di un cittadino dell'Unione che non abbia esercitato la libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, continuando a configurare il diritto *de quo* quale posizione soggettiva non già autonoma, bensì funzionale rispetto alla libertà di circolazione entro il territorio dell'Unione (23). Né, d'altra parte, è stato possibile portare avanti la proposta iniziale che prevedeva l'applicazione della direttiva comunitaria 2003/86 (24) anche ai familiari di un cittadino comunitario che non avesse esercitato la libera circolazione.

Note:

(19) Attuata con d.lgs. 30/2007.

(20) Sul punto si veda Bergamini, *Libera circolazione, diritto di soggiorno e ricongiungimento familiare*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, II, cit., 4119.

(21) Vedi anche art. 3, d.lgs. 30/2007.

(22) Sul punto si veda Zanobetti Pagnetti, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in questa *Rivista*, 2004, 552 ss.

(23) V. paragrafo 4. Per un'approfondita disamina della problematica cfr. Bergamini, *Libera circolazione, diritto di soggiorno e ricongiungimento familiare*, cit., 4084.

(24) Direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti su territorio europeo: cfr. paragrafo 3.

Pertanto, in mancanza di uno spostamento fra almeno due paesi membri, il ricongiungimento familiare fra un cittadino italiano residente in Italia che voglia ivi riunirsi col familiare straniero, in quanto fattispecie puramente interna allo Stato di appartenenza, ricadrà inevitabilmente entro l'alveo delle norme nazionali sull'immigrazione.

È allora al testo unico sull'immigrazione che deve farsi riferimento al fine di inquadrare esattamente il caso sotteso alla pronuncia in commento, in cui è in contestazione il diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino italiano, residente in Italia, con un cittadino neozelandese a cui è legato da una relazione di fatto formalmente riconosciuta in Nuova Zelanda (25).

In particolare, rileva l'art. 30, comma 1, t.u. imm. (26), il quale, oltre a contemplare il caso in cui il permesso di soggiorno per motivi familiari venga rilasciato al familiare straniero che, a seguito di ingresso con visto, si ricongiunga allo straniero regolarmente soggiornante in Italia (lett. a), disciplina anche altri casi, comunemente detti di coesione familiare (27), in cui il permesso di soggiorno per motivi familiari viene rilasciato a stranieri che già si trovano in territorio italiano per conversione di un precedente diverso titolo di soggiorno (lett. b e c). L'ipotesi disciplinata dalla lettera b riguarda il rilascio del permesso di soggiorno "agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani (...)". Di più ampia portata è, invece, la previsione di cui alla lett. c - quella che più propriamente interessa in questa sede -, che consente al familiare straniero in possesso dei requisiti per ricongiungersi al cittadino italiano e che già si trovi in Italia in quanto titolare di un permesso di soggiorno (ancorché scaduto da non oltre un anno) di ottenere la conversione dello stesso in permesso di soggiorno per motivi familiari. Rientrano dunque nella fattispecie in esame, in cui si parla genericamente di "familiari", non solo i casi di coniugio (che viceversa esauriscono la previsione di cui alla lett. b), ma tutti gli altri casi di ricongiungimento familiare (28). Poiché i casi di ricongiungimento familiare sono disciplinati dall'art. 29 t.u. imm., parrebbe *prima facie* doversi fare riferimento unicamente alla previsione in esso contenuta al fine di verificare se i conviventi di fatto possano beneficiare del ricongiungimento ex art. 30, comma 1, lett. c, t.u. imm. Senonché, l'art. 29 t.u. imm., così come modificato dalla l. Bossi-Fini del 2002 (e così come, del resto, anche a seguito delle modifiche del 2007, che, per quanto non invocabili nel ben più risalente caso di specie, non hanno comunque ampliato il catalogo dei familiari ammessi al ricongiungimento (29)), appare assolutamente restrittivo sul punto, ammettendo al ricongiungimento familiare unicamente coniuge, figli e genitori.

