

Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero

di Diego Zannoni

Abstract: The effects of civil unions and same-sex marriages concluded abroad in the Italian legal system – Legislative Decree no. 7 of 19th January 2017 has reformed Italian private international law by including same-sex civil partnerships and marriages within its scope of application. And yet, domestic and European case law show that the recognition of same-sex partnerships and marriages concluded abroad remains a sensitive subject matter. Indeed, while the reform has solved some interpretative problems, others remain or are even exacerbated, and new ones have arisen. This paper attempts to take stock of the Italian regime and practice, and highlights what Italy shall or should recognise in the light of its obligations stemming from European Union law and from the European Convention on Human Rights.

Keywords: same-sex; marriage, civil partnership; recognition; reverse discrimination.

233

1. Introduzione

Prima della legge n. 76/2016¹, la tendenza della giurisprudenza era di negare la trascrivibilità in Italia del matrimonio *same-sex* non (più) a causa della sua contrarietà all'ordine pubblico, né della sua inesistenza o invalidità, ma piuttosto per la sua 'inidoneità' a produrre, appunto quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano². Del resto, nel senso dell'eterosessualità come elemento essenziale del matrimonio, si era già pronunciata la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 138 del 2010³. Tuttavia si

¹ L. 20-05-2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in g.u. 27-01-2017, n. 22.

² Cass., 15-03-2012, n. 4184. La Corte di Cassazione nel passato meno recente si era espressa in termini più radicali, cioè nel senso dell'inesistenza stessa del matrimonio *same-sex*. Cf. Cass. 9-06-2000, n. 7877, 412; ma vedi anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato 26-10-2015, n. 4897, par. 2.1. Per una panoramica della giurisprudenza e della prassi pre l. n. 76/2016, fra i molti contributi, cf. N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. internaz.*, 2007, 50-131; G. Palmeri, M.C. Venuti, *La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale*, in *GenIUS*, 2/2015, 92-102; O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2016, 89-113; G. Puma, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in questa *Rivista*, 2016, 395-428.

³ Secondo la Corte Costituzionale, i costituenti, elaborando l'art. 29 cost., tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma dell'art. 29 cost. che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,

ammetteva che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, fossero titolari del diritto alla vita familiare, con la conseguente possibilità di adire i giudici comuni per chiedere, a tutela di ‘specifiche situazioni’, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia eterosessuale coniugata⁴. In sintesi, in mancanza di una disciplina positiva, la tendenza era nel senso di riqualificare il rapporto come semplice unione *de facto*, e di garantire comunque ai suoi componenti il diritto “di vivere liberamente una condizione di coppia”⁵.

La posizione più rigida della giurisprudenza e della prassi italiana concerneva gli effetti di matrimoni *same-sex* celebrati all'estero da cittadini italiani. Ciò che si voleva innanzitutto scoraggiare era infatti il cd turismo matrimoniale, cioè il ricorso da parte di cittadini italiani ad opportunità concesse da ordinamenti stranieri per l'acquisizione di uno status che non sarebbe stato possibile ottenere in Italia. La sorte riservata ai matrimoni contratti all'estero tra cittadini entrambi stranieri era invece poco chiara e oggetto di minore attenzione⁶.

È questo il contesto in cui la legge n. 76/2016 ha introdotto in Italia la possibilità per le coppie omosessuali non già di contrarre matrimonio, ma di costituire un'unione civile. In particolare, a norma dell'art. 1, comma 28, lett. b della legge L. n. 76/2016, il Parlamento italiano ha delegato il Governo ad adottare le norme necessarie per la “modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato”. A tale disegno è stato dato compimento incidendo

evidentemente mirava ad assicurare alla donna pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. La Corte ritiene che questo significato del precetto costituzionale non possa essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema, o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Cf. Corte costituzionale, sent. n. 138 del 15-04-2010, richiamata anche nella sentenza n. 170 del 11-06-2014, par. 5.2. Tra le molte analisi della pronuncia, cf. M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 653-656; F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Rivista AIC*, 2010, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Dal_Canto-1.pdf; B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *GenIus* 2014/2, 12-25; A. Ambrosi, *Unioni civili e Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2016, 1676-1687.

⁴ Cass., 15-03-2012, n. 4184.

⁵ Corte costituzionale, sent. n. 138 del 15-04-2010, par. 8.

⁶ Cf. la circolare MIACEL n. 2/2001 precisava che “non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico”. Circolare del Ministero dell'interno MIACEL n. 2/2001 del 26 marzo 2001 (g.u. 4 aprile 2001, n. 79). La circolare del Ministero dell'Interno n. 55/2007 richiamava poi l'attenzione degli ufficiali di stato civile affinché “al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino [italiano], pon[essero] particolare cura alla verifica che i due sposi [fossero] di sesso diverso”. Circolare del Ministero dell'Interno n. 55/2007 del 18 ottobre 2007. Ancora, la circolare del Ministero dell'Interno n. 40/2014 faceva riferimento all'art. 27 della l. 218/1995 e all'art. 115 c.c. (che riguarda il matrimonio del cittadino all'estero), lasciando quindi parimenti aperta la questione in relazione a coppie dello stesso sesso formate da cittadini stranieri. Circolare del Ministero dell'interno n. 40/2014 del 7 ottobre 2014. Nel senso della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* fra stranieri, la cui legge nazionale lo consentisse, si era espressa la Corte d'appello di Napoli, con decisione 13-03-2015, *Foro it.*, 2016, I, 297, consultabile in www.articolo29.it.

sulla legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato⁷ con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7⁸. Parallelamente, la legge n. 76/2016 ha dettato talune disposizioni in materia di “convivenza di fatto”, aprendo questo istituto a tutte le coppie, a prescindere dal sesso delle parti, e formulando una specifica norma di conflitto: l'art. 30-bis, inserito anch'esso nella legge n. 218/1995.

La delega, all'apparenza assai ampia, risultava fortemente limitata dal criterio direttivo che prevedeva “l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo”. Il criterio direttivo, assai stringente, rispecchiava con tutta evidenza le preoccupazioni che hanno accompagnato l'adozione della legge n. 76/2016.

Da una prima lettura della norma sembra infatti che il legislatore volesse attribuire alle norme italiane sull'unione civile il rango di norme di applicazione necessaria, cosicché matrimoni e unione *same-sex* formati all'estero (da cittadini italiani, o da stranieri o da un italiano e uno straniero) avrebbero dovuto essere, per il nostro ordinamento, interamente regolati dalla legge italiana, a prescindere dall'esistenza e dall'intensità del collegamento tra le parti e l'ordinamento italiano. Va da sé che, se veramente l'intenzione del legislatore fosse stata quella di ricondurre alla disciplina della legge n. 76/2016 tutte le unioni e matrimoni *same-sex* costituite all'estero, la delega sarebbe stata svuotata di ogni contenuto e la legge n. 218/1995 sarebbe stata messa fuori gioco: non solo – direttamente – per le situazioni create all'estero, ma anche – indirettamente – per quelle create in Italia⁹. Nel decreto legislativo delegato il criterio direttivo è stato quindi interpretato in

⁷ L. 31-05-1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. (g.u. Serie Generale n.128 del 03-06-1995 - Suppl. Ordinario n. 68).

⁸ D.lgs. 19-01-2017, n. 7. Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della l. 20-05-2016, n. 76. (17G00013) (g.u. Serie Generale n.22 del 27-01-2017).

⁹ C. Campiglio ritiene che il criterio direttivo – con riguardo alle unioni civili costituite all'estero – avrebbe potuto essere interpretato in sede di attuazione della delega nel senso di impedire la produzione di effetti maggiori di quelli che la l. n. 76/2016 riconnette alle unioni costituite in Italia. L'autrice ammette però che questa soluzione interpretativa avrebbe potuto dare origine a delicati problemi applicativi perché nella pratica sarebbe stato difficile, nei singoli casi, valutare lo sfioramento del “tetto massimo” in presenza di unioni che all'estero attribuiscono alle parti, per certi aspetti, diritti minori e, per altri aspetti, diritti maggiori di quelli concessi dalla legge italiana. C. Campiglio, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili /3*, accessibile al link crossborder.live/2016/11/07/la-disciplina-internazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili3/. Per quanto di difficile applicazione, questa era precisamente la soluzione adottata dal legislatore tedesco, prima dell'introduzione del matrimonio egualitario in Germania (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 28.07.2017, Seite 2787 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017). L'art. 17 (b), quarto paragrafo della legge introduttiva al codice civile (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) prevedeva infatti che gli effetti delle unioni civili costituite all'estero non potessero essere più estesi di quelli previsti nel codice civile e nella legge sulle partnership registrate (*Lebenspartnerschaft*): “Die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft gehen nicht weiter als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes vorgesehen”. La *Lebenspartnerschaft* tedesca rappresentava pertanto il “tetto massimo” ammissibile.

senso restrittivo introducendo due norme distinte, l'una per i matrimoni *same-sex*, l'altra per le unioni civili contratte all'estero, e prevedendo l'applicazione della legge italiana solamente a quei matrimoni e unioni civili che si caratterizzano per un collegamento particolarmente stretto con l'ordinamento giuridico italiano. Con queste norme, che costituiscono l'oggetto della presente analisi, il legislatore italiano ha cercato di bilanciare diritti individuali e interessi della collettività, apertura a valori stranieri e protezione della coerenza interna dell'ordinamento.

