

# **BGer 2A.397/2002 vom 25. November 2002**

Bundesgericht, 2002-11-25, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.397\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.397_2002)

FR: TF 2A.397/2002 du 25 novembre 2002

IT: TF 2A.397/2002 del 25 novembre 2002

## **Regeste**

Cittadinanza e diritto degli stranieri

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

In materia di diritto degli stranieri, il ricorso di diritto amministrativo non è proponibile contro il rilascio o il rifiuto di permessi al cui ottenimento la legislazione federale non conferisce un diritto (art. 100 cpv. 1 lett. b n. 3 OG). L' art. 4 LDDS sancisce che l'autorità competente decide liberamente, nei limiti delle disposizioni della legge e dei trattati con l'estero, in merito alla concessione dei permessi di dimora. Lo straniero ha quindi un diritto all'ottenimento di un simile permesso solo laddove tale pretesa si fonda su una disposizione del diritto federale o su un trattato internazionale ( DTF 127 II 60 consid. 1a, 126 II 425 consid. 1 con numerosi rinvii).

### **E. 1.2**

Giusta l' art. 7 cpv. 1 LDDS , il coniuge straniero di un cittadino svizzero ha diritto al rilascio e alla proroga del permesso di dimora; dopo una dimora regolare ed ininterrotta di cinque anni, questi ha diritto al rilascio di un permesso di domicilio. Il rifiuto del permesso sollecitato dalla ricorrente, sposata con un cittadino svizzero dal 10 maggio 1996, può quindi essere sottoposto al Tribunale federale mediante ricorso di diritto amministrativo (art. 100 cpv. 1 lett. b n. 3 OG a contrario). Sapere se un tale diritto sussista ancora (cfr. art. 7 cpv. 1 terza frase e cpv. 2 LDDS) è un problema di merito, non di ammissibilità ( DTF 122 II 289 consid. 1b; 120 Ib 6 consid. 1).

### **E. 2**

Con il rimedio esperito, la ricorrente può fare valere la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere d'apprezzamento, nonché la lesione dei diritti costituzionali ( art. 104 lett. a OG ); in quest'ultimo caso il ricorso di diritto amministrativo assume la funzione di ricorso di diritto pubblico ( DTF 123 II 385 consid. 3, con rinvii). Quale organo della giustizia amministrativa, il Tribunale federale esamina d'ufficio l'applicazione del diritto federale ( art. 114 cpv. 1 OG ), senza essere vincolato dai considerandi della decisione impugnata o dai motivi invocati dalle parti. L'insorgente può inoltre censurare l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti ( art. 104 lett. b OG ). Considerato comunque che nel caso concreto la decisione impugnata emana da un'autorità giudiziaria, l'accertamento dei fatti da essa operato vincola il Tribunale federale, salvo che questi risultino manifestamente inesatti o incompleti oppure siano stati accertati violando norme essenziali di procedura ( art. 105 cpv. 2 OG ).

### **E. 3**

Per costante giurisprudenza vi è abuso di diritto laddove un determinato istituto giuridico viene invocato per realizzare degli interessi che il medesimo istituto non si prefigge di tutelare ( DTF 121 I 367 consid. 3b; 121 II 97 consid. 4). In relazione all' art. 7 LDDS , ciò è il caso allorquando il coniuge straniero di un cittadino svizzero si richiama ad un matrimonio che sussiste solo a livello formale, unicamente per ottenere il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno: un simile scopo non risulta in effetti tra quelli tutelati dalla norma in questione ( DTF 128 II 145 consid. 2.2; 127 II 49 consid. 5a; 123 II 49 consid. 4 e 5; 121 II 97 consid. 2 e 4). La prassi ha tuttavia precisato che l'esistenza di una situazione abusiva non dev'essere ammessa con leggerezza: in particolare non vi è abuso di diritto già per il fatto che i coniugi vivono separati o perché tra loro è pendente una procedura di divorzio. Nel formulare l' art. 7 LDDS , il legislatore ha infatti volutamente ommesso di far dipendere il diritto del coniuge straniero di un cittadino svizzero all'ottenimento di un permesso di soggiorno dall'esistenza di una comunione matrimoniale di fatto ( DTF 121 II 97 segg.): è per contro necessario che vi siano concreti indizi tali da indurre a ritenere che i coniugi non siano (più) intenzionati a condurre una vita comune e rimangano legati dal vincolo matrimoniale soltanto per ragioni di polizia degli stranieri ( DTF 127 II 49 consid. 5a con riferimenti). Per il che, dev'essere da subito respinta l'obiezione sollevata dall'insorgente secondo cui, in base alla prassi attuale, il fatto che i coniugi vivano separati farebbe nascere la presunzione dell'esistenza di un abuso di diritto. In effetti, quello appena evocato, non è altro che un elemento - più o meno importante a seconda delle circostanze - tra i tanti che l'autorità di polizia deve prendere in considerazione per valutare se sia data una delle fattispecie contemplate dall' art. 7 cpv. 2 LDDS e per, se del caso, negare il rilascio del permesso di soggiorno al coniuge straniero di un cittadino svizzero.

