



OSSERVATORIO SU DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI N. 5/2015

1. LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI SULLA TRASCRIZIONE DEL MATRIMONIO *SAME-SEX*: IL RICHIAMO AL CRITERIO DELLA CITTADINANZA PER COLMARE IL VUOTO NORMATIVO

Corte d'appello di Napoli, decreto 13 marzo 2015, disponibile *on-line* sul sito www.articolo29.it

L'assenza nel nostro ordinamento di una specifica regolamentazione delle unioni matrimoniali *same-sex* alimenta in modo crescente il dibattito in Italia sul tema del riconoscimento delle unioni matrimoniali di questo genere celebrate all'estero tra cittadini dell'Unione europea.

In un contesto sociale europeo in cui è diffusa la presenza di coppie dello stesso sesso, la lacuna legislativa dell'ordinamento italiano, oltre a determinare una evidente situazione di disparità tra cittadini italiani e quelli di altri paesi dell'Unione europea, pone a questi ultimi seri problemi di certezza giuridica del loro vincolo – già costituito all'estero – allorquando decidano di stabilirsi in Italia.

Il ritardo - ormai colpevole (la Corte EDU reitera la condanna dell'Italia per non avere provveduto a disciplinare legislativamente le unioni tra persone dello stesso sesso, v. Corte EDU, sentenza del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 360130/11, *Oliari c. Italia*, su www.echr.coe.int) – del legislatore italiano viene colmato provvisoriamente dalla giurisprudenza nazionale che si fa carico di offrire stabilità giuridica al vincolo matrimoniale già celebrato all'estero, considerandolo quale situazione giuridica presupposta, tutelando, così, i riflessi sugli istituti ad esso collegati.

Quindi, in attesa di una regolamentazione normativa – incoraggiata a più riprese anche dalla giurisprudenza nazionale – da parte del legislatore italiano, gli interpreti del diritto hanno il compito di valutare, in considerazione della copiosa giurisprudenza nazionale ed europea, i limiti entro cui opera l'ordine pubblico internazionale alla luce dei possibili riflessi derivanti dal riconoscimento di tali unioni.

La pronuncia del 15.3.2015 della Corte di Appello partenopea origina dall'opposizione, proposta da due cittadine francesi (una delle quali, elemento sul quale,

come osserveremo, la Corte d'appello di Napoli sorvola, anche cittadina italiana *iure sanguinis*) che hanno contratto matrimonio in Francia, avverso il provvedimento di rifiuto alla trascrizione dell'unione da parte del Sindaco del Comune italiano- Santo Stefano del Sole- in cui risiedono per ragioni lavorative.

I giudici napoletani ripercorrono le principali pronunce delle Corti nazionali e delle Corti europee, in dialogo fra loro, al fine di approdare ad una definizione di "matrimonio".

La Corte d'Appello di Napoli rileva *in primis* la non pertinenza del richiamo, da parte del Tribunale di Avellino, che aveva giudicato in primo grado, della sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/2012 (Cass., I sez. civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, su www.cortedicassazione.it. In questa sentenza i giudici della Suprema Corte ritengono superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi rappresenta il presupposto indispensabile per l'esistenza del matrimonio stesso e concludono per la mera inidoneità del matrimonio *samesex* a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Per un commento v. M. GATTUSO, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Famiglia e Diritto*, 2012, vol. 7, p. 665. L'autore sottolinea, in particolare, l'aspetto della intrascrivibilità per l'"inidoneità" dell'atto a produrre effetti) atteso che – in quel caso - il ricorso, proposto per richiedere la trascrizione del matrimonio *samesex* contratto all'estero, è avanzato da due cittadini italiani; in detta pronuncia la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso in ragione dell'inidoneità dell'atto a produrre effetti nell'ordinamento italiano.

La Corte napoletana inizia la sua analisi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nella sentenza *Schalk e Kopf contro Austria* (Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, su www.hudoc.echr.coe.int. V. commento di C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, n. 3, 2010, p. 639 ss.), propone una lettura dell'art. 12 della CEDU, in combinato con l'art. 8 della Carta di Nizza, non più fedele al dettato letterale ma comprensiva, quanto al diritto al matrimonio e alla vita familiare, delle coppie *omosex*.

