

TRIBUNALE DI CATANIA

PRIMA SEZIONE CIVILE

^^^^^^^^^^^^^^

IL GIUDICE DESIGNATO

Dr.ssa Concetta Pappalardo,

Esaminati gli atti del procedimento iscritto al n. .../2011 R.G., avente ad oggetto ricorso, proposto ai sensi degli artt. 30 d.lgs. n. 286/1998 e succ. mod. ed integr. e 8 d.lgs. n. 30/2007, avverso il provvedimento di rigetto del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari emesso in data 23/3/2009 dal Questore di Catania, proposto da M.K., nato a ... (Marocco) il ..., coniugato con la cittadina italiana S.G., nata a ... il ..., giusto matrimonio civile contratto in Italia in data .../2007;

Visto il provvedimento di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti emesso da questo Giudice e letta la comparsa di costituzione depositata dal Ministero dell'Interno – Questura di Catania – che ha chiesto il rigetto del ricorso;

Letto il verbale dell'udienza del 10/5/2011, sciogliendo la riserva assunta all'udienza suddetta, osserva:

FATTO

Il ricorrente, cittadino extracomunitario marocchino, in seno al ricorso introduttivo, ha premesso di aver contratto matrimonio in Catania con una cittadina italiana, in data .../2007 (cfr. estratto matrimonio in atti), e che, in data 4/9/2007, gli era stato rilasciato un permesso di soggiorno con scadenza annuale (cfr. permesso di soggiorno in atti); ha dedotto che, in data 8/9/2008, aveva presentato richiesta di rinnovo di tale permesso, ovvero di rilascio della carta di soggiorno per cittadini extracomunitari familiari di cittadini dell'Unione Europea; ha affermato che, nei sei mesi successivi alla celebrazione, il matrimonio era entrato in crisi ed egli aveva deciso di separarsi di fatto dalla moglie e di tornare in Marocco; ha dedotto che, al suo rientro in Italia, in data 18/5/2010, era stato fermato all'aeroporto di Roma e gli era stato notificato il provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno emesso da parte della Questura di Catania in data

23/3/2009, per un triplice ordine di motivi e segnatamente: 1) per il difetto del requisito della convivenza tra i coniugi; 2) per non aver il ricorrente dimostrato di disporre di un reddito da lavoro o altra fonte lecita di sostentamento; 3) per le condanne riportate dallo straniero ostative alla sua permanenza in Italia.

Ciò premesso in fatto, il ricorrente lamenta l'erroneità del provvedimento impugnato deducendo, innanzitutto, che poiché la disciplina di cui al d.lgs. n. 286/1998 è stata modificata in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 30/2007, attuativo della direttiva europea 2004/38/CE (che, in relazione al coniuge di cittadino comunitario, non richiede il requisito della convivenza), l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare esclusivamente tale disciplina, abrogativa del d.lgs. n. 286/1998, in quanto più favorevole, e non già fare riferimento al d.lgs. n. 286/98, con l'ulteriore conseguenza dell'irrilevanza della sua separazione di fatto dal coniuge italiano ai sensi dell'art. 12 del decreto citato.

Ha, altresì, dedotto l'erroneità del provvedimento impugnato, poiché l'esistenza di condanne penali a suo carico non poteva ritenersi, di per sé, ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 30/07, secondo cui soltanto motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza nel rispetto del principio di proporzionalità possono ostare al rilascio del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari.

L'amministrazione resistente, in seno alla comparsa di costituzione, si è opposta all'accoglimento del ricorso, sostenendo la perdurante applicabilità del d.lgs. n. 286/98, dato che il permesso di soggiorno era stato originariamente rilasciato ai sensi della predetta disciplina, con conseguente necessità del requisito della convivenza effettiva tra il ricorrente e la moglie, rivelatasi insussistente alla luce dell'istruzione effettuata dalla P.A., e data l'inapplicabilità del d.lgs. n. 30/07 per il fatto oggettivo del mancato esercizio da parte della moglie cittadina italiana del diritto di circolazione o soggiorno in altro Stato membro, e chiedendo il rigetto degli altri motivi di ricorso.

