

Il cittadino uruguayano che ha contratto matrimonio omosessuale in Spagna con un cittadino italiano può chiedere la carta di soggiorno in Italia

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

Prima sezione civile

il giudice,

letti gli atti del proc. n. 1401/2011 deliberando a scioglimento della riserva che precede osserva quanto segue.

Il ricorrente ***** cittadino uruguayano, ha presentato ricorso avverso il provvedimento emesso in data 2/2/2011 dalla questura di Reggio Emilia il diniego di carta di soggiorno esponendo d'essere coniuge del cittadino italiano *****;

rileva particolare da avere contratto matrimonio con quest'ultimo in Palma di Mallorca, Spagna, in data 12/3/2010, osservando come la normativa spagnola consenta la celebrazione del matrimonio anche tra persone dello stesso sesso;

nessuno si costituiva per il Ministero dell'Interno, né dalla Questura di Reggio Emilia.

1. Normativa applicabile

il ricorrente assume essere coniugato con il cittadino italiano, allegando e documentandone avere contratto matrimonio il 12 marzo 2010 in Spagna ed osservando con entrambi i coniugi abbiano successivamente deciso di trasferire la loro comune residenza in Italia; il medesimo assume l'illegittimità del provvedimento emesso dall'Autorità amministrativa, posto che nella specie trova applicazione il D.Lgs. n. 30 del 2007, il quale all'art. 7, 1° comma lett. d) in collegamento con l'art. 2 lett. b) n.1, riconosce il diritto soggiornare in Italia per un periodo anche superiore a tre mesi a qualsiasi cittadino dell'unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui alla cittadinanza, nonché al coniuge che lo accompagni o lo raggiunga senza alcun riferimento al genere di appartenenza dei due coniugi ed osservando altresì come tale normativa sia estesa anche familiari del cittadino italiano a norma degli artt. 23,25 del medesimo D.lgs. n. 30 del 2007.

Il ricongiungimento di un soggetto che si assume familiare di un cittadino italiano trova la sua regolamentazione della disciplina di cui al D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 emanata in applicazione della Direttiva 2004/38/CE;

l'art. 23 del D.Lgs. n. 30 del 2007 prevede che "le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari cittadini italiani non avete la cittadinanza italiana"; come ritenuto dalla S.C., "il diritto all'ingresso la soggiorno e ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario un cittadino italiano è regolato esclusivamente dalla disciplina normativa di derivazione comunitaria, introdotta dal D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, che ha recepito la Direttiva 2004/38/CE" (Corte di Cassazione, ordinanza n. 25661 del 17/12/2010; cfr. anche Corte di Cassazione Sez. I, Sentenza n. 17346 del 23/7/2010).

2. Funzione della normativa europea

come detto, la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 30 del 2007 diretta applicazione della Direttiva

2004/38/CE avente come finalità precipua la tutela della libera circolazione in ambito UE, in particolare il "diritto dei cittadini dell'unione dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri"; anche l'art. 1 (Finalità) del D.Lgs. n. 30 del 2007 afferma tale ratio: "il presente decreto legislativo disciplina: a) le modalità di esercizio del diritto di libera circolazione, invece soggiorno nel territorio dello Stato da parte dei cittadini dell'Unione europea e dei familiari di cui all'articolo 2 che accompagnano ora giungono i medesimi cittadini; b) il diritto di soggiorno permanente nel territorio dello Stato dei cittadini dell'Unione europea e dei familiari di cui all'articolo 2 che accompagnano ora giungono i medesimi cittadini; c) le limitazioni ai diritti di cui alla lettera a) e b) per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza)";

il secondo Considerando della Direttiva 2004/38/CE evidenzia che "la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali del mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata dalle libertà secondo le disposizioni del trattato"; le linee Guida emanate dalla Commissione Europea, COM (2009) 313 per una migliore trasposizione della Direttiva 2004/38/CE rilevano che "la libera circolazione dei cittadini rappresenta una delle libertà fondamentali del mercato interno ed è il fulcro del progetto europeo";

tale esigenza prescinde del tutto dalla regolamentazione interna dei rapporti familiari, la quale è domandata, invece, al simbolo Legislatore nazionale;