Fermandosi al tenore letterale dell'art. 29, dunque, nessuna tutela potrebbe riconoscersi al *partner* di fatto. Tuttavia un argomento in senso contrario si potrebbe

ricavare dalla stessa formulazione dell'art. 30, comma 1, lett. c, che considera quale beneficiario di ricongiungimento il "familiare" non ulteriormente qualificato "in possesso dei requisiti per il ricongiungimento con il cittadino italiano", senza alcun rinvio, per ulteriori e più restrittive definizioni, all'art. 29 t.u. imm. Tanto più che là dove si è voluto restringere la portata della nozione di "familiare", ciò si è fatto espressamente; basti pensare alla menzionata lett. a) dell'art. 30, comma 1, in cui si richiamano testualmente "i casi previsti dall'art. 29". Né una interpretazione differenziata, a fronte della non identica formulazione della lett. a) rispetto alla lett. c) del medesimo art. 30, potrebbe apparir del tutto irragionevole, giacché trattasi di previsioni assolutamente eterogenee: la prima, relativa al diritto al ricongiungimento dello straniero regolarmente soggiornante in Italia, che va a completare, quale logico corollario, le previsioni di cui agli artt. 28 e 29 (anch'esse specificamente dettate con riguardo allo straniero dimorante in Italia); la seconda, inerente al diritto al ricongiungimento familiare del cittadino italiano, che va dunque a collocarsi in una dimensione ulteriore, del resto neppure presa in considerazione dai precedenti artt. 28 e 29.

Naturalmente, trattandosi di un mero argomento letterale, gli si potrà accreditare un qualche valore solo se suffragato da ulteriori indici interpretativi di inequivoca apertura nei confronti dei *partners* di fatto. E a fronte di un'evoluzione che non è allo stato rinvenibile - se non a limitati effetti (30) - nell'ordinamento nazionale e nel diritto giurisprudenziale (31), né è persegui-

Note:

(25) Da ultimo, in Nuova Zelanda, le coppie di fatto sono state riconosciute il 9 dicembre 2004 con l'emanazione del *Civil Union Bill*, che consente sia alle coppie omosessuali che eterosessuali di formare unioni civili.

(26) L'art. 30, comma 1, t.u. imm. non è stato modificato dal d.lgs. 5/2007.

(27) Sul punto si veda Pastore, *Immigrazione*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, II, cit., 4775.

(28) Cfr. Pastore, *Immigrazione*, cit., 4776.

(29) Sul punto v. paragrafo 3.

(30) Si pensi alla l. 149 del 2001, che, modificando gli artt. 330 e 333, comma 2, c.c., ha disposto l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore; nonché agli artt. 342-bis e 342-ter c.c., introdotti dalla l. 154 del 2001, in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari. Per una compiuta trattazione della problematica si veda Sesta, *Diritto di famiglia*, 2 ed., Padova, 2005, 399 ss.

(31) Cfr. Corte cost., 9 maggio 1997, n. 127; Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353, in cui si afferma che la convivenza *more uxorio* (eterosessuale) si risolve in un rapporto di fatto privo dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. In tema di coppie omosessuali, peraltro, la giurisprudenza italiana è alquanto scarna, essendo rinvenibili solo poche pronunce che hanno dato rilievo a tali forme di convivenza a ben circostanziati e limitati effetti: per riferimenti sul punto v. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., 420-421. Cfr. anche Zanetti-Sesta, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, pt. 1, 682; Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, 36 ss.

bile *de plano* in via di interpretazione sistematica, estensiva, analogica delle norme di diritto interno, si pone la necessità di verificare l'esistenza di indici evolutivi certi e cogenti nel contesto sovranazionale, per poi vagliarne le concrete possibilità di applicazione rispetto a fattispecie che, come quella in esame, tendono ad esaurirsi a livello interno.

6. Coppie di fatto e ricongiungimento familiare: incompatibilità?

Si è visto come le direttive comunitarie 2003/86 e 2004/38, sia pur timidamente, consentano allo Stato membro di intendere estensivamente la nozione di "coniuge" sì da poter riferire l'istituto del ricongiungimento familiare anche al *partner* non coniugato. E il riferimento testuale al "*partner* non coniugato" parrebbe rendere possibile il ricongiungimento anche alle coppie omosessuali (32). Ma ciò non basta per potersi dire risolto, sul piano comunitario, il problema della convivenza *more uxorio*, giacché le direttive lo riversano in definitiva sulle diverse sensibilità dei singoli ordinamenti nazionali, lasciati unici arbitri in ordine alla scelta delle categorie di "familiari" da ammettere al ricongiungimento. D'altro canto, la prudenza della normativa comunitaria è il frutto di quell'impostazione legalistico-formale con cui la Corte di giustizia ha per lungo tempo inteso i concetti di "coniuge" e di "vita familiare", legando il diritto al ricongiungimento alla situazione della legislazione nazionale di ciascuno Stato membro: con ciò, se le norme di diritto interno ammettono il convivente *more uxorio* a stabilirsi con il proprio cittadino, l'unità della famiglia di fatto risulta garantita anche a livello comunitario, mentre nell'ipotesi opposta l'applicazione della normativa comunitaria non consentirà di raggiungere il medesimo risultato (33).