2. Gli effetti dei matrimoni contratti da persone italiane dello stesso sesso

In ossequio ad una interpretazione rigorosa della delega legislativa, l'originaria formulazione dell'art. 32-bis disponeva che il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso dovesse produrre gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, senza che quindi avesse alcuna rilevanza la cittadinanza, italiana o straniera, delle parti¹⁰. Tale formulazione aveva però subito attirato le critiche di chi aveva evidenziato l'ingiustificata differenza di trattamento tra matrimoni – regolati appunto dall'art. 32-bis - e unioni civili contratte all'estero da persone dello stesso sesso, che l'art. 32-quinquies solo in presenza di certe circostanze sottopone alla legge italiana¹¹. Infatti, prescrivere in ogni caso l'applicazione della legge italiana ai vincoli coniugali, differenziando invece il trattamento delle unioni civili a seconda del legame esistente fra l'unione civile e il nostro ordinamento, sembrava irragionevolmente discriminatorio e non imposto dal tenore della delega legislativa¹². A seguito dei pareri previsti dalla procedura indicata dalla stessa legge n. 76/2016¹³, l'art. 32-bis, ora intitolato “Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso”, ha assunto una portata limitata ai soli matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani, che vengono riqualificati in unione civile (cd. *downgrade recognition*)¹⁴. Non si tratta certo di una soluzione originale dal momento che il mutamento del *nomen iuris*, e nello specifico il “downgrade” del matrimonio *same-sex* in unione civile, è diffuso a livello comparatistico¹⁵. Inoltre, benché

¹⁰ “Per quanto riguarda il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero la soluzione obbligata è quella per cui lo stesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana: indipendentemente dalla cittadinanza (italiana o straniera) delle parti, la disciplina di tale unione va desunta dalla legge n. 76 del 2016”. Relazione illustrativa, disponibile al documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0345_F001.pdf&leg=XVII

¹¹ Vedi *infra* par. 5.

¹² G. Biagioni, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/2*, disponibile al crossborder.live/2016/11/03/forum-la-disciplina-internazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili-2/

¹³ Art. 1 co. 30, l. 76/2016.

¹⁴ L'art. 32-bis dispone infatti che “il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana”. Il legislatore italiano ha preferito esprimersi in termini di produzione di effetti, a differenza di taluni legislatori stranieri che hanno usato espressioni suscettibili di evocare la teoria del riconoscimento. Si esprime, ad esempio, in termini di riconoscimento il legislatore svizzero: “il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata” (art. 45 par. 3 legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987).

configuri un declassamento del rapporto validamente costituito altrove, la riqualificazione è stata riconosciuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo compatibile con il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU. In particolare, nella sentenza *Hämäläinen v. Finlandia*, la Grande Camera ha negato che la conversione forzata del matrimonio in una partnership registrata, per sopravvenuto mutamento di sesso di uno dei due coniugi, determini di per sé una violazione della CEDU, nella misura in cui i regimi giuridici dei due istituti risultino sostanzialmente comparabili¹⁶. E questo sembra doversi ammettere per l'unione civile italiana, visto che la disciplina dell'istituto in gran parte rinvia a, o comunque ricalca, la disciplina prevista per il matrimonio¹⁷.

L'art. 32-bis lascia tuttavia aperte alcune questioni, in primo luogo in relazione al suo ambito soggettivo di applicazione. Sono sicuramente inclusi nell'art. 32-bis i matrimoni celebrati tra due italiani, e sono sicuramente esclusi i matrimoni tra due stranieri. È invece dubbia la disciplina dei matrimoni misti, celebrati cioè tra un cittadino italiano e uno straniero. Sembra preferibile l'interpretazione secondo cui, ai fini dell'applicazione della legge italiana sulle unioni civili, è sufficiente la cittadinanza italiana di uno dei due coniugi¹⁸. A questo risultato si perviene valorizzando il dato sintattico (*da* cittadini italiani *con* persona dello stesso sesso), e raffrontando il tenore dell'art. 32-bis con l'art. 32-quinquies che, con la sua inequivoca formulazione, rende chiara la sua applicabilità alle sole unioni civili contratte *tra* due cittadini entrambi italiani. È vero che la *rubrica legis* dell'art. 32-bis, si riferisce ai matrimoni contratti 'all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso', e potrebbe condurre ad interpretarne restrittivamente l'ambito di applicazione come limitato ai soli matrimoni conclusi da persone entrambe di cittadinanza italiana. Ma in caso di difformità tra rubrica e testo di una disposizione legislativa, è la prima a dovere essere adeguata al secondo¹⁹.

Del resto, alla stessa conclusione si giungerebbe se l'atto, e il relativo rapporto *same-sex*, fossero qualificati come matrimoniali anche nell'ordinamento italiano, con conseguente applicazione disgiunta della legge nazionale dei

¹⁵ Si pensi al già richiamato art. 45, par. 3 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato.

¹⁶ Per giungere a tale decisione, la Cedu ha confrontato il contenuto delle discipline finlandesi sul matrimonio e sulla partnership registrata e valutato se il passaggio dal primo al secondo istituto avrebbe influito negativamente sui diritti dei componenti della coppia, con particolare riguardo ai diritti di natura familiare ed economica. CEDU, *Hämäläinen v. Finlandia*, 37359/09, 16-07-2014, paras. 83-87.

¹⁷ In base alla clausola generale di cui all'art. 1, co. 20, della l. n.76/2016, "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Tuttavia, "la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente". P. Zatti argomenta nel senso che l'unione civile italiana sia un coniugio secondo le varianti del modello tridentino secolarizzato. P. Zatti, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2016, 1663-1666.

¹⁸ In questo senso anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. internaz.*, 2/2017, 498.

¹⁹ A. Belvedere, *Scritti giuridici. Volume primo, Linguaggio e metodo giuridico*, Milano, 2016, 90.

nubendi alla capacità e alle altre condizioni per contrarre matrimonio (art. 27 della legge n. 218/1995 e art. 115 c.c.)²⁰. Questo, almeno se si seguisse l'orientamento originalista della giurisprudenza che configura la diversità di sesso tra i nubendi come una condizione essenziale per contrarre matrimonio secondo l'ordinamento italiano²¹.

Inoltre, come ha notato la Corte di Cassazione, se l'art. 32-bis non si applicasse anche ai cd matrimoni misti, si determinerebbe una discriminazione cd a rovescio tra i cittadini italiani che, contraendo matrimonio all'estero con uno straniero, potrebbero “trasportare” forma ed effetti del vincolo nel nostro ordinamento e quelli che invece, costituendo il vincolo in Italia, dovrebbero necessariamente aderire al modello di unione civile previsto dalla legge italiana²².

La norma impone dunque una riqualificazione come unione civile a qualunque matrimonio celebrato all'estero da un cittadino italiano, anche se la legge nazionale del partner – non italiano – consentisse la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso²³.

Si tratta poi di individuare quale è la legge applicabile agli effetti di tali unioni civili e al loro scioglimento. La disposizione in commento sembrerebbe essere una classica norma di conflitto unilaterale. Sembrerebbe cioè non solo imporre la riqualificazione, ma anche indicare la legge regolatrice della fattispecie, con la conseguente applicazione della disciplina materiale italiana a tutti gli effetti del matrimonio riqualificato come unione civile. Questa interpretazione consentirebbe di evitare che sia individuata come applicabile la legge di un ordinamento che non disciplina l'unione civile²⁴. In particolare, negli ordinamenti che hanno esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso non sempre è possibile rinvenire una normativa sulle unioni civili: basti pensare alla Germania, ove l'introduzione del matrimonio cd. egualitario (*gleichgeschlechtliche Ehe*) ha determinato la contemporanea abrogazione della normativa sulle unioni civili (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), fino ad allora riservate, al pari di quanto accade oggi in Italia, alle sole coppie di persone dello stesso sesso²⁵. Dunque, ogniqualvolta il criterio di collegamento conducesse a tali ordinamenti – ad esempio applicando il criterio del luogo di costituzione²⁶ si rischierebbe di non trovare una

²⁰ Sul problema della qualificazione vedi *infra* par. 4.

²¹ Riferendosi a circostanze relative all'altro nubendo, cioè stabilendo con chi il nubendo non può contrarre matrimonio, la diversità di sesso si configurerebbe come un tipico esempio di impedimento c.d. bilaterale o doppio. Cf. T. Ballarino, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2 edizione, Padova, 2007, 136.

²² Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.4.

²³ Alla medesima conclusione giunge anche la Corte di Cassazione, argomentando da una lettura congiunta dell'articolo 32-bis e quinquies, e facendo leva sulla circostanza che, nell'esercizio del margine di apprezzamento, l'Italia abbia scelto il modello delle unioni civili, e non del matrimonio, per regolare le unioni *same-sex*. Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.3.

²⁴ C. Campiglio, *Forum: la disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, cit.

²⁵ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 28.07.2017, Seite 2787 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017.

²⁶ Questo criterio è ad esempio previsto ai sensi dell'art. 32-ter par. 3 per valutare la validità dell'unione civile e, dall'art. 32-ter, par. 4 per regolare i rapporti personali e patrimoniali dell'unione civile.

disciplina delle unioni civili, finendo per applicare quella sul matrimonio, in base alla seconda qualificazione da compiersi sulla base dell'ordinamento richiamato, così privando sostanzialmente di effetto utile la riqualificazione italiana.

Sembra tuttavia preferibile una interpretazione restrittiva che consideri la disposizione unicamente volta alla riqualificazione dell'istituto, ferma l'applicabilità delle norme di conflitto sulle unioni civili, e dei regolamenti UE, per la disciplina di tutti gli effetti, al pari di quel che accade per le unioni civili riconosciute o costituite in Italia che presentino elementi di estraneità.