il discrimine la ratio della direttiva 2004/38/CE e normazione nazionale in materia di famiglia appare netto, essendo chiara la distinzione tra i diversi ambiti di tutela: la libertà di circolazione (domina dalla normativa sovranazionale) e del diritto di famiglia (informato ai principi stabiliti dal legislatore nazionale); in un caso assumono rilievo specifiche ragioni ed interessi anche di natura economica che informano l'Unione (integrazione economica, scambi commerciali, concorrenza ecc...) e la materia è di specifica competenza dell'Unione Europea; nell'altro caso, oggetto di tutela appare, invece, la protezione della famiglia e dei suoi componenti, materia non di competenza dell'Unione Europea, ove emergono distinte esigenze che devono essere risolte nell'ordinamento nazionale;

nell'un caso sussiste la necessità di interpretare le nozioni di famiglia secondo il diritto dell'Unione e dunque a norma dell'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali; nell'altro caso non assume rilievo alcuno l'interesse della normativa europea a facilitare la circolazione delle persone in ambito UE è la nozione di "famiglia" è delineata dal Legislatore nazionale;

nel caso di specie, dunque, oggetto di accertamento non è lo status della ricorrente, che rimane estraneo nell'ordinamento italiano, ma il suo diritto ad ottenere un titolo di soggiorno a norma della disciplina di derivazione comunitaria.

3. Il termine "coniugi" ai sensi della Direttiva 2004/38/CE e del D.Lgs. n. 30 del 2007.

Verificata l'applicabilità della normativa posta a tutela della libertà di circolazione, e chiarita la funzione della disciplina europea, si evidenzia la necessità di verificare il significato del termine "coniuge" ai sensi della medesima; si tratta, in vero, di comprendere se con tale termine il Legislatore europeo, e quindi quello nazionale che ha dato applicazione alla Direttiva, abbia fatto implicito rimanendo alla normativa interna del Paese ospitante; si abbia presupposto una nozione di coniuge che comprenda soltanto i membri di coppie sposate di diverso genere (e che ruolo gioca il rimanendo alla normativa nazionale contenute nell'art. 9 della Carta di Nizza); se abbia inteso riferirsi alla nozione di "coniuge" secondo le normative nazionale del Paese di origine (legge nazionale dei coniugi) o, ancora, del Paese di provenienza.

3.1

Si deve osservare, preliminarmente, come alla prima opzione ermeneutica appaia ostativa la scelta del Legislatore di distinguere, nell'ambito dell'art. 2 lettera b) del D-Lgs. n. 30 del 2007, ipotesi prevista al n. 1 dall'ipotesi di cui al n. 2; mentre al n. 1 la disposizione recita "coniuge" senza alcuna ulteriore specificazione, al n. 2 della stessa lettera del medesimo articolo, la disposizione indica "partner che abbia contratto con cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro", specificando che il diritto riconosciuto soltanto "qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari dell'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante"; la distinzione operata dal legislatore italiano riproduce pedissequamente identica diversificazione contenuta nell'art. 2, n. 2, lett. a) e b) della Direttiva;

la diversificazione delle due ipotesi: sul piano ermeneutico di estendere alla prima ipotesi, "coniuge", la specifica delimitazione che il legislatore europeo (e per quello nazionale) ha inteso indicare soltanto con riferimento alla seconda ipotesi, "partner" (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*); interpretare il n. 1 dell'articolo del D.Lgs n. 30 del 2007, citato, nel senso che il "coniuge" di un cittadino dell'Unione europea si è titolare del diritto riconosciuto dalla Direttiva soltanto "qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione al matrimonio" configura opzione ermeneutica non consentita dall'interprete in quanto *contra legem*; il termine "coniuge" non può essere interpretato, dunque, secondo la normativa dei paesi aspiranti (nella specie, secondo la normativa italiana).

