



Freedom, Security & Justice:  
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line  
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2020, n. 2

EDITORIALE  
SCIENTIFICA



## DIRETTORE

**Angela Di Stasi**

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)  
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

## COMITATO SCIENTIFICO

**Sergio Maria Carbone**, Professore Emerito, Università di Genova  
**Roberta Clerici**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano  
**Nigel Lowe**, Professor Emeritus, University of Cardiff  
**Paolo Mengozzi**, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE  
**Massimo Panebianco**, Professore Emerito, Università di Salerno  
**Guido Raimondi**, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo e Presidente di sezione della Corte di Cassazione  
**Silvana Sciarra**, Giudice della Corte Costituzionale  
**Giuseppe Tesaurò**, Presidente Emerito della Corte Costituzionale  
**Antonio Tizzano**, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE  
**Ugo Villani**, Professore Emerito, Università di Bari

## COMITATO EDITORIALE

**Maria Caterina Baruffi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona  
**Giandonato Caggiano**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Pablo Antonio Fernández-Sánchez**, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla  
**Inge Govaere**, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges  
**Paola Mori**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro  
**Claudia Morviducci**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Lina Panella**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina  
**Nicoletta Parisi**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente del Consiglio ANAC  
**Lucia Serena Rossi**, Giudice della Corte di giustizia dell'UE  
**Ennio Triggiani**, Professore Emerito, Università di Bari



## COMITATO DEI REFEREES

**Bruno Barel**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova  
**Marco Benvenuti**, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"  
**Raffaele Cadin**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"  
**Ruggiero Cafari Panico**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano  
**Ida Caracciolo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"  
**Luisa Cassetti**, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia  
**Giovanni Cellamare**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Marcello Di Filippo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa  
**Rosario Espinosa Calabuig**, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València  
**Giancarlo Guarino**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Elsbeth Guild**, Associate Senior Research Fellow, CEPS  
**Ivan Ingravallo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Paola Ivaldi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova  
**Luigi Kalb**, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno  
**Luisa Marin**, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente  
**Simone Marinai**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Fabrizio Marongiu Buonaiuti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata  
**Rostane Medhi**, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille  
**Violeta Moreno-Lax**, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London  
**Leonardo Pasquali**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Piero Pennetta**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno  
**Emanuela Pistoia**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo  
**Concetta Maria Pontecorvo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Pietro Pustorino**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma  
**Alessandra A. Souza Silveira**, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho  
**Ángel Tinoco Pastrana**, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla  
**Chiara Enrica Tuo**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova  
**Talitha Vassalli di Dachenhausen**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Alessandra Zanobetti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

## COMITATO DI REDAZIONE

**Francesco Buonomenna**, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Caterina Fratea**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona  
**Anna Iermano**, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Angela Martone**, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Michele Messina**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina  
**Rossana Palladino** (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

*Revisione abstracts a cura di*

**Francesco Campofreda**, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"  
[www.fsjeurostudies.eu](http://www.fsjeurostudies.eu)

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli  
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



## Indice-Sommario

2020, n. 2

### Editoriale

La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la Covid-19 p. 1  
*Juan Manuel de Faramiñán Gilbert*

### Saggi e Articoli

L'efficacia *cross-border* degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i regolamenti p. 22  
Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter  
*Costanza Honorati, Sara Bernasconi*

Dignità umana e tutela dei detenuti nello “Spazio di giustizia” dell’Unione europea p. 51  
*Maria Cristina Carta*

Confisca urbanistica e prescrizione del reato tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza della p. 85  
Corte EDU  
*Federica Grasselli*

Il riconoscimento nell’ordinamento di destinazione degli *status* familiari costituiti all’estero per p. 116  
motivi di ricongiungimento  
*Giuseppina Pizzolante*

### FOCUS

#### Lo spazio euro-nazionale di libertà, sicurezza e giustizia alla prova del Covid-19

“Fase 1” di contrasto al Covid-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della p. 153  
CEDU  
*Marco Argentini*

Tutela della salute pubblica ed assistenza economica e finanziaria agli Stati membri p. 181  
dell’Unione europea in tempo di emergenza sanitaria  
*Francesco Battaglia*

Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza *Dorobantu* per il calcolo degli spazi. p. 213  
Una “bussola” per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?  
*Alessio Gaudieri*



Alla ricerca di un bilanciamento tra la protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia e gli interessi nazionali: il Covid-19 alla prova dei fatti p. 250  
*Luigimaria Riccardi*



## IL RICONOSCIMENTO NELL'ORDINAMENTO DI DESTINAZIONE DEGLI *STATUS* FAMILIARI COSTITUITI ALL'ESTERO PER MOTIVI DI RICONGIUNGIMENTO

Giuseppina Pizzolante\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. Crisi della famiglia tradizionale e creazione di uno *status* “dell’individuo”. – 2. Il ricongiungimento familiare dei cittadini degli Stati membri che esercitano il diritto alla libera circolazione. Necessità di attribuire il diritto di libera circolazione e soggiorno anche ai “familiari” dei cittadini europei. – 3. Il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini provenienti dai Paesi terzi. Sulla qualificazione dei beneficiari del diritto all’unità familiare. – 4. La fruibilità dei “diritti derivati” da parte di partner non coniugati e la questione del rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. – 5. I nuovi approcci della Corte di giustizia. La nozione di “familiare” ammesso al ricongiungimento quale situazione giuridica che condiziona, in qualità di presupposto, l’applicazione della normativa. – 6. La nozione di “coniuge” nell’ordinamento europeo e le situazioni createsi all’estero ai fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato. Rinvio delle valutazioni per quanto concerne unioni registrate e convivenze. – 7. La *kafala* islamica quale presupposto per l’esercizio della libertà di circolazione e soggiorno del minore. – 8. La condizione del cittadino dell’Unione europea e dei suoi familiari nell’ordinamento italiano. – 9. L’attuazione in Italia del ricongiungimento familiare degli stranieri. – 10. I modelli normativi delle unioni civili e delle convivenze di fatto alla luce della nuova legge italiana. Le conseguenze sul riconoscimento del diritto all’unità familiare e del diritto, per i cittadini dell’Unione, di circolare liberamente. – 11. Il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari al partner con cui il cittadino dell’Unione (o lo straniero regolarmente soggiornante) abbia una relazione stabile debitamente attestata, secondo la formula proposta dall’art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 30/2007. – 12. La tutela degli *status* tra libera circolazione e riconoscimento reciproco delle decisioni. – 13. La riqualificazione dello *status* conseguito all’estero ai fini della

---

**Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.**

\* Ricercatore confermato di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Indirizzo e-mail: [giuseppina.pizzolante@uniba.it](mailto:giuseppina.pizzolante@uniba.it).

libera circolazione. In particolare, la problematica dell'unione civile eterosessuale non ammessa dalla legge italiana.

## **1. Considerazioni preliminari. Crisi della famiglia tradizionale e creazione di uno status "dell'individuo"**

I cambiamenti sociali e giuridici della mobilità familiare negli Stati membri hanno indirizzato l'Unione europea a riconsiderare il suo approccio tradizionalmente prudente al diritto di famiglia<sup>1</sup>. In particolare, la libera circolazione delle persone, espressione essenziale della cittadinanza europea, esige che gli stati familiari legalmente costituiti in un ordinamento possano proseguire all'estero<sup>2</sup>. Questa necessità induce a ripensare, alla luce del diritto al rispetto della vita familiare e del principio di non discriminazione, al ruolo di una istituzione sovranazionale in cui i modelli familiari possano circolare ampiamente<sup>3</sup>.

Per lungo tempo le convivenze non hanno ricevuto alcun tipo di riconoscimento, ma progressivamente, soprattutto in Europa, sono state adottate disposizioni che ammettono, almeno in parte, determinati modelli di convivenza. Uno dei cambiamenti più significativi nei sistemi di diritto di famiglia europei è proprio lo sviluppo di nuove fattispecie capaci di fornire uno status giuridico alle coppie non sposate. Nell'ultimo decennio, questo cambiamento è stato anche accompagnato da una rapida evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie dello stesso sesso.

Oggi molti Paesi prevedono una serie di conseguenze giuridiche che si apprezzano quando due persone convivono informalmente da un certo periodo di tempo. Di solito non vi è alcun evento o accordo formale che disciplini la convivenza, rendendo questo modello differente sia dal matrimonio sia dalle unioni civili, specie perché non è regolamentata la risoluzione del rapporto. Talora la necessità di un riconoscimento sorge alla fine della relazione, spesso verificandosi che l'accertamento dello stato di convivenza sia richiesto da un solo partner.

In taluni ordinamenti, le coppie conviventi possono registrare le loro unioni. Le conseguenze giuridiche variano da unioni che sono quasi equivalenti al matrimonio, nel

---

<sup>1</sup> V., per tutti, L. PANELLA, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 215 ss.

<sup>2</sup> V., per tutti, R. CAFARI PANICO, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, 1992; R. BARATTA, *The Process of Characterization in the EC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, p. 55 ss.; S. MARINAI, *Recognition in Italy of Same-Sex Marriages Celebrated Abroad: The Importance of a Bottom-Up Approach*, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, p. 10 ss.; M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Convegno interinale SIDI, Salerno 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018, p. 161 ss.

<sup>3</sup> In argomento, per tutti, P. FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.;

modello nordico, a situazioni in cui vengono concessi diritti relativamente limitati come nel caso della legge francese “Pact Civil de Solidarité”<sup>4</sup>.

L'adozione di uno specifico schema normativo è avvenuta in Italia dopo la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Oliari e a. c. Italia*<sup>5</sup>, con la legge n. 76, del 21 maggio 2016<sup>6</sup>, che definisce un quadro in cui la principale differenza tra matrimonio (per coppie di sesso diverso) e unione civile (per coppie dello stesso sesso) riguarda i rapporti con i figli.

Così, il declino del modello di famiglia tradizionale, ha comportato che le politiche dell'UE abbiano iniziato a studiare un modello di *status* “individuale”<sup>7</sup>. La logica della convivenza, infatti, ci allontana dal contratto sociale come base delle società moderne, proponendoci un modello alternativo, improntato sull'autodeterminazione. Molti di coloro che scelgono la convivenza respingono il matrimonio perché, tra l'altro, emblema delle condizioni di vita basate su disparità di genere.

Con riguardo agli effetti verticali delle unioni, che attengono al rapporto di ciascuno dei partner con i figli, va segnalata, in tema di ricongiungimento, la *kafala* di diritto islamico. Se da un lato, il riconoscimento di tale istituto pare rafforzare il citato modello di *status* individuale, dall'altro, nelle recenti pronunce, emergono latenti le preoccupazioni volte a prevenire il fenomeno di coppie e *single* che, consapevoli della loro inidoneità all'adozione, utilizzino la *kafala* per realizzare ugualmente in modo parallelo e/o fraudolento il progetto adottivo.

In questo contesto, sono la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto dell'UE a fornire ai sistemi giuridici nazionali indicazioni minime ma precise su quali relazioni possano permettere di realizzare una “famiglia” e quindi di affermare il diritto

---

<sup>4</sup> E. CALÒ, *Sul progetto di disciplina degli accordi di convivenza*, in *Corriere Giuridico*, 2000, p. 1674 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 163 ss.; F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e concubinage: la recente disciplina del patto civile di solidarietà*, in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 418 ss.; A. AMBANELLI, *La disciplina del “pact civil de solidarité”*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, p. 70 ss.; M. IEVA, *Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Rivista del Notariato*, 2001, p. 37 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 970 ss.

<sup>5</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11, 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*. Ricordiamo, altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2016, ricorso n. 51362/09, *Taddeucci e McCall c. Italia*, in cui la Corte ha condannato l'Italia per il suo rifiuto di concedere un permesso di soggiorno, per motivi familiari, a una coppia *same-sex*. Tale rifiuto ha violato l'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. In particolare, la Corte ha riscontrato che, nel decidere di considerare le coppie omosessuali alla stregua delle coppie eterosessuali, l'Italia aveva leso il diritto dei ricorrenti a non essere soggetti a discriminazione basata sull'orientamento sessuale nel godimento dei loro diritti ai sensi dell'art. 8 CEDU. L'interpretazione restrittiva del concetto di familiare, applicata al sig. McCall, non aveva tenuto debitamente conto della situazione personale dei ricorrenti e in particolare della loro incapacità di ottenere una forma di riconoscimento legale delle loro relazioni in Italia. In effetti, la coppia *same-sex* in Italia non poteva sposarsi né ottenere qualsiasi altra forma di riconoscimento legale dello *status*.

<sup>6</sup> Legge n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, del 20 maggio 2016, in GURI n. 118 del 21 maggio 2016.

<sup>7</sup> Così P. FRERICKS, J. HÖPPNER, *The Turn Toward Self-Responsibility in Current Societies: Differences, Challenges, and Perspectives*, in *American Behavioral Scientist*, 2019, p. 3 ss.

individuale al rispetto della vita familiare<sup>8</sup>. Evidentemente, nell'individuare uno *status* familiare minimo a livello europeo, si deve guardare al progressivo allineamento tra i sistemi giuridici nazionali. La diffusione graduale dello stesso consenso, infatti, riduce il margine di apprezzamento tradizionalmente concesso agli Stati membri e induce a dipanare le questioni all'esame differenziando tra unioni rispetto alle quali si è creato ampio consenso e modelli in divenire<sup>9</sup>.

Come avremo modo di dimostrare, la tendenza emergente è quella di ancorare la nozione di famiglia a dati reali come la stabile convivenza e la solidarietà reciproca, garantendosi la continuità degli *status* familiari<sup>10</sup>. Il matrimonio di convenienza è espressione della parte più negativa dei profili formali, così come le convivenze di fatto sono emblematiche del lato positivo degli aspetti sostanziali.

In particolare, in ambito CEDU, secondo costante giurisprudenza, l'espressione "famiglia", alla luce dell'art. 8, ha un significato più ampio ed un'applicazione che va oltre la dimensione del vincolo legale<sup>11</sup>, statuendosi che "l'esistenza o la non esistenza della vita familiare [...] è essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla reale esistenza nella prassi di stretti legami personali"<sup>12</sup>. A questo proposito la Corte europea ha ripetutamente ritenuto che il matrimonio non sia un prerequisito per il godimento della vita familiare e la conclusione generale di questa giurisprudenza è che una coppia non sposata e convivente possa beneficiare del diritto alla vita familiare<sup>13</sup>. Gli elementi chiave di questa valutazione sono la stabilità e l'intenzione delle parti<sup>14</sup>. Al legislatore

<sup>8</sup> Sul sistema di garanzia istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v., per tutti, A. DI STASI (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, II ed., Milano, 2018.

<sup>9</sup> V. *infra*, par. 13.

<sup>10</sup> V., per tutti, R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, cit., p. 215 ss.

<sup>11</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 1988, ricorso n. 10730/84, *Berrehab c. Paesi Bassi*, par. 21; sentenza del 27 ottobre 1994, ricorso n. 18535/91, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*. In dottrina, H. STALFORD, *Concepts of Family under EU Law – Lessons from the ECHR*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 417; R. CLAYTON, H. TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, II ed., Oxford, 2009; M. NALDINI, J. LONG, *Geographies of Families in the European Union: a Legal and Social Policy Analysis*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2017, p. 94 ss.