#### **E. 4**

Con il suo gravame la ricorrente solleva una serie di critiche avverso i principi giurisprudenziali appena esposti.

##### **E. 4.1.1**

In primo luogo ella sostiene che ai fini dell'applicazione dell' art. 7 LDDS si deve tenere conto dei mutamenti recentemente intervenuti nella legislazione svizzera in materia di divorzio e segnatamente del fatto che l' art. 114 del Codice civile svizzero (CC; RS 210) - nella sua versione del 26 giugno 1998, in vigore dal 1° gennaio 2000 - stabilisce che i coniugi debbano avere vissuto separati per 4 anni, prima che ciascuno di essi possa chiedere unilateralmente lo scioglimento del matrimonio. Afferma che attraverso questa disposizione il legislatore federale ha voluto togliere al giudice del divorzio il compito di dover valutare l'esistenza di un grave turbamento delle relazioni coniugali, introducendo la presunzione che ciò sia il caso soltanto dopo 4 anni di separazione. Appoggiandosi sull'opinione di una parte della dottrina (in particolare: Marc Spescha, *Fremdenpolizei als Scheidungsrichterin*, in *Plädoyer* 2/02, pag. 32 e segg.), sostiene che la prassi attualmente vigente in materia di abuso di diritto impone alle autorità amministrative di polizia degli stranieri di effettuare una valutazione dei rapporti coniugali che, in seguito all'entrata in vigore della suddetta novella legislativa, ormai neppure il giudice civile è più legittimato a compiere nell'ambito di una causa di stato. Aggiunge che, in questo modo, le autorità di polizia degli stranieri assumono paradossalmente il ruolo di giudici del divorzio, il che contrasta non solo con l'ordinamento legislativo delle competenze, ma pure con il principio di uguaglianza che deve valere tra coniugi stranieri di cittadini svizzeri separati e non separati.