In una prospettiva diversa e più innovativa si colloca la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, che giunge a ricomprendere la convivenza *more uxorio* eterosessuale nell'ambito della tutela garantita alla "vita privata e familiare" dall'art. 8 della CEDU (34). E per questa strada pare essersi incamminata da ultimo anche la Corte di giustizia con la sentenza *Eyup* (35), prospettando così il superamento della giurisprudenza pregressa attraverso un'equiparazione, limitatamente ai fini del ricongiungimento familiare, della convivenza di fatto (purché stabile, seria e duratura) al matrimonio (36).

Se alla luce di quanto riportato può forse dirsi accreditata nella giurisprudenza comunitaria in materia di ricongiungimento familiare (37) una lettura evolutiva della figura di coniuge, fino a ricomprendervi anche la persona, di sesso opposto, cui si è legati da una relazione di fatto (purché stabile, seria e duratura), molto più difficile appare la possibilità di estendere questo "nuovo" criterio interpretativo alle coppie omosessuali. A riguardo, il giudice comunitario ha scelto, ad oggi, di mantenersi su posizioni di netta chiusura, negando

esplicitamente l'equiparazione del convivente omosessuale al coniuge (38). E sulla stessa linea si è posta la Corte europea di Strasburgo, ritenendo di non poter considerare "vita familiare", ai sensi dell'art. 8 CEDU, le relazioni tra due persone dello stesso sesso (39).

Tale chiusura si scontra con l'innegabile nuova attenzione prestata nei confronti dell'omosessualità dalle legislazioni di innumerevoli Stati europei ed extraeuropei, che muovono verso soluzioni sempre più aperte a queste forme di convivenza (40); nonché dallo stesso Parlamento europeo, che ha a più riprese invitato la Commissione e gli Stati membri (sia pur con strumenti privi di efficacia vincolante, ma di significativo peso politico) a garantire alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle famiglie tradizionali (41).

Note:

(32) Bergamini, *Libera circolazione, diritto di soggiorno e ricongiungimento familiare*, cit., 4086.

(33) La consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di convivenza di fatto prese avvio con la celebre sentenza *Reed*, 17 aprile 1986, causa 59/85, in *Raccolta*, 1986, 1283, in cui la Corte, in particolare, fece leva sull'assenza di indizi di un'evoluzione sociale atta a giustificare un'interpretazione estensiva della nozione di coniuge. In questi termini anche il Tribunale di 1° grado, sentenza 17 giugno 1993, *Arauxo-Dumay c. Commissione*, causa T-65/92, in *Raccolta*, 1993, pt. II, 597: "una modifica di tale portata", volta a far rientrare nella nozione di matrimonio situazioni di convivenza o di unioni di fatto, "potrebbe nascere solo da un intervento del legislatore comunitario". Per un'ampia trattazione sul punto cfr. Pallaro, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare nell'ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di giustizia?*, in *Dir. scambi int.*, 2001, 262 ss.

(34) Rilevanti a tal proposito sono le sentenze *Berehab c. Olanda*, cit.; 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, richiesta n. 16969/90; 27 ottobre 1994, *Kroon e a. c. Olanda*, richiesta n. 18535/91.

(35) Corte giust. CEE, 22 giugno 2000, *Eyup*, causa C-65/98, in *Raccolta*, 2000, p. I, 4747.

(36) Cfr. Pallaro, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare nell'ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di giustizia?*, cit., 271 ss.

(37) È bene precisare che l'apertura della sentenza *Eyup* nei confronti delle convivenze *more uxorio* vale esclusivamente con riferimento all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni comunitarie che prendono in considerazione l'istituto del ricongiungimento familiare, che hanno cioè ad oggetto i diritti della personalità.

(38) Corte giust. CEE, 17 febbraio 1998, *Grant*, causa C-249/96, in *Raccolta*, 1998, p. I, 621, in cui si afferma che compete solo al legislatore emanare provvedimenti atti ad incidere sulle relazioni omosessuali.