3.2

Anche gli sforzi interpretativi diretti a desumere dalla normativa sovranazionale europea una limitazione del termine "coniuge" alle sole coppie sposate che siano di diverso genere non appaiono persuasivi;

come noto, l'art.9 della Carta europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore dal 1° dicembre del 2009 in quanto recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del trattato che istituisce la Comunità europea, ha individuato in grado di persona "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia", senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere; la dottrina ha osservato come la Carta abbia con ciò compiuto una scelta che è stata definita per certi versi storica, poiché proprio il fine di non escludere i matrimoni contratti tra persone dello stesso genere ha optato per un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo delle libertà fondamentali (per cui "uomini e donne in età adatta hanno diritto di risposarsi"); come rilevato dalla S.C., l'art. 9 "non richiede più come requisito necessario rinnovare la garanzia della norma stessa previste la diversità di sesso dei soggetti del rapporto" (Corte di Cassazione sezione 1, sent. n. 6441 del 17/3/2009 cit.); ne consegue che il termine "matrimonio" è il termine "coniuge" ai sensi della Carta europea - e della normativa transnazionale a questa soggetta - deve essere inteso, salvo specifiche indicazioni di segno contrario, in senso includente;

non è indifferente sotto il profilo ermeneutico della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia richiamato di recente proprio l'art. 9 della Carta dell'Unione Europea per modificare la propria interpretazione dello stesso art. 12 della C. E. D. U., annunciando che "la Corte non considererà più il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto" (sentenza Schalk and Kopf v. Austria, il 24 giugno 2010), dunque, anche a norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo l'interpretazione datane dalla fonte più autorevole, i termini "matrimonio" e "coniuge" devono essere intesi in senso inclusivo delle coppie, sposate in un paese aderente alla Convenzione, formate da persone dello stesso genere;

tali recenti novità (la Carta europea dei diritti fondamentali e in vigore dal 1 dicembre 2009; la svolta ermeneutica dei giudici di Strasburgo è del giugno 2010) intervenuto al livello più alto dell'ordinamento, inducono a ritenere superate le diverse interpretazioni, in senso restrittivo, che pure si erano fermati in precedenza e che emergono tanto dai lavori preparatori della direttiva del 2004 è da alcuni indirizzi dottrinari; non si può trascurare, difatti, la circostanza che all'epoca dell'emanazione della Direttiva la questione apparisse di scarso rilievo - posto che il matrimonio tra persone dello stesso genere era previsto in soli due Paesi (Belgio e Olanda), mentre oggi l'istituto è ammesso in cinque Paesi dell'unione (Spagna, Portogallo, Svezia, oltre Belgio e Olanda) cui si aggiungono altri due Paesi aderenti alla convenzione (Norvegia e Islanda) - e, soprattutto, il Legislatore e la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora compiuto le fondamentali scelte sopra menzionate (e rilevati anche dalla S.C. con la citata sentenza n. 6441 del 17 marzo 2009); come si rileva dai lavori preparatori della Direttiva, proprio tali indici, oggi superati, faceva riferimento il Consiglio nel 2004 respingendo gli emendamenti proposti dal Parlamento (cfr. la Posizione Comune n. 6/2004 definita dal Consiglio il cinque 5/12/2003: "per quanto concerne matrimonio, il Consiglio era restio a optare per una definizione del termine "coniuge" facente specificatamente riferimento a coniugi dello stesso sesso. Finora solo due Stati membri hanno disposizioni legali e matrimonio tra persone dello stesso sesso. Inoltre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge chiaramente che, secondo la definizione generalmente accettata dagli Stati membri, il termine "matrimonio" indica l'unione di due persone di sesso diverso");

ulteriori elementi possono desumersi oggi anche dalle menzionate Linee guida emanate dalla Commissione Europea, COM (2009)313 per una migliore trasposizione della direttiva 2004/38/CE, posto nel paragrafo 2.1. (Familiari altri beneficiari), 2.1.1. (Coniugi e partners) sottolinea che "ai fini dell'applicazione della direttiva devono essere riconosciuti, in linea di principio, tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo"; dall'esame delle Linee guida non si rileva un'eccezione con riguardo al genere dei coniugi, mentre vengono espressamente menzionate le eccezioni dei "matrimoni forzati in cui uno o entrambi i coniugi sono stati fatti sposare senza il loro consenso o contro la loro volontà", i quali "non sono tutelati dal diritto internazionale umanitario" ed i "matrimoni poligami", per i quali è prevista espressamente che "gli Stati membri non sono tenuto a riconoscere" (seppure "ciò non pregiudica l'obbligo di tener conto del superiore interesse dei figli nati da tali matrimoni");

dunque le eccezioni riguardano ipotesi diverse da quelle che rileva nel caso di specie;