Questo prima di tutto perché, in generale, la scelta legislativa di attribuire un persistente rilievo assiologico alla legge nazionale, anche rispetto ai matrimoni *same-sex*, non è del tutto condivisibile. La cittadinanza infatti ben può rappresentare un nesso di scarsa intensità alla luce del fenomeno generalizzato della mobilità degli individui nello spazio e dunque il richiamo di questo criterio può porsi in contrasto con le aspettative di questi ultimi rispetto all'individuazione della legge applicabile²⁷. Si pensi ad una coppia di cittadini italiani residenti all'estero che decidono di sposarsi nel Paese di residenza secondo la legge locale. Poiché la riqualificazione opera a prescindere dalla residenza in Italia dei coniugi, l'applicazione della legge italiana a tutti gli effetti ben potrebbe andare contro la legittima aspettativa delle parti²⁸.

Non solo. Una lettura restrittiva della norma sembra preferibile anche perché non appare ragionevole la differenza di trattamento che altrimenti si realizzerebbe tra matrimoni riqualificati in unioni civili e altre unioni civili, costituite all'estero o in Italia, aventi carattere transnazionale, per le quali il legislatore ha stabilito autonome norme di conflitto. La norma stessa, nell'affermare che l'unione civile sarà regolata “dalla legge italiana”, ben può essere letta come comprensiva delle norme italiane di conflitto. Non si vedono peraltro difficoltà ad applicare anche norme straniere relative all'unione civile, salva la necessità di verificare se dall'applicazione del diritto straniero non derivino effetti incompatibili con il nostro ordine pubblico internazionale.

3. Gli effetti dei matrimoni contratti da persone straniere dello stesso sesso: i punti fermi

Alla luce di quanto emerso sinora si può dedurre che l'art. 32-bis determina un vuoto di disciplina, laddove estende i propri effetti al matrimonio contratto

²⁷ Sul punto E. Di Napoli, *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, 899-922.

²⁸ Si noti però, che, sia pure in un ambito diverso da quello qui oggetto di analisi, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di affermare che: “The rapporteur finds that, especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without “objective and reasonable justification”. CEDU, *Ammdjadi v. Germany*, Decision as to the admissibility of Application no. 51625/08, 9-03-2010.

all'estero (i) tra due cittadini italiani e (ii) tra un cittadino italiano e uno straniero, lasciando però fuori del proprio ambito d'applicazione il caso dei (iii) cittadini entrambi stranieri. Si tratta allora di stabilire la disciplina applicabile qualora due stranieri chiedano la trascrizione in Italia del proprio legame coniugale e quali siano, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, gli effetti da ricollegarsi a tale vincolo.

Il fatto che il tenore stesso dell'art. 32-bis non consenta di includere entro il suo ambito applicativo i matrimoni di due cittadini entrambi stranieri potrebbe indurre a ritenere che sia implicitamente consentito trattarli alla stregua di matrimoni nell'ordinamento italiano²⁹. Ma se la riqualificazione in unione civile non è esplicitamente imposta, questo non significa che, per ciò stesso, il matrimonio debba essere riconosciuto come tale.

Questo forse è, dopo la legge n. 76/2016, uno dei punti più delicati perché si presta, almeno astrattamente e come subito vedremo, a più soluzioni interpretative. Possono però essere individuati alcuni punti fermi.

Un primo punto fermo è l'esclusione dell'operatività del limite dell'ordine pubblico. La Corte di Cassazione ha ben notato che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 12 della CEDU privando di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi³⁰, deducendo che la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è requisito minimo indispensabile, per così dire "naturalistico", per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante, non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica. Da qui la Corte ha concluso che l'intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali dipende -non dalla loro "inesistenza", e neppure dalla loro "invalidità", ma - eventualmente - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano³¹.

D'altra parte sembra difficile ricostruire un obbligo di riconoscimento del matrimonio *same-sex*, concluso all'estero, come tale, come corollario della cittadinanza europea e del diritto di circolazione (articoli 20 e 21 TFEU), nonché dell'art. 8 CEDU³².

²⁹ In questo senso, G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, cit., 498.

³⁰ "The Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex", aggiungendo però che "the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State". CEDU, *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, judgement, 24-06-2010, par. 61; CEDU, *Oliari and others v. Italy*, 18766/11 and 36030/11, judgement, 21-07-2015, par. 191; CEDU, *Orlandi and others v. Italy*, 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, judgement, 14-12-2017, par. 145.

³¹ Cass., 15-03-2012, n. 4184.

³² Per l'individuazione nel diritto dell'UE di un principio che impone il riconoscimento diretto degli status (*la situation juridique*) personali e familiari acquisiti all'estero, salvo il limite dell'ordine pubblico, cf. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Rec. des cours*, vol. 348, 2010, 413-462, in particolare pp. 443-444; 494-495; S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, 797; 805. Tra le pronunce della Corte di Giustizia poste a fondamento di tale tesi assumono principalmente rilevanza le decisioni Garcia Avello e Grunkin-Paul, in cui la Corte ha ricavato dalle disposizioni del Trattato

Nella prospettiva della CEDU, è fuori dubbio che lo status coniugale di una persona, che fra l'altro è certificato in un documento pubblico dello Stato d'origine, costituisca parte della sua identità personale e sociale, e sia pertanto protetto dall'art. 8 CEDU³³. La trascrizione stessa del matrimonio incide sul diritto alla vita privata e familiare, in quanto operazione diretta a riconoscere, e a consentire di opporre a terzi, lo stato civile di un individuo. Ricade quindi anch'essa entro l'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU³⁴.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si è però ben guardata dal richiedere in sede di riconoscimento di un matrimonio *same-sex* straniero più di quanto non richieda sul piano della tutela materiale interna³⁵. Su entrambi i versanti ha reiteratamente escluso che l'art. 8 e l'art. 12 della CEDU, in combinazione con l'art. 14, impongano agli Stati Parti di concedere alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio³⁶, precisando però che tali coppie devono essere riconosciute giuridicamente e che ad esse deve essere garantito un nucleo fondamentale di diritti, pena la violazione dell'art. 8 CEDU³⁷.

l'obbligo per uno Stato Membro di riconoscere il doppio cognome attribuito – rispettivamente dallo Stato di ulteriore cittadinanza (nella prima pronuncia) e dallo Stato di nascita e residenza (nella seconda pronuncia). Corte giust., sent. 2-10-2003, c-148/02, *Carlos Garcia Avello contro Stato belga*, European Court Reports 2003 I-11613, ECLI:EU:C:2003:539; Corte giust., sent. 14-10-2008, c-353/06, *Grunkin-Paul*, 2008, I-7639. Altri autori fanno leva sul diritto alla protezione della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In particolare, secondo A. Bucher, “la protection juridique mise en place dans un Etat doit produire ses effets dans des autres Etats, out tout au moins des effets équivalents”, sicché “un Etat dont les règles de droit international privé ne répondent pas à cet impératif viole l'article 8 de la CEDH”. Quindi il metodo del riconoscimento si sostituisce al normale funzionamento delle norme di conflitto, nell'ipotesi in cui la applicazione di queste ultime dovesse condurre ad un esito incompatibile con il disposto dell'art. 8 CEDU. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Rec. des cours*, 2000, vol. 283, 98-101. In generale, sulla ricostruzione del metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche acquisite all'estero si rinvia a P. Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?*, in *Rec. des cours*, vol. 371, 2014, 19-42. La Corte di Cassazione nella sentenza 11.696 sembra far proprio questo metodo nel passaggio in cui afferma: “neanche l'accertamento dell'esistenza (o della mancanza) di analogo istituto nell'ordinamento italiano costituisce, in linea generale, un ostacolo impeditivo al riconoscimento [...]. Un atto o un provvedimento straniero che sia rispettoso di tale limite [il limite dell'ordine pubblico internazionale] merita di essere riconosciuto nel nostro ordinamento con riferimento specifico agli effetti che è destinato a produrre”. Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.1. Nel senso della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* fra stranieri, vedi la già richiamata sentenza della Corte d'appello di Napoli 13-03-2015, consultabile in Articolo29, www.articolo29.it.

³³ F. Salerno ritiene non convincente la tesi del riconoscimento diretto di una posizione giuridica a prescindere dal fatto che essa sia cristallizzata in un documento pubblico. L'autore ritiene che, lungi dall'essere irrilevante, l'incorporazione della posizione giuridica in un documento pubblico amplifichi l'intensità dell'obbligo di riconoscere la posizione stessa. Infatti, per effetto di questa incorporazione, tale posizione diventa elemento costitutivo dell'identità personale del soggetto. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Rec. des cours*, vol. 395, 2019, 157-158.

³⁴ CEDU, *Dadouch v. Malta*, 38816/07, judgement, 20-07-2010, par. 48; *Orlandi, cit.*, par. 144.

³⁵ *Orlandi, cit.*, par. 194; Judge Koskelo, Concurring Opinion in *Orlandi*, par. 8.

³⁶ *Schalk and Kopf, cit.*, paras. 49-63; 108; CEDU, *Gas et Dubois c. France*, 25951/07, 15-03-2012, par. 66; *Hämäläinen, cit.*, par. 96; *Oliari, cit.*, paras. 191-192-193; CEDU, *Chapin et Charpentier c. France*, 40183/07, 9-06-2016, paras. 36-39.

³⁷ *Oliari, cit.*, par. 174.

In particolare, poiché quasi tutti gli Stati che non prevedono il matrimonio omosessuale all'interno non consentono nemmeno la trascrizione di tale matrimonio, se celebrato all'estero, la Corte ha ritenuto che deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento sulla trascrivibilità come tali dei matrimoni celebrati all'estero³⁸.