<sup>12</sup> Ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° giugno 2004, ricorso n. 45582/99, *L. c. Paesi Bassi; Oliari e altri c. Italia*, cit.; sentenza del 23 febbraio 2016, ricorso n. 68453/13, *Pajić c. Croazia*.

<sup>13</sup> Tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, par. 31; sentenza del 26 maggio 1994, ricorso n. 16969/90, *Keegan c. Irlanda*, par. 44; sentenza del 27 ottobre 1994, ricorso n. 18535/91, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, par. 30; Grande Camera, sentenza del 22 aprile 1997, ricorso n. 21830/93, *X., Y. e Z. c. Regno Unito*, par. 36; sentenza dell'8 dicembre 2015, ricorso n. 60119/12, *ZH e RH c. Svizzera*, par. 42. La Corte interamericana dei diritti umani, nel caso *Atala Riffo*, ha statuito che "il concetto di vita familiare non si limita solo al matrimonio dovendo comprendere altri legami familiari di fatto in cui le parti vivono insieme al di fuori del matrimonio". Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 24 febbraio 2012, *Atala Riffo e figli c. Cile*, par. 142.

<sup>14</sup> Così H. TONER, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, 2004, p. 81. Nel decidere se affermare che una relazione rientri nella nozione di vita familiare, la Corte ha stabilito che possono rilevare una serie di fattori, quali la convivenza, la durata della relazione, l'impegno reciproco nella cura

italiano incombeva, dunque, l'adozione di una disciplina in materia di unioni o di altra forma equivalente, perché la legge, indipendentemente da come si voglia qualificare l'unione, deve garantirla, *ex art. 8 CEDU*, in quanto "famiglia"<sup>15</sup>.

Il riconoscimento giudiziario dei diritti dei conviventi<sup>16</sup> differisce naturalmente dal riconoscimento di tali diritti da parte del legislatore che, a sua volta, può procedere istituendo un nuovo *status* giuridico<sup>17</sup>. La qualifica di convivente permette di assicurare taluni diritti e doveri, nei confronti del partner e di soggetti terzi, pressoché riproducendo i diritti e i doveri delle coppie sposate<sup>18</sup>. In alternativa, il legislatore può riconoscere i diritti dei conviventi in modo frammentario, secondo normative che riguardano settori specifici, come la proprietà, i diritti di locazione, di reversibilità o di adozione. Talvolta, i due modelli appena definiti possono sovrapporsi come è accaduto con la legge italiana 76/2016.

La definizione di famiglia così ha iniziato a dipendere dalle tipologie di convivenza che si manifestano nella società e, in particolare, dalle relazioni di dipendenza e

---

dei figli. Ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *X., Y. e Z. c. Regno Unito*, cit., par. 36; sentenza del 13 dicembre 2007, ricorso n. 39051/03, *Emonet e altri c. Svizzera*, par. 36; *ZH e RH c. Svizzera*, cit., par. 42.

<sup>15</sup> La giurisprudenza descritta nel testo riguarda solo le coppie eterosessuali. A partire da Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 dicembre 1999, ricorso n. 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo*, successivamente confermato con sentenza del 26 febbraio 2002, ricorso n. 36515/97, *Fretté c. Francia* e sentenza del 24 luglio 2003, ricorso n. 40016/98, *Karner c. Austria*, una coppia convivente dello stesso sesso rientra nel concetto di "vita familiare" proprio come l'ipotesi di un rapporto di una coppia di sesso diverso nella medesima situazione. La Corte è partita riferendosi ad un "consenso europeo emergente verso il riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso", Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 105.

<sup>16</sup> Si pensi all'ammissione della *stepchild adoption* all'interno delle unioni civili. Corte di Cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962; Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 4 luglio 2018, n. 145.

<sup>17</sup> In questi casi si realizzano sistemi presuntivi. In particolare, alla convivenza vengono attribuiti effetti indipendentemente dalle formalizzazioni, essendo invece necessario dimostrare che la convivenza si sia effettivamente instaurata. In questi sistemi i conviventi non hanno la possibilità di scegliere perché è la legge che collega automaticamente taluni effetti alla vita comune, di solito allo scopo di garantire alla parte debole, anche in mancanza di accordo, tutele di tipo economico.

<sup>18</sup> In argomento, si veda, per tutti, R. CAFARI PANICO, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, cit., p. 93 ss. che, pur ribadendo che lo *status* personale nasce come conseguenza della pertinente fattispecie costitutiva, esso è opponibile ai terzi in forza della trascrizione nei registri dello stato civile dovendosi distinguere "a seconda che si abbia riguardo alla titolarità dello *status* in capo ai soggetti interessati oppure alla sua opponibilità ai terzi. Solo infatti quest'ultimo effetto è strettamente connesso alla trascrizione che adempie appunto alla funzione di attribuire certezza pubblica, *erga omnes*, alle situazioni così attestate nei registri di stato civile. Ne consegue che, mentre gli effetti tra le parti, loro eredi, od aventi causa, sia per quanto attiene alle statuizioni personali che per quanto concerne quelle patrimoniali, si verificano sin dal momento in cui i fatti, gli eventi o le dichiarazioni costitutive o modificative dello *status* si sono verificati o sono state espresse, per quanto concerne invece la validità *erga omnes* dello *status* medesimo, essa si produce unicamente con la trascrizione dell'atto straniero. In altri termini, l'opponibilità ai terzi ottenuta con la trascrizione non può essere fatta retroagire al momento in cui l'efficacia dell'atto straniero si è manifestata nell'ordinamento di provenienza. Ciò sarebbe possibile ove con la trascrizione fosse l'atto straniero a spiegare efficacia nell'ordinamento italiano. Ma, come si è visto, così non è, giacché l'atto è preso in considerazione come fatto giuridico in senso stretto. [...]. Di effetto pubblicitario – e quindi di efficacia *erga omnes* – si può invece parlare solo in quanto esista un atto opponibile ai terzi; e questo, per le ragioni esposte, non esiste se non in forza dell'atto di trascrizione. Dal che consegue che l'effetto pubblicitario decorre dal momento in cui avviene la trascrizione stessa".

sostegno presenti in questi tipi di modelli<sup>19</sup>. L'esercizio del diritto di locazione, ad esempio, non può essere condizionato al matrimonio, perché, in caso di morte, al partner sopravvissuto va permesso di conservare la casa che aveva condiviso con il partner defunto, indipendentemente da chi avesse firmato il contratto di locazione. Un diverso trattamento dei coniugi e dei conviventi in questo contesto sarebbe irragionevole, quindi discriminatorio, anche laddove la convivenza fosse stata scelta per ragioni strategiche. I motivi per cui una coppia non si è sposata sono irrilevanti nell'accertare i diritti di locazione come altrettanto irrilevante è il matrimonio. L'unica circostanza pertinente è se la coppia abbia abitato nell'appartamento e se questa fosse la casa della "famiglia"<sup>20</sup>.

## **2. Il ricongiungimento familiare dei cittadini degli Stati membri che esercitano il diritto alla libera circolazione. Necessità di attribuire il diritto di libera circolazione e soggiorno anche ai "familiari" dei cittadini europei**

Il diritto comunitario, nella sua impostazione originaria, come è noto, prevedeva la libera circolazione dei cittadini europei nelle situazioni legate allo spostamento dei fattori produttivi<sup>21</sup>. Il legame tra l'attività economica e il diritto alla libera circolazione si è gradualmente ridotto, tanto che quest'ultimo giuoca un ruolo indipendente. Il diritto dell'Unione europea ha da tempo riconosciuto l'impatto delle relazioni familiari sulla capacità di muoversi liberamente da uno Stato membro all'altro<sup>22</sup>. Di conseguenza, le misure che danno effetto alla libera circolazione dei lavoratori concedono in genere il diritto di essere seguiti, nello Stato ospitante, da determinati membri della famiglia<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Secondo M. FICHERA, *Same-Sex Marriage and the Role of Transnational Law: Changes in the European Landscape*, in *German Law Journal*, 2016, p. 384 "a legal system may sometimes be bound to recognize social facts, and transnational law may enhance this phenomenon".

<sup>20</sup> Si è fatto affidamento altresì sul concetto di arricchimento ingiusto per riconoscere diritti compensativi e pensionistici a un convivente dopo la separazione o la morte dell'altro partner. Si è anche applicata la nozione di società commerciale irregolare per compensare un partner convivente dopo la separazione per aver aiutato l'altro partner a costituire o gestire un'attività. L'arricchimento ingiusto può essere utilizzato, altresì, per riconoscere i diritti compensativi e pensionistici al partner che ha perso il lavoro retribuito per la famiglia o per l'educazione dei figli. È utile riportare un caso esaminato, con ordinanza del 13 marzo 2019, dal Tribunale di Pordenone che, avendo riscontrato uno squilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali di due partner, riconducibile a scelte di vita assunte nel corso della relazione, comprendendo anche il periodo di convivenza antecedente alla possibilità di costituire l'unione, ha richiamato Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza dell'11 luglio 2018, n. 18287. In particolare, una delle donne, per dedicarsi alla relazione, aveva cambiato residenza e scelto un'attività meno remunerata, subendo quindi una perdita di *chance*. Così il Tribunale ha quantificato nei suoi confronti un assegno in funzione perequativa e non compensativa, riconoscendo esigenze di pari trattamento. In dottrina, sul tema, rinviamo a F. FEDERICI, *Appunti sul danno da perdita di chances*, Frosinone, 2016.

<sup>21</sup> V., per tutti, G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 295 ss.

<sup>22</sup> In argomento, F. BUONOMENNA, *Riflessioni sull'evoluzione degli status familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., p. 267 ss.

<sup>23</sup> Per un'ampia ricostruzione del tema, si veda R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, 2012. Si

A tale riguardo, dobbiamo citare il regolamento 1612/68/CEE, del 15 ottobre 1968, successivamente abrogato dal regolamento 492/2011/UE, del 5 aprile 2011<sup>24</sup>, che rientra in una serie di misure che hanno attuato il diritto alla libertà di circolazione ai sensi dei Trattati. L'art. 10, par. 2 specificava che gli Stati membri erano tenuti a facilitare l'ammissione di qualsiasi altro familiare se dipendente dal lavoratore o se con lui viveva nel Paese d'origine. L'applicazione del regolamento avveniva solo laddove il diritto alla libertà di circolazione fosse stato esercitato<sup>25</sup>.

Il termine "coniuge" in questo contesto escludeva i partner non coniugati. In *Reed*, la Corte di giustizia statò che, ai fini del regolamento, il termine "coniuge" non includeva una persona in una relazione non coniugale stabile con il lavoratore. In quel caso, la Corte rilevò l'assenza di un consenso comunitario sull'estensione dei diritti del coniuge ai partner non coniugati. Pur concordando sulla circostanza che potesse essere adottato un approccio dinamico, tenendosi conto degli sviluppi delle concezioni in campo sociale e giuridico, questi sviluppi dovevano essere visibili in tutta la Comunità. Pertanto, non vi era motivo di interpretare il termine coniuge oltre le implicazioni legali di quel termine, ricomprendendo diritti e obblighi tra compagni non sposati<sup>26</sup>.

Una prospettiva più ampia, invece, si riflette nella direttiva 2004/38/CE, del 29 aprile 2004<sup>27</sup>, con la quale sono stati abrogati gli articoli 10 e 11 del regolamento. Ai fini della direttiva del 2004, la nozione di "familiare", oltre al coniuge, include anche il partner con il quale il cittadino dell'Unione abbia stipulato un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro. Tale riconoscimento è, tuttavia, subordinato alla circostanza che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio.

Nella più ampia nozione di familiare, ai sensi dell'art. 2, lett. c), è compresa quella di "discendente diretto". Nella direttiva 2004/38/CE, tale ultima nozione riverbera conseguenze su ingresso e soggiorno di minori che, pur facendo parte della famiglia (in senso ampio) di cittadini dell'Unione, non rientrano nella categoria dei familiari. Mentre i "discendenti diretti" acquisiscono automaticamente il diritto di entrare e soggiornare nello Stato membro in cui risiedono i loro ascendenti, cittadini dell'Unione, gli altri membri della famiglia allargata, compresi i minori, in forza dell'art. 3, par. 2, lett. a),

---

veda altresì G. GRATTAROLA, *Diritto al ricongiungimento familiare e nozione di situazione puramente interna nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 33 ss., in cui l'A. analizza se l'applicazione delle disposizioni europee in materia di diritto al ricongiungimento familiare sia ancora legata all'esercizio della libera circolazione concessa a tutti i cittadini europei.

<sup>24</sup> Regolamento 1612/68/CEE del Consiglio, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, del 15 ottobre 1968, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, pp. 2-12; regolamento 492/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, del 5 aprile 2011, in GUUE L 141 del 27 maggio 2011, pp. 1-12.

<sup>25</sup> Corte di giustizia, sentenza del 27 ottobre 1982, *Morson e altri*, cause riunite 35/82 e 36/82.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 aprile 1986, *Stato olandese c. Reed*, causa 59/85, par. 10. In dottrina, per tutti, L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea. Tra mercato interne spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, p. 81 ss.

<sup>27</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, del 29 aprile 2004, in GUUE L 229 del 29 giugno 2004, pp. 35-48.

devono sottoporsi, ad una valutazione, relativa alla “dipendenza” nel paese di provenienza, da parte delle autorità dello Stato membro ospitante.

Come avremo modo di chiarire in seguito<sup>28</sup>, il problema di capire quali siano i familiari ammessi al ricongiungimento si pone quale questione relativa all’esistenza ed alla validità di una situazione giuridica che condiziona, in qualità di presupposto, l’applicazione nel foro di una norma materiale europea relativa alla libera circolazione degli individui<sup>29</sup>.

Diverse difficoltà sorgono in questo contesto. La prima riguarda la definizione di unione registrata. Alcuni Stati membri, tra cui l’Italia, considerano le unioni registrate come equivalenti al matrimonio. Altri Stati, pur prevedendo siffatte unioni, hanno adottato regimi differenti che evidentemente non riconoscono ad esse molti dei diritti garantiti al matrimonio.

La seconda difficoltà è che, sebbene un individuo possa essere parte di un’unione registrata nello Stato di origine, tale registrazione fornirà pochi benefici qualora lo Stato membro ospitante non faciliti il conferimento di uno *status* equivalente. La possibilità che viene così concessa allo Stato membro ospitante di escludere che l’unione registrata aggiudichi il diritto al ricongiungimento familiare implica, salva l’ipotesi che i partner abbiano la nazionalità di quei Paesi che ammettono una piena equiparazione, una libera circolazione meno efficace.

L’art. 3, par. 2, lett. b) della direttiva prevede che gli Stati membri facilitano l’ingresso e il soggiorno di un partner con cui un cittadino dell’UE abbia una relazione stabile, debitamente attestata<sup>30</sup>.