La Corte di Strasburgo ribadisce - tuttavia - la competenza del legislatore nazionale in merito alla regolamentazione dell'esercizio di tale diritto (in tal senso si devono segnalare interventi anche da parte del Parlamento europeo: Risoluzione del Parlamento europeo sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella Comunità, in *G.U.C.E.* C 61, del 28 febbraio 1994, per un commento su tale risoluzione v. C. CRAVERI, A. VARSORI (a cura di), *L'Italia nella costruzione europea. Un bilancio storico (1957-2007)*, Milano, 2009, p. 182; Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea, in *G.U.C.E.* C 377 del 16 marzo 2000; Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa (2012/2657/RSP); Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea (2012/2116(INI)); Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2015 sulla strategia dell'Unione europea per la parità tra donne e uomini dopo il 2015 (2014/2152(INI). I testi sono reperibili su www.eur-lex.europa.eu).

La Corte Costituzionale (Corte cost., sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, su www.cortecostituzionale.it; in proposito, tra gli altri, P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 2, pag. 3 ss.; R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza n. 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it), pur rilevando la necessità di interventi legislativi per

l'emanazione di una regolamentazione specifica che tenga conto degli intervenuti mutamenti sociali ed epocali, si attesta su una condotta interpretativa certamente più rigida poiché ritiene il dettato dell'art. 29 della Costituzione rivolto al matrimonio tra eterosessuali («l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso») anche in ragione della diversità biologica per fini riproduttivi. La corte napoletana evidenzia la facoltà del giudice ordinario di interpretare convenzionalmente la norma interna senza sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta in ossequio alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale (Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2007 n. 348, in *G.U.* del 31 ottobre 2007, n. 42; Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2007 n. 349, in *G.U.* del 31 ottobre 2007, n. 42) che, chiarendo la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali di cui all'art. 117 c. 1 della Costituzione, hanno eletto il testo della CEDU così come interpretata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a parametro "interposto" tra la Costituzione e la legge ordinaria (V. L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009, p.110 ss.).

L'analisi della giurisprudenza sul tema compiuto dalla Corte d'appello di Napoli prosegue con una pronuncia in cui la Corte di Cassazione (Cass., I sez. civile, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, su www.cortedicassazione.it. Per un commento v. M. DI MONTE, *La Cassazione si pronuncia sull'illegittimità del divorzio imposto: effetti del matrimonio omosex validi a tempo determinato?*, in *Rivista OIDU*, 2015, p. 583 ss.) - a seguito della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale (Corte cost., sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, in *G.U.* del 18 giugno 2014, n. 26. Tale decisione è stata definita dalla dottrina costituzionalistica come "additiva di principio". V. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, su www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, su www.articolo29.it) e della declaratoria di illegittimità costituzionale compiuta dalla Corte di alcuni dettati normativi della legge disciplinante la rettificazione di sesso (in particolare gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, in *G.U.* n. 106 del 19 aprile 1982) - ritiene contraria ai principi costituzionali, attesa la tutela di cui godono le unioni tra persone dello stesso sesso ex art. 2 della Costituzione, la perdita dello *status* coniugale a seguito del mutamento di sesso di una persona già coniugata, che provocherebbe una condizione di indeterminatezza con riferimento ad un nucleo familiare già costituito. I giudici della Cassazione si pronunciano così per la conservazione del vincolo matrimoniale sino ad un intervento legislativo che introduca istituti diversi dal matrimonio che consentano alla coppia di mantenere una tutela comparabile a quella garantita dalla condizione coniugale.

Tuttavia, il *deficit* di tutela individuato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 170/2014 è, secondo l'interpretazione della Corte d'appello di Napoli, colmato da una lettura congiunta della sentenza della Corte Costituzionale (n. 138/2010) con quella della Cassazione (n. 4184/2012) che consentirebbe il riconoscimento di matrimonio tra omosessuali nel nostro ordinamento in quanto quest'ultimo non comporta un contrasto con l'ordine pubblico, benché la Cassazione avesse comunque ritenuto che un matrimonio di questo genere fosse allo stato inidoneo a produrre effetti per l'ordinamento italiano. Ciò dal momento che l'ordine pubblico – nell'accezione di ordine pubblico "internazionale" in cui opera nei confronti di valori giuridici stranieri introdotti nell'ordinamento del foro per effetto del richiamo della legge straniera ad opera delle norme di diritto internazionale privato o del riconoscimento di sentenze ed atti stranieri - è delineato dai singoli Stati che lo interpretano secondo la propria concezione e tradizione giuridica.