(39) Gli unici segnali di apertura della Corte di Strasburgo si sono registrati a favore dei transessuali, le cui relazioni familiari vengono ad integrare, secondo la Corte, quella "vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU (sentenza 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, richiesta n. 75/1995).

(40) In alcuni casi equiparando le coppie omosessuali ai conviventi *more uxorio*; in altri casi, equiparandole alle coppie unite in matrimonio. Per una valutazione comparatistica delle soluzioni accordate dai vari Stati si veda Cordiano, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, pt. I, 107-131; Forde, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 107-150.

(41) Risoluzione 8 febbraio 1994 *sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità*, in *Medicina e morale*, 1994, 6, 1212-1215 (v. anche Schlesinger, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393); Risoluzione 16 marzo 2000 *sul rispetto dei diritti umani* (segue)

Segnali di una qualche apertura sono semmai rinvenibili nelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione proclamata a Nizza nel 2000 (42). In particolare, oltre all'art. 21, che pone un divieto assoluto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale (con previsione sostanzialmente analoga a quella di cui all'art. 14 della CEDU), rileva l'art. 9 a tutela del diritto di sposarsi e del diritto di costituire una famiglia, con una formulazione (43) che pare ora non solo svincolare la formazione della famiglia dall'"onere" del matrimonio, ma da cui scompare ogni riferimento alla diversità di sesso degli sposi/conviventi (viceversa contenuto nell'art. 12 della CEDU) e che in definitiva sembra accordare pari dignità alle più disparate forme di convivenza, anche tra persone dello stesso sesso (44). Tuttavia, pur senza volere attribuire valore meramente simbolico alle solenni ricognizioni delle prerogative comuni ai cittadini dell'Unione, esse restano in ogni caso prive di obbligatorietà negli ordinamenti interni dei Paesi dell'Unione (45); e ancorché la formulazione dell'articolo 9 sia stata aggiornata sì da riconoscere tutela a forme di organizzazione della vita in comune diverse dal matrimonio, "la sua portata può essere più estesa" rispetto alla formulazione dell'art. 12 della CEDU solo "qualora la legislazione nazionale lo preveda" (46), giacché il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

In conclusione, per quanto l'enunciazione del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia nei termini indicati dall'art. 9 della Carta di Nizza sottolinei la legittimità della scelta di convivere senza matrimonio, ciò non è ancora sufficiente a fondare un autentico diritto all'unità familiare tra *partners* omosessuali, giacché si riserva alle legislazioni nazionali la libertà di decidere se e a quali forme di convivenza, oltre al matrimonio, riconoscere meritevolezza e tutela giuridica. In altri termini, si rinviene nell'art. 9, genericamente dettato in tema di diritti dell'uomo - e dunque potenzialmente applicabile anche alle fattispecie meramente interne per le quali non sarebbe invocabile il diritto comunitario -, la stessa tecnica prudente con cui le direttive comunitarie 2003/86 e 2004/38 CE, disciplinanti nello specifico il diritto alla libertà di soggiorno e il diritto al ricongiungimento familiare, dopo aver inteso estensivamente la nozione di "coniuge" sì da poterla riferire anche al *partner* non coniugato, lasciano in definitiva gli Stati membri unici arbitri in ordine alla scelta delle categorie di familiari da ammettere al ricongiungimento.

7. Conclusioni: il caso di specie

Risolve le problematiche di inquadramento normativo ed evidenzia l'insufficienza di indici normativi certi e cogenti per poter procedere *de plano* ad un allargamento della cerchia dei familiari da ammettere al ricongiungimento, è ora possibile analizzare più nel dettaglio il caso di specie.

In particolare, si è chiarito come lo stesso non abbia rilevanza comunitaria, giacché il cittadino italiano con cui il cittadino straniero (neozelandese) intende ricongiungersi non ha esercitato la libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, bensì risiede e soggiorna nel paese di appartenenza. Ciò implica che non possa applicarsi la normativa interna di attuazione della direttiva 2004/38 CE, che viceversa accorda il diritto al ricongiungimento familiare al cittadino dell'Unione che soggiorni in uno Stato diverso da quello di appartenenza e che ivi intenda ricongiungersi con i familiari di qualunque cittadinanza (47).