Anche se la norma non accorda a tali partner un diritto automatico di fare ingresso e risiedere nello Stato ospitante, richiede allo Stato in questione di considerare la relazione come un fattore rilevante. Da un esame del termine “facilitare” nelle varie versioni linguistiche<sup>31</sup>, risulta che esso significa essenzialmente semplificare. Si potrebbe così sostenere che il dovere di facilitare imponga agli Stati membri quello di semplificare e di consentire il diritto di ingresso e di soggiorno del partner stabile<sup>32</sup>. Per

<sup>28</sup> V. *infra*, paragrafi 7 e 8.

<sup>29</sup> In dottrina, per tutti, P. PICONE, *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Napoli, 1969, p. 8 ss.; ID., *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971. Secondo Wengler si tratta di una questione di semplice interpretazione della nozione presupposta. W. WENGLER, *Le questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1963, p. 53 ss.

<sup>30</sup> L’art. 25, par. 1, della direttiva stabilisce che il possesso di alcuni documenti di residenza “non può in nessun caso essere un prerequisito per l’esercizio di un diritto o il completamento di una formalità amministrativa, in quanto la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova”. Da questa disposizione deriva che il diritto di soggiorno dei familiari esiste indipendentemente dalle formalità amministrative e che una carta di soggiorno può essere solo dichiarativa del diritto.

<sup>31</sup> I termini usati nelle diverse versioni linguistiche della direttiva sono “vergemakkelijk” (versione olandese), “favorise” (francese versione), “erleichtet” (versione tedesca), “facilitará” (versione spagnola), “agevola” (versione italiana), “facilitaza” (versione rumena), “umožní” (versione slovacca), “ułatwia” (versione polacca), “διευκολύνει” (versione greca), “улучшава” (versione bulgara).

<sup>32</sup> Questa interpretazione deriva anche dalla decisione della Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 settembre 2012, *Rahman e altri*, causa C-83/11, in cui si è chiarito il regime applicabile agli “altri

adempiere a tale obbligo, gli Stati membri devono procedere ad un esame scrupoloso delle circostanze personali e, in caso di rifiuto, fornire giustificati motivi<sup>33</sup>.

In queste ipotesi, con riguardo al certo vantaggio che deve essere attribuito al partner stabile, va applicato, in via analogica, il ragionamento della Corte nel caso *Römer*<sup>34</sup>, operando non già un confronto globale e astratto, ma specifico e concreto, alla luce del beneficio in rilievo<sup>35</sup>.

Vale la pena notare che il considerando 31 della direttiva, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali, richiede che gli Stati membri attuino la direttiva senza discriminazioni tra i beneficiari. I motivi elencati non sono esaustivi ma comprendono sesso, nascita e orientamento sessuale. Ciò significa che, nello stabilire i criteri per il riconoscimento di unioni non coniugali, gli Stati membri non possono discriminare tra coppie dello stesso sesso e quelle dell'altro sesso. Può anche significare che la discriminazione tra coppie sposate e non sposate nell'applicazione della direttiva stessa possa realizzare una discriminazione indiretta in base alla circostanza che tale discriminazione avrebbe un impatto più incisivo sulle coppie dello stesso sesso che su quelle di sesso opposto. Dato che le coppie dello stesso sesso sono escluse dalla possibilità di sposarsi in molti Stati membri, misure che favoriscano le coppie sposate rispetto a quelle non sposate, o viceversa, possono essere in grado di violare indirettamente la prescrizione contro la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

---

membri della famiglia”, ovvero assenza di un automatico diritto di ingresso e soggiorno; l'obbligo di facilitare l'ingresso secondo la legge nazionale, che garantisce agli Stati ampio margine di discrezionalità; che la discrezionalità non è illimitata.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 2018, *Banger*, causa C-89/17. In questa pronuncia, la Corte ha dichiarato che l'art. 21 TFUE va interpretato, in analogia con la direttiva 2004/38/CE, nel senso che esso obbliga lo Stato di cui un cittadino dell'Unione possiede la cittadinanza ad agevolare il rilascio di un titolo di soggiorno al partner, cittadino di un Paese terzo, con il quale il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile, quando detto cittadino dell'Unione abbia esercitato il suo diritto di libera circolazione e faccia ritorno con il suo partner nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza per soggiornarvi. Ciò non significa che questo Stato sia obbligato a riconoscere un diritto di ingresso e di soggiorno in favore del partner in questione, ma che l'eventuale provvedimento di diniego di rilascio dell'autorizzazione al soggiorno deve essere fondato su un esame approfondito della situazione personale del richiedente, deve essere motivato e deve poter essere impugnato dinanzi a un giudice.

<sup>34</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 10 maggio 2011, *Römer*, causa C-147/08, in cui la Corte ha statuito che una pensione di vecchiaia versata ad una persona legata ad un partner da un'unione civile, inferiore a quella concessa – a parità di altre condizioni – ad una persona sposata, costituisce una discriminazione vietata dal diritto UE. Per la Corte di giustizia, il trattamento deteriore subito dal Sig. Römer nel percepire una pensione di vecchiaia inferiore rispetto a quella di cui godrebbe se fosse unito in matrimonio e non in un'unione civile registrata, costituisce una discriminazione diretta, in quanto il progressivo allineamento previsto dal diritto tedesco del regime applicabile all'unione solidale registrata a quello esistente per il matrimonio, determina la comparabilità delle situazioni. In sostanza, per la Corte di giustizia, l'accertamento della “situazione analoga” tra il partner registrato e il coniuge non deve fondarsi sul confronto in astratto degli istituti giuridici, ma in termini concreti rispetto alla prestazione sociale controversa.

<sup>35</sup> E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 79 ss.

### **3. Il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini provenienti dai Paesi terzi. Sulla qualificazione dei beneficiari del diritto all'unità familiare**

Anche la questione del ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi ha permesso al diritto UE di intervenire in materia di diritto di famiglia, al fine di definire i modelli meritevoli di protezione.

Le condizioni per il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi sono disciplinate dalla direttiva 2003/86/CE, del 22 settembre 2003<sup>36</sup>. La proposta originaria della Commissione prevedeva il ricongiungimento familiare per le coppie non sposate, da applicare esclusivamente negli Stati membri in cui tali coppie avessero ricevuto lo stesso trattamento riservato alle coppie sposate. In altre parole, questa disposizione non avrebbe generato alcuna reale armonizzazione delle legislazioni nazionali in ordine al riconoscimento delle coppie non sposate, ma avrebbe garantito il principio della parità di trattamento.

Viste le difficoltà di raggiungere una soluzione in seno al Consiglio, la Commissione, nel 2002, modificò la sua proposta che, a seguito delle preoccupazioni di alcuni Stati, includeva dei cambiamenti in senso restrittivo. L'obiettivo era quello di raggiungere un consenso unanime limitando i diritti dei partner non sposati<sup>37</sup>. L'art. 4, par. 3 così prevede che “gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai sensi della presente direttiva [...] del partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata”. Gli Stati membri possono anche “decidere, relativamente al ricongiungimento familiare, di riservare ai partner legati da una relazione formalmente registrata lo stesso trattamento previsto per i coniugi”.

Come tuttavia precisa il considerando 10, la direttiva non dispone il riconoscimento di unioni non matrimoniali, spettando agli Stati membri “decidere se autorizzare la riunificazione familiare per parenti in linea diretta ascendente, figli maggiorenni non coniugati, *partners* non coniugati o la cui relazione sia registrata”. Tuttavia, questo margine di apprezzamento dovrebbe restringersi alla luce del considerando 5 che impone agli Stati di attuare le disposizioni della direttiva senza discriminazioni sulla base, tra l'altro, di sesso, nascita o orientamento sessuale. È almeno possibile che la discriminazione con riferimento allo stato civile delle persone violerebbe indirettamente il suddetto principio. In altre parole, per le ragioni dianzi esposte, una misura nazionale

---

<sup>36</sup> Direttiva 2003/86/CE, del Consiglio, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, del 22 settembre 2003, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12-18.

<sup>37</sup> La proposta originaria è pubblicata in COM(1999) 638 def. Quando la terza proposta è pervenuta al Consiglio, il punto di partenza degli Stati era ancora diametralmente opposto: la delegazione svedese suggeriva che ai partner registrati dovesse essere concesso lo stesso diritto dei coniugi, mentre la Spagna, la Grecia e il Portogallo avrebbero voluto eliminare la possibilità per gli Stati membri di ammettere partner non coniugati. Sulla genesi della direttiva, K. HAILBRONNER, *Die richtlinie zur familienzusammenführung*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, p. 1 ss.

che concede il ricongiungimento familiare solo alle persone sposate avrebbe un impatto maggiore sui partner dello stesso sesso<sup>38</sup>.

Le difficoltà nella redazione della direttiva possono essere spiegate facendo riferimento alle divergenze nazionali in tema di modelli familiari<sup>39</sup>. L'indicata valutazione, in relazione alla direttiva sulla libera circolazione, sarà ripresa in seguito per analizzare le conseguenze sul riconoscimento dei diversi *status*<sup>40</sup>. La direttiva menziona coniugi, partner registrati e partner non sposati, prevedendo solo per i coniugi il diritto al ricongiungimento familiare, dovendo le altre coppie affidarsi alla volontà dello Stato membro di estendere le regole. Dunque, come anticipato, gli Stati membri, da una lettura testuale della direttiva, potrebbero rifiutare di ammettere partner registrati o conviventi anche se, alla luce della legislazione d'origine, queste coppie fossero "parificate" ai coniugi ed anche se i cittadini UE, nella medesima condizione, avessero diritto al ricongiungimento.

L'approccio illustrato non risponde alla pluralizzazione dei modelli familiari della società contemporanea e mette in discussione l'identità di un'Unione moderna e dinamica. D'altro canto, per quanto riguarda le coppie alle quali è stato concesso il diritto, la stesura della direttiva sul ricongiungimento familiare è stata guidata dal più basso denominatore comune tra gli Stati membri. Solo se una famiglia rientra nella categoria di "famiglia nucleare" è degna della protezione più ambiziosa, escludendosi dal quadro milioni di coppie europee con gli stessi bisogni di tutela delle coppie sposate. Occorre altresì considerare che la direttiva 2003/109/CE, del 25 novembre 2003<sup>41</sup>, richiama la direttiva sul ricongiungimento familiare per definire i familiari che hanno il

---

<sup>38</sup> In argomento, G. ROSSOLILLO, *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 733 ss.; S. TITSHAW, *Same-Sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret 'Spouse' in the E.U. Family Migration Directives*, in *Boston University International Law Journal*, 2016, p. 47 ss.

<sup>39</sup> Cfr. A.R. O'NEILL, *Recognition of Same-Sex Marriage in the European Community: the European Court of Justice's Ability to Dictate Social Policy*, in *Cornell International Law Journal*, 2004, p. 199 ss.; G.-R. DE GROOT, *Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, p. 1 ss.; D. KOCHENOV, *On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism*, in *Fordham International Law Journal*, 2009, p. 156 ss.; J. GUTH, *When is a Partner not a Partner? Conceptualisations of 'family' in EU Free Movement Law*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2011, p. 193 ss.; J. RIJMA, N. KOFFEMAN, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples under EU Law: What Role to Play for the ECJ?*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, 2014, p. 455 ss.; A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, p. 195 ss.; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Lesbians and Gays and the Freedom of Movement of Persons*, in K. WAALDIJK, A. CLAPHAM (eds.), *Homosexuality: A European Community Issue*, Dordrecht, Boston, 1993, p. 294.

<sup>40</sup> Così C. BELL, N. BAČIĆ SELANEC, *Who Is a "Spouse" under the Citizens' Rights Directive? The Prospect of Mutual Recognition of Same-Sex Marriages in the EU*, in *European Law Review*, 2016, p. 655 ss. V. *infra*, parr. 5, 6 e 13.

<sup>41</sup> Direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, del 25 novembre 2003, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, pp. 44-53. In argomento, A. DI STASI, *La "sfida" dell'integrazione dei soggiornanti di lungo periodo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed in quella delle Corti italiane*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni della Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, p. 291 ss.

diritto di accompagnare il residente di lungo periodo, contribuendo a descrivere una comunità divisa in diverse aree di libera circolazione, a seconda che l'individuo sia coniugato o meno e, in definitiva, anche in base all'orientamento sessuale.

Sebbene una nozione ristretta di famiglia incida sul diritto al ricongiungimento familiare e sui diritti a determinati benefici sociali, non vi è riscontro di studi che abbiano valutato i potenziali effetti sul mercato interno. Sarebbe molto interessante un'analisi più approfondita della Corte di giustizia su questo tema allo scopo di considerare l'impatto che la costruzione della famiglia ha sul mercato interno.

#### **4. La fruibilità dei “diritti derivati” da parte di partner non coniugati e la questione del rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione**

La scelta dell'individuo di dove risiedere sembra essere centrale nel sistema descritto. L'Unione europea, in particolare, nell'elaborare la propria normativa sull'immigrazione, ha costantemente ridotto il potere discrezionale degli Stati membri, definendo un quadro, sempre più caratterizzato dal potere dell'individuo di scegliere<sup>42</sup>. Il principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata<sup>43</sup>. Così, per concludere che la normativa sul ricongiungimento familiare realizzi una discriminazione, ammettendo solo il diritto al ricongiungimento tra coniugi, occorre eventualmente che coppie sposate di sesso diverso e coppie *same-sex* siano, in primo luogo, considerate in una situazione simile e, in secondo luogo, ritenere insufficienti le relative giustificazioni<sup>44</sup>.

Nel caso *Grant*, la Corte di giustizia ha affermato, in mancanza di consenso tra gli Stati membri, che una relazione stabile tra due persone dello stesso sesso non fosse equivalente né a un matrimonio né a una relazione stabile tra persone di sesso opposto<sup>45</sup>. Nella causa *D e Svezia*<sup>46</sup>, sebbene nel diritto svedese l'unione registrata fosse considerata equivalente al matrimonio, la Corte di giustizia ha respinto ogni

---

<sup>42</sup> Così E. GUILD, *Immigration Law in the European Community*, The Hague, 2001, p. 13. Per un inquadramento generale delle problematiche, rinviamo, per tutti, a G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, II ed., Torino, 2016.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 ottobre 1977, *Ruckdeschel e altri*, cause riunite 117/76 e 16/77, par. 7; sentenza del 19 ottobre 1977, *S.A. Moulin ser Huilleries de Pont-à-Mousson*, cause riunite 124/76 e 20/70, parr. 14-17; sentenza del 13 aprile 2000, *Karlsson e altri*, causa C-292/97, par. 39; Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, par. 74; sentenza del 15 ottobre 2009, *Audiolux e altri*, causa C-101/08, par. 54.

<sup>44</sup> Secondo la dottrina è importante riconoscere che, dagli elementi a confronto, si determinerà l'esito del test di somiglianza. Inoltre, gli interpreti non dovrebbero mai cercare l'uguaglianza totale, ma solo una “stretta” somiglianza. Così J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 2006, p. 549. V., inoltre, C. BARNARD, B. HEPPLER, *Substantive Equality*, cit., p. 563.

<sup>45</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 1998, *Grant*, causa C-249/96.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 maggio 2001, *D e Regno di Svezia*, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P.

equiparazione, riportandosi all'assenza di qualsiasi assimilazione di carattere generale fra matrimonio e unioni registrate<sup>47</sup>.

