

Matrimonio e ordine pubblico

Matrimoni misti e unioni paramatrimoniali: ordine pubblico e principi sovranazionali (*)

di **Giacomo Oberto**

L'articolo si propone di illustrare taluni dei profili internazionalprivatistici più controversi in materia di matrimoni misti, con particolare riguardo alle regole d'ordine pubblico. I possibili *conflits de civilisations* vengono esaminati sia con riferimento al momento genetico del negozio coniugale, sia con riguardo a quello della crisi e dello scioglimento del relativo vincolo, sia in relazione alle stabili (e all'estero più o meno formalizzate) relazioni omosessuali e, più in generale, alle convivenze di fatto. Come si avrà modo di vedere, i possibili contrasti non attengono solo al nostro rapportarsi al mondo islamico, ma anche al confronto (ed all'integrazione nel più generale quadro europeo) con ordinamenti e sistemi decisamente più avanzati sul terreno dell'effettivo riconoscimento del principio di parità e di non discriminazione tra tutti i soggetti.

1. Il conflitto con l'ordine pubblico nella creazione del vincolo matrimoniale e nel riconoscimento dei suoi effetti personali (con particolare riguardo al ricongiungimento familiare)

La trattazione della materia dei matrimoni misti e delle conseguenze giuridiche di tale fenomeno, sempre più frequente, impone innanzi tutto una verifica dei possibili problemi di impatto con i principi fondamentali scolpiti nel nostro ordinamento interno. Come da molti rilevato, l'esplicita rilevanza costituzionale della famiglia (art. 29 Cost.) impone un'attenta difesa dei principi fondamentali, trasfusi negli istituti giusfamiliari, avverso gli effetti destabilizzanti che potrebbero derivare dall'applicazione di norme straniere con essi confliggenti.

Il principale strumento di tutela a tale scopo fornito dalla vigente l. n. 218/1995 è il c.d. «limite dell'ordine pubblico», che può, da un lato, impedire l'applicazione delle norme straniere (art. 16) (1) e, dall'altro, bloccare il riconoscimento, in linea di principio automatico, dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti pubblici resi all'estero (artt. 64 ss.) (2).

Note:

(*) Testo della relazione presentata all'*VIII Forum Nazionale*

dell'*Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia - Avvocati di Famiglia*, svoltosi a Roma nei giorni 20 e 21 novembre 2009 sul tema: «Diritti delle persone e della famiglia. Problemi, tendenze e ruolo dell'avvocato». Si esprime il più vivo ringraziamento alla dott.ssa Alice Panepinto per gli spunti forniti.

(1) «Art. 16.

Ordine pubblico.

1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. 2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

(2) «Art. 64.

Riconoscimento di sentenze straniere.

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: - a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; - b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; - c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; - d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; - e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; - f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; - g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

«Art. 65.

Riconoscimento di provvedimenti stranieri.

1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla ca-
(segue)

Le conseguenze del riconoscimento, o del suo rifiuto, del legame familiare fondato sul diritto di uno Stato straniero ricadono su diversi profili, attinenti sia alla costituzione del vincolo, che alla sua crisi ed al relativo scioglimento. Per quanto attiene agli effetti del matrimonio, ancorché nel campo del diritto amministrativo, esistono evidenti implicazioni anche sull'esercizio del diritto all'unità familiare così come esso risulta disciplinato, per quanto attiene agli stranieri extracomunitari, dagli artt. 28 ss. D.lgs. n. 286/1998, e, per quanto concerne cittadini comunitari ed italiani, dal D.lgs. n. 6 febbraio 2007, n. 30 con il quale è stata attuata la direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Iniziando, dunque, dal profilo della creazione del vincolo, e dei suoi effetti di carattere personale (con particolare riguardo al ricongiungimento familiare), va detto che, per quanto attiene alla compatibilità di modelli di matrimonio stranieri (in particolare del diritto musulmano) con l'ordine pubblico italiano, viene in rilievo il divieto opposto da diversi ordinamenti d'ispirazione coranica al matrimonio tra una loro cittadina ed uno straniero non appartenente alla *Umma*, ossia alla comunità dei fedeli dell'Islam. Più precisamente, una donna musulmana può sposare solo un musulmano, mentre un uomo musulmano può sposare una donna dei paesi delle religioni del libro (cioè una musulmana, ovvero una cristiana o un'ebrea). Un impedimento di tale tipo è stato ritenuto incompatibile con il fondamentale diritto di ogni persona a sposarsi e costituire una famiglia, oltre che contrario al divieto di discriminazione per motivi religiosi (3). La cittadina straniera può rivolgersi pertanto al giudice ordinario, chiedendo di autorizzare la celebrazione anche in assenza del nulla osta di cui all'art. 116 c.c., rifiutato dalle autorità del suo Stato di cittadinanza per siffatte ragioni (4). Il carattere poligamico del matrimonio musulmano pone poi problemi attinenti al riconoscimento dello stesso ai fini del ricongiungimento familiare. Si tratta di preoccupazioni pesantemente avvertite a livello, innanzi tutto, internazionale. Così, ad esempio, il Comitato per i Diritti Umani (*Human Rights Committee*) dell'O.N.U. ha affermato nel suo Commento Generale 28, del 29 marzo 2000, Paragrafo 24, la totale incompatibilità tra la dottrina dei diritti umani con il divieto delle «*inter-religious marriages*» e con la pratica della poligamia (5). Analogamente l'Assem-

di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

«Art. 66.

Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria.

1. I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'art. 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano».

(3) Trib. Taranto, 13 luglio 1996, in questa *Rivista*, 1996, 446; Trib. Napoli, 29 aprile 1996, in questa *Rivista*, 1996, 446; Trib. Barcellona, 9 marzo 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 164; Trib. Torino, 24 febbraio 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, 985; Trib. Genova, 4 aprile 1990, in *Giur. mer.*, 1992, 1195; Trib. Verona, 6 marzo 1987, in *Stato civ. it.*, 1987, II, 201.

(4) Corte cost., 30 gennaio 2003, n. 14, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1180, il cui testo si riporta qui di seguito:

«(...) Ritenuto (...) che il Tribunale di Roma in via principale dubita, in riferimento all'art. 2 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 116 del cod. civ., in quanto la prescrizione allo straniero dell'obbligo di presentare all'ufficiale dello stato civile la dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese che nulla osta al matrimonio secondo la legge cui è sottoposto incide, limitandola gravemente, sulla libertà di contrarre matrimonio;

che la questione, formalmente proposta con riguardo all'intero art. 116 c.c., alla luce della motivazione va circoscritta al solo primo comma avente ad oggetto la suindicata prescrizione;

che la questione è manifestamente inammissibile, in quanto il remittente, per consentire allo straniero il matrimonio anche nei casi in cui la presentazione del nulla-osta sia resa impossibile o dalle circostanze di fatto esistenti nel proprio Paese oppure da una legislazione prevedente condizioni per il matrimonio contrarie all'ordine pubblico, postula che sia espunta dall'ordinamento l'intera disposizione concernente il nulla - osta, documento questo che nella maggior parte dei casi non limita ma facilita l'esercizio della libertà matrimoniale; che non vi è quindi corrispondenza tra la questione come proposta e la motivazione che il Tribunale di Roma ha addotto;

che in subordine il giudice remittente, anche in questo caso al di là della letterale formulazione del quesito, da individuare nei suoi esatti termini alla stregua della motivazione, sospetta d'illegittimità costituzionale l'art. 116 c.c. (*recte*: l'art. 116, comma 1, c.c.) nella parte in cui non prevede che lo straniero possa provare con ogni mezzo la ricorrenza delle condizioni per contrarre matrimonio secondo le leggi del proprio Paese ad eccezione, eventualmente, di quelle che contrastano con l'ordine pubblico;

che tale questione è manifestamente infondata, anzitutto in quanto il remittente ha erroneamente valutato l'ambito dei provvedimenti adottabili all'esito del procedimento *ex art.* 98, comma 2, c.c., escludendo la configurabilità di una decisione autorizzatoria ed omettendo così di verificare la differente interpretazione della norma censurata derivante dalla possibilità di autorizzare le pubblicazioni, secondo una soluzione già più volte seguita dalla giurisprudenza di merito;

che, inoltre, il giudice *a quo* considera isolatamente la norma impugnata, senza inquadrarla nel sistema, in particolare senza riferirsi al contesto normativo in cui l'applicazione della legge straniera è esclusa ove i suoi effetti siano contrari all'ordine pubblico (...).».