Pertanto, secondo quanto sostenuto dalla Corte di Napoli, dalla lettura c.d. “evolutiva” dell’art. 12 della CEDU, alla luce dell’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, deriva il diritto al matrimonio e alla vita familiare tra omosessuali che, di conseguenza, non comporta contrasto con l’ordine pubblico internazionale. Benché esista la richiamata riserva legislativa di ogni Stato europeo in materia di diritto di famiglia, non può consentirsi, secondo la Corte d’appello di Napoli, una evidente difformità di tutela tra i Paesi dell’Unione europea tale da compromettere la libera circolazione delle persone- e dei relativi *status*- e favorendo la presenza di unioni c.d. “claudicanti” i cui effetti si estendono ad altri aspetti (si pensi alla filiazione e agli aspetti successori). La Corte richiama, in proposito, i principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (artt. 12 e 14) che non consentono un “affievolimento” del diritto alla vita familiare nella circolazione tra Stati contraenti, quelli del TFUE (artt. 18 e ss.) sulla libertà di circolazione e soggiorno nel territorio europeo nonché l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea sul principio di non discriminazione.

La Corte di Appello di Napoli risolve la questione in senso favorevole alle opposenti, ritenendo erroneamente le due cittadine francesi e, pertanto, non ponendo in discussione- nel nostro ordinamento - il vincolo matrimoniale regolarmente celebrato in Francia, in quanto, nell’ottica della Corte d’appello di Napoli, è prevalente il rinvio alla legge dello Stato di cittadinanza (dalla Corte stessa erroneamente identificato con riferimento ad entrambe le ricorrenti nella Francia) sull’assenza in Italia di una normativa che regoli le unioni *samesex*. La Corte non tiene, infatti, conto del fatto che una delle ricorrenti ha anche la cittadinanza italiana, ciò che, ai sensi dell’art. 19, secondo comma, della legge n. 218/1995, ai fini del richiamo alla legge nazionale operato dalle norme italiane di diritto internazionale privato, determina la prevalenza della cittadinanza italiana su quella francese, con la conseguenza che una delle due ricorrenti era in realtà, dal punto di vista dell’ordinamento italiano, da considerarsi quale cittadina italiana!

Per di più, la Corte d’appello di Napoli fa riferimento all’art. 28 della legge, concernente la legge applicabile alla forma del matrimonio, in maniera non pertinente, atteso che la diversità di sesso tra i nubendi non è una questione attinente alla forma del matrimonio, ma un problema inerente ai requisiti sostanziali per poterlo contrarre, oggetto dell’art. 27 della legge n. 218/1995. L’art. 27 della legge rinvia, in materia di condizioni per poter contrarre matrimonio, unicamente alla legge nazionale dei nubendi e l’art. 19, secondo comma della legge, attribuisce prevalenza, in caso di concorso tra più cittadinanze tra cui quella italiana, alla cittadinanza italiana, con conseguente applicazione, a quella delle due interessate che era doppia cittadina, italiana e francese, della legge italiana quale legge nazionale, legge la quale, allo stato, non consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

I Giudici partenopei, sempre nell’equivoco che la norma di conflitto rilevante fosse quella dell’art. 28 della legge n. 218/1995, che rinvia, tra le altre leggi poste in concorso alternativo, alla legge del luogo di celebrazione del matrimonio (la legge francese), evidenziano come la regola di cui all’art. 28 non possa subire attenuazioni da parte delle norme disciplinanti la trascrizione attesa la natura meramente certificativa della trascrizione del matrimonio contratto in altro Paese; in ossequio all’ottica di *favor* per la “conservazione” delle unioni invocano la cittadinanza quale criterio di collegamento che presenta l’indiscusso vantaggio della celerità nell’applicazione. Come già evidenziato, il richiamo all’art. 28 non è pertinente dato che il *favor validitatis* che la norma in questione persegue si riferisce alla sola validità formale dell’atto di matrimonio in quanto tale, e non anche alle

condizioni di validità sostanziale del matrimonio, che giusto a caso formano oggetto nella legge n. 218/1995 di una distinta norma di conflitto, l'art. 27, il quale, in quanto ispirato per l'appunto al metodo tradizionale dei conflitti di legge, non persegue un analogo *favor*.

La Corte d'Appello di Napoli ha accolto così il reclamo delle ricorrenti ed ha ordinato la trascrizione dell'atto di matrimonio scegliendo la cittadinanza quale criterio di collegamento, da essa, peraltro, unicamente riferito, come si è rilevato, alla cittadinanza francese comune alle due interessate.