Dunque, sia in *Grant* sia in *D e Svezia*, la Corte ha esaminato l'equivalenza tra una convivenza e un matrimonio considerando il sistema nel suo complesso, ma in *Maruko*<sup>48</sup> l'approccio al test di somiglianza è apparso diverso. La Corte di giustizia non è interessata alle somiglianze tra le unioni registrate e il matrimonio nell'intero ordinamento giuridico. La domanda è piuttosto se si trovino in una situazione comparabile per quanto riguarda il settore specifico della legge che regola i benefici in giuoco (par. 67-73).

Secondo la Corte, il raffronto tra le situazioni deve essere fondato su un'analisi incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner dell'unione civile registrata, "quali risultanti dalle disposizioni nazionali applicabili e che appaiono pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione controversa nella causa principale, e non deve consistere nel verificare se il diritto nazionale abbia operato un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio" (par. 44). I "presupposti di concessione della prestazione controversa nella causa principale" afferiscono ad un reddito pensionistico la cui finalità di mutua solidarietà è equivalente al caso del matrimonio.

La comparabilità delle situazioni, non sulla base di un criterio di sovrapposibilità, ma di somiglianza è stata confermata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hay*<sup>49</sup>, in cui, ai fini della concessione dello specifico beneficio, la situazione dei contraenti matrimonio e quella delle persone del medesimo sesso che, non avendo la facoltà di sposarsi, concludono un PACS sono comparabili. Questo approccio al test di somiglianza ha portato la Corte di giustizia a riconoscere che un'unione registrata possa essere paragonabile ad un matrimonio ed ha preparato il terreno ad un quadro, oggi meglio definito, in cui lo *status* acquisito all'estero valga come presupposto della norma materiale europea concedendo l'esercizio di un diritto – anche a un cittadino di uno Stato terzo – da essa contemplato.

---

<sup>47</sup> La ristretta comprensione della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, in questa fase, è evidente. La Corte, difatti, ha evitato di affrontare questa questione, sostenendo che era lo stato civile, e non l'orientamento sessuale, alla base della differenza di trattamento. La riluttanza ad affrontare il problema della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nasce dalla preoccupazione di sconfinare nelle competenze nazionali in materia di diritto di famiglia. L'ovvio limite di questa linea di ragionamento è l'impossibilità di contemperare la nozione di discriminazione indiretta. L'obbligo di sposarsi per ottenere una prestazione è una discriminazione indiretta basata sull'orientamento sessuale, poiché, in un gran numero di Stati, specie all'epoca della pronuncia, solo le coppie eterosessuali erano autorizzate a sposarsi.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° aprile 2008, *Maruko*, causa C-267/06.

<sup>49</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay*, causa C-267/12.

## **5. I nuovi approcci della Corte di giustizia. La nozione di “familiare” ammesso al ricongiungimento quale situazione giuridica che condiziona, in qualità di presupposto, l’applicazione della normativa**

Con la sentenza del 5 giugno 2018, la Corte di giustizia UE si è pronunciata sulla nozione di “coniuge” ai sensi della direttiva 2004/38/CE, con riferimento a un matrimonio, concluso a Bruxelles, tra un cittadino rumeno, pure in possesso della cittadinanza statunitense, e un cittadino statunitense<sup>50</sup>.

La Corte di giustizia ha statuito che l’art. 21, par. 1, TFUE, relativo al diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell’UE, vieta alle autorità competenti dello Stato membro di cui un individuo abbia la cittadinanza di negare un diritto di soggiorno derivato, conformemente alle condizioni di cui all’art. 7, par. 1, direttiva 2004/38/CE, al coniuge, cittadino di uno Stato terzo, non rilevando la circostanza che lo Stato di origine del cittadino UE vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale diritto di soggiorno, superiore a tre mesi, non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle disposte dall’art. 7 direttiva 2004/38/CE, applicabile per analogia<sup>51</sup>.

Innanzitutto, per la Corte, la nozione di “coniuge” è neutra dal punto di vista del genere, potendo comprendere il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell’Unione interessato. Inoltre, gli Stati membri, nell’esercizio della competenza in materia di stato civile, devono rispettare le disposizioni dei Trattati e in particolare quelle relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell’Unione di circolare e di soggiornare nel territorio europeo. Se in alcuni Stati circolazione e soggiorno fossero subordinati all’esistenza di un matrimonio concluso tra soggetti di sesso diverso, otterremmo una libertà di circolazione *à la carte*, variabile da uno Stato membro all’altro in funzione delle disposizioni di diritto nazionale. Conseguentemente, le autorità di uno Stato membro, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato, non possono impedire il riconoscimento del matrimonio di un cittadino di uno Stato terzo con un cittadino dell’Unione dello stesso sesso, contratto durante un soggiorno effettivo in un altro Stato membro, conformemente alla legislazione di tale Stato.

Durante il procedimento, è emerso che i maggiori ostacoli al riconoscimento, da parte di alcuni Stati, sono legati alla volontà di mantenere l’istituzione matrimoniale quale unione tra un uomo e una donna, governata assai spesso da norme costituzionali. L’istituto del matrimonio è contemplato nell’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali

---

<sup>50</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 giugno 2018, *Coman*, causa C-673/16. Per i fini esaminati, D. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *Same-sex spouses in the EU after Coman: More free movement, but what about marriage?*, in *EUI Working Paper Law*, 2019, n. 3, p. 1 ss.

<sup>51</sup> Nel caso di specie, l’esercizio della libertà di soggiorno superiore a tre mesi non può essere fatto valere in forza della direttiva che, com’è noto, disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell’Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli abbia la cittadinanza. Laddove si tratti di invocare un diritto simile, anche di natura derivata, occorre applicare direttamente l’art. 21, par. 1, TFUE, con delle condizioni che non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38/CE che risulta applicabile per analogia alla vicenda in esame.

dell'Unione europea, secondo cui “il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”<sup>52</sup>.

La sentenza pronunciata permette di inquadrare metodologicamente i problemi finora sollevati. La Corte, invero, ha risolto la questione adoperando una tecnica internazionalprivatistica, dovendo decidere se un matrimonio tra persone dello stesso sesso, esistente per il diritto belga, possa assumere rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 3, par. 1 e dell'art. 7, par. 2 della direttiva 2004/38/CE, norme che, come ampiamente chiarito, impegnano lo Stato membro ospitante a concedere il diritto di soggiorno, per un periodo superiore a tre mesi, al coniuge di un cittadino dell'Unione<sup>53</sup>. Occorre capire, in particolare, se è possibile ritenere equivalente ad un istituto di diritto UE, considerato dallo stesso diritto come condizione pregiudiziale di un effetto giuridico determinato, un istituto analogo previsto dalla legislazione nazionale di uno Stato membro.

Il problema indicato può verificarsi in una varietà di situazioni, tutte comunque riconducibili alla questione se i due istituti in esame (quello di diritto UE e quello previsto dalla legislazione nazionale di uno Stato membro) possano essere considerati equivalenti.

La prospettiva tracciata dalla Corte è molto interessante perché occorre stabilire quale sia l'ordinamento cui fare capo allorché una norma materiale europea designi, come presupposto delle conseguenze da essa previste, determinate situazioni giuridiche. Tali presupposti vengono indicati mediante espressioni giuridiche che richiamano istituti che risultano autonomamente organizzati in altra parte dell'ordinamento giuridico e vanno quindi determinati mediante un riferimento alle fonti ulteriori che tali istituti provvedono a disciplinare<sup>54</sup>.

L'ordinamento UE, sia pure integrato dai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ha natura settoriale, dunque, difficilmente è in grado di contenere un'apposita disciplina dei presupposti giuridici utilizzati dalle sue norme materiali, laddove tali presupposti riguardino istituti da esso non regolati, qual è il caso

---

<sup>52</sup> In tale complesso quadro giuridico, vanno posti a confronto due diversi modelli: da un lato i Paesi nordici, quali Danimarca, Svezia, Finlandia, primi a riconoscere i diritti delle coppie omosessuali in forza di leggi approvate dai rispettivi parlamenti, indipendentemente da sollecitazioni da parte delle massime giurisdizioni nazionali e internazionali. Sul fronte opposto i Paesi dell'Est, quali Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia, che non riconoscono le unioni civili tra persone dello stesso sesso e non prevedono alcuna disciplina né tutela dei rapporti di filiazione omoparentale.

<sup>53</sup> V. anche Tribunale di primo grado, sentenza del 5 ottobre 2009, *Commissione c. Roodhuijzen*, causa T-58/08 P, in cui si è trattato un caso simile, essendosi deciso, in base allo Statuto dei funzionari, a quali familiari spettasse la copertura in tema di sicurezza sociale. In dottrina, W. WENGLER, *Le questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, cit., p. 53 ss.; P. PICONE, *Norme di conflitto speciali*, cit.; ID., *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari*, cit.; ID., *Les méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tomo II, Leiden, 1986, p. 229 ss.; ID. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004; A. ROTTOLA, *La valutazione internazional-privatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 329 ss.; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 523 ss.

<sup>54</sup> V. P. PICONE, *Norme di conflitto speciali*, cit., p. 5.

in cui la norma europea ricollegli i suoi effetti alla qualità di coniuge. Tuttavia, proprio perché si tratta di un ordinamento integrato dai principi generali di diritto comuni agli Stati membri, è possibile che venga a delinearsi un'autonoma nozione europea di coniuge. In sostanza occorre verificare se una situazione concretamente esistente per l'ordinamento di uno determinato Stato membro, in ragione della sua analogia con una situazione disciplinata in astratto dall'ordinamento UE, ma non sulla base di norme in tale ambito in vigore, sia idonea a funzionare da presupposto della norma materiale europea e degli effetti da essa previsti e dunque a sostituirsi all'analogia situazione disposta nell'ordinamento europeo, ma non realizzatasi nel suo ambito.

A tale riguardo, è necessario qualificare, sulla base del diritto dell'Unione europea, nel quale è contenuta la norma materiale che viene in rilievo, i termini giuridici da essa impiegati e, conseguentemente, valutare se possa rientrare la situazione giuridica costituita in base al diritto di uno Stato membro suscettibile di costituire il presupposto di applicazione della stessa norma materiale europea.

## **6. La nozione di “coniuge” nell'ordinamento europeo e le situazioni create all'estero ai fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato. Rinvio delle valutazioni per quanto concerne unioni registrate e convivenze**

La Corte di giustizia ha delineato innanzitutto la nozione di coniuge per l'ordinamento UE, affermando che tale nozione vale a designare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale ed è neutra dal punto di vista del genere, potendo comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso<sup>55</sup>. Secondo la Corte, a differenza di quanto accade per le unioni registrate, si sarebbe sviluppata sul punto una nozione autonoma in ambito UE, tratta dai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati<sup>56</sup>. Difatti, per determinare la qualificazione di “familiare” di un partner con cui il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, l'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2004/38/CE rinvia alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare. L'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva citata non contiene, invece, un siffatto rinvio per quanto riguarda la nozione di “coniuge”. Conseguentemente, la Corte ha statuito che, sulla base del significato tracciato, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, esistente per il diritto belga, sia idoneo a rilevare come presupposto della norma materiale europea e a far discendere l'effetto (concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo) da essa contemplato.

---

<sup>55</sup> Così, A. ROTTOLA, *La valutazione internazionale-privatistica*, cit., p. 337.

<sup>56</sup> Per quanto riguarda unioni registrate e convivenze, utilizzando la diversità delle legislazioni nazionali, la Corte ha tendenzialmente evitato di entrare in questioni politicamente, religiosamente e culturalmente molto delicate, facendosi guidare dal più basso denominatore comune tra gli Stati membri. Solo se quasi tutti gli Stati membri abbiano adottato misure convergenti, la Corte può fornire un'interpretazione basata sugli sviluppi sociali.

In sostanza, il giudice europeo ha ammesso che possa ravvisarsi una fungibilità tra la situazione costituitasi per l'ordinamento di uno Stato membro (quello belga) e i contenuti tipici di quella analoga astrattamente disciplinata dal diritto UE, facendone discendere che la prima situazione giuridica può essere considerata equivalente alla seconda al fine di dare luogo agli effetti ricollegati alla situazione stessa dalla norma materiale europea. È utile precisare che la questione descritta non può essere confusa con il problema del limite dell'ordine pubblico "internazionale". Infatti, nel caso in parola, non si tratta di dare efficacia nell'ordinamento UE, in generale ed a tutti gli effetti, al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, venuto in essere per il diritto belga, essendo in giuoco esclusivamente la questione di rendere possibile la realizzazione, in virtù delle norme previste in tale ordinamento, delle conseguenze della situazione giuridica costituitasi nell'ordinamento di un determinato Stato membro<sup>57</sup>. Il limite dell'ordine pubblico, d'altronde, non dovrebbe funzionare nei confronti delle norme straniere che devono essere applicate al fine di risolvere una questione preliminare posta da una norma materiale straniera richiamata dal foro<sup>58</sup>, potendosi richiamare la dottrina e la giurisprudenza affermatesi con riguardo al matrimonio poligamico ed in tema di *kafala*<sup>59</sup>.

Nel punto 45 della sentenza, la Corte assai opportunamente statuisce che "l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso

---

<sup>57</sup> V., tra gli altri, P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss.; R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 348, Leiden, 2011, p. 253 ss.; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017; D. DAMASCELLI, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, in A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite*, Pisa, 2019, p. 85 ss., spec. p. 93 ss.

<sup>58</sup> In dottrina, P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, p. 73 ss.; G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; P. PICONE, *Norme di conflitto speciali*, cit., p. 307 s.; A. ROTTOLA, *La valutazione internazionale-privatistica*, cit., p. 338 ss.

<sup>59</sup> La Suprema Corte ha statuito, in particolare, che il matrimonio poligamico può essere riconosciuto ove si renda necessario accertare preventivamente l'esistenza di un legame matrimoniale ai fini di risolvere una questione principale in materia successoria, Corte di Cassazione, sentenza del 2 marzo 1999, n. 1739. In dottrina, V. ZAMBRANO, *Matrimonio islamico e successione del coniuge*, in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 327 ss.; G. BALENA, in *Il Foro italiano*, 1999, I, c. 1458 ss.; F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, 3, p. 30 ss. Si veda altresì, con riguardo alla *kafala*, Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza del 16 settembre 2013, n. 21108, "tale contrarietà con l'ordine pubblico interno (ma certamente non con quello internazionale, essendo la *kafala* espressamente prevista come valida misura di protezione dei minori dall'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e dagli articoli 3 e 33 della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta dall'Italia, anche se non ancora ratificata e resa esecutiva) potrebbe essere ipotizzabile nel caso in cui si trattasse di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri, ma deve escludersi quando il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici nel nostro ordinamento, ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento". Sulla giurisprudenza francese relativa alla non incidenza dell'ordine pubblico nelle questioni preliminari relative a matrimoni poligamici cfr. da ultimo J. FOYER, *Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde*, in M.-N. JOBARD-BACHELLIER, P. MAYER (eds.), *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 292 ss.

contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale”, aggiungendo che “tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione. Pertanto, un simile obbligo di riconoscimento *ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato* a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all'identità nazionale *né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato*” (corsivo di chi scrive). E, difatti, le norme di un altro Stato membro dell'UE non sono applicate all'interno dell'ordinamento europeo, ma sono prese in considerazione allo scopo di risolvere una questione sollevata da una norma applicabile in forza di una norma materiale europea. Tale criterio interpretativo induce a ritenere che le situazioni giuridiche esistenti nell'ordinamento richiamato non si introducano al fine di essere tutelate nel loro contenuto tipico o diretto, ma operino al solo fine di integrare i presupposti della norma materiale UE. La soluzione prospettata è l'unica che eviti il sorgere nell'ordinamento UE di disarmonie e contrasti – tra la situazione giuridica richiamata come presupposto e quella creatasi nell'ordinamento europeo sulla base di norme ivi in vigore, in relazione al medesimo rapporto interindividuale<sup>60</sup> –.