(5) «*The right to choose one's spouse may be restricted by laws or practices that prevent the marriage of a woman of a particular*

Note:

(continua nota 2)

pacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o

blea Parlamentare del Consiglio d'Europa, nella sua risoluzione del 2002, n. 1293 (*Situation of Women in Maghreb*) ha chiaramente stabilito che «*repudiation and polygamy violate the principle of human dignity. Polygamous marriages cannot, thus, be recognised by Council of Europe member states*». Analogo sfavore traspare dalla Direttiva del 2003 dell'Unione Europea (cfr. Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003), relativa al diritto al ricongiungimento familiare, che, al considerando n. 11, stabilisce che «il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive».

Il riscontro giurisprudenziale di tale impostazione si rinviene in Italia in una decisione del T.A.R. Emilia Romagna, che negò la possibilità di attribuire alla seconda moglie dello straniero poligamo lo *status* di coniuge stante la contrarietà all'ordine pubblico del legame poligamico, con conseguente impossibilità di ottenere il ricongiungimento familiare (6).

Successivamente, la S.C. ha avuto modo di precisare che la preclusione avverso il matrimonio poligamico opera solo nei casi di effettiva pluralità di vincoli coniugali in capo al medesimo soggetto, non invece nei confronti di matrimoni di fatto monogamici ancorché disciplinati da leggi che, in astratto, ammettono la poligamia. La Cassazione ha così stabilito che «In virtù del principio del *favor matrimoni*, l'atto di matrimonio non perde validità se non sia stato impugnato per una delle ragioni indicate dagli artt. 117 e ss. c.c. e non sia intervenuta una pronuncia di nullità o di annullamento; ne consegue che, in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero, pur secondo una legge prevedente la poligamia e il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non si può disconoscere l'idoneità di tale matrimonio a produrre effetti nel nostro ordinamento, finché non si deduca la nullità di tale matrimonio e non intervenga una pronuncia sul punto. (Nella specie, la S. C. ha confermato la sentenza di merito che, ritenuto che il profilo dell'ordine pubblico e del buon costume, connessi alle caratteristiche della poligamia e del ripudio, proprie del matrimonio islamico, erano estranei al rapporto dedotto in giudizio, aveva affermato il rilievo in sede ereditaria dello *status* di coniuge acquisito in virtù di matrimonio cele-

brato in Somalia nel rispetto delle forme stabilite dalla *lex loci* ed in presenza dei requisiti di stato e capacità delle persone)» (7).

Si registra un caso pressoché equivalente nel Regno Unito, risalente al 1982 (8), in cui la *Court of Appeal* ha sancito che il matrimonio di fatto monogamo tra due residenti in Gran Bretagna, celebrato in un Paese straniero che ammetteva la poligamia (nel caso di specie il Pakistan), non poteva non essere riconosciuto dall'ordinamento britannico, in quanto «*being an English domiciliary, his capacity to marry was governed by English law which only allowed monogamous marriages*» (9). Oltre Manica, la residenza/domicilio dei soggetti viene considerata come l'elemento determinante nel decidere sull'esistenza di un matrimonio poligamico: se un marito ed una moglie vivono in Gran Bretagna in un contesto matrimoniale di fatto monogamo, anche se dovessero esservi altre mogli in un Paese straniero, sposate secondo il diritto locale, queste eventuali mogli non sono riconosciute dall'ordinamento inglese, nemmeno se dovessero successivamente trovarsi in Inghilterra.

Le ragioni dell'impostazione qui in esame vanno rinvenute, per il matrimonio poligamico, nella violazione dei fondamentali principi di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e del divieto di discriminazione in base al sesso che la configurazione poligamica del matrimonio *ipso facto* comporta, essendo evidente lo sbilanciamento a favore del marito di un istituto che gli consente di prendere contemporaneamente sino a quattro mogli (si veda anche quanto detto sopra, con riguardo al principio

Note:

(continua nota 5)

religion with a man who professes no religion or a different religion. States should provide information on these laws and practices and on the measures taken to abolish the laws and eradicate the practices which undermine the right of women to marry only when they have given free and full consent. It should also be noted that equality of treatment with regard to the right to marry implies that polygamy is incompatible with this principle. Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitively abolished wherever it continues to exist»: cfr. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument).

(6) Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, sent. N. 926/94, in *Gli stranieri*, gennaio-aprile 1995, II, 58 ss.

(7) Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 613.

(8) Cfr. *Hussain v. Hussain* ([1982] 1 All ER 369, (1983) 4 FLR 339).

(9) Si veda per una panoramica completa: Prakash Shah, *Attitudes to polygamy in English law*, <http://www.arts.manchester.ac.uk/casas/papers/pdfpapers/polygamy.pdf>.

sancito dallo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite e dalla risoluzione del 2002 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa).

Innegabili però anche le ragioni di tutela delle «mogli ulteriori» rispetto alla prima, e della relativa prole. Così nell'esperienza giurisprudenziale tedesca, in effetti, è stata talora riconosciuta l'efficacia del matrimonio poligamico al fine di riconoscere anche alla seconda moglie il diritto ad ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari. Lo stesso è avvenuto anche in Francia, laddove, ad esempio, nel caso Montcho del 1980, il Consiglio di Stato concesse per primo il permesso di soggiorno alla seconda moglie di un uomo originario dell'Algeria, dando così rilevanza al diritto al ricongiungimento familiare. Secondo il supremo giudice amministrativo, la qualità di coniuge legittimo, ai fini del solo ricongiungimento familiare con uno straniero regolarmente residente in Francia, avrebbe dovuto essere accertata in base alla legge personale dei richiedenti: se quest'ultima prevede la poligamia, il diritto a raggiungere il marito spetta anche alle mogli successive alla prima ed ai relativi figli, le quali hanno diritto a condurre una vita familiare normale. La successiva legge del 24 agosto 1993 è venuta però a stabilire che, ove un uno straniero poligamo risieda in Francia con la sua prima moglie, il diritto al ricongiungimento familiare non può essere concesso ad un'altra sposa. A meno che tale sposa non sia deceduta o abbia perso i diritti derivanti dalla parentela, i figli dell'altra sposa non possono godere del diritto di ricongiungimento familiare (10).

Il problema è che da un matrimonio poligamico possono nascere figli da ciascuna delle diverse mogli e l'istituto del ricongiungimento ha anche evidente tratto al rapporto genitore-figlio, a prescindere dalla relazione tra i due genitori (11). Di un certo interesse, in questa prospettiva, potrebbe essere la decisione della Corte d'Appello di Torino del 2001 che ha permesso l'ingresso in Italia ex art. 31, terzo comma, D.lgs. n. 286/1998 della seconda moglie dello straniero poligamo già soggiornante nel territorio dello Stato con la prima moglie: la Corte territoriale ha riconosciuto il prioritario interesse del minore a vivere quotidianamente con entrambi i genitori, nonostante l'accertata natura poligamica del nucleo familiare nel quale la convivenza si sarebbe effettivamente svolta (12).

Dal canto suo, come già ricordato, la Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, al considerando n. 11, dispone che «il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato

nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive». A sua volta, l'art. 4, comma 4 così dispone: «In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge» (e quindi, aggiungiamo noi, potrebbe convivere con la terza moglie, la quale sarebbe protetta da questa disposizione, anche «contro» la prima moglie). In deroga al par. 1, lett. c), gli Stati membri possono limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge. La normativa d'attuazione (d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5) non si è avvalsa di questa facoltà, col rischio che, a sua volta, essendo il figlio in Italia, l'altra moglie possa chiedere il ricongiungimento ai sensi dell'art. 29, comma quinto, del T.U. sull'immigrazione (13).

Note:

(10) Cfr. E. Bernardini e Cannatà, *Shari'a e ordinamenti occidentali*, disponibile alla pagina web seguente: http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Relazioni/Cannata_Bernardini.pdf.

(11) Sul tema del ricongiungimento genitore-figlio cfr. P. L. Carbone, *Applicabilità del diritto italiano al cittadino mussulmano: il minore "a carico" può ricongiungersi alla madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, Nota a Cass., 9 giugno 2005, n. 12169, in questa *Rivista*, 2005, 354 ss.; v. inoltre Cass., 17 marzo 2009, n. 8519, in questa *Rivista*, 2009, 995, con nota di Patania: «Ai sensi dell'art. 31 D.Lgs. n. 286/98, il Tribunale può autorizzare l'ingresso e la permanenza di un familiare di un minore straniero per un tempo determinato per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova sul territorio italiano, dovendosi revocare l'autorizzazione quando vengano a cessare i gravi motivi di cui sopra».

