

## Ricongiungimento familiare per il convivente dello stesso sesso? La Cassazione dice di no

**Autore:** Allegria Angela

**In:** Diritto civile e commerciale

Con la sentenza 6441/2009 la I Sezione civile della Corte di Cassazione si è pronunciata su un argomento in apparenza semplice, il ricongiungimento familiare chiesto da un cittadino neozelandese, in realtà la questione risulta complessa in quanto basata su un presupposto particolare: la famiglia di fatto fra persone dello stesso sesso. Infatti, l'attore chiede il ricongiungimento sul fatto che nel proprio Stato d'origine la condizione di partner de facto è riconosciuta dalle autorità.

Se il requisito per la concessione del permesso di soggiorno motivato dal ricongiungimento si basa proprio sulla nozione di "familiare" c'è da chiedersi cosa si intenda con tale termine, se il convivente more uxorio possa essere definito "familiare", e se si da risposta positiva a questo quesito se il convivente dello stesso sesso rientri nella suddetta nozione.

In specie il richiedente aveva proposto istanza al questione che l'aveva respinta. Il provvedimento del questore era stato dichiarato illegittimo dal Tribunale di Firenze, ma confermato dalla Corte d'Appello, la quale, da un lato, ha inquadrato l'oggetto del giudizio, non la decisione sullo status o un diritto della personalità del richiedente (per il cui accertamento si sarebbe dovuto fare riferimento alla sua legge nazionale in base all'art. 24 legge n. 218/1995), bensì la verifica del requisito soggettivo richiesto dal primo comma dell'art. 30 lettera c) del d. lgs. n. 286/1998 in quanto il compagno è un cittadino italiano, e, dall'altro lato, in via del tutto autonoma, ha affermato che, quand'anche si sarebbe dovuta applicare la legge dello Stato del richiedente, tale applicazione sarebbe stata in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

La Suprema Corte, chiamata a giudicare l'operato dei giudici di merito, ha confermato l'operato della corte territoriale chiedendosi a chi si riferisce il legislatore quando, nell'art. 30 d. lgs. n. 286/1998, parla di "familiare".

Tale nozione è delineata dallo stesso legislatore nell'art. 29 del citato d. lgs. 286/1998, come modificato dai d. lgs. n. 5/2007 e n. 160/2008. Nel primo comma, infatti, per "familiare" si intende:

a.

il coniuge non legalmente separato;

b.

i figli minori a carico, anche se del coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati ovvero legalmente separati, a condizione che l'altro genitore, se esistente, abbia dato il suo consenso;

c.

i figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale;

d.

i genitori a carico, 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.

Ci si può chiedere se l'esclusione dal novero dei "familiari" aventi diritto al permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 30 dei soggetti, dello stesso o di diverso sesso, conviventi e legati da una stabile relazione affettiva, oggetto di registrazione o di semplice attestazione, si ponga in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 Cost.

Chiamata in più occasioni a decidere sulla questione, la Corte Costituzionale ha escluso il contrasto affermando in materia di ricongiungimento familiare che "l'inviolabilità del diritto alla unità familiare deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione, e quindi in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge ed i figli minori" (ord. n. 464/2005, ma anche ord. n. 368/2006 e sent. n. 224/2005), mentre con riferimento al divieto di espulsione ha costantemente negato, sin dalla sentenza n. 45/1990 e poi con le sent. n. 237/1986 e n. 127/1997, la possibilità di estendere, attraverso un mero giudizio di equivalenza, la disciplina prevista per la famiglia legittima alla convivenza di fatto, stabilendo 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”.

Secondo la I sezione civile “ne deriva che l’interpretazione estensiva della nozione di familiare delineata nella legislazione sull’immigrazione invocata dai ricorrenti non può ritenersi imposta a alcuna norma costituzionale”.

Il combinato disposto fra gli artt. 29 e 30 d. lgs. 286/1998 potrebbe essere letto alla luce dell’art. 12 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dell’art. 9 della Carta di Nizza, nel quale, da un lato, si afferma l’apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall’altro, non richiede più come requisito necessario della diversità di sesso dei soggetti. Ma l’art. 12 CEDU rinvia alle leggi nazionali con ciò escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, sia l’obbligo degli stati membri di adeguarsi al pluralismo delle relazioni familiari, non necessariamente eterosessuali.

Nel caso dell’Italia il ricongiungimento può essere chiesto solo dai soggetti di cui all’art. 29 cit., quindi non dal convivente sia esso omosessuale od eterosessuale.

Il richiedente deduce inoltre la presunta violazione dell’art. 2 della legge n. 62/2005 e dell’art. 12 del trattato istitutivo dell’Unione europea da parte dell’art. 3 del d. lgs. 30/2007, attuativo della direttiva europea n. 2004/38/Ce, il quale produrrebbe una disparità di trattamento nei confronti del cittadino italiano rispetto al cittadino di uno Stato dell’Unione Europea, c.d. discriminazione a rovescio.

Il motivo non è fondato innanzitutto perché la diversità di trattamento non deriva dall’applicazione del diritto comunitario che disciplina fattispecie del tutto diverse da quella di cui si tratta, avente ad oggetto la pretesa di un cittadino extracomunitario al ricongiungimento con cittadino italiano dimorante e residente in Italia, mentre, come ha precisato la Corte Costituzionale con la sent. n. 443/1997, la discriminazione a rovescio, rilevante esclusivamente sul piano interno, consiste in situazioni di disparità in danno dei cittadini di uno Stato membro che si verificano come effetto indiretto dell’applicazione del diritto comunitario.

Inoltre la diversità di trattamento non è legata alla nazionalità, ma alla circostanza che sia stato o meno esercitato il diritto di circolazione e di soggiorno in uno Stato dell’Unione Europea diverso da quello di appartenenza.

A giudizio della Suprema Corte non appare neppure rilevante la questione di legittimità sollevata con riferimento alla presunta violazione dell’art. 3 Cost., in quanto il cittadino italiano potrebbe ottenere il riconoscimento del diritto al ricongiungimento con un compagno di una unione registrata o attestata nel Paese che riconosca alla prima gli stessi effetti del matrimonio o non richieda che l’attestazione debba provenire necessariamente da parte dello Stato di appartenenza, come previsto dall’art. 3 co. 2, lett. b) della direttiva n. 38/2004, mentre la restrizione del suo diritto discende soltanto dal fatto oggettivo del

mancato esercizio del diritto di circolazione o soggiorno in altro Stato dell'Unione, che il diritto comunitario considera come requisito per l'applicazione della disciplina più favorevole.

Più in generale, afferma la I sezione, "non bisogna dimenticare che anche tale direttiva, al di fuori di alcune ristrette ipotesi di automatico riconoscimento del diritto all'ingresso e al soggiorno, appare ispirata al rispetto delle legislazioni interne dei singoli Stati membri per quanto riguarda l'inclusione o l'esclusione della rilevanza di unioni diverse dal matrimonio eterosessuale".

Angela Allegria

<https://www.diritto.it/ricongiungimento-familiare-per-il-convivente-dello-stesso-sesso-la-cassazione-dice-di-no/>