#### **E. 4.1.2**

La censura è infondata. Il Tribunale federale ha avuto recentemente occasione di sottolineare che, per quanto attiene all'applicazione delle norme in materia di diritto degli stranieri, le autorità amministrative sono sostanzialmente tenute a valutare le relazioni tra coniuge svizzero e coniuge straniero senza essere vincolati dalla situazione esistente dal profilo del diritto del divorzio e soprattutto in maniera indipendente dal giudice civile ( DTF 128 II 145 consid. 2.2). A questo proposito si deve considerare che è lo stesso art. 7 cpv. 2 LDDS ad imporre una simile valutazione. In effetti, nella misura in cui questa disposizione sancisce il decadimento dei diritti contemplati dal cpv. 1 del medesimo articolo in caso di matrimonio fittizio o di mantenimento del legame coniugale unicamente per scopi di polizia degli stranieri, essa obbliga di fatto le autorità di polizia a verificare a titolo pregiudiziale la posizione del coniuge straniero sotto l'angolo delle sue relazioni matrimoniali con il consorte svizzero. Tale esame dev'essere sostanziale e non può limitarsi alla semplice constatazione dei rapporti formalmente esistenti dal punto di vista del diritto civile tra i coniugi, altrimenti le possibilità per quest'ultimi di aggirare la legge rimarrebbero intatte e verrebbero così vanificati gli scopi che il legislatore federale si è preposto di raggiungere adottando l' art. 7 cpv. 2 LDDS . In questo ambito il nuovo diritto del divorzio non ha dunque affatto modificato i compiti e le competenze che la legislazione federale in materia di polizia degli stranieri riserva alle autorità amministrative chiamate a decidere in merito al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno a favore del coniuge straniero di un cittadino svizzero. Si deve inoltre aggiungere che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, il fatto di sottoporre in taluni casi ad accertamenti approfonditi i rapporti matrimoniali esistenti tra coniuge svizzero e coniuge straniero, non disattende il principio dell'uguaglianza, in quanto ciò non avviene senza alcun motivo, ma costituisce la premessa necessaria per poter determinare l'esistenza di una delle situazioni di abuso contemplate dall' art. 7 cpv. 2 LDDS . L'insorgente motiva poi la sua censura partendo dall'assunto - errato - secondo cui simili accertamenti concernerebbero soltanto le coppie separate, ma non quelle viventi sotto il medesimo tetto. Sennonché, già è stato detto in precedenza che quello della separazione di fatto o di diritto dei coniugi non è altro che uno dei tanti indizi che possono indurre ad ammettere l'esistenza di una situazione di abuso in materia di polizia degli stranieri (cfr. consid. 3 in fine). Nulla impedisce però alle autorità amministrative di procedere a delle verifiche anche in quei casi dove i coniugi vivono in comunione domestica, qualora altri elementi dovessero far nascere il sospetto di una relazione finalizzata esclusivamente a favorire il rilascio di un permesso di soggiorno in Svizzera a favore del consorte straniero.

#### **E. 4.2.1**

La ricorrente si richiama poi all'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione Svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, in vigore dal 1° giugno 2002 (ALC; FF 1999 VI 5978 e segg.), e in particolare al diritto per i familiari di un cittadino comunitario, con diritto di soggiorno in Svizzera, di stabilirsi con esso in quest'ultimo Paese ( art. 3 ALC e art. 3 Allegato I ALC ). A questo proposito fa valere l'esistenza di una disparità di trattamento. Pur riconoscendo in sostanza di non ricadere direttamente nel campo di applicazione del suddetto accordo in virtù della sua cittadinanza bulgara, ella sostiene comunque che detta normativa riserva al coniuge straniero di un cittadino comunitario residente in Svizzera un trattamento migliore di quello che invece l' art. 7 LDDS garantisce al coniuge straniero di un cittadino elvetico

che vive nel suo Paese. Afferma in effetti che in virtù della prassi instaurata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di applicazione dell' art. 10 del Regolamento n. 1612/68 del Consiglio europeo, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità europea, il diritto di soggiorno contemplato dal predetto articolo, pur presupponendo che l'alloggio di cui dispone il lavoratore possa considerarsi normale per ospitare la sua famiglia, non è subordinato al fatto che l'abitazione familiare permanente sia unica (sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 febbraio 1985 nella causa n. 267/1985 in re Diatta). Appellandosi al principio della parità di trattamento, e in particolare all' art. 8 cpv. 2 e 3 Cost. , nonché a quanto disposto dalla cifra 8.6 delle Istruzioni e commenti emanate dall'Ufficio federale degli stranieri concernenti l'introduzione graduale della libera circolazione delle persone (Istruzioni OLCP), chiede dunque che, sulla base di questa giurisprudenza, vincolante per l'applicazione dei trattati bilaterali, le sia riconosciuto un diritto all'ottenimento del permesso di domicilio.