(12) App. Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1492.

(13) Interessante sul punto l'esperienza britannica. Come già detto, nel Regno Unito il diritto al ricongiungimento familiare viene concesso alle mogli in un matrimonio di fatto monogamico anche se celebrato secondo un ordinamento che ammette la poligamia. In ogni caso, i figli nati da una moglie ulteriore, caso in cui il matrimonio sarebbe considerato *void*, sono riconosciuti come aventi diritto alla cittadinanza britannica se il padre risiede in Gran Bretagna ed ha tale cittadinanza. Il caso *Zahra and Another v. Visa Officer, Islamabad* ([1979-80] Imm AR 48) davanti all'*Immigration Appeals Tribunal* offre degli importanti spunti di riflessione sul tema in esame: la legge britannica sull'immigrazione ha adottato il criterio «*traditional or dual domicile*» (ovvero «*pre-nuptial or ante-nuptial*») per escludere mogli ulteriori, semplicemente rifiutando il riconoscimento della validità del vincolo matrimoniale se contratto (all'estero) dopo che il marito aveva iniziato a risiedere in Gran Bretagna, per concludere che, qualora il marito avesse preso una seconda moglie dopo aver trasferito la propria residenza nel Regno Unito, questa moglie non avrebbe

(segue)

2. Il conflitto con l'ordine pubblico nella fase patologica dell'unione matrimoniale

Il confronto con la tradizione islamica in materia familiare può rivelarsi problematico anche sotto il profilo della disciplina della fase patologica del vincolo coniugale. A tal proposito va premesso che la nostra giurisprudenza recente ha manifestato una sempre maggiore disponibilità ad applicare disposizioni straniere che prevedono modalità di divorzio diverse da quelle contemplate dalla disciplina materiale italiana: sono state, infatti, ritenute compatibili con i principi essenziali del foro le norme marocchine ed albanesi che prevedono il divorzio immediato per maltrattamenti (14), ma anche le norme statunitensi sul divorzio immediato per mutuo consenso (15).

Quanto sopra rappresenta un dato certamente significativo, se solo si considera che, ancora non molti anni fa, una decisione di merito ritenne incompatibile con l'ordine pubblico la legge francese che ammetteva il divorzio per colpa senza un preliminare periodo di separazione (16).

In questo quadro si viene del resto a collocare una sentenza del 2009 del Tribunale di Firenze, che ha accolto l'istanza di divorzio di una donna fiorentina che, dopo essersi sposata in Italia con un cittadino spagnolo, era andata a vivere nella terra del marito, dove però il rapporto, dopo solo tre mesi, era naufragato. Il giudice ha applicato i seguenti principi: ai sensi dell'art. 31 della l. n. 218/1995, alla procedura di divorzio va applicata la legge nazionale comune (cioè la stessa) dei due coniugi al momento della domanda. Se questa legge comune manca, si applica la legge dello Stato in cui il rapporto coniugale è stato

Note:

(continua nota 13)

potuto ricongiungersi al marito. Tuttavia, con il caso *Rokeya and Rably Begum v. Entry Clearance Officer*, Dacca [1983] Imm AR 163, la seconda moglie ed i figli nati da tale unione sono stati ammessi in Gran Bretagna (ricongiungimento), in quanto il marito aveva vissuto tra il Regno Unito (dove viveva con la prima moglie, riconosciuta dall'ordinamento britannico) e Bangladesh, quindi non era residente in Gran Bretagna al momento della celebrazione della seconda unione (ciò che sarebbe stato motivo di esclusione secondo la giurisprudenza sviluppata in *Zahra*). Un altro caso, *Entry Clearance Officer, Dhaka, v. Ranu Begum and Others* [1986] Imm AR 461, ha messo ulteriormente alla prova la teoria sulla residenza (*traditional test*). Il secondo matrimonio (celebrato in Bangladesh) è stato riconosciuto come valido secondo l'ordinamento inglese, in quanto il primo vincolo era di fatto venuto meno, creando in una situazione di separazione consensuale, seppur senza divorzio. Tuttavia, l'introduzione nel 1988 dell'*Immigration Act* ha modificato i termini della questione, vietando espressamente ad una moglie ulteriore di ricongiungersi al marito, qualora vi sia già una moglie residente e ri-

conosciuta come tale dall'ordinamento inglese. In giurisprudenza, il caso R. v. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Laily Begum* ([1996] Imm AR 582) illustra come la seconda moglie di un cittadino inglese defunto non abbia potuto ottenere l'ingresso nel paese, sebbene i figli nati da tale unione avessero la cittadinanza britannica. La motivazione addotta dal giudice è qui stata che la donna ed i figli avrebbero potuto vivere in Bangladesh (paese di origine della donna e del defunto marito, prima che ottenesse la cittadinanza britannica) (cfr. ancora Prakash Shah, *op. loc. ultt. citt.*).

(14) V. rispettivamente, Trib. Pordenone, 14 settembre 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 181; Trib. Tivoli, 14 novembre 2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 402. V. anche Trib. Napoli, 26 aprile 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, 460 relativa ad un'ipotesi di applicazione della legge di Cabo Verde.

(15) Cfr. da ultimo Cass., 25 luglio 2006, n. 16978: «In tema di riconoscimento di sentenza straniera di divorzio, la circostanza che il diritto straniero (nella specie, il diritto di uno Stato degli USA) preveda che il divorzio possa essere pronunciato senza passare attraverso la separazione personale dei coniugi ed il decorso di un periodo di tempo adeguato tale da consentire ai coniugi medesimi di ritornare sulla loro decisione, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera che abbia fatto applicazione di quel diritto, per quanto concerne il rispetto del principio dell'ordine pubblico, richiesto dall'art. 64, comma 1, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n. 218, essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi».

Cfr. inoltre Cass., 28 maggio 2004, n. 10378: «Non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico, per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana, una sentenza di scioglimento del matrimonio pronunciata, fra cittadini italiani, dal giudice straniero il quale abbia fatto applicazione del diritto straniero. Ed infatti attiene in realtà all'ordine pubblico solo la esigenza che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato solo all'esito di un rigoroso accertamento - condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti stesse - dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale ultimo costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dall'art. 3 della legge n. 898/70».

Si v. poi anche Cass., 10 novembre 1989, n. 4769: «A norma dell'art. 797 n. 7 c.p.c. - come interpretato a seguito dell'introduzione nella legislazione vigente dell'art. 10 della convenzione dell'Aja dell'1 giugno 1980, resa esecutiva con l. 10 giugno 1985 n. 301, secondo cui ciascuno stato contraente può rifiutare il riconoscimento di un divorzio (o di una separazione personale), se è "manifestamente incompatibile con il suo ordine pubblico" - la sentenza straniera di divorzio è contraria all'ordine pubblico italiano e non è quindi delibabile in Italia solo quando sia lesiva dei principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento interno. Pertanto, con riguardo al principio fondamentale ed irrinunciabile stabilito nel nostro ordinamento per lo scioglimento del matrimonio della irreversibile dissoluzione del vincolo, non può essere negata la delibazione della pronuncia del giudice straniero (nella specie della Repubblica di Grecia) che abbia sciolto, per mutuo consenso, il matrimonio fra cittadino italiano e cittadina straniera (greca) atteso che la disciplina processuale che attribuisca esclusivo valore alla volontà dei coniugi, quale prova esclusiva del venir meno della comunione di vita e della impossibilità di ricostituirla, senza alcuna possibilità per il giudice di contrastare tale richiesta, non è contraria all'ordine pubblico italiano, tenendo anche presente l'introduzione nel nostro ordinamento della domanda congiunta di divorzio (art. 11 della l. 6 marzo 1987 n. 74, che ha sostituito l'art. 4 della l. 1 dicembre 1970, n. 898) che valorizza proprio la concorde volontà dei coniugi ai fini dello scioglimento del vincolo».

(16) Trib. Venezia, 14 novembre 1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, 158.

vissuto per più tempo. Così facendo, la decisione non ha «recepito» una sentenza straniera, ma ha applicato direttamente la legge spagnola siccome ritenuta la sola idonea a regolare il rapporto coniugale di quei coniugi, e questo dopo la positiva verifica, per la legge spagnola, di «non contrarietà ai principi fondamentali della Costituzione e dell'ordinamento italiano». Legge che in tal caso consente lo scioglimento del matrimonio senza passare obbligatoriamente per la separazione e con una *Wartezeit* di soli tre mesi dalla celebrazione delle nozze (c.d. *divorcio express*) (17).