è inoltre di particolare rilievo che, proprio in chiusura della parte relativa ai "coniugi" ed al "matrimonio", la Commissione abbia ritenuto di dovere sottolineare che "la direttiva deve essere applicata in conformità del principio di non discriminazione, sancito in particolare dall'articolo 2 della Carta dell'Unione europea" (che, come noto, dispone che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale"); nelle linee guida, la Commissione "ricorda che la direttiva deve essere interpretata e applicata in conformità dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del principio di non discriminazione, così come garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e da altri strumenti internazionali e ribaditi nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea";

ciò posto, si deve osservare come un'interpretazione in senso restrittivo non possa desumersi neppure dalla constatazione che l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali (così come l'art 12 della Convenzione, secondo la recente interpretazione della Corte di Strasburgo) riconosca il diritto al matrimonio "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio";

con tale espressione si deve intendere, difatti, il Legislatore europeo abbia inteso evitare di imporre formule predeterminate ai legislatori nazionali, scongiurando qualsiasi incursione nella sfera di esclusiva competenza dei medesimi; si deve intendere, difatti, che ogni Paese aderente all'unione mantenga la propria autonomia quando si tratti di regolamentare la materia della famiglia in ambito interno, senza alcuna ripercussione sulle materie di specifica competenza dell'Unione;

cosa ben diversa quando sia in questione la libertà di circolazione dei cittadini europei nell'ambito dell'Unione; in questo caso, come detto, entra in gioco specifici interessi dell'Unione in materia della stessa riservata, nel cui ambito deve trovare applicazione del diritto sovranazionale o, comunque, di derivazione europea;

la finalità di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone e conseguita dal Legislatore europeo consentendo ai cittadini europei di circolare all'interno dell'Unione insieme ai loro familiari secondo la legislazione nazionale ove si è formata l'unità familiare, il rimanendo

dell'art. 9 alle discipline nazionali assume, allora, un significato ben chiaro e distinto in quanto implica la necessità per gli Stati membri di rispettare il diritto del cittadino dell'Unione di spostarsi nel territorio dell'Unione conservando i propri rapporti familiari; il diritto alla libera circolazione è assicurato, dunque, proprio nel rispetto delle leggi nazionali delle famiglie circolanti in ambito U.E.;

il sistema normativo appare dunque del tutto coerente nella parte in cui riserva per un verso o l'autonomia dei singoli Stati nazionali la definizione della nozione di matrimonio valida per il diritto interno e tutela dall'alto verso la circolazione delle famiglie secondo la propria legislazione nazionale; in tal modo è assicurata al contempo incondizionata espansione del diritto alla libera circolazione - essenziale della tutela degli interessi dell'Unione di piena garanzia per l'autonomia nazionale in materia di diritto di famiglia;

tale interpretazione ha trovato recente conferma in una pronuncia della S.C. che interpretando il disposto de quo, contenuto nel n. 1 della lettera 2 del D.Lgs n. 30 del 2007, ha affermato che in relazione ad un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto di Spagna la sentenza impugnata "ha disconosciuto il diritto di libera circolazione e soggiorno dell'U. nel territorio dello Stato italiano in sostanza qualificando lo stesso come partner di una situazione non riconoscibile in Italia,

mancando però di verificare se, sulla base della legislazione interna dello Stato membro, l'unione in parola sia qualificabile - ho equiparabile - a rapporto di coniugio, quale è stato prospettato, con relativa documentazione, dall'imputato. In tal senso è parimenti evidente che lo status di coniuge e simili dalla documentazione sulla cittadinanza, trattandosi di due condizioni equiparate ex lege" (Corte di cassazione pen n. 1328 del 19/1/2011; la S.C. , ha rinviato al giudice di merito perché verifichi se la disciplina spagnola equipari il matrimonio tra persone dello stesso sesso al matrimonio tra persone di diverso sesso, circostanza che tuttavia, può darsi per acquisita - a prescindere dal principio iura novit curia, nonno conferente nella specie - essendo notorio, anche per il clamore anche fuori dall'ambito scientifico, che a norma della legge n. 13/2005 in vigore dal 3 luglio 2005 è stato modificato l'articolo 44 del codice civile spagnolo, specificando che il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso o di diverso sesso).