Con il che la fattispecie andrà senz'altro risolta alla luce della normativa nazionale sull'immigrazione, in particolare ai sensi del veduto art. 30, comma 1, lett. c, t.u. imm.

Nondimeno, il giudice di primo grado (48) aveva accolto la richiesta di ricongiungimento dei ricorrenti in applicazione della citata direttiva comunitaria (49), quasi a non tener in considerazione l'art. 3, punto 1, della stessa, ai sensi del quale la direttiva *de qua* "si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza", nonché ai familiari di cui all'art. 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.

La Corte d'appello, nel revocare il reclamato de-

Note:

(continua nota 41)

nell'Unione europea; Relazione 10 maggio 2005 sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata; Risoluzione 18 gennaio 2006 sull'omofobia in Europa.

(42) Cfr. Giangaspero, *Limiti al ricongiungimento familiare e diritti fondamentali degli immigrati*, cit., 317.

(43) Sul punto v. M. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., 401; cfr. anche Cordiano, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, cit., 110 ss.

(44) In essa, infatti, scompare ogni riferimento alla diversità di sesso degli sposi/conviventi (viceversa contenuto nell'art. 12 CEDU). E si è allora giustamente rilevato (Ferrando, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, pt. 2, 265) che la Carta di Nizza costituisce l'evoluzione del corrispondente principio contenuto nella CEDU, la quale, nel riconoscere, all'art. 12, a "uomini e donne in età adatta" il "diritto di sposarsi e di fondare una famiglia" sembra considerare i due diritti l'uno in funzione dell'altro. La Corte europea di Strasburgo (non a caso) ha sempre riferito l'art. 12 al modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio.

(45) App. Roma, 13 luglio 2006 (decr.), in questa *Rivista*, 2007, 168, con nota di Sesta, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*

(46) App. Roma, 13 luglio 2006 (decr.), cit., 168.

(47) Artt. 2 e 3, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

(48) Trib. Firenze, decreto n. 266 del 7 luglio 2005.

(49) Direttiva 2004/38 CE, art. 3, punto 2, lett. b, a tenore del quale lo Stato membro ospitante agevola l'ingresso e il soggiorno del *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

creto, ha opportunamente escluso che il caso di specie potesse essere positivamente risolto alla luce delle norme di attuazione della direttiva 2004/38 CE, ancorché attraverso argomentazioni sulle quali non è dato pacificamente convenire; in particolare, ha motivato la non applicabilità della direttiva comunitaria non già in ragione della rilevanza puramente interna della fattispecie - in cui è mancato l'esercizio della libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello italiano -, ma sulla base della non appartenenza della Nuova Zelanda all'Unione Europea. Circostanza che, invero, non sarebbe stata di alcun ostacolo all'applicazione della direttiva, la quale, nel riconoscere ai cittadini dell'Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, concede analogo diritto ai familiari di qualunque cittadinanza essi siano (50).

Per il resto, non paiono criticabili gli ulteriori argomenti con cui la Corte ha rigettato l'istanza di riconoscimento familiare. In particolare, la stessa prende atto dell'impossibilità di ricomprendere il convivente di fatto nella nozione di "familiare" muovendo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha più volte chiarito come la convivenza, ancorché protrattasi per un lungo lasso di tempo, sia un rapporto di mero fatto non equiparabile alla famiglia legittima sotto alcun punto di vista in quanto priva di qualsiasi certezza giuridica; e che la previsione del divieto di espulsione solo per il familiare convivente con cittadino italiano, e non anche per il convivente non familiare, risponde all'esigenza di tutelare l'unità della famiglia e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici assente nella convivenza *more uxorio* (51).

Peraltro, la Corte d'appello evidenzia come l'impossibilità di estendere ai conviventi *more uxorio*, attraverso un giudizio di mera equivalenza, i diritti che il nostro ordinamento giuridico riconosce ai membri della famiglia legittima non sia smentita neppure dal contesto sovranazionale, che proprio nella materia delle unioni di tipo coniugale rispetta gli ambiti di competenza dei singoli Stati. E all'uopo viene citato l'art. 12 della CEDU, che nel riconoscere all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia rinvia alle leggi nazionali dei singoli Stati ratificanti. L'unica obiezione che si potrebbe muovere sul punto è che la Corte si sofferma unicamente sull'art. 12 della CEDU, così come originariamente formulato e non come riscritto dall'art. 9 della Carta di Nizza. L'art. 9 viene menzionato *en passant* senza rilevarne la portata innovativa, quasi a considerarlo una mera riproduzione *ad litteram* dell'art. 12 della CEDU: è vero, infatti, che l'art. 9, al pari dell'art. 12 della CEDU, rinvia, per la disciplina dei diritti in esso consacrati, alle leggi nazionali dei singoli Stati, ma non può sottacersi che rispetto alla formulazione dell'art. 12 ha fatto un decisivo passo avanti: da un lato, riconoscendo il diritto di costituire una famiglia indipendentemente dal matrimonio; dall'altro, espungendo