Anche in questo settore, non di meno, possono sorgere i c.d. *conflicts de civilisations*, consistenti nel sistematico ricorso al limite dell'ordine pubblico. Ciò può accadere, in particolare, avverso istituti propri della tradizione giuridica musulmana ben difficilmente conciliabili con i precetti costituzionali che impongono uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi: è quanto avviene in relazione al ripudio, la cui compatibilità rispetto ai principi fondamentali del sistema italiano è già stata a più riprese valutata (ed esclusa) dalla giurisprudenza, contraria ad ammettere nel nostro sistema un istituto che, nella sua configurazione tradizionale, consente al marito di sciogliere unilateralmente il legame coniugale previa una semplice dichiarazione, senza che la moglie possa svolgere alcuna obiezione o avanzare qualsivoglia pretesa. Infatti, secondo l'interpretazione dominante in diritto islamico, un uomo ha la possibilità di divorziare *ad nutum*, mentre la donna non dispone di tale diritto (18). Interpretando le fonti internazionali, il Comitato per i diritti umani (*Human Rights Committee*) delle Nazioni Unite ha osservato che gli Stati devono assicurare a uomini e donne uguali condizioni per ottenere la dissoluzione del vincolo coniugale (*HRC, General Comment 28, Par. 26*). Da tale commento si desume che il divorzio (ripudio) unilaterale del marito contravviene alle norme di diritto internazionale in materia di diritti umani.

È noto che, tradizionalmente una particolare forma di scioglimento del matrimonio islamico è costituito dal ripudio (*talaq* o *talalq*) pronunciato dal marito nei confronti della moglie attraverso formule rituali che contengono espressamente il termine *talalq* o equivalenti, ma che esprimano in modo inequivocabile l'intenzione di porre fine all'autorità maritale sulla sposa. Secondo il diritto islamico il ripudio può essere revocabile (*raj'a*) e irrevocabile (*bid'a*). Prima dello scadere del periodo di tre mesi (o di tre cicli mestruali: periodo detto «idda» (19)) di ritiro legale che la donna è tenuta ad osservare prima di potersi risposare, il marito ha la facoltà di ritrattare il ripu-

dio pronunciato e riprendere la vita in comune. Trascorsi i tre mesi, senza la ritrattazione o senza la pronuncia di un nuovo ripudio revocabile, il matrimonio è sciolto. Il *talaq* può essere anche ripetuto nelle stesse formule del primo, ma non più di tre volte. Infatti, il triplice ripudio è definitivo. Lo scioglimento del matrimonio è immediato anche in seguito alla pronuncia per tre volte di seguito della formula di ripudio.

L'osservazione comparatistica, tuttavia, mostra come, nell'ambito di alcuni ordinamenti appartenenti all'area islamica, al *nomen iuris* ripudio si sia andato nel tempo associando un istituto in effetti molto simile al divorzio, consistente in un vero e proprio rimedio avverso il definitivo venir meno dell'armonia familiare, attuato per mezzo di una procedura giurisdizionale nel cui ambito la moglie ha l'opportunità di difendersi e svolgere le proprie domande. In alcuni ordinamenti di ispirazione musulmana, poi, lo stesso ripudio è stato abbandonato. Ad esempio, l'art. 30 dello Statuto Personale (codice di famiglie) della Tunisia (1956) proibisce il *talaq* del marito, in quanto dissoluzione unilaterale ed extra-giudiziale (20). Altri ordinamenti (ad esempio, Marocco, Siria, Algeria, Iran) hanno cercato di limitare i casi di *talaq*, stabilendo per legge un compenso pecuniario alla dovuta alla moglie ripudiata. Inoltre, alcuni ordinamenti ad ispirazione islamica hanno espressamente stabilito la validità dei soli divorzi registrati in tribunale (Algeria, Libia, Palestina) (21).

Significativa al riguardo l'evoluzione del diritto marocchino, specie alla luce della riforma del 2004. L'evoluzione storica e sociologica mostra il passaggio dalla forma di ripudio stragiudiziale concessa al solo marito (*talaq*), e dalla forma di divorzio per colpa (del marito) concessa alla sola moglie (*taliq*), al nuovo istituto del divorzio giudiziale per intollerabilità della convivenza (*chiqaq*), introdotto nel 2004. Sotto il profilo dell'ordine pubblico potrebbero ritenersi contrari all'ordine pubblico italiano i divorzi consensuali realizzati dinanzi ad autorità non giuri-

Note:

(17) Cfr. Trib. Firenze, 18 maggio 2009, n. 1723, su cui v. http://www.telediritto.it/index.php?option=com_content&view=article&id=754:divorzio-senza-separazione&catid=72:osservatori-minori-e-famiglia&Itemid=53.

(18) Cfr. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, 2003, 149 ss.

(19) Cfr. Corano, 2:234.

(20) Cfr. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, loc. cit.

(21) An-Naim, *Islamic Family Law in a Changing World*, London, 2002.

sdizionali, quali gli *adoul*, mentre è sicuramente conforme alle nostre regole la procedura in base alla citata riforma marocchina del 2004 (divorzio c.d. *chiqaq*). Tale ultima forma di divorzi assorbe in Marocco ormai il 90% dei divorzi giudiziali. Il grande successo dell'istituto è che esso esime i contendenti dalla prova di una colpa in capo alla controparte, esigendo solo l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza. Del resto, anche il numero dei divorzi unilaterali stragiudiziali si è sensibilmente ridotto, al punto che l'istituto sta cadendo in desuetudine (22).

Posto quanto sopra, va ribadito che il vero e proprio ripudio - che, come causa di scioglimento del matrimonio, trova anch'esso fondamento nel testo del Corano - può essere pronunciato, come detto, soltanto dal marito. Quindi l'istituto del ripudio è caratterizzato dall'unilateralità della manifestazione di volontà dello scioglimento e dalla extragiudizialità dell'atto. Nello specifico, si tratta di una dichiarazione di volontà non recettizia né motivata. Proprio per tali caratteri, tale istituto contrasta con l'ordine pubblico dei vari stati europei e costituisce una violazione del principio di uguaglianza coniugale e della tutela della donna, posta in tal caso in una posizione di inferiorità rispetto all'uomo. A tali considerazioni si aggiunge la considerazione dei testi di diritto internazionale (cfr. il già ricordato avviso dello *Human Rights Committee* dell'O.N.U.). Dovrà tenersi presente in proposito che, secondo il diritto islamico tradizionale (recepito nella gran parte degli ordinamenti ad ispirazione coranica), la donna può chiedere il divorzio tramite *khul* (sulla base di condizioni specifiche), per mutuo consenso (*mubarah*) e per dissoluzione per ordine giudiziale (*faskh*). Tale impostazione, dunque, differisce dal *talaq* (ripudio unilaterale extra-giudiziale maschile e non motivato), in quanto non trova spazio l'elemento dell'arbitrarietà (23). Inoltre il ripudio differisce dalle modalità di scioglimento del matrimonio comunemente utilizzate in Occidente, in cui è il giudice a rivestire un ruolo fondamentale nella cessazione del vincolo e nella regolamentazione delle disposizioni relative al rapporto fra coniugi. Di conseguenza il ripudio non viene generalmente ammesso nei paesi europei in quanto contrastante con l'ordine pubblico, pur annettendosi in alcuni casi effetti a quei ripudi che, nelle modalità di espressione o di realizzazione, possono approssimarsi agli estremi di un divorzio consensuale, ad esempio qualora la moglie dia il proprio consenso (24).