Quindi, una violazione della CEDU sarà certamente integrata qualora la richiesta di trascrizione del matrimonio *same-sex* straniero sia rifiutata *tout court*, lasciando la coppia nel vuoto giuridico e senza alcuna protezione. Di converso, la compatibilità con la CEDU sarà salva se, nonostante il mancato riconoscimento del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero come tale, lo Stato richiesto garantirà comunque una tutela adeguata alla coppia, uguale o simile a quella assicurata alla coppia eterosessuale coniugata³⁹. Di conseguenza, usando le parole della Corte, la conversione del matrimonio *same-sex* straniero in unione civile soddisfa, almeno *prima facie*, gli standards convenzionali⁴⁰.

La continuità transfrontaliera dello status non sembra imposta neanche dal diritto dell'UE. È noto che, in mancanza di una competenza legislativa dell'UE in materia di definizione e disciplina del matrimonio, i regolamenti dell'UE in materia di diritto internazionale privato della famiglia lasciano impregiudicata la questione – che si pone sempre come questione preliminare – della sussistenza dello status⁴¹.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, così come l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel garantire il diritto di sposarsi e

³⁸ *Orlandi, cit.*, par. 205.

³⁹ *Schalk and Kopf, cit.*, par. 99; CEDU, *Vallianatos and others v. Greece*, 29381/09 and 32684/09, 7-11-2013, par. 81; *Orlandi, cit.*, par. 194. P. Kinsch osserva che il metodo “troppo liberale” del riconoscimento fondato sulla CEDU potrebbe condurre ad una inopportuna estensione al diritto di famiglia della autonomia delle parti, tipica della materia contrattuale. P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law*, in K. Boele-Woelki and others (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich-Basel, 2010, 274-275.

⁴⁰ *Orlandi, cit.*, par. 194.

⁴¹ “L'accertamento del rapporto di famiglia continua a essere disciplinato dal diritto interno degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato”. Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, OJ L 7, 10.1.2009, 1-79, considerando n. 21. Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, OJ L 343, 29.12.2010, 10-16, considerando n. 26, art. 1 par. 2 lett. b), art. 13. Il Reg. 650/2012 esclude dal suo ambito di applicazione lo status delle persone fisiche, i rapporti di famiglia e i “rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili”. Reg. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, OJ L 201, 27.7.2012, 107-134, Art. 1 par. 2 lett (a). “Il presente regolamento non riguarda la nozione di «matrimonio», che è definita dal diritto interno degli Stati membri”. Reg. UE n. 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, OJ L 183, 8.7.2016, 1-29, considerando n. 17, art. 9.

costituire una famiglia, rinviano espressamente alle leggi nazionali che ne regolano l'esercizio. La delicatezza della materia si evince anche dal fatto che nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, l'adozione delle "misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transfrontaliere" richiede l'unanimità degli Stati Membri⁴².

Coerentemente a questo quadro normativo, la Corte di Giustizia ha perentoriamente escluso che uno Stato Membro sia obbligato ad introdurre nel proprio ordinamento l'istituto del matrimonio omosessuale, e a riconoscere gli effetti di un matrimonio concluso in un altro Stato Membro⁴³, sempreché il mancato riconoscimento di taluni effetti del matrimonio non integri una violazione del diritto dell'UE⁴⁴. In altre parole il mancato riconoscimento di per sé è pienamente legittimo nella misura in cui lo Stato Membro richiesto, pur non riconoscendo, assicura comunque agli individui interessati la piena applicazione del diritto dell'UE, con particolare riguardo all'esercizio delle libertà fondamentali⁴⁵.

È quindi evidente che il riconoscimento del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero è la soluzione più sicura per gli Stati Membri, sul piano della compatibilità con la CEDU e con il diritto dell'UE, perché maggiormente rispettosa del diritto alla vita privata e familiare di cui alla CEDU nonché dei valori di certezza giuridica e di continuità delle situazioni giuridiche nello spazio perseguiti dal legislatore europeo⁴⁶.

Ma non è una soluzione imposta⁴⁷. La conversione del matrimonio *same-sex* in unione civile è quindi in linea con la CEDU nella misura in cui garantisca alla

⁴² Art. 81, par. 3 TFEU.

⁴³ Corte giust. (Grande Sezione) sent. 5-06-2018, c-673/16, *Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI: ECLI:EU:C:2018:385, par. 37; 45.

⁴⁴ Corte giust., *ibidem*, par. 45. Non si tratta certo del primo caso in cui una normativa nazionale adottata in un settore che rientra nella competenza degli Stati Membri può nondimeno interferire con il diritto dell'UE e per questa via essere incompatibile con esso. Cf. M.E. Bartoloni, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, 339-365.

⁴⁵ Rimane fermo il limite dell'abuso del diritto, sul quale si tornerà più diffusamente in seguito. Se un cittadino dell'Unione, avente la nazionalità di uno Stato che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si sposta in un altro Stato Membro che lo ammette, al solo fine di sposarsi, per poi rientrare nel proprio Stato, quest'ultimo Stato potrebbe opporre sia l'abuso del diritto nel senso della sentenza *Centros*, sia l'inapplicabilità del diritto dell'Unione Europea al caso. In questo senso, A. Lang, *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *Genius* 2018/2, 148, nota n. 65. Cf. Corte giust., sent. 9-03-1999, c-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-01459, ECLI:EU:C:1999:126. Sull'abuso del diritto vedi *infra* par. 5.

⁴⁶ G. Puma parla di una "preferenza", sia pure non assoluta e da valutarsi caso per caso, in favore della continuità degli status personali e familiari costituiti all'estero. G. Puma, *cit.*, p. 413. In termini simili, Mosconi ritiene che la circolazione delle nuove forme di convivenza è favorita, ma non imposta, dal diritto dell'UE. F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 360; in particolare 370-371. Sul punto si rinvia a P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status judicially created Abroad*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2011, 609-616.

⁴⁷ La stessa Corte Costituzionale italiana ha affermato che non esiste una norma di diritto internazionale che imponga che un provvedimento straniero sia rispettato nel suo integrale

coppia omosessuale una tutela adeguata, uguale o simile a quella eterosessuale coniugata, e sempre che non incida negativamente sulle libertà fondamentali dell'Unione Europea.

4. La qualificazione del matrimonio same-sex fra stranieri

Una volta esclusa la vigenza di un obbligo a riconoscere il matrimonio *same-sex* concluso all'estero fra stranieri, si tratta di verificare se *possa* essere riconosciuto come tale, o se sia invece del tutto estraneo al “tipo matrimoniale” previsto dall'ordinamento italiano. In questa seconda ipotesi, dovrebbe essere attuato nelle forme proprie di un tipo locale che possieda effetti equivalenti e ne condivida sostanzialmente gli scopi⁴⁸. Si dovrebbe quindi fare ricorso alla tecnica dell'adattamento (“adaptation” in inglese, “adaptation” in francese, “Anpassung”, in tedesco) e ricondurlo all'istituto dell'unione civile⁴⁹.

Come premesso, non vi è una soluzione univoca nel momento in cui si tratta di qualificare il matrimonio *same-sex* concluso all'estero fra stranieri. E questo non solo e non tanto per la nota diatriba, che va ben oltre la materia di cui ci si occupa in questo lavoro, circa la determinazione della legge in base alla quale operare la qualificazione⁵⁰. La qualificazione sembra dubbia anche se ci si pone esclusivamente nella prospettiva della *lex fori*⁵¹.

In linea con l'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost, seguita dalla Corte costituzionale italiana, si potrebbe argomentare nel senso che la diversità di sesso tra le parti costituisca in Italia un presupposto ineludibile e fondante dell'istituto matrimoniale, con la conclusione che il matrimonio *same-sex* dovrebbe qualificarsi come un istituto sconosciuto al nostro ordinamento⁵². La

contenuto quando si tratta di riconoscerlo, eseguirlo, o implementarlo. Corte costituzionale, sent. n. 536, del 11-12-1989, par. 5.

⁴⁸ F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., p. 163, sottolinea che, anche accolto il cosiddetto metodo del riconoscimento diretto, lo status personale o familiare da riconoscere deve comunque rientrare in uno dei tipi conosciuti nello Stato richiesto, aprendosi altrimenti la via all'adattamento.

⁴⁹ L'adattamento, in questa prospettiva, rappresenta uno degli strumenti offerti all'operatore del diritto per ovviare ai problemi di “comunicazione” insiti nella diversità dei diritti nazionali e nella complessità dei meccanismi che ne presiedono il coordinamento. Si provvede all'adattamento per facilitare la coesistenza degli ordinamenti, contro il pericolo che la diversità giuridica si converta in ragione di esclusione di ciò che è giuridicamente “altro”. P. Franzina, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in Studi in onore di Laura Picchio Forlati, a cura di B. Cortese, Torino, 2014, 185-194.

⁵⁰ Secondo alcuni la qualificazione dovrebbe essere operata in base alla legge del foro (*lex fori*), secondo altri in base alla legge individuata come applicabile (*lex causae*), secondo altri ancora dalla legge del foro, coordinata però con la *lex causae*, quindi interpretata in modo flessibile. Sull'operazione di qualificazione nel diritto internazionale privato cf. S. Barile, *Qualificazione* (diritto internazionale privato), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 1; R. Baratta, *Qualificazioni*, in *Diritto internazionale privato*, Dizionario del diritto privato promosso da N. Irti, Milano, 2010, 315; S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003.