3.3.

Occorre rilevare, infine, come il D.Lvo n. 30 del 2007, al fine di favorire la libera circolazione, riconosca il diritto a soggiornare tutelando la conservazione dell'unione familiare così come si è formata nel Paese di provenienza (nella specie, la Spagna); non emerge dalla normativa alcuna disposizione che consenta di limitare tale diritto tenendo conto della legge nazionale dei coniugi (nel caso di specie, né l'Uruguay né l'Italia riconoscono l'accesso delle coppie dello stesso sesso al matrimonio); i criteri di collegamento previsti dalla L.n. 218 del 1995 non appaiono invero conferenti, vertendosi, come si è più volte sottolineato, in una ipotesi circoscritta alla tutela della libertà di circolazione; l'art. 9, V comma, lett. b) del D.Lvo 30/2007, così come modificato dalla L. 129/2011, espressamente consente, ai fini dell'iscrizione anagrafica, la presentazione di "un documento rilasciato dall'autorità competente del Paese di origine o provenienza che attesti la qualità di familiare"; le disposizioni di normazione secondaria non sono imperative in questa sede (circolare Min. Interno 400/A/2010/12.307); si deve ritenere che una volta che sia comprovato nella specie in via documentale, che si sia formata un'unione matrimoniale in un Paese dell'Unione, la libera circolazione del cittadino o del suo familiare debba essere garantita a prescindere dalla legge nazionale dei coniugi.

Non è dubbio che il D.Lgs n. 30 del 2007 presenti specifiche notevoli difficoltà interpretative a causa di un'imprecisa tecnica normativa (già ampiamente sottolineata in dottrina), eppure in tutta evidenza non è consentito di interpretare le definizioni fondamentali contenute nel D.Lgs n. 30 del 2007 in modo difforme dalle corrispondenti definizioni contenute nella Direttiva; non sarebbe consentito, difatti, al legislatore nazionale e limitare i diritti assicurati dalla normativa sovranazionale e, in ogni caso non v'è dubbio alcuno indizio di una volontà del legislatore di discostarsi dalle nozioni definite in ambito europeo e di limitare i diritti assicurati dalla Direttiva (se mai, il D.Lgs n. 30 del 2007 è stato criticato per essere nera "fotocopia" nella direttiva);

appare, infine, utile soggiungere come appaia così raggiunto un punto di equilibrio non invasivo di alcuna prerogativa statale, con riguardo ai riflessi sull'ordinamento interno, è forse pure opportuno osservare come, lungi dall'attuare un riconoscimento dello Stato su matrimoniale, la soluzione adottata appaia dunque conforme alle esigenze di dare attuazione al "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia" riconosciuto all'unione effettiva tra due persone dello stesso sesso dall'art. 2 Cost. (cfr. Corte Costituzionale . 138/2010), che sarebbe certamente impedito in radice in ipotesi di negazione del diritto a proseguire la relazione affettiva dopo il trasferimento in Italia (con conseguente necessità di verificare, come pure affermato dalla Corte Costituzionale "la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza"); in carenza di una "disciplina di carattere generale, finalizzata regolare diritti e doveri dei componenti della coppia", il riconoscimento del diritto di soggiornare per dello Stato appare così certamente in linea con gli indirizzi

giurisprudenziali che da tempo hanno riconosciuto a tale unione rilevanza giuridica il specifici ambienti (risarcimento dei danni da morte; sublocazione dell'immobile; qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali; diritto del convento omosessuale d'astenersi dal testimoniare; diritto di iscrizione al convento omosessuale alla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo).

Per quanto detto, il ricorso appare meritevole d'accoglimento con conseguente annullamento del provvedimento di diniego.

La verità o la particolare difficoltà nelle questioni giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Visti gli artt. all'art. 2 lett.b) n. 1, 23 D.Lvo . 30 del 2000 e 737 c.p.c.

Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento della Questura di Reggio Emilia emesso i data 2.2.2011;

compensa le spese del giudizio.

Si comunichi.

Reggio Emilia, 13.2.2012

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

13 FEBBRAIO 2012