A proposito dell'Italia, in materia di ripudio occorre riferirsi alla Legge del 1995 di riforma del sistema di

diritto internazionale privato. In particolare, l'art. 31 della legge n. 218/1995 utilizza, in ordine allo scioglimento del matrimonio, gli stessi criteri di collegamento utilizzati in ordine ai rapporti personali tra i coniugi, ovvero lo scioglimento è sottoposto alla legge nazionale dei coniugi se è comune; altrimenti alla legge dello Stato di prevalente localizzazione della vita matrimoniale. Qualora pertanto si tratti di un musulmano straniero e di una italiana, il diritto musulmano assumerà rilievo solo nel caso che i coniugi abbiano prevalentemente condotto la loro vita coniugale in uno Stato islamico. Le norme islamiche sono invece in principio sempre competenti qualora si tratti di coniugi musulmani aventi la stessa cittadinanza. In entrambe le eventualità si pone il problema degli effetti del ripudio per il nostro ordinamento giuridico soprattutto in questa ultima ipotesi che si pone il problema ulteriore di considerare se e come esso possa compiersi in territorio italiano. In Italia infatti lo scioglimento del matrimonio può avvenire soltanto attraverso l'intervento del giudice, di conseguenza il limite dell'ordine pubblico non solo preclude che si tenga conto di un ripudio effettuato per esempio davanti alla guida religiosa (islamica), ma impedisce anche al giudice di fondare una decisione di divorzio sulla sola richiesta unilaterale del marito che contenga o configuri un atto di ripudio. Solo di fronte ad una domanda di scioglimento bilaterale sarebbe consentito al giudice italiano di pronunciare il divorzio sulla base della legge dello Stato non islamico nel quale la vita matrimoniale era prevalentemente localizzata o del diritto italiano.

La norma islamica potrà essere applicata unicamente laddove configuri il ripudio come fondamento consensuale che sfoci in un atto giudiziale. La giurisprudenza italiana fino a poco tempo fa si era sempre rifiutata, in nome dell'ordine pubblico, di riconoscere il ripudio effettuato all'estero, a causa della sua unilateralità e del mancato intervento di organi giurisdizionali e della discriminazione ai danni della donna. Sotto quest'ultimo profilo, si può richiamare l'art. 5 del protocollo n. 7 addizionale alla conven-

Note:

(22) Ulteriori informazioni sul diritto marocchino e sul ripudio sono reperibili ai siti: www.justice.gov.ma; <http://adala.justice.gov.ma>.

(23) Cfr. Baderin, *op. loc. ultt. citt.*

(24) Sul punto, per un interessante approfondimento, con riguardo anche al diritto tedesco e a quello francese, si può rinviare all'articolo di E. Bernardini e Cannata, *Shari'a e ordinamenti occidentali*, disponibile alla pagina web seguente: http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Relazioni/Cannata_Bernardini.pdf.

zione europea sui diritti dell'uomo, secondo cui i «coniugi godono di uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra loro e nelle relazioni con i loro figli in merito al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento». Riconoscere effetti ad un ripudio significherebbe violare indirettamente tale norma. Da notare che analoga norma è contenuta nell'*International Covenant on Civil and Political Rights*, approvato dall'O.N.U. nel 1966, il cui art. 23.4 stabilisce che «*States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution*».

Per questo non può non destare sorpresa il provvedimento della Corte d'appello di Cagliari del 16 maggio 2008, secondo cui è efficace nell'ordinamento italiano e deve essere trascritto nel registro dello stato civile il provvedimento di divorzio ottenuto in Egitto attraverso la procedura del *talaq* (ripudio), pur in assenza della moglie. Tale procedura non sarebbe contraria all'ordine pubblico, né violerebbe il diritto del contraddittorio, in quanto in essa sarebbe stata salvaguardata la possibilità della moglie di intervenire (la mera possibilità, si badi, non già la presenza). Significativo il fatto che sul punto relativo all'ordine pubblico in relazione al principio d'uguaglianza la Corte abbia motivato come segue: «Peraltro è utile ricordare che nel diritto civile egiziano la moglie ha un uguale diritto (unilaterale) di sciogliersi dal vincolo matrimoniale anche in mancanza del consenso del marito, secondo la procedura del *khola*, per cui non vi sarebbe violazione neppure del principio di uguaglianza tra i generi» (25).

Ora, la sopra citata decisione sembra non aver preso in considerazione l'effettiva distinzione che si ha nell'ordinamento egiziano tra *talaq* e *khul* (o *khola*). In Egitto la moglie chiede unilateralmente il divorzio *khul*, senza che sia necessario il consenso del marito, a condizione di rinunciare a tutti i diritti economici. Infatti, al momento delle nozze, l'uomo offre alla moglie una porzione della dote (*muqaddam*), che viene integrata al momento del divorzio unilaterale maschile (*talaq*) (ripudio). Se invece è la moglie a chiedere il divorzio, ella rinuncia all'integrazione della *muqaddam*, e deve restituire la porzione iniziale della stessa che aveva a suo tempo ricevuto (26). Non possiamo dunque affermare, sulla base di uno studio approfondito del divorzio egiziano, che la disciplina sia identica o quanto meno equivalente per uomo e donna. Per ottenere un divorzio, quindi, la donna deve poter disporre di una quantità sufficiente di denaro per «riscattarsi». D'altro canto,

l'uomo deve solo provvedere alla *nafaqa* (mantenimento) durante il periodo *idda*, per tre mesi, ed al mantenimento (*muta'a*) per due anni, secondo le proprie possibilità economiche.

Del tutto condivisibili appaiono poi le osservazioni svolte in generale sul tema dell'ordine pubblico da un'attenta studiosa della materia (27), secondo cui «non si può ritenere di poter operare, sempre a tale riguardo, una sorta di bilanciamento (o meglio, di compensazione), attribuendo efficacia a una pronuncia o a un atto di ripudio a seguito di una valutazione complessiva dell'ordinamento straniero considerato, al fine di verificare se, all'interno del medesimo, siano previste anche a favore della moglie forme di scioglimento del matrimonio *ad nutum*. Infatti, anche laddove simili forme si rinvenissero e venga esclusa la necessità di una motivazione anche da parte della donna maritata, tale ipotesi si rivelerebbe parimenti confliggente con il principio che vieta lo scioglimento del matrimonio ad iniziativa libera e immotivata di un coniuge, presente nel nostro ordinamento».

La giurisprudenza di altri Paesi occidentali ha concesso il riconoscimento solo quando il ripudio era, nel caso di specie, sostanzialmente equivalente a un divorzio consensuale (ossia quando la moglie era presente alla dichiarazione o comunque ne era a conoscenza, nonché quando aveva accettato o addirittura richiesto il ripudio) o quando la donna aveva invocato essa stessa il riconoscimento o vi aveva acconsentito. Si è anche tentato di imporre con un accordo internazionale, il superamento del limite dell'ordine pubblico, ma ci si è riusciti solo in parte, visto che la giurisprudenza cerca comunque nella garanzia finanziaria un rimedio alla unilateralità del ripudio. Come rilevato in dottrina, del resto (28), rimane pur sempre da sottolineare che gli effetti della rigidità di tali valutazioni negative producono ipotesi di scioglimento di matrimonio claudicanti, a tutto beneficio del marito, salvo che esso sia chiamato in giudizio al fine di adempiere agli obblighi matrimo-

Note:

(25) Il provvedimento è disponibile al seguente sito web: <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2008/settembre/sent-corte-app-ca-talaq.html>.

(26) Per una panoramica delle leggi del 2000 sul divorzio in Egitto cfr. *Human Rights Watch*: <http://www.hrw.org/en/node/11887/section/4>.

(27) Cfr. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in questa *Rivista*, 2009, 202.

(28) Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, cit., 202 s.

niali di contribuzione. Ed è anche in vista di tali aspetti che i giudici francesi si sono mostrati in passato propensi al riconoscimento di ripudi effettuati all'estero.

Occorre poi ricordare che una espressa soluzione normativa al riguardo è stata fornita, ad esempio, dalla legge belga di diritto internazionale privato nei confronti di atti di ripudio pronunciati all'estero (legge 16 luglio 2004, che reca il nuovo Codice di diritto internazionale privato, riprodotta in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 231 ss.). L'art. 57 consente infatti, sia pure a titolo eccezionale, il riconoscimento di questi ultimi qualora siano stati omologati da un giudice del Paese in cui sono stati pronunciati e risultino «deconnessi» per cittadinanza o residenza dei coniugi da ordinamenti che tali atti vietano, purché la moglie acconsenta a tale riconoscimento in modo certo e senza costrizioni (anche se non è affatto agevole giungere ad accertare una inequivocabile volontà della donna in tal senso) (29).

3. La questione delle unioni omosessuali

Straordinariamente attuali, e non meno delicate, risultano le problematiche concernenti la compatibilità con l'ordine pubblico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, recentemente ammesso da alcuni Stati europei (Belgio, Paesi Bassi, Spagna, Svezia [da maggio 2009] e Norvegia [dal gennaio 2009]); una riforma in questo senso è altresì annunciata in Portogallo). La questione è stata portata, in Italia, all'attenzione della Corte d'appello di Roma, chiamata a valutare la possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile il matrimonio contratto in Olanda da due cittadini italiani di sesso maschile e, più in generale, la compatibilità di tale modello coniugale rispetto all'archetipo tutelato dall'art. 29 Cost. (30).