I giudici della Corte d'appello napoletana richiamano il diritto straniero, che consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso, al fine di superare la posizione contraria del nostro ordinamento, ma lo fanno, come si è evidenziato, in maniera non esente da fraintendimenti e superficialità. La Corte d'appello di Napoli si muove nel senso di superare, in attesa di un intervento del legislatore, i particolarismi nazionali e, segnatamente, quelli propri del nostro ordinamento, in un'ottica di apertura nei confronti degli altri ordinamenti, non accorgendosi che, in base all'art. 19, secondo comma, della legge n. 218/1995, una delle due ricorrenti era da considerarsi per il nostro ordinamento cittadina italiana ed equivocando ulteriormente nel qualificare la questione della diversità di sesso dei nubendi alla stregua di una questione di forma del matrimonio anziché di condizioni per contrarlo, facendo conseguentemente applicazione dell'art. 28 e non già dell'art. 27 della legge stessa.

A parte gli errori nei quali è incorsa la Corte d'appello di Napoli nel giustificare nel caso di specie l'applicazione della legge straniera, in attesa di una regolamentazione normativa in materia da parte del legislatore italiano è auspicabile l'applicazione, da parte della giurisprudenza, di un metodo, nella selezione degli effetti derivanti dall'assoggettamento del rapporto alla legge straniera, quale quello basato sulla selezione del controllo. L'applicazione di questo metodo consente il distinguo tra diverse modalità di esercizio dello stesso diritto permettendo, al contempo, l'integrazione tra il diritto interno dello Stato i cui giudici ricorrono a tale metodo e la legge straniera. Detta teoria deriva dall'impossibilità di invocazione assoluta del limite dell'ordine pubblico o di norme di applicazione necessaria quali limiti all'invocazione di una legge straniera che contribuisca a rendere effettivi diritti tutelati dalla CEDU, la quale, peraltro, non fornisce parametri tali da porre in essere una selezione del controllo. I limiti del controllo si evincono dalle garanzie dalla Convenzione stessa in ragione del fatto che il controllo avviene sulle modalità di esercizio del diritto medesimo (v. G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 429 ss.).

Tale metodo - largamente applicato nel riconoscimento di sentenze penali straniere e nelle sentenze di estradizione - è il solo a fondarsi sul testo della Convenzione nonché sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo trovando, quindi, in questa materia possibilità di applicazione in ragione del bilanciamento dei diritti in favore della conservazione dei rapporti e degli *status* familiari. (In proposito v. G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata, XIV Convegno, Bari 18-19 giugno 2009*, Napoli, 2010, p. 429 ss.). Aderendo a tale metodo, i giudici valutano gli effetti derivanti dal riconoscimento di una situazione giuridica compiendo un bilanciamento tra situazioni giuridiche presupposte e tutela dei principi propri dell'ordinamento interno. L'accertamento della esistenza e, di conseguenza, della validità, della situazione giuridica presupposta dalla

norma materiale della *lex causae* che viene in rilievo avviene al fine di consentire l'operatività in concreto della norma stessa. Rispetto alla materia oggetto di esame in questa sede, l'effettività della situazione familiare diviene decisiva ai fini dell'operatività della norma materiale della *lex causae* nel rilevato intento di conservazione degli *status* personali e familiari.

La giurisprudenza italiana ha, seppure con pronunce "prudenti"- il riferimento è rivolto alla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010, ma si deve tenere conto anche della pronuncia del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015, ricorso n. 4547/2015, su www.giustizia-amministrativa.it, che ha confermato la legittimità dei provvedimenti prefettizi di annullamento delle trascrizioni di matrimoni tra persone dello stesso sesso che erano state disposte dai sindaci di alcuni Comuni - tenuto in debito conto la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché le normative degli altri Stati membri. In questo filone si inserisce anche la sentenza in esame della Corte di Appello di Napoli, nella quale tale Corte, in attesa di un intervento legislativo, ha scelto di salvaguardare le situazioni giuridiche presupposte e garantire la conservazione degli *status* seppure attraverso il richiamo (non esente, come si è notato, da fraintendimenti) della legge di cittadinanza dei soggetti interessati.

La questione della trascrizione in Italia dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero ha aperto scenari ancora inediti, che devono determinare il legislatore italiano ad affrontare - con apposita disciplina - il problema delle unioni tra persone dello stesso sesso in modo da colmare l'evidente vuoto normativo, come già auspicato dalla giurisprudenza nazionale e dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

MONICA DI MONTE