DIRITTO

A) Deve, preliminarmente, rilevarsi che, nel caso in esame, sussiste la giurisdizione del Giudice Ordinario, vertendosi in materia di ricorso avverso il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, che involge posizioni di diritto soggettivo, com'è del resto espressamente previsto sia dall'art. 30 d.lgs. n. 286/1998, sia dall'art. 8 d.lgs. n. 30/2007 entrambi invocati dal ricorrente (cfr., in tal senso, già Cass. 12/1/2005 n. 383; Cons. Stato n. 4318/2008).

B) Nel merito, il ricorso proposto dal ricorrente, cittadino extracomunitario di nazionalità marocchina coniugato con cittadina italiana, sottopone all'attenzione del decidente numerose e delicate questioni interpretative che appaiono, per certi versi, nuove e controverse e vanno, quindi, partitamente esaminate.

Va, innanzitutto, osservato che, nel caso in esame, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione convenuta, sussistono i presupposti di applicabilità del d.lgs. n. 30/2007 attuativo della direttiva europea 2004/38/CE, invocato dal ricorrente, atteso che, per un verso, sotto il profilo soggettivo, il ricorrente è un cittadino extracomunitario coniugato con cittadina italiana, e che, per altro verso, sotto il profilo oggettivo, devono ritenersi sussistenti i presupposti sostanziali di applicabilità della disciplina in esame.

Sotto il primo profilo, va osservato che deve considerarsi ormai superato l'orientamento espresso dalla S.C. nella sentenza n. 6441/2009, invocata dall'Amministrazione convenuta, secondo cui primo presupposto di applicabilità del d.lgs. n. 30/2007, quale "disciplina più favorevole" doveva ritenersi il fatto che il cittadino italiano, coniuge dell'extracomunitario, avesse o meno esercitato il suo diritto di stabilimento in altro Stato membro diverso da quello di appartenenza.

Tale interpretazione, invero, – seppure sostenuta anche dalla Corte di giustizia in relazione alle disposizioni contenute nella direttiva europea 2004/38/CE, laddove il paese membro, nella sua legislazione interna, non riconosca alcun diritto di soggiorno al familiare del cittadino, come per esempio avviene nel caso del Regno Unito, (cfr., da ultimo, Corte di Giustizia sentenza 5/5/2011 causa C 434/09), – tuttavia, non tiene conto dell'espressa estensione, effettuata dal legislatore italiano, sul versante del diritto interno, in sede di recepimento della medesima direttiva, delle

regole dettate dal d.lgs. n. 30/2007 al cittadino extracomunitario coniugato con cittadino italiano, come riconosciuto nelle pronunzie più recenti del S.C., che hanno ormai definitivamente statuito che “la nuova normativa di fonte comunitaria regola l’ingresso, la circolazione ed il soggiorno nel territorio dell’Unione non solo dei cittadini (non italiani) della stessa ma anche dei cittadini italiani e dei loro familiari, questi ultimi quali definiti dall’art. 2 e 7” (cfr., in termini, Cass. 2010/25661; Cass. 17346/2010).

In proposito, va osservato che l’art. 28, comma secondo, del d.lgs. n. 268/98 disponeva che ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell’Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del d.p.r. 30/12/1965 n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione; il d.p.r. n. 1656/65 é stato abrogato dall’art. 15 del d.p.r. 2002/54, e, successivamente anche quest’ultimo d.p.r. é stato espressamente abrogato dall’art. 25 del d.lgs. 2007/30, che, inoltre, nell’art. 23 prevede espressamente che: “Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana”.

Ne deriva che poiché il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria soprarichiamata, ha espressamente esteso la nuova disciplina anche al coniuge extracomunitario del cittadino italiano, é il d.lgs. n. 30/2007 che regola la fattispecie in esame e non già in via esclusiva il T.U. immigrazione.

Sotto il secondo profilo, va osservato, altresì, che, ad avviso del decidente, non osta all’applicabilità del d.lgs. n. 30/2007 la circostanza che nel caso in esame il ricorrente, al momento del rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari di cui é stato denegato il rinnovo con il provvedimento impugnato, era entrato in Italia clandestinamente.