La Corte territoriale, in primo luogo, riporta la questione nell'ambito della valutazione internazionale-privatistica per mezzo delle vigenti norme di conflitto (gli artt. 27 e 28 l. n. 218/1995) da cui il giudice di prime cure, il Tribunale di Latina, sembrava essersi allontanato valutando l'atto straniero senza tener conto della *lex causae* richiamata dalle norme di conflitto (il diritto italiano). In definitiva, la Corte d'appello rileva che l'art. 27, l. n. 218/1995 (31) subordina la validità sostanziale del vincolo coniugale al rispetto dei requisiti previsti dalla legge nazionale di ciascuno degli interessati; di conseguenza, la cittadinanza italiana di almeno uno dei protagonisti impedisce il riconoscimento del matrimonio da essi contratto, dal momento che, in base al diritto mate-

riale italiano, la differenza di sesso tra i coniugi è un requisito imprescindibile non solo per la validità, ma addirittura per l'esistenza del vincolo coniugale. In effetti la dottrina prevalente considera l'identità di sesso tra gli interessati causa di inesistenza del matrimonio (32) e così pure la giurisprudenza (33). In senso conforme, v. anche la circolare del Ministero dell'interno in materia di registri dello stato civile in data 26 marzo 2001, che esclude la possibilità di trascrivere il matrimonio tra omosessuali contratto all'estero dal cittadino italiano. La circolare recita testualmente: «È trascrivibile il primo matrimonio celebrato secondo il rito islamico tra un cittadino italiano e un cittadino di religione islamica; mentre non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero

Note:

(29) In Inghilterra, il *Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971* ha posto i criteri per il riconoscimento di divorzi pronunciati all'estero, mentre il *Family Law Act 1986* è intervenuto per il riconoscimento di divorzi pronunciati a partire dal 4 aprile 1988 (<http://www.ukvisas.gov.uk/en/ecg/settlement/overseasdivorces?gid>). Secondo il diritto in vigore, il divorzio pronunciato in un paese straniero, e secondo il diritto locale in vigore, viene riconosciuto in Inghilterra, se ha carattere legale nel paese dove venne pronunciato, e ci fu una sorta di procedura formale (tribunale, giudice, o altre forme previste dal diritto consuetudinario e tradizionale del Paese). Per quanto riguarda il Pakistan e il Bangladesh, esistono norme aggiuntive. Infine, è inderogabile il divieto di *talaq* e dei suoi effetti se pronunciato in territorio britannico.

(30) App. Roma, 13 luglio 2006, in *Guida al dir.*, 2006, n. 35, 55, che conferma Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 1095 ss., da ultimo commentata da Corbetta, *Trascrizione del matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero e diritto internazionale privato*, in *Dir. imm. e citt.*, 2006, 32 ss. V. anche Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in questa *Rivista*, 2005, 411 ss.; Bonini Baraldi, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, *ibidem*, 415 ss.; Cavana, *Sulla intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1268 ss.; Orlandi, *Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur. merito*, 2005, 2292 ss.

(31) «Art. 27.

Condizioni per contrarre matrimonio.

1. La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio. Resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia».

(32) Cfr. Spallarossa, *Le condizioni per contrarre matrimonio*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, 1, Milano, 2002, 513 ss.; Ferrando, *Le cause di invalidità del matrimonio*, *ibidem*, 615 ss.; secondo Jemolo, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 48 ss., invece, essa costituirebbe una causa di nullità.

(33) Cfr. Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Foro it.*, 1981, I, c. 869 e, *incidenter tantum*, Cass., 9 giugno 2000, n. 7877, in questa *Rivista*, 2000, 509; Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 613; Cass. 22 febbraio 1990, n. 1304, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, 726.

tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico».

La soluzione adottata, a ben vedere, non sembra far leva sulla contrarietà all'ordine pubblico del rapporto dedotto, bensì sulla conformità del matrimonio tra omosessuali al modello coniugale contemplato dalla *lex causae* richiamata dalla norma di collegamento, e cioè dalla legge italiana. Il limite dell'ordine pubblico, e tutte le problematiche connesse al suo intervento, vengono invece in rilievo ogni qual volta si renda necessario valutare gli effetti dell'applicazione del diritto straniero rispetto ai principi essenziali del foro: è quanto avverrebbe, ad esempio, nel caso in cui si richiedesse il riconoscimento del matrimonio omosessuale contratto in Olanda tra cittadini olandesi, e cioè tra soggetti la cui legge nazionale ammette siffatta possibilità.

La corte romana, nella citata decisione, ha osservato che il matrimonio contratto dai due italiani non poteva essere nella specie trascritto nei registri dello stato civile italiano perché mancante di uno dei «requisiti essenziali» per la sua configurabilità come matrimonio nell'ordinamento interno, vale a dire la diversità di sesso tra i coniugi. I giudici hanno però lasciato una qualche apertura per il futuro: se da una parte, infatti, la formula di famiglia come «società naturale» rende inattuabile la prospettiva volta a riconoscere in via pretoria l'unione tra persone dello stesso sesso, dall'altra la medesima formula potrebbe consentire la ricezione da parte del legislatore di nuove figure alle quali sia la società civile ad attribuire il «senso e il valore» dell'esperienza di «famiglia». In altre parole, è al legislatore, e non al giudice, che compete dare attuazione alle istanze provenienti dalla società nelle forme che lo stesso ritenga più opportune, nulla ostando, ad opinione del collegio romano, la Carta costituzionale (34).

In Francia, il 25 novembre 2008, è stata presentata una proposta di legge tesa a *permettre la reconnaissance des unions conclues dans un autre État de l'Union européenne par tous les couples quelle que soit leur orientation sexuelle* (35). Al momento, ammettendo solo il PACS francese, le coppie gay unite in un vincolo (matrimoniale o para-matrimoniale) secondo l'ordinamento di un altro stato europeo, si trovano in «*une situation kafkaïenne: l'administration leur demandait de rompre leur union civile pour pouvoir se passer*» (cit. dalla motivazione della proposta di legge). Qualora questa proposta diventasse legge, la Francia renderebbe legittimi anche gli effetti del vincolo matrimoniale contratto in un altro stato UE tra due persone dello stesso sesso residenti sul territorio francese (la questione principale riguarderebbe alcu-

ni aspetti del diritto di successione). Sempre secondo la presentazione della proposta, la legge così envisagée consentirebbe «*une solution plus adéquate qui s'inspire en partie du dispositif adopté en Grande-Bretagne en 2004 (Civil Partnership Act). D'une part, elle pose le principe selon lequel les mariages, les partenariats et les unions régulièrement conclus dans un autre État de l'Union européenne doivent produire des effets de droit en France. D'autre part, elle autorise les couples auxquels est refusée la reconnaissance de leur mariage, partenariat ou union à conclure un pacte civil de solidarité s'ils résident en France*».

Proprio il *Civil Partnership Act* britannico (36) al quale fa riferimento la proposta di legge francese riconosce le unioni legittimamente contratte in un ordinamento straniero, secondo il diritto di quello stato. Un capitolo intitolato «*Overseas relationships treated as civil partnerships*» (par. 212-218) disciplina direttamente la questione, offrendo definizioni, le condizioni e regole generali, il requisito del sesso identico tra i *partner*, e le eccezioni (37).

Note:

(34) In senso analogo cfr. anche App. Firenze, 30 giugno 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3695, con nota di Del Canto. Anche il giudice fiorentino chiama direttamente in causa il legislatore, al quale, com'è avvenuto per «tutti quei paesi ove l'unione in matrimonio tra persone dello stesso sesso è prevista nei rispettivi ordinamenti», nulla potrà impedire in futuro di «farsi interprete del mutato sentire del corpo sociale e legiferare nel senso auspicato dai reclamanti ...».

(35) «*L'article 515-3 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé: "Les personnes de même sexe ayant conclu un mariage et les personnes de sexe différent ou de même sexe ayant conclu un partenariat civil ou une union civile dans un État membre de l'Union européenne autre que la France sont autorisées à s'en prévaloir lorsqu'elles résident sur le territoire français; à défaut, elles ont la possibilité de conclure un pacte civil de solidarité"*». Il testo integrale della proposta di legge consultabile su <http://www.senat.fr/leg/pp108-111.html>.

(36) Il testo del *Civil Partnership Act 2004* è consultabile su http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1. Per consultare le «equivalenze» tra unioni, si veda <http://www.civilpartnerships.org.uk/RegistrationAndRecognitionOfPartnershipsFormedOverseas.htm>.