E, difatti, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, esistente, per il diritto belga, appare idoneo a sostituire il matrimonio, indicato dalla norma materiale europea quale presupposto dell'effetto (concessione di un diritto di soggiorno derivato) da essa previsto.

La possibilità definita in ipotesi potrebbe venire meno solo ove si verificasse che il diritto belga, ad esempio, non ricollegli al matrimonio *same-sex* taluni effetti relativi alla libera circolazione, connessi al possesso di un certo *status* familiare. In un caso di questo tipo, infatti, nell'ambito dell'ordinamento europeo, il matrimonio finirebbe col produrre un effetto che esso non ammette nell'ambito dell'ordinamento in cui è stato creato. Per escludere la sovrapposibilità tra le due fattispecie (matrimonio per il diritto belga e matrimonio configurabile per il diritto europeo) non è comunque sufficiente asserire che tale ultimo matrimonio è previsto tra persone di sesso differente, dovendosi verificare invece come il matrimonio belga sia organizzato nell'ordinamento di provenienza<sup>61</sup>.

Da un punto di vista pratico, l'“approccio *Coman*” rappresenta una svolta, in ambito europeo, risolvendosi a monte le cosiddette situazioni giuridiche “claudicanti” che vengono a crearsi per via delle differenze tra le legislazioni nazionali<sup>62</sup>, superandosi le

<sup>60</sup> In questo senso P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari*, cit., p. 86 ss.

<sup>61</sup> V., in questo senso, A. ROTTOLA, *La valutazione internazionale-privatistica*, cit., p. 342.

<sup>62</sup> V., da ultimo, D. DAMASCELLI, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, cit., p. 95.

problematiche del “declassamento”<sup>63</sup>, aggirandosi le questioni relative alla qualificazione degli *status* ed, in particolare, se occorra operare un implicito rimando alla normativa interna del Paese ospitante, se sia presupposta una nozione di coniuge che comprenda soltanto i membri di coppie sposate di sesso diverso, se sia necessario riferirsi alla nozione di coniuge secondo le normative nazionali del Paese di origine (legge nazionale dei coniugi) o, ancora, del Paese di provenienza<sup>64</sup>.

## **7. La *kafala* islamica quale presupposto per l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno del minore**

L'“approccio” definito nella sentenza della Corte, del 5 giugno 2018, in relazione alla nozione di “coniuge” di cui all'art. 2 della direttiva 2004/38/CE, è stato metodologicamente applicato alla nozione di “discendente diretto”, nella sentenza del 26 marzo 2019 della stessa Corte<sup>65</sup>.

Anche tale nozione funge da presupposto, rispetto naturalmente all'ingresso e al soggiorno di minori in territorio europeo. Come si è chiarito, i “discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico”, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva, ottengono in maniera automatica il diritto di entrare e soggiornare nello Stato membro in cui risiedono i loro ascendenti, cittadini dell'Unione. Gli altri membri della famiglia allargata, ai quali fa riferimento l'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, compresi i minori, devono essere sottoposti a valutazione da parte delle autorità dello Stato membro ospitante.

Il caso all'esame è incentrato sulla questione se la nozione di “discendente diretto” (rientrante in quella più ampia di “familiari”) di cui all'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE comprenda un minore sottoposto, in regime di *kafala* (previsto dalla legge del Paese d'origine del minore), alla tutela permanente di un cittadino dell'Unione.

Secondo la Corte, la nozione di “discendente diretto” di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE, deve essere intesa nel senso che essa ricomprende tanto il figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino.

---

<sup>63</sup> V. *infra*, parr. 12 e 13.

<sup>64</sup> Queste posizioni rigide, capaci di condurre a soluzioni diametralmente opposte hanno portato, ad esempio, la Suprema Corte a statuire che il concetto di coniuge, ai fini del ricongiungimento familiare, debba essere valutato in base al sistema legale straniero del Paese in cui è stato celebrato il matrimonio, Corte di Cassazione, sentenza del 19 gennaio 2011, n. 1328. V., al riguardo, S. MARINAI, *Recognition in Italy of Same-Sex Marriages Celebrated Abroad*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 marzo 2019, SM, causa C-129/18. In dottrina, G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 795 ss.; L. PANELLA, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, cit., p. 222 ss., alla quale si rinvia, tra l'altro, per un'ampia ed aggiornata ricostruzione giurisprudenziale dell'istituto; C. PERARO, *L'istituto della kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M.c. Entry Clearance Officer*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 319 ss.

Tuttavia, la stessa esigenza di interpretazione estensiva non può giustificare il punto 2.1.2 della comunicazione della Commissione, del 2 luglio 2009, in base alla quale rientrerebbe nella nozione di “discendente diretto”, ai sensi dell’articolo testé citato, un minore sottoposto a tutela legale di un cittadino dell’Unione<sup>66</sup>.

Lo stesso minore, per la Corte di giustizia, può essere qualificato come “altro familiare” qualora ricorrano le condizioni accertate attraverso l’espletamento della procedura prevista all’art. 3, par. 2, direttiva 2004/38/CE. A tale riguardo, lo Stato membro ospitante deve agevolare, conformemente alla sua legislazione nazionale, l’ingresso e il soggiorno del minore, previa ponderazione della tutela della vita familiare e del suo superiore interesse.

Alla luce delle considerazioni formulate nei paragrafi precedenti, la Corte ha dovuto stabilire se il rapporto di *kafala* possa essere assimilato, sotto il profilo funzionale, a quello dell’adozione, ovvero, pensando ai presupposti di norme, se sia possibile individuare una nozione autonoma di “discendente diretto” valida per l’intera Unione e se lo *status* di *kafala* sia capace a sostituirsi a quello di adozione come presupposto della norma materiale europea, fondata sulla “commensurabilità” tra le due situazioni.

Può essere utile qui richiamare la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, del 4 ottobre 2012<sup>67</sup>, in cui si sottolinea “that it can be seen from the comparative-law study that no State equates *kafala* with adoption but that, in French law and in other jurisdictions, it produces effects that are comparable to those of guardianship, curatorship or placement with a view to adoption. Furthermore, the information gathered as to whether prohibition by a child’s national law constitutes an obstacle to adoption has revealed varied and nuanced situations in the legislation of the different States. There is no clear measure of common ground between the member States”. Difatti, la *kafala* algerina non crea un legame di filiazione tra il minore e il suo tutore.

Tuttavia, l’ingresso *non automatico* sembra che in questo caso realizzi l’esigenza di tutelare pienamente il minore. Nell’applicare l’art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, le autorità dello Stato membro ospitante possono controllare se, nel procedimento mediante il quale sono stati disposti la tutela o la custodia, sia stato preso sufficientemente in considerazione l’interesse superiore del fanciullo. Più in particolare, si tratta di accertare se l’affidamento del minore sia avvenuto in modo fraudolento, risultando magari, il vero scopo della *kafala*, trasferire il minore da un Paese all’altro al fine di destinarlo allo “sfruttamento sessuale, [a]l lavoro o [a]i servizi forzati, compreso l’accattonaggio, [a]lla schiavitù o [a] pratiche simili alla schiavitù, [a]lla servitù, [a]llo sfruttamento di attività illecite o [a]l prelievo di organi”<sup>68</sup>. In tal modo, si vuole altresì

---

<sup>66</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE*, del 2 luglio 2009, COM(2009) 313 def.

<sup>67</sup> Corte europea, sentenza del 4 ottobre 2012, ricorso n. 43631/09, *Harroudj c. Francia*, par. 48.

<sup>68</sup> Art. 2, par. 3, direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, del 5 aprile 2011, in GUUE L 101 del 15 aprile 2011, pp. 1-11. In questi casi, appare evidente la superiorità dei meccanismi propri della materia dei diritti umani

impedire a coppie e singoli, consapevoli della loro inidoneità all'adozione, di utilizzare la *kafala* per aggirare gli impedimenti normativi.

Applicando la normativa della direttiva, attraverso la tecnica dei diritti umani, è possibile, dunque, pronunciare l'efficacia di un provvedimento straniero di *kafala*, sebbene lo stesso, a seguito di qualificazione, non abbia una esatta corrispondenza nell'ordinamento interno, non potendo essere riconosciuto in Italia quale adozione (legittimante o non legittimante). L'esclusione della riconducibilità della *kafala* all'adozione è stata espressa, in particolare, dalla Suprema Corte, a sezioni unite, nella citata sentenza del 16 settembre 2013, in cui ha statuito, tra l'altro, che "il cittadino italiano che intenda inserire nella propria famiglia un minore straniero in stato di abbandono non avrebbe altra possibilità che quella di procedere all'adozione internazionale [...] essendo questo l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini", dovendosi così equiparare la *kafala* all'affidamento ai fini del ricongiungimento. Secondo la stessa Corte, che ha anticipato l'interpretazione fornita dal giudice di Lussemburgo, se certamente il minore straniero affidato a cittadino italiano con provvedimento di *kafala* non potrebbe mai rientrare nella nozione di "discendente" che implica un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o anche solo su quella giuridica dell'adozione legittimante, non si ravvisa alcun impedimento a comprenderlo nell'ambito degli "altri familiari" di cui all'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. 30/2007.

Tuttavia, il passaggio delle sezioni unite che più interessa l'impostazione accolta è quello in cui si afferma che non si tratta "di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri" perché il provvedimento straniero non è destinato a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici nel nostro ordinamento, "ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento". L'elusione della disciplina dell'adozione internazionale "sarebbe ipotizzabile se dalla *kafalah* si volessero far derivare effetti nel nostro ordinamento identici o analoghi a quelli dell'adozione, ma non nel caso in cui, nel rispetto della disciplina vigente nel paese di provenienza del minore affidato, il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non svolga altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale"<sup>69</sup>.

---

rispetto a quelli internazionalprivatisti, perché "questi ultimi individuano in astratto solo determinate ipotesi in cui è consentito riconoscere effetti al diritto islamico (se esso venga in rilievo a titolo di questione preliminare, ovvero in sede di riconoscimento, o se manchino nella fattispecie i collegamenti della nazionalità e residenza), mentre la tecnica del bilanciamento consente tale risultato sulla base di una analisi concreta che può essere svolta sempre (anche riguardo alla questione principale, o alla costituzione del rapporto o se sussistano i collegamenti della cittadinanza e residenza), tenendo conto delle circostanze del caso". V., per tutti, G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 72.

<sup>69</sup> In dottrina, J. LONG, *Minore straniero affidato con Kafalah a cittadino italiano: le Sezioni Unite riconoscono, con alcuni limiti, il diritto al ricongiungimento*, in *Minorigiustizia*, 2014, p. 203 ss.; L.

La questione della adottabilità o meno di minori provenienti da ordinamenti che vietano o comunque non ammettono l'istituto dell'adozione nel loro diritto interno offre l'occasione e lo spunto per una riflessione più ampia sulle strategie di protezione e di promozione dei diritti del fanciullo poste in essere dall'Italia a fronte di un numero non quantificabile, ma certamente significativo, di minori stranieri entrati in qualche modo in contatto col nostro ordinamento giuridico i quali sono certamente bisognosi di un progetto di crescita, pur non essendo necessariamente adottabili.

Intanto, occorre sottolineare come l'istituto suddetto risponda alla stessa funzione sociale dell'adozione piena in quanto assicura ad un fanciullo, abbandonato dalla sua famiglia di origine, una nuova parentela che lo accoglierà e provvederà alla sua crescita e educazione. L'esistenza del divieto di adozione nell'ordinamento del Paese di origine del minore significa, evidentemente, che l'affidamento disposto in tale Paese non può essere disposto "a fini di adozione", almeno dal punto di vista dell'ordinamento del Paese di origine.

Del resto, il riconoscimento della *kafala* quale adozione legittimante priverebbe inevitabilmente il minore di uno *status* familiare stabile. Infatti, gli effetti dell'istituto in Italia non sarebbero gli stessi che in Algeria, con notevoli difficoltà pratiche per le autorità italiane al fine di chiarire l'ambito dei poteri degli affidatari. Le autorità straniere manterrebbero comunque il potere di vigilare sull'andamento dell'affidamento.

Considerando, viceversa, il superiore interesse del minore, è possibile qualificare in Italia l'istituto della *kafala*, non come adozione legittimante, ma quale istituto familiare utilizzabile ad altri scopi, ad esempio, per consentire al minore il ricongiungimento familiare. Infatti, indipendentemente dalla possibilità di riconoscere la *kafala* nel nostro ordinamento attraverso i metodi classici o tradizionali, l'intera questione deve essere esaminata dal punto di vista della possibilità che gli effetti dell'atto si spieghino nel nostro ordinamento in forza ed in applicazione dell'intero sistema di diritto internazionale privato. Conseguentemente, nell'impossibilità di poter essere qualificato come adozione, l'atto di *kafala* potrà evidentemente essere utilizzato quale presupposto per il completamento di altre situazioni giuridiche. Accogliendo una nozione di famiglia allargata, la sentenza *SM* fa rientrare nell'istituto familiare una serie di relazioni caratterizzate dalla tutela e dal modello delle responsabilità reciproche. Seppure con la cautela dell'accertamento, riconosce, attraverso la lente del superiore interesse del fanciullo, la complessità e la diversità delle famiglie moderne, ammettendo diversi modelli di convivenza e di legami sottostanti, da quello legale a quello biologico ed affettivo<sup>70</sup>.

---

RACHELI, *Le Sezioni unite dettano le condizioni affinché la Kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 264 ss.; M. SPOLETINI, *Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in kafalah*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 543 ss.

<sup>70</sup> In questo senso, L. PANELLA, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, cit., p. 226, che sottolinea come nella sentenza la Corte ponga "al centro del suo ragionamento il diritto del minore di vivere in una famiglia che lo ha 'scelto'".