ogni riferimento alla diversità di sesso degli sposi/conviventi, così accordando pari dignità alle più disparate forme di convivenza, anche tra persone dello stesso sesso.

Quanto al consueto schermo dell'ordine pubblico internazionale, pure invocato dalla Corte, quale limite all'efficacia di leggi straniere richiamate dalle norme di diritto internazionale privato (art. 16, legge 218/1995) e al riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri (artt. 64, 65, 66, legge 218/1995), si è soliti farvi rientrare i diritti fondamentali degli individui e i principi di civiltà giuridica a salvaguardia di essenziali valori umani e sociali così come riconosciuti dalla carta costituzionale e comunemente accolti in nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra (52). Cioché, mancando a livello europeo ed extraeuropeo - così come, e ancor prima, nella nostra costituzione - una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni tra persone dello stesso sesso, a ben poco gioveranno le caratteristiche di indeterminazione e relatività che fanno dell'ordine pubblico un concetto sensibile al divenire storico, sociale e politico (53); invero, sino a che il riconoscimento delle nuove realtà di tipo familiare non faccia ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie del nostro ordinamento e sino a che le aperture (54) pur registratesi nel contesto sovranazionale (*in primis* nella sottoscrizione di carte comuni) non giungano a consacrare espressamente ed autoritativamente la parità di diritti tra membri della famiglia legittima e conviventi *more uxorio* (omo ed eterosessuali), non potranno questi diritti riconoscersi attraverso una "forzosa esportazione delle scelte operate da altre comunità nazionali" (55).

Allo stato, peraltro, ulteriore motivo di insoddisfazione, oltre al ritardo del legislatore italiano nel ratificare l'evoluzione che i diritti delle coppie omosessuali hanno subito nel contesto dell'Unione europea e dei Paesi extraeuropei, è rappresentato dalle già accennate

Note:

(50) Direttiva 2004/38 CE, considerando n. 5.

(51) Corte cost., ord. 11 luglio 2000, n. 313.

(52) Cass., 8 gennaio 1981, n. 189, in *Riv. dir. int.*, 1981, 787. In dottrina v. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., 423; Ferrando, *op. cit.*, 268.

(53) In tal senso Lotti, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, 47.

(54) A riguardo, come già visto, non rileva unicamente l'art. 9 della Carta di Nizza, bensì anche l'art. 21 della stessa, sul divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale; nonché le molteplici risoluzioni del Parlamento europeo sulla parità di diritti delle coppie omosessuali rispetto alle famiglie tradizionali. E una particolare attenzione merita anche il Regolamento CE n. 2201/2003 (c.d. "Bruxelles II-bis"), relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in base al quale viene fortemente ristretta l'operatività della clausola dell'ordine pubblico, stante la vigenza tra i Paesi UE, in ambito familiare, di un ordine pubblico attenuato, operante nei soli casi in cui il provvedimento straniero sia caratterizzato da una "manifesta" contrarietà all'ordine pubblico (art. 22).

(55) App. Roma, 13 luglio 2006 (decr.), cit., 166.

discriminazioni a rovescio che si producono inevitabilmente quando la fattispecie ricada, come nel caso di specie, non già nell'ambito di applicazione delle norme di attuazione della direttiva comunitaria 2004/38 CE, bensì in quello più restrittivo della normativa interna. Come già osservato, infatti, là dove un cittadino italiano intenda ricongiungersi in Italia con il *partner* straniero, la fattispecie non avrà alcuna rilevanza per il diritto comunitario, difettandone il presupposto di applicazione, ossia l'esercizio della libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza.