In proposito, va osservato che non appare condivisibile l’orientamento espresso dal S.C. nella recente sentenza n. 17346/2010 nella parte in cui il S.C., – affrontando la questione se dall’applicazione del d.lgs. n. 30/2007 sia derivata o meno la implicita abrogazione delle norme del T.U. (e, precisamente, degli artt. 19 comma 2 e art. 30, comma 1-bis, introdotto dall’art. 29 della L.

n. 189/2002 e modificato anche dal d.lgs. n. 5/2007) che alla esistenza e permanenza della convivenza collegano il rilascio ed il mantenimento del titolo di soggiorno, – ha affermato che tale problema non si pone laddove il cittadino extracomunitario sia entrato clandestinamente e senza ottenere i titoli che lo abilitano al soggiorno ed alla circolazione nei paesi della comunità, secondo le previsioni di cui agli artt. 10 e 17 del decreto n. 30/2007, poiché, in tal caso, dovrebbero trovare applicazione esclusivamente le norme dettate dal T.U. immigrazione.

Invero, tale interpretazione non appare condivisibile, poiché non tiene conto della interpretazione della direttiva diametralmente opposta seguita, proprio sul punto in esame, dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza del 25/7/2008 (c.d. caso Metock), che, al contrario, ha chiarito che la direttiva può applicarsi anche “ai familiari che non soggiornavano già legalmente in uno Stato membro” ed “a prescindere dalle modalità secondo la quale detto cittadino di un paese terzo ha fatto ingresso nella Stato membro ospitante” (punti 52 e 99 della decisione).

E ciò, in virtù del principio pacifico secondo cui, in materia di fonti comunitarie, l’interprete é obbligato ad una lettura conforme agli orientamenti interpretativi della Corte di giustizia CE che hanno valore vincolante per il Giudice nazionale.

Ne deriva che, nel caso in esame, anche con riferimento al profilo in esame, - nonostante cioè la clandestinità dell’ingresso del ricorrente nel territorio dello Stato membro, - deve trovare applicazione il d.lgs. più volte citato che, a differenza del T.U. immigrazione, non prevede per il coniuge extracomunitario del cittadino italiano il requisito della contestuale ed effettiva convivenza con il cittadino italiano.

C) Ciò posto, deve, tuttavia, verificarsi se, in seguito all’entrata in vigore del d.lgs. n. 30/2007 con riferimento al coniuge extracomunitario di cittadino italiano, le disposizioni del T.U. immigrazione debbano ritenersi superate *in toto* dalla nuova disciplina “più favorevole”, ovvero se residuino margini di applicazione della previgente normativa, con specifico riferimento alle previsioni dettate in relazione ai c.d. matrimoni fittizi.

La questione è rilevante nel caso in esame, poiché nel provvedimento impugnato si fa espresso riferimento alla mancanza di convivenza tra il ricorrente ed il coniuge, e poiché parte convenuta ha prodotto in atti gli accertamenti effettuati dalla P.A. che, come meglio si dirà infra, hanno escluso che tale convivenza tra i coniugi vi sia mai stata.

In proposito, va, innanzitutto, osservato che la direttiva 2004/38/CE, attuata con il d.lgs. n. 30/2007, al considerando 28 dichiara che “per difendersi da abusi di diritto o da frodi in particolare matrimoni di convenienza o altri tipi di relazioni contratte all’unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di adottare le necessarie misure” ed all’art. 35 prevede espressamente che “gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura di questo tipo e’ proporzionata ed e’ soggetta alle garanzie procedurali previste dagli artt. 30 e 31”.

Ne deriva che l’entrata in vigore del d.lgs. n. 30/2007 non ha comportato l’abrogazione dell’art. 30, comma 1-*bis*, del testo unico sull’immigrazione che dispone la revoca o il diniego dell’autorizzazione al soggiorno al coniuge del cittadino italiano o europeo “qualora sia accertato che al matrimonio non e’ seguita l’effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole” o, comunque, a fronte dell’accertamento che “il matrimonio abbia avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all’interessato di soggiornare nel territorio dello Stato”.

Come osservato da attenta dottrina, invero, anche se il d.lgs. n. 30/2007 nulla prevede espressamente sul punto, l’art. 30, comma 1-*bis*, T.U. sull’immigrazione deve considerarsi norma tuttora applicabile anche se non “più favorevole”, in quanto espressione, nel diritto interno, di quella facoltà riconosciuta agli Stati membri dall’art. 35 della direttiva, sicché la apparente lacuna del decreto legislativo, in realtà, non sussiste perché, in realtà, era già colmata dalla norma previgente dettata proprio in relazione ai familiari del cittadino italiano o europeo.