Da questo ultimo punto di vista, i meccanismi propri dei diritti umani, nel nostro caso il superiore interesse del fanciullo, hanno permesso il riconoscimento delle situazioni straniere sulla base di una analisi piena e concreta. Tali meccanismi, sempre in tema di ricongiungimento, si apprezzano nel caso del matrimonio poligamico, che non può, come noto, essere celebrato in Italia, per via della norma di applicazione necessaria, contenuta nell'art. 86 c.c. e richiamata dall'art. 116, comma 2 c.c.<sup>71</sup>. Tuttavia, è stato ammesso il riconoscimento in Italia del matrimonio poligamico al fine di realizzare il superiore interesse del minore e il suo diritto a vedersi riconosciuta una famiglia. Così la peculiare importanza oggi attribuita alla tutela dell'interesse del fanciullo permette che un matrimonio siffatto diventi presupposto per il ricongiungimento delle mogli ulteriori al fine di assistere i figli minori che si trovino in Italia con il padre<sup>72</sup>.

## **8. La condizione del cittadino dell'Unione europea e dei suoi familiari nell'ordinamento italiano**

Il recepimento in Italia della direttiva 2004/38/CE è avvenuta con il d.lgs. n. 30, del 6 febbraio 2007, come modificato e integrato da una serie di diversi decreti legislativi, decreti-legge, leggi e memorandum del Ministero dell'Interno<sup>73</sup>. Le disposizioni relative all'esercizio dei diritti alla libera circolazione dei familiari di un cittadino dell'Unione, così come attuate nel primo provvedimento, corrispondevano generalmente a quelle previste dalla direttiva, sebbene vi fossero dei profili di difformità.

Tali profili avevano ad oggetto il richiamato art. 3, par. 2, lett. b), della direttiva<sup>74</sup>, che impone che l'elemento della "stabile relazione" venga provato senza indicare gli specifici mezzi. Per converso, l'art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 30/2007 introduceva una precisa selezione dei mezzi di prova ammessi ad accertare la "stabile relazione", disponendosi che il rapporto – tra il cittadino dell'altro Stato membro e il suo partner –

---

<sup>71</sup> G. CARELLA, *Commento agli articoli 27 e 28, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p.1184 ss.

<sup>72</sup> Così G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 72. Tribunale di Torino, sentenza del 21 dicembre 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, p. 172; Corte d'Appello di Torino, sentenza del 18 aprile 2001, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1492 ss.; Tribunale di Bologna, ordinanza del 12 marzo 2003, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, p. 140 ss.

<sup>73</sup> D.lgs. n. 30, *attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, del 6 febbraio 2007, in GURI n. 72 del 27 marzo 2007. In dottrina, A. LANG, B. NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, p. 43 ss.

<sup>74</sup> European Citizen Action Service, *Comparative study on the application of Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 on the Right of Citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, Brussels, 2009, p. 125 ss.

dovesse essere attestato dallo Stato al quale apparteneva il primo<sup>75</sup>. Pertanto, la “stabile relazione”, ai sensi della legge italiana, doveva necessariamente essere dimostrata tramite documenti ufficiali prodotti dalle autorità dello Stato dal quale proveniva il cittadino dell’Unione, con esclusione, pertanto, non soltanto dei documenti ufficiali dello Stato di origine del partner – se diverso – ma anche dei mezzi di prova non rappresentati da documenti.

Un’ulteriore limitazione dei mezzi di prova ammissibili, non prevista dalla normativa europea, era ravvisabile con riguardo all’ingresso in Italia di cittadini di altro Stato membro o dei loro familiari, privi dei documenti di viaggio o del visto di ingresso<sup>76</sup>. Al riguardo, la direttiva prevede che il respingimento alla frontiera non possa essere adottato ove il soggetto provi comunque la titolarità del diritto alla libera circolazione, servendosi di prove indicate, genericamente, come “altre”. Sul punto, il decreto italiano sanciva, invece, che i documenti di viaggio mancanti potessero essere sostituiti solo da altri documenti previsti dall’ordinamento dello Stato di cui era cittadino il soggetto interessato.

Numerosi emendamenti sono stati introdotti, dopo l’avvio di una procedura di infrazione, con la legge n. 97, del 6 agosto 2013<sup>77</sup>, avendo eliminato la disposizione in base alla quale la certificazione doveva essere rilasciata dallo Stato membro di origine, richiedendosi esclusivamente che la relazione stabile sia provata attraverso documenti ufficiali. I documenti ufficiali dello Stato di origine sono quindi ora ammessi come prova sufficiente, sebbene possano sorgere problemi nell’interpretazione di ciò che costituisce una “relazione stabile” e su quali criteri utilizzare<sup>78</sup>.

Fino all’adozione della legge 76/2016, un partner con il quale il cittadino dell’Unione avesse un’unione civile – sia coppia di sesso diverso sia coppia dello stesso sesso – o un matrimonio omosessuale contratto all’estero o una relazione stabile attestata ufficialmente, rientrava nell’ambito di applicazione dell’art. 3 (“altri familiari”, per i quali, come si è chiarito, lo Stato *facilita* l’ingresso e il soggiorno) e non dell’art. 2 (“familiari a cui è concesso il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri in quanto cittadini dell’UE”), ai fini dei diritti di libera circolazione. Di fatto, le autorità italiane, a differenza di altri Stati membri, non riconoscevano matrimoni *same-sex* e unioni civili celebrate al di fuori dell’UE tra un

---

<sup>75</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *sull’applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri*, del 10 dicembre 2008, COM(2008) 840 def., p. 4.

<sup>76</sup> I diritti di soggiorno non possono essere negati per il solo motivo che il familiare è entrato illegalmente nello Stato membro o che il suo visto d’ingresso sia scaduto, Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, *MRAX*, causa C-459/99.

<sup>77</sup> Procedura di infrazione n. 2011/2053, avviata con diffida del 28 ottobre 2011; archiviata il 10 dicembre 2013. Legge n. 97, *Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea*, del 6 agosto 2013, in GURI n. 194 del 20 agosto 2013.

<sup>78</sup> Gli Stati richiedono normalmente prove formali in queste circostanze, spesso effettuando un ampio esame delle circostanze personali. Il d.lgs. 30/2007 richiede solo una prova formale per “attestare debitamente” la relazione duratura “con documenti ufficiali”. Nessun altro criterio, come la convivenza per un certo periodo, l’assunzione di impegni giuridici, sociali o finanziari a lungo termine (ad esempio un mutuo per l’acquisto di una casa) o l’avere un figlio è previsto dalla legge o applicato nella prassi.

cittadino dell'Unione e un cittadino di un Paese terzo, negando a quest'ultimo lo *status* di "coniuge" ai sensi della direttiva, né il d.lgs. 30/2007 chiarisce nel dettaglio le modalità attraverso le quali gli individui, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 3, possano essere *facilitati* nell'ingresso.

Così, le unioni dello stesso sesso, al pari dei conviventi di sesso diverso, risultavano prive di adeguata tutela con riguardo ai rapporti di coppia, nei confronti dei terzi e delle istituzioni. Tuttavia, era sempre più frequente che uno straniero richiedesse un permesso di soggiorno in forza di un'unione civile contratta all'estero con un cittadino italiano. Il Tribunale di Reggio Emilia, nel 2012, annullava la decisione dell'autorità territoriale di rifiutare un permesso di questo tipo sulla base della circostanza che la qualità di coniuge acquisita nel Paese in cui era stato celebrato il matrimonio avrebbe avuto effetto anche in Italia, sebbene ai soli fini del rilascio della carta di soggiorno<sup>79</sup>. Similmente, il Tribunale di Pescara riconosceva la qualità di "coniuge", ai sensi del d.lgs. 30/2007, ad un cittadino di un Paese terzo coniuge *same-sex* all'estero di un cittadino UE, concedendogli così il diritto al permesso di soggiorno<sup>80</sup>. Con riguardo alle unioni *same-sex*, la Suprema Corte, poi, aveva statuito che l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali non era l'effetto della loro inesistenza o invalidità ma della loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, *qualsiasi effetto* nell'ordinamento italiano<sup>81</sup>.

Successivamente, nel 2012, il Ministero dell'Interno ha emesso una circolare che, pur affermando che il d.lgs. 30/2007, ai sensi dell'art. 10, non consente l'emissione di una carta di soggiorno a un coniuge dello stesso sesso, ha riconosciuto come legittima la pratica di quelle autorità di polizia che avevano rilasciato un simile documento di residenza<sup>82</sup>. Invero, un successivo studio del 2013 ha evidenziato che, a seguito della circolare, gli uffici dell'immigrazione hanno concesso un permesso di soggiorno di durata biennale<sup>83</sup>.

## 9. L'attuazione in Italia del ricongiungimento familiare degli stranieri

Con riguardo ai partner provenienti da Paesi terzi, come s'è detto, l'art. 4, par. 3, della direttiva 2003/86/CE consente agli Stati membri di autorizzare l'ingresso e il soggiorno del partner non coniugato del soggiornante che abbia una relazione stabile e debitamente comprovata con il soggiornante. Gli Stati membri normalmente non attribuiscono il diritto al ricongiungimento familiare a partner non sposati<sup>84</sup>. Questa

---

<sup>79</sup> Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 13 febbraio 2012, n. 1401.

<sup>80</sup> Tribunale di Pescara, ordinanza del 15 gennaio 2013. V., anche, Tribunale di Verona, ordinanza del 5 dicembre 2014.

<sup>81</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4148.

<sup>82</sup> Circolare del 26 ottobre 2012, n. 400/C/2012/8996/IIdiv.

<sup>83</sup> Citizens Without Borders, *Free movement and residence in the European Union a challenge for European citizenship*, 2013, p. 39.

<sup>84</sup> Ciò accade, ad esempio, in Austria, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Slovenia e Spagna.

opzione è applicata totalmente soltanto da Spagna e Svezia<sup>85</sup>. L'art. 29 d.lgs. n. 286, del 25 luglio 1998, in particolare, non si è avvalso del dettato citato, rimanendo escluso al partner straniero, legalmente soggiornante in Italia, chiedere il ricongiungimento con il convivente con carattere di stabilità<sup>86</sup>. In Francia, esiste la possibilità di concedere un permesso di soggiorno a un partner non sposato, ma tale possibilità si realizza sulla base del diritto al rispetto della vita familiare, *ex art. 8 CEDU*<sup>87</sup>. In particolare, la legislazione francese indica che un permesso di questo tipo può essere accordato ad uno straniero che abbia legami personali e familiari in Francia, in forza dei quali, l'eventuale rifiuto rappresenterebbe una limitazione sproporzionata del diritto alla vita familiare. Laddove si tratti di valutare quest'ultimo punto, vengono presi in considerazione i legami personali e familiari in Francia. Inoltre, sono considerate le condizioni di vita del richiedente, la sua integrazione nella società francese e la natura dei legami con la famiglia che è rimasta nel Paese di origine. Ai fini del permesso di soggiorno per ragioni di "vita privata e familiare", la conclusione di un PACS può certamente garantire un legame personale in Francia.

In Ungheria, la nota esplicativa della legge sugli stranieri affermava che "il ricongiungimento familiare per i partner non sposati non è ammesso dalla legge. Non è richiesto dalla direttiva e, a causa dell'assenza di controllo sulle convivenze, costituirebbe un rischio di ordine pubblico". La nota esplicativa del nuovo *Aliens Act* afferma che "il ricongiungimento familiare dei partner non sposati continua a non essere ammesso. La loro convivenza è possibile solo sulla base di un permesso di soggiorno rilasciato per altri scopi". I partner non sposati non sono inclusi nella definizione di familiari ai fini del ricongiungimento familiare, sebbene in Ungheria sia ammessa l'unione registrata<sup>88</sup>.

Le preoccupazioni degli Stati membri in tema di ammissione al ricongiungimento familiare di partner non coniugati riguardano, in particolare, le relazioni fittizie, ma questo appare un timore superabile, atteso che l'esame sui matrimoni si concentra normalmente sulla sostanza delle relazioni<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> V. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *sull'attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, del 29 marzo 2019, COM(2019) 162 def.

<sup>86</sup> D.lgs. n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, del 25 luglio 1998, in GURI n. 191 del 18 agosto 1998 - SO n. 139.

<sup>87</sup> Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, v. *infra*, par. 11.

<sup>88</sup> Cfr. H. LABAYLE, Y. PASCOUAU, *Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunification – Synthesis Report*, 2008, reperibile online al sito [ec.europa.eu/home-affairs/doc](http://ec.europa.eu/home-affairs/doc).

<sup>89</sup> Ai sensi dell'art. 16, par. 2 della direttiva 2003/83/CE, "gli Stati membri possono inoltre respingere la domanda d'ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare, oppure ritirare o rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno dei familiari se è accertato che: a) sono state utilizzate informazioni false o ingannevoli, sono stati utilizzati documenti falsi o falsificati, ovvero è stato fatto ricorso alla frode o ad altri mezzi illeciti; b) il matrimonio, la relazione stabile o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di entrare o soggiornare in uno Stato membro. Nel procedere ad una valutazione ai sensi della presente lettera, gli Stati membri possono tenere in particolare considerazione il fatto che il contratto di matrimonio, relazione stabile o adozione sia stato stipulato successivamente al rilascio del permesso di soggiorno al soggiornante". Secondo il par. 4, "gli Stati membri possono procedere a controlli e ispezioni specifici qualora esista una fondata presunzione di frode

Le autorità nazionali sono competenti a valutare se il matrimonio, per il quale è richiesto o rilasciato un permesso di soggiorno, sia un matrimonio di convenienza. In alcuni Stati membri, come la Germania, le autorità dispongono di poteri più ampi quando il matrimonio sia stato concluso dopo l'ammissione del soggiornante nello Stato membro. In altri Stati, come la Finlandia, la situazione in cui si è in presenza di un divorzio di un cittadino di un Paese terzo, risposatosi nuovamente in un breve periodo, è motivo di valutazione approfondita.

La normativa italiana non si occupa specificamente dei matrimoni di convenienza, tuttavia, risultano applicabili un certo numero di disposizioni legislative<sup>90</sup>. I casi di matrimonio di convenienza potrebbero configurare le ipotesi di reato di false dichiarazioni rese a un pubblico ufficiale e di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>91</sup>. Più in particolare, il d.lgs. 286/1998 consente il rifiuto di una richiesta di ricongiungimento familiare quando venga stabilito che l'unico scopo del matrimonio sia consentire alla persona di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato<sup>92</sup>. Allo stesso modo, il permesso di soggiorno, nei casi di matrimoni avvenuti in Italia con cittadini italiani o UE, è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio non sia seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole, mentre la richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, è rigettata e il permesso di soggiorno è revocato se è accertato che il matrimonio abbia avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare in Italia<sup>93</sup>.

Per quanto riguarda i matrimoni contratti in Italia, un cittadino di Paese terzo ha diritto al permesso di soggiorno per motivi familiari solo se è in possesso di un permesso di soggiorno valido per scopi diversi da almeno un anno prima del matrimonio<sup>94</sup>. Al fine di contrastare i matrimoni di convenienza, l'Italia ha introdotto requisiti più rigorosi per l'acquisizione della cittadinanza italiana per matrimonio con un cittadino italiano. Il d.lgs. 286/1998 ha anche disposto la pena da uno a sei anni di reclusione per chiunque contraffà o altera documenti al fine di ottenere illegalmente un visto o un permesso di soggiorno. Come conseguenza di qualsiasi forma di abuso dei diritti alla libera circolazione, il permesso di soggiorno può essere revocato.