⁵¹ A favore della tesi secondo cui la qualificazione dovrebbe operarsi secondo la *lex fori* vedi Judge Koskelo, *Concurring Opinion* in Orlandi, par. 6.

⁵² Nel senso che il matrimonio contratto all'estero fra persone dello stesso sesso non sia

Corte di Cassazione, come abbiamo visto, ha affermato l'inidoneità dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero a produrre come tali qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, e sembra quindi assumere a monte che non possano essere qualificati come matrimoni⁵³.

Anche il tenore della delega legislativa al governo sembra deporre a favore di questa interpretazione, cioè nel senso della riqualificazione di tutti i matrimoni contratti all'estero, anche fra stranieri, come unioni civili di cui alla legge L. n. 76/2016, e tale soluzione viene peraltro accolta anche in altri ordinamenti, come in Svizzera. Sul piano pratico, ammettere la continuità transfrontaliera dello status coniugale solo per coppie di stranieri avrebbe effetti di *reverse discrimination*. Infatti, anche se gli effetti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ex legge n. 76/2016 sono pressoché coincidenti con quelli del matrimonio civilistico, comunque esistono talune esclusioni. Quindi, ammesso il riconoscimento del matrimonio fra stranieri come tale, ne deriverebbe per loro un trattamento differenziato di favore rispetto ai coniugi italiani dello stesso sesso e anche rispetto ai cittadini stranieri che sposano un cittadino italiano, per i quali è imposta la riqualificazione⁵⁴.

Sembra poi rilevante che, ai sensi dell'art. 63 dell'ordinamento dello stato civile, nella parte seconda del registro delle unioni civili si debbano trascrivere, oltre agli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero, anche “gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero”⁵⁵.

Eppure, come si diceva, si potrebbe argomentare anche a favore del riconoscimento del matrimonio *same-sex*, celebrato fra stranieri, come tale⁵⁶.

qualificabile come matrimonio nel nostro ordinamento. F. Pesce, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in *Genius*, 2017, 93; C. Campiglio, *Forum: Le discipline internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/3*, cit.; nello stesso senso anche R. Rossolillo che lo ritiene un istituto sconosciuto per l'ordinamento italiano. G. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2003, 382. F. Mosconi si attiene ad una rigorosa applicazione della teoria della qualificazione sulla base della *lex fori*, e considera il matrimonio inesistente. F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, cit., 364-365.

⁵³ Cass., 15-03-2012, n. 4184. Per questa interpretazione vedi Judge Koskelo, Concurring Opinion in Orlandi, par. 6.

⁵⁴ In questo senso, F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., 183; F. Pesce, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 93.

⁵⁵ Art. 63 comma 2, lettera c-bis, d.p.r. 3-11-2000 n. 396, così come modificato dal d.lgs. 19-01-2017 n. 5. Cf. d.lgs. 19-01-2017 n. 5. Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della l. 20-05-2016, n. 76. (17G00011) (g.u. Serie Generale n.22 del 27-01-2017)

⁵⁶ A favore della qualificazione matrimoniale: S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, Torino, 2003, 164; N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 112; 118. Secondo le due autrici, la qualificazione del matrimonio omosessuale è chiara negli ordinamenti che lo ammettono, e il matrimonio omosessuale non è configurabile come istituto sconosciuto nemmeno negli ordinamenti che non lo ammettono. In questi ultimi ordinamenti potrà tutt'al più essere sollevata una questione di ordine pubblico qualora ritengano che la differenza di sesso sia un elemento essenziale al matrimonio. Molti autori sostengono che l'operazione di qualificazione dovrebbe essere condotta in modo autonomo rispetto alle regole di diritto materiale dello Stato del foro, quindi in modo elastico, in modo da

Infatti, si potrebbe ritenere che tale qualificazione non sia impedita dal fatto che, secondo il diritto materiale italiano, al matrimonio non abbiano accesso le coppie formate dalle persone dello stesso sesso⁵⁷. La stessa Corte di Cassazione, con la richiamata sentenza 4184/2012, ha superato la teoria dell'inesistenza del matrimonio omosessuale. Infatti, malgrado il rilevante discostamento in ordine alle condizioni di accesso, la forma e gli effetti del matrimonio *same-sex* comunque rimandano all'istituto matrimoniale previsto dal codice civile italiano.

Contro l'interpretazione originalista fatta propria dalla Corte Costituzionale⁵⁸, si potrebbe obiettare che l'odierna nozione di "famiglia" non è in tutto e per tutto sovrapponibile a quella contemplata dai padri costituenti. Diversamente opinando, occorrerebbe necessariamente concludere che non vi si può ricomprendere, ad esempio, il rapporto di filiazione adottiva, per il solo fatto che quest'ultimo risultava ben distinto da quello di filiazione "legittima" in quella formulazione originaria del codice civile del 1942 nel cui contesto si collocarono i lavori dell'Assemblea Costituente⁵⁹. Tale inclusione è oggi chiaramente desumibile dal mutato quadro normativo codicistico ed è indubbio che l'adozione dia oggi vita ad un rapporto avente natura familiare. Anche in relazione al matrimonio dunque ben si potrebbe abbandonare il criterio interpretativo originalista rigidamente ancorato al clima culturale nel quale la Carta Costituzionale è stata stesa a favore di una interpretazione dell'art. 29 Cost.

ricomprendere fattispecie che ne fuoriuscirebbero sulla scorta di una qualificazione rigidamente operata *lege fori*. Secondo S. Armellini, un matrimonio omosessuale straniero può essere "in via diretta o analogica" qualificato come matrimonio al fine della sua riconducibilità all'ambito di applicazione delle pertinenti norme di diritto internazionale privato italiano. S. Armellini, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti*, Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili, vol. IV, a cura di A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri, Milano, 2015, 743-773. In termini simili, N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 113; 119, esaminando il quadro normativo vigente prima della legge n. 76/2016, riteneva che le norme italiane di conflitto sul matrimonio avrebbero potuto essere applicate per analogia al matrimonio *same-sex*. Secondo G. Biagioni, trattandosi di materia cui è applicabile l'istituto del rinvio, la qualificazione *lege fori* dovrebbe, ove sussistano le condizioni per il ricorso a quest'ultimo istituto, essere coordinata con quella operata dall'ordinamento richiamato. G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, cit., 499-500. G. Rossolillo sottolinea che la norma di conflitto, proprio perché concepita come strumento di apertura dell'ordinamento verso l'esterno, deve essere atta a ricomprendere nel proprio ambito anche istituzioni in parte differenti da quelle dell'ordinamento del foro, o persino sconosciute a quest'ultimo. Tuttavia, partendo da questa premessa, l'autrice conclude affermando che, in assenza del requisito essenziale di diversità di sesso, nessuna istituzione straniera potrà essere assimilata al matrimonio come configurato nell'ordinamento italiano. Cf. R. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., 380-382. Secondo F. Salerno, operare la qualificazione esclusivamente in base alla *lex fori* mal si concilierebbe con l'obiettivo stesso del diritto internazionale privato: il coordinamento fra ordinamenti giuridici. In caso di conflitto tuttavia - l'autore utilizza come esempio proprio il matrimonio omosessuale da qualificarsi in uno Stato che non lo ammette - la qualificazione deve essere operata in base ai valori fondamentali protetti dalla *lex fori*. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., 116-118.

⁵⁷ In questo senso G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, cit., 500.

⁵⁸ Vedi *supra* nota n. 3.

⁵⁹ P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. I - Presupposti ed effetti*, in Il nuovo diritto di famiglia, a cura di G. Ferrando, vol. III, Bologna, 2007, 588.

orientata al disposto dell'art. 12 CEDU, secondo la lettura che ne ha dato la Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶⁰.

Non vi è dubbio, infatti, che i lavori preparatori siano uno strumento importante di orientamento interpretativo rispetto alle norme costituzionali; ma queste hanno una vitalità propria che prende alimento dalle nuove istanze sociali e dalla loro riconducibilità a tutto quell'insieme di concetti giuridici che ne identificano l'impronta assiologica, in collegamento continuo con i mutamenti sociali e culturali⁶¹.

Del resto, anche le circolari ministeriali che si sono succedute nel tempo per chiarire che non potevano essere trascritti i matrimoni celebrati all'estero fra due omosessuali, di cui uno italiano, presupponevano e quindi confermavano la qualificazione matrimoniale dell'istituto, nella misura in cui richiamavano, per la definizione della disciplina applicabile, l'art. 115 c.c. e l'art. 27 della legge 218/1995⁶². Tali circolari inoltre identificavano proprio nella nazionalità italiana di almeno uno dei due coniugi l'elemento necessario per dedurre la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero⁶³.

Venendo poi all'ordinamento dello stato civile, l'asserita contraddittorietà fra la riconoscibilità del matrimonio *same-sex* come tale e obbligo di trascrizione nel registro delle unioni civili si potrebbe ricondurre ad un difetto di coordinamento fra i due decreti, cioè ad un mancato recepimento nel decreto sull'ordinamento dello stato civile della modifica inserita in limine nell'art. 32-bis che infatti, nella versione iniziale, imponeva la riqualificazione per tutti i matrimoni *same-sex* esteri. In ogni caso, la trascrizione ha una funzione meramente certificativa, cioè non è suscettibile di incidere sugli effetti che un atto sarebbe comunque idoneo a produrre ai sensi della regola sostanziale. Così, sarebbero soggetti a trascrizione nel registro delle unioni civili soltanto i matrimoni contratti da cittadini italiani con persona dello stesso sesso. Gli altri matrimoni dovrebbero invece essere trascritti nei registri dei matrimoni, al pari di quelli contratti all'estero fra persone di sesso diverso⁶⁴.