In altri termini, in seguito all’entrata in vigore del d.lgs. n. 30/2007, la disciplina di origine comunitaria, pur trovando applicazione per il coniuge non più convivente oppure non coabitante,

presuppone, in ogni caso, che si tratti di matrimonio autentico e non già meramente fittizio (cfr., in tal senso, Cass. 2010/17571; Trib. Reggio Emilia 12/7/2007; Trib. Torino 23/10/2009).

Alla stregua di tali principi, venendo al caso in esame, il ricorso proposto dal ricorrente non può trovare accoglimento e deve disattendersi.

Com'è noto, secondo l'orientamento consolidato del S.C. formatosi in applicazione del TU sull'immigrazione, il matrimonio con un cittadino italiano in tanto conferisce allo straniero il diritto al soggiorno in Italia, sia ai fini del rilascio del relativo permesso di soggiorno che ai fini del divieto di espulsione, in quanto ad esso faccia riscontro l'effettività della convivenza – *rectius* del matrimonio, non solo come atto, ma come rapporto, – la cui prova è a carico dello straniero, non essendo la convivenza presumibile in base al mero vincolo coniugale né alle mere risultanze anagrafiche (Cass. 3/11/2006 n. 23598; Cass. 8/2/2005 n. 2539).

Orbene, nel caso in esame, il ricorrente non ha minimamente assolto all'onere probatorio su di esso incombente, risultando, per contro, dai documenti in atti, elementi indiziari, gravi, precisi e concordanti, che depongono per la sussistenza di un matrimonio di mero comodo tra il ricorrente e la moglie cittadina italiana.

In punto di fatto, invero, dagli accertamenti esperiti dalla P.A. prodotti in atti, risulta documentalmente provato che: 1) il matrimonio tra il ricorrente e la cittadina italiana S.G. è stato celebrato in data .../2007; 2) nel certificato di stato di famiglia rilasciato dal Comune di C. il ricorrente non risultava convivere con nessuno presso la residenza anagrafica dichiarata in C. ... n. ...; 3) risulta dagli accertamenti effettuati dalla P.G. che la moglie del ricorrente risultava anagraficamente iscritta in ... Via ... e che presso tale indirizzo, in data 9/10/2008, vi erano presenti altri soggetti tra i quali tale I.P., convivente del padre della S.G., la quale asseriva che la S. aveva abitato assieme a loro per un certo periodo dal 24/12/2007 sino al luglio 2008 e che nel marzo del 2008 la S. aveva partorito una bambina di nome G.C. nata dall'unione con il suo convivente G.M., e di non aver mai saputo del matrimonio tra la S. ed il ricorrente; 4) risulta da ulteriori accertamenti effettuati dalla P.G. che presso l'indirizzo del ricorrente in ... n. ... si rinveniva un'abitazione

disabitata e che un vicino riferiva che lo straniero, riconosciuto in fotografia, non vi abitava più e di non aver mai visto la moglie.

Sulla base di tali elementi gravi precisi e concordanti, – tutti adeguatamente valorizzati nella istruzione esperita e richiamati *per relationem* nella motivazione del provvedimento impugnato, – sussistono fondati motivi per ritenere che il matrimonio contratto dal ricorrente e dalla moglie cittadina italiana sia stato un mero matrimonio di comodo cui non ha fatto seguito la convivenza, ne' alcun ulteriore elemento attestante l'esistenza iniziale dell'*affectio* e della comunione di vita materiale e spirituale propria del rapporto di coniugio.

Inoltre, va osservato che il ricorrente non ha addotto alcun elemento di segno opposto rispetto a quelli sopradescritti, e posti a base del provvedimento impugnato.

Conclusivamente il ricorso va rigettato restando assorbiti gli ulteriori motivi.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del procedimento, data la novità delle questioni trattate e l'esistenza di contrasti giurisprudenziali su alcune delle questioni trattate.

P.Q.M.

Definitivamente decidendo nel giudizio iscritto al n. .../2011 R.G.:

Rigetta il ricorso;

Spese compensate;

Si comunichi ai procuratori costituiti delle parti.

Catania, 17/5/2011

Il Giudice Monocratico

Dr.ssa Concetta Pappalardo