Per evitare i cosiddetti ricongiungimenti a catena e scoraggiare i matrimoni forzati, in forza dell'art. 29, par. 1, il coniuge ha diritto al ricongiungimento, se abbia almeno 18 anni, mentre il minore gode del ricongiungimento con il genitore, se non sia sposato. Una volta concessa l'autorizzazione al ricongiungimento, le autorità consolari italiane possono rilasciare un visto d'ingresso, dopo aver verificato l'autenticità dei documenti

---

o di matrimonio, relazione stabile, o adozione fittizi come definiti al paragrafo 2. Controlli specifici possono essere effettuati anche in occasione del rinnovo del permesso di soggiorno dei familiari”.

<sup>90</sup> European Commission, *Misuse of the Right to Family Reunification. Marriages of Convenience and False Declarations of Parenthood*, 2012.

<sup>91</sup> Art. 12, d.lgs. 286/1998.

<sup>92</sup> Art. 29, par. 9, d.lgs. 286/1998.

<sup>93</sup> Art. 30, par. 1-bis, d.lgs. 286/1998.

<sup>94</sup> Art. 30, par. 1, lett. b), d.lgs. 286/1998.

comprovanti i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute (art. 29, par. 7).

## **10. I modelli normativi delle unioni civili e delle convivenze di fatto alla luce della nuova legge italiana. Le conseguenze sul riconoscimento del diritto all'unità familiare e del diritto, per i cittadini dell'Unione, di circolare liberamente**

L'approvazione della legge 76/2016, oltre all'istituzione delle unioni civili per coppie omosessuali, contenuta nell'art. 1, commi da 1 a 27, 32, 33, 35, ha sancito la regolamentazione delle convivenze di fatto tra "persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale", aperte anche alle coppie eterosessuali (art. 1, commi da 36 a 63, 65), e dettato una norma di conflitto dedicata ai contratti di convivenza (art. 1, comma 64)<sup>95</sup>. In ambito di unioni *same-sex*, la legge ha delegato il Governo a compiere un intervento di "modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato", al fine di rendere applicabile ai matrimoni omosessuali, alle unioni civili e ad ogni altro istituto analogo contratto all'estero la "disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane" (art. 1, comma 28, lett. b), legge 76/2016)<sup>96</sup>.

In particolare, l'art. 1, comma 64, legge 76/2016 ha inserito, dopo l'art. 30 della legge 218/95, l'art. 30-*bis*, dedicato ai contratti di convivenza. Esso dispone che: "1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima". La convivenza è giuridicamente rilevante laddove essa si instauri tra due persone maggiorenni (dello stesso sesso o di sesso diverso), unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso

---

<sup>95</sup> Nella maggior parte dei Paesi europei, questa forma di riconoscimento è disponibile sia per le coppie dello stesso sesso che per quelle di sesso opposto.

<sup>96</sup> Il d.lgs. n. 710, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, del 19 gennaio 2017, ha così modificato la legge 218/1995, introducendo gli articoli da 32-*bis* a 32-*quinqüies* e sostituendo il testo dell'art. 45. L'art. 32-*bis* della legge 218/1995 dispone che il "matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana". Per un inquadramento dei profili di diritto internazionale privato scaturenti dalla normativa richiamata sulle unioni civili, si rinvia a C. RAGNI, *L'impatto della introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto sugli obblighi assunti dall'Italia in ambito europeo*, in *Eurojus*, 6 giugno 2016; E. BERGAMINI, *Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 28 giugno 2016; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 39 ss.; B. BAREL, *Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status*, cit., p. 171 ss.

comune (art. 4, par. 1, d.P.R. n. 223, del 30 maggio 1989<sup>97</sup>) e tra loro non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

Alla luce della introduzione dell'istituto dell'"unione civile", i partner dello stesso sesso uniti civilmente – ma non quelli che abbiano contratto all'estero un'unione civile eterosessuale – possono essere considerati familiari *ex art. 2 d.lgs. 30/2007*. L'introduzione della "convivenza di fatto" permette invece che i conviventi di fatto possano essere considerati familiari, con tutte le conseguenze del caso, *ex art. 3 d.lgs. 30/2007*.

L'art. 29 d.lgs. 286/1998, riguardante l'attuazione della direttiva 2003/86/CE, come ampiamente chiarito, non permette che il partner straniero, legalmente soggiornante in Italia, possa chiedere il ricongiungimento con il convivente con carattere di stabilità. La situazione cambia in relazione al partner unito civilmente. A parte il disposto di cui all'art. 1, comma 20 legge 76/2016<sup>98</sup>, secondo cui "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso", una circolare del Ministero dell'Interno, ha chiarito che le previsioni in materia di ricongiungimento familiare e permesso di soggiorno per motivi familiari si estendano anche alle parti che hanno contratto l'unione civile, sia in Italia sia all'estero. Conseguentemente, lo straniero con regolare permesso di soggiorno può chiedere il ricongiungimento familiare del partner unito civilmente (in Italia o all'estero), straniero e non residente in Italia, e lo straniero che si trova sul territorio nazionale e contrae l'unione civile con un cittadino italiano, può ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari<sup>99</sup>.

Oltre all'esclusione dei conviventi di fatto, non più accettabile alla luce del nuovo testo normativo, si pone la problematica del riconoscimento dell'unione civile eterosessuale contratta all'estero, di cui tratteremo a breve.

---

<sup>97</sup> D.P.R. n. 223, *approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*, del 30 maggio 1989, in GURI n. 132 dell'8 giugno 1989.

<sup>98</sup> I decreti attuativi, entrati in vigore l'11 febbraio 2017, sono: d.lgs. n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*; d.lgs. n. 6, *Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*; d.lgs. n. 7, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, del 19 gennaio 2017, in GURI n. 22 del 27 gennaio 2017.

<sup>99</sup> La domanda di nulla osta al ricongiungimento familiare è presentata con le consuete modalità telematiche dal cittadino straniero regolarmente soggiornante in Italia. La documentazione comprovante l'unione civile – costituita in Italia o all'estero – è prodotta alla Rappresentanza Diplomatica o Consolare Italiana competente che, una volta verificata l'autenticità, deve procedere al rilascio del visto di ingresso per motivi familiari, Ministero dell'Interno, circolare del 5 agosto 2016, prot. n. 3511.

**11. Il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari al partner con cui il cittadino dell'Unione (o lo straniero regolarmente soggiornante) abbia una relazione stabile debitamente attestata, secondo la formula proposta dall'art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 30/2007**

La sentenza del Consiglio di Stato del 31 ottobre 2017<sup>100</sup> ha disposto che la norma in materia di rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che *abbiano contratto matrimonio* nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro UE, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, *ex art. 30, comma 1, lett. b), d.lgs. 286/1998*, sebbene introdotta per regolare i rapporti sorti da unioni matrimoniali, deve applicarsi, in base a un'interpretazione analogica imposta dall'art. 3, comma 2, Cost., anche al partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale, secondo la formula prevista, dall'art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 30/2007, con riguardo al diritto di soggiorno dei familiari di un cittadino UE in un altro Stato membro.

Secondo il Consiglio di Stato, tale conclusione risponde non solo al principio di uguaglianza sostanziale, irrobustito, a livello di legislazione interna, dall'art. 1, comma 36, legge 76/2016 sulle convivenze di fatto, ma anche alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, come illustrato, ha chiarito che la nozione di vita privata e familiare include sia le relazioni consacrate dal matrimonio sia le unioni di fatto e, in generale, i legami esistenti tra i componenti del gruppo designato come famiglia naturale. Così, proprio in virtù della presenza di rapporti affettivi – di natura eterosessuale od omosessuale – l'eventuale applicazione di una misura di allontanamento o di diniego di un permesso di soggiorno è in grado di produrre una limitazione sproporzionata al diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>101</sup>.

Interessante, ai nostri fini, è la parte in cui il Consiglio di Stato ha aggiunto che la circostanza che la legislazione in materia di permessi di soggiorno non sia adeguata o comunque ben coordinata alle riforme introdotte dalla legge 76/2016, consentendo il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, *ex art. 30, comma 1, lett. b), d.lgs. 286/1998*, anche al convivente straniero di cittadino italiano, purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, disciplinate dalla stessa legge 76/2016 (e, in particolare, dall'art. 1, commi 36 e 37), non impedisce l'applicazione mediata “anche in via analogica, degli istituti previsti dalla legislazione in materia di immigrazione per le unioni matrimoniali e, quindi, dello stesso art. 30 citato, e ciò per la forza, essa immediata, di principi costituzionali ed europei, la cui cogenza prescinde dalla normativa sopravvenuta della medesima legge 76/2016 e dalle conseguenti disposizioni di attuazione e/o coordinamento” (par. 4.6 della sentenza).

---

<sup>100</sup> Consiglio di Stato, sentenza del 31 ottobre 2017, n. 5040.

<sup>101</sup> *Ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2012, ricorso n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*, par. 37.

Il Tar Calabria si è espresso sulla questione, statuendo che si deve “dare atto dell'evoluzione del concetto di famiglia comprensivo anche delle unioni di fatto tra individui (anche dello stesso sesso), e della progressiva valorizzazione della convivenza stabile quale fonte di effetti giuridici rilevanti» (par. 6.3 della sentenza). Così, “l'esclusione della convivenza *more uxorio* – stabile ed accertata secondo la legge 76/2016 – dal novero delle situazioni che legittimano il ricongiungimento familiare, appare irragionevole” (par. 7.1 della sentenza)<sup>102</sup>.

Sebbene la Corte Costituzionale abbia ripetutamente chiarito che nessuna norma costituzionale o principio fondamentale possa cancellare le ontologiche differenze tra la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio, legate ad una scelta delle stesse parti interessate, appare necessario tutelare i diritti individuali dell'uomo in tutte le formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, intendendosi per formazione sociale “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione”<sup>103</sup>.

## **12. La tutela degli *status* tra libera circolazione e riconoscimento reciproco delle decisioni**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Orlandi c. Italia*<sup>104</sup> ha statuito che la trascrizione di un matrimonio dello stesso sesso come unione civile era sufficiente per soddisfare gli standard della CEDU e non ha imposto la registrazione del matrimonio come matrimonio. Tale soluzione era stata già adottata in *Hämäläinen c. Finlandia*<sup>105</sup>, in cui la stessa Corte ha negato che il declassamento del matrimonio in una *partnership* registrata violi la CEDU, qualora i due regimi giuridici risultino sostanzialmente comparabili.

---

<sup>102</sup> Basti pensare alle ipotesi di subentro nei contratti di locazione o ai casi di assistenza ospedaliera. Tar Calabria, sentenza del 10 maggio 2019, n. 321.

<sup>103</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138. Con riferimento alla questione del ricongiungimento familiare, la Corte costituzionale, con sentenza del 30 maggio 2008, n. 183, ha evidenziato che il ricongiungimento è diretto a rendere effettivo il diritto all'unità della famiglia che si esprime nella garanzia della convivenza del nucleo familiare e costituisce espressione di un diritto fondamentale della persona umana (Corte Costituzionale, sentenza del 19 gennaio 1995, n. 28; sentenza del 16 aprile 1998, n. 113). Dobbiamo, altresì richiamare Corte costituzionale, ordinanza del 20 aprile 2004, n. 121, con la quale si è affermato che “la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'articolo 3 della Costituzione”. L'art. 3 della Costituzione, infatti, vuole che situazioni uguali vengano trattate in maniera eguale e situazioni differenti vengano trattate in maniera differente. In questo caso l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare il diritto all'unità familiare, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ai sensi dell'art. 2 della Costituzione.

<sup>104</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 2017, ricorsi nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, *Orlandi e altri c. Italia*.

<sup>105</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*.

Equiparando matrimonio e unione civile per le coppie dello stesso sesso, la Corte pare respingere il valore altamente simbolico e religioso del matrimonio. Lo stato civile e il simbolismo ad esso associato fanno parte dell'identità sociale e individuale, così il declassamento del matrimonio potrebbe essere considerato come un declassamento del rapporto e dello *status*<sup>106</sup>. Inoltre, potrebbe capitare, ad esempio, che individui dello stesso sesso sposati all'estero conseguano due diversi stati coniugali ovvero siano considerati sposati nel Paese in cui hanno contratto il loro matrimonio e siano partner uniti civilmente nel Paese in cui si sono trasferiti. Un doppio *status* potrebbe avere un impatto sociale e personale negativo.

Va segnalato, altresì, che unione civile e matrimonio prevedono diritti e obblighi connessi diversi a seconda degli Stati. Ad esempio, in Francia, solo il coniuge è riconosciuto quale erede legale con diritti specifici, non il partner unito civilmente<sup>107</sup>. Quindi, cambiando lo *status* giuridico di un individuo, in base al Paese di residenza, diviene problematico il godimento dei diritti connessi a quello stato. Infine, la discrepanza potrebbe complicare la risoluzione del rapporto. La coppia potrebbe aver cessato l'unione secondo un ordinamento ma risultare ancora coniugata secondo un altro ordinamento.

Possiamo iniziare col dire che il riconoscimento del matrimonio contratto all'estero non presenta evidentemente lo stesso impatto sull'ordine pubblico rispetto alla legalizzazione del matrimonio omosessuale nel Paese di residenza. Cittadini o individui *same-sex* residenti in uno Stato in cui non è ancora permesso sposarsi potrebbero ivi ottenere il riconoscimento dello stato civile conseguito all'estero.

Questo modello è stato adottato dall'Estonia, che, con una legge del 1° gennaio 2016, ha disciplinato le unioni civili *same-sex* e che, a partire da una sentenza del Tribunale di Tallinn, del 24 novembre 2016, riconosce i matrimoni omosessuali celebrati all'estero. In effetti, il Tribunale in parola ha statuito che la legge straniera che consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso non ha intaccato l'ordine pubblico, poiché non è “in contrasto con i principi generali della Costituzione estone o con le norme di diritto penale né ha comportato la violazione dei diritti fondamentali”<sup>108</sup>, disponendo pertanto il riconoscimento del matrimonio. In un'altra sentenza del 2017, il Tribunale del circuito di Tallinn ha rifiutato di riconoscere un matrimonio *same-sex*

---

<sup>106</sup> Si legga P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 27 luglio 2014; S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale?*, *ivi*, 4 agosto 2014.

<sup>107</sup> Code civil, art. 756 ss.

<sup>108</sup> Tallinn Circuit Court, sentenza del 24 novembre 2016, n. 3-15-2355. La Corte ha statuito, in particolare, che “That Estonian law does not provide for this kind of marriage does not mean that Swedish law must be deemed as being in contradiction with public order [...] A contradiction with substantial principles of Estonian law or public order would arise first and foremost if the application of the law of a foreign country brought with it a contradiction with the general principles of the Estonian Constitution or norms of penal law or resulted in the infringement of fundamental rights. Recognition of marriages of persons living in another country that are consistent with that country's laws is not indicative of any of these cases”. Si veda, altresì, European Union Agency for Fundamental Rights, *Making EU citizens' rights a reality: national courts enforcing freedom of movement and related rights*, Luxembourg, 2018, p. 23.

contratto all'estero, poiché si era accertato che uno dei coniugi risiedeva in Estonia al momento del matrimonio, avendo vissuto, per soli tre mesi, nel Paese in cui il matrimonio era stato celebrato<sup>109</sup>. Difatti, il modello all'esame, per funzionare, richiede che le fattispecie non siano fortemente connesse con l'ordinamento del foro.