⁶⁰ *Schalk and Kopf, cit.*, par. 61; *Oliari, cit.*, par. 191; *Orlandi, cit.*, par. 145. Sul processo di convergenza fra valori costituzionali ed internazionali, cf. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status, cit.*, 28; 65.

⁶¹ Per gli argomenti utilizzabili per superare l'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'art. 29 della Costituzione, si rimanda a B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale, cit.*, 12-25.

⁶² Vedi *supra* nota n. 6. Si badi bene che, assumendo la qualificazione matrimoniale dell'istituto, e diversamente da quanto si legge nelle circolari ministeriali, l'impossibilità di trascrizione del matrimonio *same-sex* non deriverebbe dalla contrarietà con l'ordine pubblico, ma dall'invalidità stessa del matrimonio contratto all'estero.

⁶³ F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato, cit.*, 366 in nota n. 35, sostiene che tali circolari implicitamente ammettevano la trascrizione del matrimonio *same-sex* fra due stranieri. Secondo N. Boschiero, *Les unions homosexuelles, cit.*, 120, le circolari indicate avrebbero fatto propria, sia pure solo indirettamente, la nozione di ordine pubblico attenuato: più la situazione è estranea al sistema giuridico del foro, minore è l'intensità dell'intervento del limite dell'ordine pubblico.

⁶⁴ Art. 14 n. 3 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238/1939 Ordinamento dello stato civile, e art. 19 d.p.r. n. 396/2000, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15-05-1997, n. 127.

Dall'adesione all'una piuttosto che all'altra posizione discendono conseguenze significative in termini di giurisdizione e di legge applicabile. Se si seguisse il primo orientamento, si aprirebbe la via della riqualificazione del matrimonio *same-sex* fra stranieri in unione civile, nel momento in cui se ne volessero fare riconoscere gli effetti in Italia. Viceversa, se il matrimonio tra persone dello stesso sesso potesse essere qualificato come matrimonio anche nell'ottica dell'ordinamento italiano, tale qualificazione implicherebbe l'applicazione dell'art. 27 della legge n. 218/1995 e porterebbe al risultato di ritenere sussistenti – già *de iure condito* – le condizioni per riconoscere effetti al matrimonio *same-sex* contratto all'estero, ovviamente nel caso in cui la legge nazionale di entrambi i nubendi lo consenta. Ne discenderebbe la possibilità di mantenerne la sottoposizione alla pertinente legge straniera, da individuarsi alla stregua degli articoli 26-30 della legge n. 218/1995, nonché dei regolamenti UE in materia matrimoniale⁶⁵.

La Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul punto aderendo alla seconda interpretazione: l'art. 32-bis non si applica se viene richiesto il riconoscimento di “un'unione coniugale contratta all'estero tra due cittadini stranieri”, e il matrimonio deve quindi essere riconosciuto come tale⁶⁶.

Infatti, giusta la *ratio* antielusiva dell'art. 32-bis, il matrimonio *same-sex* fra stranieri sarebbe escluso dal suo campo di applicazione, e sarebbe sufficientemente estraneo all'ordinamento italiano da poter produrre effetti che non sarebbero consentiti se fosse costituito da cittadini italiani⁶⁷.

Eppure, tutta la costruzione sembra poggiare su fragili basi. Se si ritiene, come fa la Corte di Cassazione, che l'art. 32-bis abbia una funzione antielusiva, si dovrebbe coerentemente escludere dal suo campo di applicazione la coppia mista italiano-straniero, che è fattispecie dotata di un elemento di transnazionalità non creato elusivamente *ad hoc* ma dovuto appunto alla nazionalità di uno dei due

⁶⁵ Si pensi al Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000 OJ L 338, 23.12.2003, 1–29; Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, OJ L 343, 29.12.2010, 10–16; Reg. UE 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, OJ L 183, 8.7.2016, 1–29.

⁶⁶ Cass. 14-05-2018 n. 11696, par. 13.3. Per un'analisi della sentenza cf. M.M. Winkler, “*A Case with Peculiarities*”: *Mixed Same-Sex Marriages Before the Supreme Court*, in *The Italian Law Journal*, 2018, 273-288.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 13.3. Si è così realizzato quanto acutamente previsto da O. Lopes Pegna, prima che la l. n. 76 fosse adottata: “vi è da chiedersi se il venir meno del paventato rischio di intenti ‘elusivi’ da parte dei cittadini italiani, possa costituire, almeno *de iure condendo*, l'elemento che possa far cadere definitivamente l'ostacolo (forse il tabù?) al riconoscimento di effetti al matrimonio estero come tale”. O. Lopez Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, cit., 110-111. N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 120, in termini simili riteneva che l'introduzione nel nostro ordinamento di un'istituzione che regolasse il rapporto fra persone del medesimo sesso avrebbe attenuato ancora di più l'intervento dell'ordine pubblico in sede di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero.

coniugi. In altre parole, l'applicazione della legge straniera a questa fattispecie, lungi dall'essere fraudolentemente costruita, sarebbe giustificata dall'esistenza di un collegamento oggettivo e genuino della coppia con lo Stato straniero. La Corte di Cassazione invece prima afferma che la norma copre la coppia mista e poi, per escludere dal suo raggio di applicazione la coppia straniera, asserisce la sua funzione antielusiva. In questo modo sembra reintrodurre sotto mentite spoglie il limite dell'ordine pubblico ad intensità variabile (*ordre public de proximité*), cioè un ordine pubblico che viene modulato in funzione dell'intensità del collegamento della situazione giuridica che si tratta di riconoscere con l'ordinamento richiesto⁶⁸.

La Corte inoltre fa salva la perfetta continuità dello status coniugale, al prezzo però di una evidente discriminazione al rovescio. Non solo fra cittadini italiani, che non possono accedere al matrimonio *same-sex*, e cittadini stranieri che invece potranno vedere riconosciuto in Italia il matrimonio *same-sex* contratto all'estero. Stando così le cose un cittadino dell'UE che sposa un italiano non vedrà riconosciuto questo status in Italia, mentre gli sarà riconosciuto se il coniuge è un cittadino dell'UE non italiano.

Tuttavia, a meno che non si voglia essere “più realisti del re”, evitare tali discriminazioni è possibile. Si è visto che la CEDU e il diritto dell'UE non obbligano a riconoscere il matrimonio *same-sex* come tale qualora l'ordinamento richiesto non lo conosca e metta a disposizione delle coppie omosessuali forme equivalenti di tutela. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha del resto ammesso che la legislazione interna in materia di trascrizione ben può essere costruita tenendo in considerazione lo scopo, legittimo, di prevenire il disordine che si potrebbe originare qualora dovesse essere riconosciuta come tale una situazione giuridica non conosciuta nell'ordinamento richiesto⁶⁹. Per questo sembra preferibile la riqualificazione dei matrimoni *same-sex* fra stranieri in unioni civili.

La riqualificazione in unione civile sembra imporsi *a fortiori* se la legge nazionale di uno dei due nubendi stranieri non ammette il matrimonio *same-sex*. Per contrarre matrimonio, così come un'unione civile, la capacità e le altre condizioni sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte⁷⁰. L'applicazione disgiunta della legge nazionale di ciascun nubendo potrebbe quindi comportare il mancato riconoscimento di un'unione civile o di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini stranieri, quando la legge nazionale di uno dei

⁶⁸ P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Rec. des cours*, 1986, vol. 196, 25-194; N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, 2008. Secondo alcuni autori, poiché la funzione dell'ordine pubblico è salvaguardare i valori fondamentali dello Stato del foro, è difficile accettare che l'intensità di questi valori possa variare in considerazione della “distanza” della situazione da riconoscere con lo Stato del foro. A. Borrás, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Rec. des cours*, vol. 249, 1994, 339-340. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, *cit.*, p. 132.

⁶⁹ *Dadouch*, *cit.*, par. 54; *Orlandi*, *cit.*, par. 200.

⁷⁰ Per il matrimonio si veda l'art. 27 l. n. 218/1995, per l'unione civile l'art. 32-ter, c. 1.

due (o di entrambi) non consenta rispettivamente l'unione civile, o il matrimonio, fra persone dello stesso sesso. Fra i due istituti vi è però una notevole differenza.

Se la legge nazionale applicabile non ammette l'unione civile tra persone dello stesso sesso è esplicitamente previsto che si applichi la legge italiana, non rilevando gli impedimenti relativi al sesso delle parti eventualmente previsti dalla loro legge nazionale⁷¹. Su queste basi ci si potrebbe chiedere se, in un'ottica di *favor* verso il riconoscimento dello status validamente acquisito all'estero, non possa seguirsi una via analogica con riferimento al riconoscimento dei matrimoni tra stranieri, consentendone l'efficacia in Italia anche quando la legge nazionale di uno dei due nubendi non ammetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁷². Così, in Francia, dopo l'introduzione del cd *mariage pour tous*, è stato riconosciuto che l'accesso al matrimonio tra persone dello stesso sesso costituisce un valore di ordine pubblico, idoneo dunque ad escludere l'applicazione della legge straniera contrastante, anche ove designata da una convenzione internazionale⁷³. Ma nel nostro ordinamento una legge straniera che non consente il matrimonio a coppie dello stesso sesso non è certo contraria all'ordine pubblico, visto che lo stesso diritto materiale italiano non prevede questa possibilità. Ciò che deve leggersi come regola di ordine pubblico "positivo" è piuttosto l'art. 32-ter, nella misura in cui garantisce a tutte le persone il risultato materiale di potersi unire civilmente con una persona dello stesso sesso, indipendentemente da eventuali impedimenti derivanti dalla propria legge nazionale⁷⁴. In altre parole, tale norma assicura a tutte le relazioni stabili *same-sex* almeno il *minimum* standard di riconoscimento giuridico costituito dall'unione civile, in linea con quanto affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Oliari c. Italia⁷⁵. Per questo, se la legge nazionale di uno dei due nubendi non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si dovrà procedere alla riqualificazione del matrimonio in unione civile.