#### **E. 4.2.2**

La ricorrente, che non è né cittadina svizzera né cittadina comunitaria, non rientra tra i soggetti a cui si rivolge il suddetto accordo bilaterale sulla libera circolazione delle persone (cfr. art. 1 prima frase ALC) e, come tale, non beneficia di nessun diritto ad essere trattata allo stesso modo di un cittadino comunitario residente in Svizzera o del coniuge straniero di quest'ultimo. Per tale motivo ella non può far valere sotto questo profilo la violazione del principio di uguaglianza. Ammettere il contrario significherebbe estendere indirettamente il campo di applicazione dell'accordo ad un'ampia cerchia di persone che, per via della loro nazionalità, ne sono manifestamente escluse. Di conseguenza i suddetti argomenti appaiono infondati e come tali devono essere respinti.

#### **E. 5**

Considerato dunque che, alla luce di quanto sopra esposto, non sussistono motivi per scostarsi dalla prassi sin qui seguita dal Tribunale federale per quanto attiene all'applicazione dell' art. 7 LDDS , occorre innanzitutto considerare che, nel caso di specie la comunione domestica dei coniugi è stata alquanto breve ed ha avuto una durata di poco più di due anni: in effetti, secondo quanto accertato dalla precedente istanza di giudizio, già nell'estate del 1998 essi abitavano in due appartamenti diversi dopo di che hanno continuato a vivere separati. Interrogati nel settembre 2000 dalla Polizia cantonale ticinese in merito alle loro relazioni coniugali, la ricorrente e suo marito hanno sostanzialmente ammesso di avere avuto successivamente alla loro separazione di fatto unicamente dei contatti sporadici e di avere quindi organizzato le loro rispettive esistenze in maniera autonoma l'uno dall'altra. Le risultanze di questa inchiesta non sono mai state contestate dalla ricorrente, la quale, per atti concludenti, ne ha quindi riconosciuta l'esattezza. In simili circostanze il matrimonio tra B. \_\_\_\_\_ e A. \_\_\_\_\_ risulta ormai da tempo completamente svuotato di ogni contenuto e le possibilità di una ripresa dell'unione coniugale tra i due coniugi appaiono oggettivamente inconsistenti. Certo, dinanzi al Consiglio di Stato prima e al Tribunale cantonale amministrativo poi la ricorrente ha affermato di essersi riconciliata pendente causa con il marito e di avere ripreso a convivere con quest'ultimo nell'appartamento da lei locato a XXX. A tale proposito si deve tuttavia rilevare che i modi e i tempi con cui questa asserita e improvvisa riconciliazione ha avuto luogo appaiono alquanto sospetti. Per questo motivo dev'essere condivisa la valutazione operata dal Tribunale amministrativo, secondo cui l'atteggiamento assunto nell'occasione dai coniugi

risulta dettato non tanto dall'autentica volontà di ricomporre la loro unione coniugale, quanto piuttosto dai bisogni di causa della moglie. Visto tutto quanto precede, è dunque senza incorrere nella violazione del diritto federale che la Corte cantonale è pervenuta alla conclusione che la ricorrente, abusando dei diritti che le derivano dall'art. 7 cpv. 1 prima frase LDDS, si richiama ad un matrimonio ormai esistente soltanto sulla carta, al solo scopo di poter continuare a fruire dell'autorizzazione di soggiornare in Svizzera. Dal momento che l'abuso di diritto rimproverato all'interessata sussisteva già prima della decorrenza - avvenuta il 10 maggio 2001 - del termine di 5 anni di cui all'art. 7 cpv. 1 seconda frase LDDS, ella non può esigere che le sia rilasciato il permesso di domicilio ( DTF 121 II 97 consid. 4c). Per il che, è a giusta ragione che le autorità amministrative ticinesi si sono rifiutate di accogliere l'istanza dell'insorgente senza neppure procedere all'allestimento di un rapporto informativo sulla sua persona, né domandare il relativo preavviso all'autorità comunale.

#### **E. 6**

Stante tutto quanto precede, il ricorso dev'essere respinto. Visto l'esito del medesimo, la tassa di giustizia va posta a carico della ricorrente ( art. 156 cpv. 1, 153 e 153a OG ). Non si assegnano ripetibili ad autorità vincenti ( art. 159 cpv. 2 OG ). Con l'emanazione del presente giudizio, la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, contenuta nel gravame, è divenuta priva d'oggetto.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.