(37) «*Overseas relationships treated as civil partnerships: the general rule*

(1) *Two people are to be treated as having formed a civil partnership as a result of having registered an overseas relationship if, under the relevant law, they*

(a) *had capacity to enter into the relationship, and*

(b) *met all requirements necessary to ensure the formal validity of the relationship.*

(2) *Subject to subsection (3), the time when they are to be treated as having formed the civil partnership is the time when the overseas relationship is registered (under the relevant law) as having been entered into.*

(3) *If the overseas relationship is registered (under the relevant law) as having been entered into before this section comes into force, the time when they are to be treated as having formed a civil partnership is the time when this section comes into force.*

(segue)

Posso del resto confermare che nel corso di un convegno tenutosi nell'autunno 2008 a Parigi sul tema dei profili internazionalprivatistici, i partecipanti (magistrati francesi e non) hanno nella stragrande prevalenza manifestato l'opinione favorevole a ritenere *valablement mariés* (ovviamente, sotto il rispetto delle condizioni fissate dagli ordinamenti d'origine) anche tali coppie, con conseguente applicazione della disciplina del regolamento Bruxelles II bis da parte dei giudici di tutti i sistemi dei paesi membri dell'U.E. In proposito il relatore ha sottolineato la necessità dell'adozione di una nozione comunitaria di matrimonio, analogamente a quanto ritenuto, in materia di adozione, dalla decisione *Wagner c/ Lussemburgo*, in relazione ad un caso di adozione, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha stabilito che lo statuto personale che vieta l'adozione da parte del *single* viola la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in tal modo accedendo ad una nozione europea di adozione (38).

E proprio in riferimento alla detta Corte di Strasburgo, potrà aggiungersi che, ancora più chiaramente, la stessa si è espressa, nel 2008, nel caso *E.B. c/Francia*, dichiarando la contrarietà alla Convenzione del diniego dell'idoneità all'adozione deciso dalle autorità di uno Stato membro che consente per legge di adottare al singolo, qualora tale diniego sia motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo celibe o nubile (39). Con tale arresto, d'altra parte, i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo si sono collocati nella scia della precedente decisione resa, nel 1999, in relazione al caso *Salgueiro da Silva Mouta c/Portogallo* (40), la quale aveva stabilito che una decisione della Corte d'appello di Lisbona, la quale aveva negato l'affidamento della figlia minore al padre, motivando sulla base dell'omosessualità di quest'ultimo e della sua convivenza con un altro uomo, costituisca violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione (41).

Note:

(continua nota 37)

(4) *But if*

(a) *before this section comes into force, a dissolution or annulment of the overseas relationship was obtained outside the United Kingdom, and*

(b) *the dissolution or annulment would be recognised under Chapter 3 if the overseas relationship had been treated as a civil partnership at the time of the dissolution or annulment, subsection (3) does not apply and subsections (1) and (2) have effect subject to subsection (5).*

(5) *The overseas relationship is not to be treated as having been a civil partnership for the purposes of any provisions except*

(a) *Schedules 7, 11 and 17 (financial relief in United Kingdom after dissolution or annulment obtained outside the United Kingdom);*

(b) *such provisions as are specified (with or without modifications) in an order under section 259;*

(c) *Chapter 3 (so far as necessary for the purposes of paragraphs (a) and (b)).*

(6) *This section is subject to sections 216, 217 and 218».*

(38) «129. *La Cour observe qu'en la matière la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, une étude de la législation des Etats membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays (paragraphe 70 ci-dessus).*

(...)

132. *La Cour estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Aussi, dès lors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets au Luxembourg. Les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive.*

133. *Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (voir, mutatis mutandis, Maire, précité, § 77), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière.*

(...)

135. *La Cour arrive à la conclusion qu'en l'espèce les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation. Rappelant par ailleurs que la Convention est «un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles» (voir, parmi d'autres, Johnston et autres, précité, § 53), elle estime que les motifs invoqués par les autorités nationales - à savoir l'application stricte, conformément aux règles luxembourgeoises de conflits de lois, de l'article 367 du code civil qui réserve l'adoption plénière aux époux - ne sont pas suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8.*

136. *Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention».*

(39) Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 667, con nota di Long.

Rimarca Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 672 s., lamentando che tale decisione sia stata fraintesa dai media, che il *thema decidendum*, come nel precedente caso *Fretté c/Francia*, era costituito «dal diritto a essere valutati idonei all'adozione e non il diritto all'adozione, cioè a essere abbinati a un bambino adottabile dopo l'accertamento dell'idoneità: l'inesistenza di tale diritto indifferentemente dalle modalità scelte per vivere la propria vita di coppia costituisce intatti principio ormai consolidato in tutti i Paesi dell'Europa occidentale». Sta però di fatto che ciò che appare (gravemente) discriminatorio verso l'orientamento omosessuale è proprio la negazione del diritto ad essere valutati idonei all'adozione, per via di tale orientamento.

(40) Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 1999, in *JCP*, 2000, I, 203, n. 11, *Chron.*, con nota di Sudre; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 313 con note di Hauser e di Marguenaud e Raynaud, *ivi*, 433.

(41) «Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio (segue)

Da notare che nel caso *Fretté c/Francia* (42), risalente al 2002, la Corte di Strasburgo aveva invece ritenuto, con una maggioranza di soli quattro voti contro tre, che il rifiuto al ricorrente dell'idoneità all'adozione (in una fattispecie analoga a quella successivamente affrontata nel caso *E.B c/Francia*) non integrasse un trattamento ingiustificatamente discriminatorio poiché, sebbene l'esclusione fosse avvenuta a causa della sua omosessualità, tale trattamento differenziato perseguiva il fine legittimo di proteggere il benessere e i diritti dei minori adottandi e non eccedeva il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti, in assenza di un orientamento comune tra gli ordinamenti giuridici europei e anche all'interno della comunità scientifica in questa materia.

Si è esattamente rilevato in dottrina che le differenze tra tale *affaire*, giunta a decisione nel 2002 e quella *E.B. c/Francia*, del 2008, «non sono tali da giustificare di per sé una decisione opposta» (43). Concordo con tale giudizio, ritenendo però personalmente erronea la decisione del caso *Fretté*. Sul tema se la sentenza del 2008 costituisca o meno un avallo della Corte europea all'omogenitorialità andrei cauto nel fornire, come pure è stato fatto in dottrina (44), una risposta negativa. Nessuna affermazione, certo, arriva da Strasburgo sul diritto di un omosessuale, in quanto *partner* del genitore biologico, ad adottare il figlio dell'altro, in forza del rapporto di convivenza (formalizzata o meno) con quest'ultimo. Una vigorosa affermazione, invece, discende dal «combinato disposto» delle sentenze *Salgueiro da Silva Mouta c/Portogallo* ed *E.B.*, circa la non rispondenza ai principi della Convenzione europea di pratiche discriminatorie che trovino la propria «giustificazione» sull'orientamento sessuale del genitore (attuale o «potenziale» che sia).

In una battuta, il messaggio che arriva da Strasburgo, se non può ricondursi ad una *affirmative action* in favore dell'omogenitorialità, contiene pur sempre un chiaro e netto *fin de non recevoir* opposto ad ogni tentativo di considerare l'omogenitorialità come ragione di trattamento deteriore. Dunque, in questi termini, ed in questi limiti, parlare di «riconoscimento» e di «avallo» (nel senso, per l'appunto, di accoglimento di rilevanti istanze di pari trattamento), da parte della Corte europea, del fenomeno dell'omogenitorialità non sembra poi così fuori luogo. La nostra Corte costituzionale è stata di recente investita nuovamente della questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis e 231 c.c., laddove sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento

omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. V'è dunque da augurarsi che la Consulta, prestando orecchio alla puntualizzazione del giudice rimettente (45), secondo cui «Non si devono dimenticare gli atti delle Istituzioni europee che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti», sappia porre adeguato rimedio ad una disparità di trattamento divenuta ormai intollerabile in un Paese che voglia dirsi civile.

4. Il riconoscimento delle convivenze *more uxorio*

La nozione di «unione paramatrimoniale» qui in discorso, infine, include anche le c.d. «convivenze di fatto» o *more uxorio*, tra persone di sesso diverso o uguale, numericamente assai diffuse anche in Italia ma qui ancora sfinite di una disciplina organica, come invece avviene nell'ambito di numerosi ordinamenti sia comunitari sia extra-europei (46).