5. Gli effetti delle unioni civili concluse fra persone italiane dello stesso sesso

Diverso è il caso delle unioni civili o di qualsiasi altro istituto (non matrimoniale) analogo costituiti all'estero tra cittadini italiani abitualmente residenti in Italia

⁷¹ Art. 32-ter, comma 1 e 2.

⁷² In questo senso, O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, 539, e, della stessa autrice, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, *cit.*, 110. Si veda anche Corte di appello di Napoli, 13-03-2015, in *Foro it.*, 2016, I, 297.

⁷³ Cour de Cassation, 28-01-2015, n. 96, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, 400, con note di Boden, Bollée, Haftel, Hammje e De Vareilles-Sommières.

⁷⁴ Essendo una norma di ordine pubblico, essa prevale, secondo l'articolo 16 della l. 31-05-1995, n. 218, sulle eventuali differenti previsioni di ordinamenti stranieri. In questo senso anche il Parere del Consiglio di Stato 21-07-2016 sullo Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della l. 20-05-2016, n. 76".

⁷⁵ *Oliari, cit.*, paras. 174; 177.

che, ai sensi dell'art. 32-quinquies, producono gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. È ben chiaro l'intento anti-elusivo che informa questa regola materiale di conflitto, destinata ad evitare fittizie localizzazioni all'estero di un rapporto i cui elementi essenziali, eccezion fatta per il luogo di costituzione del vincolo, siano tutti riconducibili all'ordinamento italiano⁷⁶. La sottoposizione alla legge n. 76/2016 è infatti disposta solo in presenza di un collegamento particolarmente stretto con il nostro ordinamento: nei casi in cui una situazione totalmente interna sia stata internazionalizzata proprio per sottrarsi ai limiti posti dalla legge n. 76/2016. Ne consegue che, al pari del matrimonio, anche all'unione civile contratta all'estero vengono attribuiti effetti potenzialmente differenti da quelli che le sarebbero riconosciuti nell'ordinamento *a quo*. Tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'art. 32-bis in relazione al matrimonio, rispetto all'unione civile ciò avviene solo a fronte di una localizzazione fittizia del rapporto al di fuori dell'ordinamento italiano.

Inoltre, mentre con riguardo al matrimonio *same-sex*, in linea di massima, la conversione opera in una sola direzione, cioè nel senso di ridurre la portata degli effetti del modello straniero e non nell'ampliarli, con riguardo alle unioni civili l'applicazione della legge italiana potrà produrre effetti quantitativamente maggiori o minori, rispetto a quelli prodotti nello Stato in cui è sorta. Per esempio, a seguito del processo di "conversione" in unione civile italiana, una *geregistreerd partnershap* di diritto olandese sarà "privata" dell'obbligo di fedeltà fra i membri della coppia, mentre, al contrario, un *pacs* di diritto francese verrà "dotato" della successione *ab intestato* a favore del partner superstite. Per questo l'adattamento dell'unione civile straniera al modello interno non costituisce necessariamente una *downgrade recognition*.

Quanto all'unione civile costituita all'estero tra soggetti diversi da italiani residenti in Italia - si tratta di coppie italiane residenti all'estero o coppie miste o straniere- nulla è disposto. L'articolo 32-quinquies non presenta però alcuna lacuna, posto che tutte le unioni civili tra persone dello stesso sesso che siano contratte all'estero e che sfuggano al suo ambito applicativo estenderanno i loro effetti in Italia nei termini previsti dalla legge applicabile secondo i criteri di collegamento previsti per le unioni civili dagli articoli 32-ter e 32-quater.

Vale la pena menzionare un'ultima questione interpretativa. Non è chiaro dal sistema delle nuove disposizioni se l'art. 32-quinquies mira anche ad imporre l'applicazione della legge materiale italiana ad esempio alle obbligazioni alimentari e agli effetti patrimoniali derivanti delle unioni civili. Da un lato, la formula onnicomprensiva utilizzata ("produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana") suggerirebbe una risposta affermativa. D'altro lato, poiché l'unione civile è stata stabilita all'estero, si potrebbe argomentare nel senso che, avendo carattere transnazionale, potrebbe essere sottoposta al regolamento UE n. 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate⁷⁷,

⁷⁶ C. Campiglio, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, cit.

⁷⁷ Reg. UE 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e

e ai regolamenti che il legislatore italiano ha deciso di applicare anche alle unioni civili: il regolamento CE n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari (per effetto dell'art. 32-ter quinto comma e art. 45), e il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio (per effetto dell'art. 32-quater, 2 comma). Se così fosse, tali aspetti dell'unione civile potrebbero essere regolati dalla legge straniera in determinate ipotesi⁷⁸.

Il nodo interpretativo sembra risolvibile alla luce del divieto di abuso del diritto⁷⁹, principio generale del diritto dell'UE, in virtù del quale le norme dell'UE non possono essere utilizzate in modo abusivo o fraudolento. Se le parti vogliono realizzare effettivamente la funzione dell'unione civile, dando origine ad una comunione di vita fra due persone, internazionalizzando però una situazione puramente interna con il solo scopo di avvalersi delle disposizioni di diritto dell'UE, l'unione civile sarà di per sé valida, ma abusiva. I tribunali italiani potranno quindi trattare tale situazione come di diritto interno e ignorare i regolamenti menzionati senza violare il diritto dell'UE⁸⁰. In altre parole, una unione civile assume carattere transnazionale ogni volta che ha o ha avuto un collegamento sostanziale e genuino con più di un paese. Tuttavia, se tale collegamento è stato breve, transitorio, e remoto nel tempo, il carattere transnazionale è perduto. Una mera presenza limitata nel tempo e senza un collegamento stabile con lo Stato ospite non è idonea a fare sorgere una vita familiare da proteggere.

Peraltro, benché la sussistenza dei collegamenti con l'Italia debba essere valutata di regola nel momento genetico dell'unione, in un'ottica di

dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, OJ L 183, 8.7.2016, 30–56.

⁷⁸ Sembra abbracciare questa tesi, ma in termini dubitativi, C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1/2017, 49; vedi anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D. lgs. n. 7/2017*, *cit.*, 518.

⁷⁹ Corte giust., sent. 23-03-2000, c-373/97, *Diamantis contro Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Raccolta della giurisprudenza 2000 I-01705, par. 33. Per usare le parole della stessa Corte di Giustizia: “La constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento”. Corte giust., sent. 14-12-2000, c-110/99, *Emsland-Stärke GmbH contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Raccolta della Giurisprudenza 2000 I-11569, ECLI: ECLI:EU:C:2000:695, paras. 52-53.

⁸⁰ Nella sentenza *Centros*, già richiamata, si legge: “risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario”. Corte giust., sent. 9-03-1999, c-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-01459, ECLI:EU:C:1999:126, par. 24.

Anche secondo la Cedu uno Stato può reagire a tali condotte, attraverso misure dirette a scoraggiare i propri cittadini dall'eludere norme considerate inderogabili ed espressione delle sue legittime prerogative legislative, fintanto che ciò non configga con obblighi derivanti dalla CEDU. Vedi *Orlandi*, *cit.*, par. 207.

interpretazione sistematica sembra possibile ritenere applicabili le norme italiane di conflitto, e i regolamenti UE menzionati, una volta venuti meno tali collegamenti, ad esempio a seguito del trasferimento di residenza all'estero di almeno una delle parti⁸¹. Anche qui, però, coerentemente alla *ratio* antielusiva della norma, bisogna fare salva l'ipotesi in cui il trasferimento di residenza sia fittizio cioè preordinato esclusivamente a sottrarsi all'ambito di applicazione dell'art. 32-quinquies.

6. Gli effetti delle unioni civili concluse fra persone di sesso diverso

Poiché la legge n. 76/2016 riserva l'unione civile a soggetti dello stesso sesso⁸², si tratta di capire se e come l'unione civile contratta all'estero fra persone di sesso diverso possa essere riconosciuta nel nostro ordinamento. Infatti, accanto ad ordinamenti - basti pensare al Regno Unito o, fino al 2017, alla Germania - che hanno optato per un sistema "a doppio binario" simile a quello oggi accolto in Italia, in cui il matrimonio rimane riservato alle coppie eterosessuali e l'unione civile è aperta esclusivamente a quelle omosessuali, esistono altri Stati, come i Paesi Bassi, dove matrimonio e unione civile sono entrambi accessibili a qualsiasi coppia, a prescindere dal sesso delle parti.

Un cittadino italiano non può validamente contrarre un'unione civile eterosessuale neppure all'estero, a ciò ostando la legge nazionale richiamata dall'art. 32-ter, primo comma. L'identità di sesso tra le parti è, infatti, elemento essenziale dell'istituto dell'unione civile tratteggiato dal legislatore italiano al pari, secondo i sostenitori della concezione originalista, della differenza di sesso in relazione al matrimonio. Ciò determina naturalmente la possibilità di situazioni claudicanti, poiché l'unione civile eterosessuale contratta all'estero da cittadini italiani, considerata valida dalla legge locale, non sarebbe riconoscibile come tale nel nostro ordinamento.