Il crescente ruolo svolto dal principio del riconoscimento reciproco ha suscitato molte discussioni rispetto alla circostanza che esso possa condurre ad un progressivo allontanamento dal modello internazionalprivatistico classico. La Corte di giustizia, tuttavia, ha ripetutamente affermato che le regole di conflitto e i loro effetti – come tutte le misure nazionali – devono rispettare i requisiti derivanti dalle libertà fondamentali<sup>110</sup>. I criteri sono evidenziati nel caso *Gebhard*<sup>111</sup>. Le misure nazionali che possono ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati devono soddisfare alcune condizioni: essere applicate in modo non discriminatorio; essere giustificate da requisiti imperativi di interesse generale; essere idonee a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito; non devono andare oltre quanto necessario per raggiungerlo.

Il riconoscimento reciproco, come noto, ha ricevuto solo brevi menzioni nel Trattato originario, in relazione alle qualifiche professionali ed al riconoscimento reciproco delle società e delle persone giuridiche. Il concetto è stato poi sviluppato a partire da *Cassis de Dijon*. Tuttavia, il sistema funziona solo fino “a una certa soglia”, evitandosi di intervenire con misure di armonizzazione, solo quando le differenze normative tra gli Stati non siano eccessive. In materia di controlli e standard regolamentari, anche il regime più indulgente deve poter essere visto come sostanzialmente equivalente ai regimi di altri Stati membri, più restrittivi.

L'enorme varietà di “differenze normative” con riguardo alle relazioni di convivenza stabile, anche tra persone dello stesso sesso, rende difficile l'applicazione di questa tecnica. Difatti, essa richiede una base comune di principi condivisi e standard minimi, in particolare per rafforzare la fiducia reciproca<sup>112</sup>. Invero, tale sistema potrebbe realizzarsi se, oltre alla necessità di una maggiore fiducia reciproca e di similarità tra posizioni di partenza, si delineasse altresì l'accettazione che uno Stato membro possa conferire lo stato civile a qualsiasi cittadino dell'UE, così come la libera circolazione delle merci è legata alla circostanza che le stesse merci possano essere prodotte in qualsiasi Stato membro.

In dottrina si è ritenuto configurabile un principio generale di mutuo riconoscimento, nelle ipotesi di relazioni claudicanti, in quanto estensione del principio

---

<sup>109</sup> Tallinn Circuit Court, sentenza del 23 novembre 2017. Il Tribunale del circuito di Tallinn ha riformato la sentenza di un Tribunale amministrativo, in base alla quale la polizia e la guardia di frontiera (PPA) avevano concesso un permesso di soggiorno a una donna di cittadinanza americana sposata con una donna estone. Cfr. [www.baltictimes.com/same-sex\\_couple\\_to\\_appeal\\_decision\\_of\\_circuit\\_court](http://www.baltictimes.com/same-sex_couple_to_appeal_decision_of_circuit_court).

<sup>110</sup> Così H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union*, in J. BASEDOW, I. MEIER, D. GIRSBERGER, T. EINHORN, A.K. SCHNYDER (eds.), *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siher*, The Hague, 2000, p. 542.

<sup>111</sup> Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, *Gebhard*, causa C-55/94.

<sup>112</sup> Programma comune per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento, in GUCE C 12, del 15 gennaio 2001, pp. 10-22.

del Paese di origine in tema di libera circolazione delle merci<sup>113</sup>. Come si è ampiamente chiarito, coloro che possiedono uno *status* determinato fruiscono di diritti legati alla libera circolazione. In questi termini, il principio può essere più rilevante, nel senso che la mancanza di continuità dello *status* potrebbe costituire un ostacolo a tale libertà.

Il riconoscimento delle relazioni personali è diventato in effetti l'inevitabile corollario della libertà di circolazione. In particolare, andrebbe garantito il riconoscimento paneuropeo dello *status* legalmente acquisito nello Stato membro d'origine<sup>114</sup>, laddove esso sia una condizione per far valere una posizione giuridica soggettiva garantita dal diritto UE. Non si può accettare che lo *status* di un individuo, nel senso della sua posizione giuridica nell'ambito del sistema giuridico in questione, venga valutato in modo diverso a seconda della legge dello Stato membro in cui l'individuo risiede o lavora. Se così fosse, il modo in cui le autorità nazionali competenti definiscono lo *status* determinerebbe se il diritto dell'individuo venga riconosciuto o negato. Ciò è incompatibile con il principio alla base dei Trattati in forza del quale le posizioni giuridiche soggettive ai sensi del diritto UE devono godere di pari riconoscimento, ovvero deve essere possibile invocarle allo stesso modo in tutti gli Stati membri<sup>115</sup>.

In altre parole, l'immutabilità dello *status* – ogniqualvolta, ovviamente, esso costituisca un elemento o un prerequisito per l'esercizio di un diritto – deriva dalla necessità di garantire in modo uniforme l'effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive ai sensi del diritto europeo. Sarebbe contrario all'idea stessa di integrazione che un diritto esista in uno Stato membro, ma non in un altro, perché lo stato civile della persona interessata è disciplinato in modo diverso all'interno dell'Unione, sebbene la stessa Unione sia concepita, anche ai nostri fini, come un'area unica senza frontiere interne<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> M. MELCHER, (*Mutual*) *Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law*, in *Journal of Private International Law*, 2013, p. 149 ss.

<sup>114</sup> Per una completa ricostruzione v. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 253 ss.

<sup>115</sup> Così, conclusioni dell'Avvocato generale A. La Pergola, presentate il 3 dicembre 1996, *Dafeki*, causa C-366/94, par. 6.

<sup>116</sup> In argomento, si veda C. HONORATI, *Free circulation of names for EU citizens?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 379 ss., in cui, con riguardo alla sentenza *Grunkin-Paul*, si sottolinea come il diritto alla libera circolazione includa il diritto di tutti i cittadini di circolare con lo stesso *status* acquisito nello Stato di origine e di mantenere l'identità personale – in questo caso il cognome – nell'intera Unione. In altre parole, il diritto a non essere obbligato a cambiare il proprio cognome, nel palleggio tra Stato di cittadinanza e Stato di residenza, dovrebbe essere riconosciuto come inerente al diritto fondamentale di circolare all'interno dell'UE. L'A. sostiene tra l'altro che la sentenza in parola evidenzia la necessità di rivedere la teoria secondo la quale lo Stato di origine sia solo quello di cittadinanza, sebbene quest'ultimo consenta di rispettare gli ambiti di competenza degli Stati membri. Si veda, inoltre, sul punto, C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010.

### 13. La riqualificazione dello *status* conseguito all'estero ai fini della libera circolazione. In particolare, la problematica dell'unione civile eterosessuale non ammessa dalla legge italiana

Nella legge italiana, come è emerso ampiamente, nulla è disposto quanto al riconoscimento delle unioni civili, avvenute all'estero tra persone di sesso diverso. Potrebbe, così, verificarsi l'ipotesi di una coppia che abbia contratto un'unione di questo tipo e che in Italia voglia esercitare la libertà di circolazione. Oltre per le considerazioni già formulate<sup>117</sup>, in mancanza di riferimenti normativi, una riqualificazione della fattispecie come matrimonio o convivenza appare inaccettabile.

La dottrina, con riguardo ai matrimoni *same-sex* conclusi all'estero, ha sostenuto che l'art. 32-*bis*, che, come già chiarito dispone che il "matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana", impone una riqualificazione come unione civile a qualunque matrimonio (omosessuale) celebrato all'estero da un cittadino italiano<sup>118</sup>. Il problema, tuttavia, ci sembra possa risolversi sulla base dell'"approccio *Coman*", alla luce dell'esistenza e della validità di una situazione giuridica che condiziona, in qualità di presupposto, l'applicazione di una norma materiale europea relativa alla libera circolazione degli individui<sup>119</sup>. Difatti, siamo oramai dinanzi ad una nozione autonoma europea di coniuge, tratta dai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati, ammettendosi fungibilità tra la situazione costituitasi per l'ordinamento straniero e i contenuti tipici di quella analoga disciplinata astrattamente altrove e conseguendone che la prima situazione giuridica può prendere il posto della seconda al fine di dare luogo agli effetti ricollegati alla situazione stessa dalla norma materiale del foro<sup>120</sup>.

Evidentemente il quadro descritto, relativo al riconoscimento dei matrimoni contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, è funzionale all'esercizio dei diritti al ricongiungimento, conferiti agli individui considerati, dal diritto dell'Unione. Alla stessa conclusione possiamo pervenire in tema di *kafala*, applicando, tuttavia, i meccanismi propri dei diritti umani che permettono il riconoscimento delle situazioni straniere sulla base di una analisi concreta. Attraverso la

<sup>117</sup> V. *supra*, par. 12.

<sup>118</sup> C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 41 ss.; G. BIAGIONI, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 498; O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, *ibidem*, p. 537.

<sup>119</sup> V. *supra*, parr. 5 e 6.

<sup>120</sup> Pur essendo pregnante l'esigenza di salvaguardia dei valori costituzionali interni dei singoli Stati e nella necessità di considerare la diversa declinazione che i principi comuni possono assumere in ciascuno Stato (in argomento, v. F. DEANA, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo-online*, 2019, p. 1988 ss., in cui si evidenzia, tra l'altro, in quali circostanze le autorità nazionali possono legittimamente rifiutare il riconoscimento dello *status*, in particolare per motivi di ordine pubblico), come si è in parte chiarito, la nozione "autonoma" di coniuge, nell'impostazione accolta, non incide su questi aspetti, dovendosi rendere possibile, nell'ambito dell'ordinamento UE, la realizzazione delle *conseguenze* della situazione giuridica costituitasi all'estero. V. *supra*, par. 6, in specie nota 58 s., per ulteriori riferimenti.

tutela del superiore interesse del fanciullo, è possibile pronunciare l'efficacia di un provvedimento straniero di questo tipo, sebbene lo stesso, a seguito di qualificazione, non abbia una esatta corrispondenza nell'ordinamento interno.

Così, è pacifico che il principio della continuità degli *status*, per le motivazioni illustrate, appaia soddisfatto rispetto allo *status* di coniuge e rispetto all'unione civile omosessuale, *ex* articoli 32-*bis* e 32-*ter*, comma 1, legge 218/95. Le preclusioni, viceversa, restano in relazione all'unione civile eterosessuale, nonché per le convivenze registrate, sia omosessuali sia eterosessuali, costituite all'estero mediante contratto, qualora la legge nazionale comune o la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata (*ex* art. 30-*bis*, legge 218/1995) non preveda queste convivenze.

In tali casi, in attesa che si registri una convergenza diffusa degli Stati membri su questi modelli, se si dovesse realizzare la nullità dell'unione potremmo applicare, alla luce delle considerazioni formulate da ultimo nel paragrafo che precede, "una regola speciale di coordinamento tra ordinamenti (da ritenersi introdotta nell'ordinamento sotto l'influenza del suddetto principio di continuità e stabilità degli statuti personali), che, in deroga al sistema conflittuale, conduca al riconoscimento dello statuto personale derivante dall'unione, sulla base della mera constatazione della sua validità secondo le disposizioni dell'ordinamento dello Stato che l'ha creata. Compiuto, in tal modo, il riconoscimento del matrimonio o dell'unione diversa dal matrimonio, i relativi effetti saranno disciplinati dalla legge designata dalla competente norma di diritto internazionale privato del foro"<sup>121</sup>. Dunque, per ciò che ci interessa, questa regola speciale di coordinamento blocca l'operatività del sistema di conflitto quando il diritto richiamato dia luogo ad un risultato incompatibile con la libera circolazione<sup>122</sup>.

Quelle esposte sono soluzioni del tutto adatte e vicine alle dinamiche attuali di svolgimento della vita dei soggetti, capaci di garantire la continuità degli *status*. Queste ultime argomentazioni sono contenute in un libro sul multiculturalismo ove si evidenziano la possibilità e la prospettiva dell'individuo che sceglie di collocarsi tra vari ordinamenti, attraverso il fenomeno della migrazione<sup>123</sup>. Abbiamo un sistema normativo articolato in più fonti e, dunque, l'individuo, circolando sempre di più, è portato a scegliere anche l'ordinamento nel quale andare a situare i propri rapporti. Si tratta di una "poligamia di luogo" che ha reso meno stringente il legame che avvince i singoli alle rispettive comunità<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Così D. DAMASCELLI, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, cit., p. 107. Si rinvia, per tutti, a R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 491, secondo cui il riconoscimento può comportare "l'adaptation ou l'assimilation partielle des effets produits à l'étranger en fonction de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil".

<sup>122</sup> Su questo punto, v. M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37 ss.

<sup>123</sup> In argomento, M.C. BARUFFI, *Cittadinanza e diversità culturali, con particolare riferimento alla poligamia*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 195 ss.

<sup>124</sup> Così M.R. FERRARESE, *Istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, *passim*.

**ABSTRACT:** L'articolo esamina le nozioni di coniuge, unioni civili e convivenze, nelle direttive europee sulla libera circolazione e sul ricongiungimento familiare e nella legge italiana, al fine di mettere in discussione l'approccio tradizionale alla definizione di "famiglia". Attraverso queste direttive, l'Unione europea esercita una significativa autorità sulla migrazione familiare, fornendo espressamente i pertinenti diritti derivati ai "coniugi" di cittadini europei e di cittadini stranieri regolarmente soggiornanti. Vengono considerate, inoltre, le questioni delle unioni civili, il cui riconoscimento, da parte dello Stato ospitante, condiziona il diritto alla libera circolazione. Il saggio analizza il caso *SM*, in cui la Corte di giustizia ha chiarito il significato del termine "discendente diretto" nella direttiva 2004/38/CE, presupposto giuridico delle norme in materia di libera circolazione e punto di partenza per una riflessione sull'evoluzione della disciplina della famiglia nel diritto dell'UE.

**KEYWORDS:** caso *SM* – unione civile – convivenza – nozione di "discendente diretto" – continuità dello *status* personale.

#### RECOGNITION IN THE HOST STATE OF FAMILY *STATUS* ESTABLISHED ABROAD FOR FAMILY REUNIFICATION

**ABSTRACT:** This Article considers the definitions of spouse, civil partner and partner in the Citizens' Rights Directive, in the Family Reunification Directive and in the Italian Law in order to question the traditional approach to defining "family". Through these Directives, the European Union exercises significant authority over family-based immigration, expressly providing immigration rights to the "spouses" of EU citizens and legal residents. It further highlights the problems created by basing free movement rights of civil partners on host state recognition of such partnerships. This paper provides a critical analysis of the *SM* Case, where the Court of Justice clarified the meaning of the term "direct descendant" in Directive 2004/38/EC as the starting point for a reflection on the evolving treatment of the family in EU law.

**KEYWORDS:** *SM* Case – civil partnership – cohabitation – notion of "direct descendant" – continuity of personal *status*.