È opinione comune anche da noi che anche la stabile convivenza tra due persone non unite da vincolo coniugale sia prevista e tutelata dalla Carta costituzionale: secondo l'opinione prevalente, il fondamento di tale modello relazionale sarebbe da ricercarsi nell'art. 2 Cost., che tutela le formazioni sociali nelle quali l'individuo sviluppa la propria personalità; non manca, d'altra parte, chi ricondu-

Note:

(continua nota 41)

zio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

«Articolo 14 - Divieto di discriminazione.

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

(42) Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 febbraio 2002, parr. 38, 42.

(43) Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, cit., 673.

(44) Così Long, *op. loc. ultt. citt.*

(45) Cfr. Trib. Venezia, 3 aprile 2009, disponibile al seguente sito web: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014238.aspx>.

(46) Sul tema v. i contributi online agli indirizzi seguenti: <http://giacomoooberto.com/convivenzaesuccessioni/convivenzaesuccessioni.htm>.

<http://giacomoooberto.com/siofok/rapportsiofok.htm>.

<http://giacomoooberto.com/contrattidiconvivenza2/contrattidiconvivenza2.htm>.

ce la convivenza *more uxorio* nell'alveo dell'art. 29 Cost.

Quale che sia l'impostazione preferibile, non v'è dubbio che anche il modello di rapporto di coppia alternativo a quello consacrato nel vincolo coniugale, ha piena cittadinanza nel nostro sistema giuridico e rientra a pieno titolo nell'ambito delle relazioni familiari, ossia di quei rapporti caratterizzanti la più intima sfera di affettività di ogni individuo. Anche la dottrina internazionalprivatistica individua nell'affettività il tratto saliente di siffatti rapporti, qualificandoli di conseguenza quali vere e proprie relazioni familiari. Del resto, è la stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 a prevedere il diritto di ciascuna persona adulta di sposarsi e di fondare una famiglia, che a sua volta viene protetta dallo Stato (cfr. art. 16 (47)). Sebbene la Dichiarazione non sia *legally binding*, oggi viene considerata come *jus cogens*, una norma inderogabile del diritto internazionale, che sta a fondamento dell'intero sistema. Di conseguenza, il diritto a fondare una famiglia degli individui, e l'obbligo dello Stato a proteggere la famiglia, così come viene fondata dagli individui, si può collocare tra i diritti fondamentali in diritto internazionale, quindi, parte integrante di ciascun ordinamento nazionale (48).

Ciò nonostante, il trattamento sostanziale delle unioni di fatto recanti elementi di estraneità appare ancora caratterizzato da notevoli riserve e limitazioni. Da un lato, la dottrina sembra ritenere inevitabili problemi di ordine pubblico internazionale ogni qual volta si richieda il riconoscimento in Italia di rapporti corrispondenti ai vari modelli oggi previsti da numerosi ordinamenti stranieri.

E un'opinione di tal segno poggia non di rado sul rilievo in base al quale nell'ambito dell'ordinamento comunitario non è previsto un obbligo di mutuo riconoscimento tra i vari Stati membri dei modelli familiari previsti nei singoli sistemi nazionali. Dall'altro, la vigente disciplina del ricongiungimento familiare, sia nei casi riguardanti cittadini extra-europei soggiornanti in Italia, sia in relazione alle ipotesi che vedono protagonisti cittadini comunitari o italiani, espressamente esclude le coppie non unite in matrimonio dall'esercizio di tale diritto.

Nel primo caso, infatti, l'art. 29, D.lgs. n. 286/1998, T.U. in materia di immigrazione e trattamento dello straniero, espressamente limita al coniuge dello straniero residente la possibilità di ottenere il ricongiungimento familiare, escludendo dai beneficiari il *partner* non coniugato. Sul punto potrà dirsi che la Corte d'appello di Firenze, con provvedimento del 6 dicembre 2006, ha stabilito che, poiché il nostro or-

dinamento subordina il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari alla qualità di «familiare» del soggetto richiedente, il provvedimento dell'autorità neozelandese che riconosce a due persone del medesimo sesso la qualifica di *partners* di fatto, cioè di conviventi, e non di familiari, non costituisce titolo idoneo perché possa essere rilasciato il permesso di soggiorno ai sensi del D.lgs. n. 286/1998 (49).

La predetta decisione è stata confermata dalla Suprema Corte (50). Secondo, invero, la Cassazione, «In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come «familiare» ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 286 del 1998, in quanto tale nozione, delineata dal legislatore in via autonoma, agli specifici fini della disciplina del fenomeno migratorio, non è suscettibile di estensione in via analogica a situazioni diverse da quelle contemplate, non essendo tale interpretazione imposta da alcuna norma costituzionale. Né tale più ampia nozione può desumersi dagli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o dall'art. 9 della Carta di Nizza (recepita nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia l'8 agosto 2008, ma non ancora da tutti gli Stati membri) in quanto tali disposizioni escludono il riconoscimento automatico di unioni diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, salvaguardando l'autonomia dei singoli Stati nell'ambito dei modelli familiari. Infine, non può trovare applicazione la più recente normativa di derivazione comunitaria, in quanto il d.lgs. n. 5 del 2007 si applica

Note:

(47) «(1) *Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.*

(2) *Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.*

(3) *The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State».*

(48) *Jus cogens* è definito nella *Vienna convention on the law of treaties, 1969, art. 53*, come segue: «*a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*» (cfr. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

(49) Il decreto è edito in questa *Rivista*, 2007, 1040, con nota di Pascucci.

(50) Cfr. Cass., 17 marzo 2009, n. 6441, in questa *Rivista*, 2009, 454, con nota di Acierio.

soltanto ai familiari di soggiornanti provenienti da paesi terzi e il D.lgs. n. 30 del 2007 tutela la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari nel territorio di uno stato membro diverso da quello di appartenenza, e non il diritto al ricongiungimento familiare con un cittadino di uno Stato membro regolarmente residente e dimorante nel suo paese d'origine» (51).

Quanto mai deludente la presa di posizione della Suprema Corte con riguardo al contenuto ed agli effetti della Carta di Nizza. Secondo la Cassazione, infatti, al fine di accedere ad una nozione di «familiare» comprensiva anche del convivente omosessuale non varrebbero le disposizioni dell'art. 9 del predetto documento sovranazionale (52), posto che, «Se è vero che la formulazione del citato art. 9 da un lato conferma l'apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall'altro, non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto, resta fermo che anche tale disposizione, così come l'art. 12 CEDU, rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto, con ciò escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni che l'obbligo degli stati membri di adeguarsi al pluralismo delle relazioni familiari, non necessariamente eterosessuali». Del tutto ignorato è invece l'art. 21, che, come noto, fonda un chiaro divieto di trattamenti discriminatori, a ragione, tra l'altro, dell'orientamento sessuale. Quest'ultimo profilo viene invece sfiorato *en passant* con riguardo agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione alla (dai ricorrenti) lamentata «arbitraria ingerenza nelle scelte del modello familiare, avente anche portata discriminatoria sulla base degli orientamenti sessuali». Ma questo peculiare aspetto viene invece espressamente scartato dalla Cassazione, «in quanto la mancata equiparazione al coniuge è prevista in relazione a qualsiasi tipo di convivenza non matrimoniale, e non soltanto per quelle tra persone dello stesso sesso».

Ora, che la via del matrimonio sia (da noi) irrimediabilmente sbarrata agli omosessuali non sembra sfiorare neppure per un attimo le menti dei Supremi Giudici.

Analoga impostazione si desume dalla disciplina del ricongiungimento familiare dei cittadini comunitari di cui alla direttiva recepita con D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30: l'art. 2, comma 1, lett. b) n. 2), infatti, esclude dalla nozione di familiare rilevante ai fini

della libera circolazione il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, se la legislazione dello Stato membro ospitante non equipara l'unione registrata al matrimonio; a quanto pare, il medesimo principio riguarda anche i familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana, in forza del disposto dell'art. 23 D.lgs. 30/2007.

Note:

(51) Da notare che il richiamo della motivazione della decisione riportata nel testo al trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia l'8 agosto 2008, va aggiornato con la notizia per cui, con la ratificazione, in data 3 novembre 2009, da parte della Repubblica Ceca, la procedura di ratificazione del Trattato di Lisbona si è conclusa, con la conseguente previsione dell'entrata in vigore del predetto trattato nel corso del mese di dicembre 2009.

(52) «Articolo 9.

Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».