La lacuna italiana potrebbe quindi esporre l'ordinamento italiano a censure sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, nella misura in cui il rifiuto di riconoscere lo status di partner validamente costituito all'estero incida, limitandola, sulla libera circolazione delle persone, nonché sul principio di non-discriminazione in base all'orientamento sessuale. Così, ai sensi della direttiva 2004/38, e del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, in questa parte meramente riproduttivo della direttiva, "familiare" è: "a) il coniuge; b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle

⁸¹ In questo senso anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017, cit.*, 517-518. *Contra*: "è ... ininfluenza l'eventuale successivo trasferimento della residenza di una o entrambe le parti all'estero". C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso, cit.*, p. 49.

⁸² "La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Art. 1, co. 1, l. n. 76/2016.

condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante”⁸³. Visto che l’unione civile eterosessuale non è prevista nel nostro ordinamento né tantomeno equiparata al matrimonio, il relativo partner non avrebbe diritto di ricongiungimento familiare e di soggiorno.

Non solo. La lacuna potrebbe dare luogo ad esiti non soddisfacenti in una ottica sistematica. Si pensi alle situazioni di “bigamia” che potrebbero determinarsi nel caso in cui un cittadino italiano contraesse un’unione civile eterosessuale all’estero e, successivamente, un matrimonio o un’unione civile in Italia. Infatti, gli artt. 86 del codice civile e 1, comma 4, della legge L. n. 76/2016 indicano tra gli impedimenti alla conclusione di un vincolo matrimoniale o di una unione civile esclusivamente l’esistenza di un precedente vincolo matrimoniale o di un’unione civile omosessuale.

Sarebbe quindi forse opportuno che il legislatore italiano intervenisse estendendo anche alle coppie eterosessuali la possibilità di contrarre un’unione civile. Potrebbe prevedere una norma di conflitto volta a sancire, sulla falsariga dell’art. 32-ter, comma 4, che i rapporti personali e patrimoniali tra le parti di un’unione civile di sesso differente contratta all’estero siano regolati dalla legge dello Stato davanti alla cui autorità l’unione è stata costituita, eventualmente facendo salva la sola ipotesi in cui tutti gli elementi del rapporto, eccezion fatta per il luogo di costituzione del vincolo, riconducano all’ordinamento italiano.

In tale ipotesi, assimilabile a quella contemplata dall’art. 32-quinquies per le unioni civili *same-sex*, l’applicazione della legge italiana sulle unioni civili potrebbe essere prevista in chiave anti-elusiva. Si potrebbe alternativamente prevedere che tali unioni civili concluse “abusivamente” all’estero debbano essere qualificate come convivenze, motivando tale *downgrade* in ragione del fatto che le coppie formate da soggetti di sesso differente che concludono all’estero un’unione civile compiono la precisa scelta di avvalersi di un istituto alternativo al matrimonio. Quindi, l’attribuzione dei medesimi effetti discendenti dall’unione civile italiana (e, dunque, dal matrimonio, vista la loro tendenziale sovrapponibilità) potrebbe finire con il tradire eccessivamente gli intendimenti delle parti.

Nel caso in cui il legislatore italiano ometta di attivarsi, l’unica via percorribile, anche per evitare il fenomeno del cd *jurisdiction shopping*, sembra quella della riqualificazione dell’unione civile eterosessuale conclusa all’estero in convivenza, con conseguente applicazione analogica dell’art. 30-bis. Si tratta, però, di una soluzione solo parziale perché l’art. 30-bis si occupa soltanto di designare la legge applicabile al “contratto di convivenza” che le parti possono stipulare per regolare gli aspetti patrimoniali della loro unione, mentre sono

⁸³ Art. 2 par. 2, dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; art. 2, lett. b), d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”, g.u. n. 72 del 27 marzo 2007.

attualmente sformate di disciplina di conflitto tutte le questioni che non sono suscettibili di essere regolate su base contrattuale.

Rimane fermo che il cittadino dello Stato terzo che abbia concluso un'unione civile eterosessuale con un italiano in uno Stato dell'UE, nella misura in cui i due vi abbiano sviluppato o consolidato una vita familiare, avrà diritto di soggiorno e di ricongiungimento familiare in Italia. Non in base alla direttiva 2004/38, che si applica solo quando un cittadino dell'UE si trasferisce in uno Stato Membro di cui non ha la cittadinanza⁸⁴, ma direttamente in forza dell'art. 21 TFEU⁸⁵. Ciò, in analogia con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Coman con riferimento ai matrimoni *same-sex*, a prescindere dal fatto che l'unione civile eterosessuale sia conosciuta in Italia o comunque, se contratta all'estero, riconosciuta come tale. Lo stesso vale ovviamente per gli altri diritti di cui ciascuno dei partner gode in virtù del diritto dell'UE che non possono essere pregiudicati per effetto del mancato riconoscimento in Italia, di per sé pienamente legittimo, dell'unione civile eterosessuale.

Quid iuris per le unioni civili contratte all'estero da cittadini entrambi stranieri la cui legge nazionale consente le unioni civili fra persone di sesso diverso? Ove si ritenga che l'unione civile eterosessuale sia comunque qualificabile come unione civile anche per l'ordinamento italiano, nonostante il rilevante discostamento in ordine alle condizioni di accesso, si potrebbe ricorrere in via analogica alle regole di conflitto di cui agli articoli 32-ter e seguenti, applicabili all'unione civile *same-sex*, e in questi termini l'unione civile eterosessuale estenderebbe i propri effetti nel nostro ordinamento. Se invece si ritenesse che la diversità di sesso rende l'unione civile straniera irriducibile al modello italiano, l'unione civile eterosessuale dovrebbe essere riqualficata in convivenza, con la conseguente applicazione dell'art. 30-bis.

La prima opzione qualificatoria sembra preferibile. Prima di tutto perché non vi si oppongono argomenti di carattere giusnaturalistico-costituzionale, che sono stati invece utilizzati, fondatamente o meno, per escludere la qualificazione matrimoniale, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero. La qualificazione come unione civile consentirebbe poi di raggiungere il risultato pratico di avere a disposizione una disciplina di conflitto ben più articolata del solo art. 30-bis, e di salvaguardare in modo più adeguato i valori di certezza giuridica e di continuità delle situazioni giuridiche nello spazio perseguiti dal legislatore europeo, nonché il diritto alla vita privata e familiare di cui alla CEDU quindi, in definitiva, le legittime aspettative delle parti.

In ogni caso, e ancora una volta in analogia con quanto deciso dalla Corte di Giustizia nel caso Coman, se l'unione civile eterosessuale non fosse riconosciuta come tale, dovrebbero comunque essere garantiti agli individui interessati i diritti derivanti dal diritto dell'UE - applicandosi qui la direttiva

⁸⁴ Corte giust., sent. 5-05-2011, c-434/09, *Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department*, GU C 186 del 25.6.2011, 5.

⁸⁵ Corte giust., sent. 7-07-1992, c-370/90, *The Queen contro Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, GU 1992 I-04265; Corte giust., sent. 12-03-2014, c-456/12, *O. e B.*, ECLI:EU:C:2014:135.

2004/38 - nella misura i cui abbiano sviluppato o consolidato una vita familiare nello Stato dell'UE ove l'unione è stata conclusa. In sintesi, se l'unione civile eterosessuale non viene riconosciuta come tale nel nostro ordinamento, lo deve essere quanto meno ai (soli) fini del riconoscimento dei diritti derivanti dal diritto dell'UE.

7. Conclusioni

La legge n. 76/2016 e i relativi decreti di attuazione hanno lasciato alcune questioni aperte. Per quanto riguarda i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero è sicuramente chiarita la sorte delle coppie italiane: per loro l'unione civile è costruita come una inderogabile alternativa al matrimonio. Una indicazione legislativa chiara non è invece fornita quanto agli effetti dei matrimoni tra cittadino italiano e straniero e fra due stranieri. Anche la disciplina delle unioni civili costituite all'estero è parziale, essendo limitata alle unioni tra cittadini italiani residenti in Italia. Legislativamente irrisolto resta infine il problema degli effetti in Italia delle unioni civili costituite all'estero tra persone di sesso diverso.

L'origine di queste lacune normative è da ricondursi ai limiti della delega legislativa e alla poca chiarezza del criterio direttivo ivi contenuto. La soluzione che sembrava imposta dal legislatore era la riqualificazione di tutte le forme di unioni e matrimoni *same-sex* contratti all'estero in unione civile italiana. Tuttavia, una volta abbandonata questa interpretazione rigorosa nei decreti di attuazione, si è individuata la *ratio* della delega proprio nella volontà di evitare l'elusione della legislazione italiana in materia. Ma se così è, sarebbe stato forse opportuno mantenere ferma l'unitarietà di disciplina, e pertanto formulare la disposizione antielusiva tanto con riferimento alle unioni civili quanto ai matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani residenti in Italia. In tale caso il riferimento alla legge italiana come legge applicabile si sarebbe appunto giustificato per il carattere 'puramente' interno della fattispecie.

Invece si è scelto di percorrere questa strada solo nell'art. 32-quinquies per le unioni civili costituite all'estero, lasciando all'interprete l'arduo compito di individuare la disciplina per tutti i casi non previsti. E fra questi la sorte dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero fra stranieri sembra meritare una maggiore riflessione da parte della giurisprudenza, in particolare per gli effetti di discriminazione al rovescio che un pieno riconoscimento inevitabilmente comporta.

Diego Zannoni
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali
Università degli Studi di Padova
diego.zannoni@unipd.it