Con il che, la sua posizione sarà tutelabile unicamente in base alla normativa interna, che non riconosce alcun diritto al ricongiungimento col *partner* di fatto. Viceversa, se il cittadino italiano avesse, per ipotesi, voluto ricongiungersi al *partner* neozelandese in uno Stato europeo diverso da quello di residenza, la direttiva sarebbe stata utilmente invocabile (56) e grazie ad essa si sarebbe potuto ammettere il ricongiungimento tra *partners* omosessuali. Invero, quand'anche non fosse stato applicabile il suo art. 2, punto 2, lett. b), che considera "familiare" ammesso al ricongiungimento il *partner* (di qualunque cittadinanza) che abbia contratto con il cittadino comunitario un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro - mentre nel caso *de quo* l'unione è stata registrata in uno Stato extraeuropeo -, sarebbe in ogni caso risultato applicabile il successivo art. 3.2, a tenore del quale lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale (il che lascia intendere che debba comunque trattarsi di uno Stato membro che, già di suo, sia orientato in un'ottica di tutela delle coppie omosessuali), agevola l'ingresso e il soggiorno di ogni altro familiare, di qualunque cittadinanza, non definito dall'art. 2, punto 2, compreso il *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente comprovata: il che pare ricomprendere ogni relazione stabile comunque attestata, indipendentemente dal suggello della registrazione in base alla legislazione di uno Stato membro.

Concludendo, se il cittadino italiano e il *partner* neozelandese avessero esercitato il diritto al ricongiungimento familiare in uno Stato membro diverso dall'Italia e lo Stato ospitante, per ipotesi, avesse vantato una legislazione "permissiva" in materia di unioni di fatto, la loro richiesta sarebbe risultata accoglibile in base alla direttiva 2004/38 CE quand'anche la relazione fosse stata registrata in uno Stato extracomunitario come la Nuova Zelanda. Ecco allora che se le norme comunitarie sulla libera circolazione non sono applicabili a situazioni che si collochino interamente all'interno di un Paese membro per la mancanza di un qualsiasi collegamento delle persone o delle attività coinvolte con uno Stato diverso da quello di origine, si determinano delle situazioni di discriminazione a danno di quei cittadini comunitari che non si siano avvalsi della libertà di soggiorno in un diverso Paese comunitario. Ipotesi,

queste, tradizionalmente definite di "discriminazioni alla rovescia", le quali, entro il più vasto ambito della libera circolazione delle persone e dei capitali, attengono a numerose materie (materia fiscale, societaria, riconoscimento dei diplomi) e sono suscettibili di trovar rimedio solo attraverso l'eventuale applicazione delle norme nazionali poste a tutela del principio di eguaglianza (57). In questi termini, infatti, la Corte di giustizia ha confermato l'irrilevanza per il diritto comunitario delle situazioni puramente interne, aggiungendo che tali situazioni ben potrebbero essere apprezzate in base a norme e principi nazionali (58). E la Corte costituzionale italiana, per parte sua, non ha mancato di rilevare, in più di un'occasione, che se la disparità di trattamento tra situazioni a rilevanza comunitaria e situazioni meramente interne non è rilevante per il diritto comunitario, lo è di certo per il diritto costituzionale italiano ai sensi dell'art. 3 Cost.; con il che - ha concluso la Corte - non resta che assoggettare le une e le altre fattispecie al trattamento normativo che il diritto comunitario pretende per le sole ipotesi rientranti nel suo campo di applicazione (59).

Se, dunque, da tali pronunce si volesse astrarre il principio generale per cui l'eventuale discriminazione a rovescio posta dal diritto comunitario può essere corretta dagli Stati membri in applicazione della loro normativa interna, ed in particolare alla stregua delle norme che sanciscono, a livello costituzionale, il diritto all'eguaglianza, è evidente che gli interessi sottesi al caso di specie sarebbero risultati positivamente tutelabili attraverso l'applicazione della direttiva 2004/38 CE.

Note:

(56) Art. 3.1: "La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari (...)".

(57) Tesoro, *Diritto comunitario*, ed. IV, Padova, 2005, 483.

(58) V. Corte giust. CEE, 16 giugno 1994, *Steen*, II, causa C-132/93, in *Raccolta*, p. I-2715.

(59) Così Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 443, in *Foro it.*, 1998, I, 697; cfr. anche Corte cost., 16 giugno 1995, n. 249, in *Foro it.*, 1995, I, 2363.