

## I MATRIMONI OMOSESSUALI DI ITALIANI ALL'ESTERO E LE UNIONI OMOSESSUALI DI STRANIERI IN ITALIA

Nota del m.e. FRANCO MOSCONI (\*) e di CRISTINA CAMPIGLIO (\*\*)

(Adunanza del 4 maggio 2017)

SUNTO. – La legge n. 76 del 2016, dando seguito alle sollecitazioni della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, disciplina le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Nel presente scritto vengono esaminati alcuni aspetti di questa disciplina: in particolare quello relativo agli effetti nel nostro ordinamento giuridico dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero da cittadini italiani e quello delle condizioni alle quali i cittadini di altri Stati possono accedere ad un'unione civile *same-sex* nel nostro Paese.

\*\*\*

ABSTRACT. – Law no. 76/2016, replying to the requests of the Constitutional Court and of the European Court of Human Rights, regulates same-sex civil partnerships. This contribution deals with some aspects of the new regulation: in particular with the effects in Italian legal system of same-sex marriages entered abroad by Italian citizens, and the conditions according to which other States' citizens are admitted to enter a same-sex partnership in Italy.

1. Il fatto che le relazioni tra individui non si esauriscono all'interno dei singoli Stati fa sì che questi sentano l'esigenza di dotarsi di regole che permettono di coordinare i propri sistemi normativi: in pratica che permettono ai giudici di dare effetti a situazioni giuridiche sorte in altri

---

(\*) Università degli Studi di Pavia, Italy. E-mail: fmosconi@unipv.it

(\*\*) Università degli Studi di Pavia, Italy. E-mail: cristina.campiglio@unipv.it

Stati, di applicare talora leggi diverse dalla propria e di dare effetti a decisioni giudiziarie emesse in altri Stati.

Per quanto riguarda l'Italia e il matrimonio, accanto ad una serie di articoli del codice civile (da 79 in avanti), ne troviamo altri nella legge di diritto internazionale privato (la legge n. 218 del 1995: art. 26 ss.) e nel D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 che regola l'Ordinamento dello stato civile. A noi qui ora interessano in particolare l'art. 115 cod. civ. e l'art. 27 della legge di diritto internazionale privato. Sotto la rubrica "Matrimonio del cittadino all'estero", l'art. 115 cod. civ. stabilisce che, anche quando contrae matrimonio in un paese straniero secondo le forme locali, il cittadino italiano deve rispettare talune condizioni dettate dallo stesso codice civile. Tra queste condizioni vi è quella che il matrimonio avvenga tra persone di sesso diverso. Questa condizione non è, invero, stabilita espressamente essendo stata data verosimilmente per scontata, ma risulta chiaramente da parecchie previsioni del codice: innanzitutto dall'art. 107 per il quale l'ufficiale dello stato civile "riceve da ciascuna delle parti... la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie". Quanto alla legge di diritto internazionale privato, nell'art. 27 leggiamo che "[l]a capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo" e dunque, per gli italiani, dalla legge italiana. Si occupa del matrimonio dei cittadini italiani all'estero anche l'Ordinamento dello stato civile, per il quale, oltre che davanti alle nostre autorità diplomatiche o consolari, il matrimonio può avvenire "innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo", con la consegna alle nostre autorità diplomatiche o consolari di copia dell'atto (art. 16), affinché si addivenga alla trascrizione nei registri di stato civile in Italia (art. 17). Ma l'articolo seguente precisa subito che "[g]li atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico". È appena il caso di chiarire che l'ordine pubblico di cui parliamo qui non è quello poliziesco, ma quell'ordine, quell'armonia, che va preservata nell'ambito del nostro sistema giuridico, impedendo che i nostri giudici applichino leggi straniere o diano effetti a situazioni giuridiche o ad atti giudiziari formati all'estero tali da risultare non compatibili con i fondamentali principi etici, economici, politici e sociali che condizionano e caratterizzano il modo d'essere (degli istituti) del nostro ordinamento giuridico. Al di sopra delle previsioni finora ricordate si collocano peraltro le previsioni della Costituzione da un lato e, dall'altro, quelle dei trattati internazionali, in particolare della Convenzione europea dei

diritti dell'uomo. Per l'art. 29 della Costituzione, "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Mentre l'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 così prevede sotto la rubrica "Diritto al matrimonio": "Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto". Questa previsione è ripresa dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, sotto la rubrica "Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia", dice testualmente: "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".<sup>1</sup> Occorre peraltro notare che l'Unione europea non possiede competenze dirette in materia di diritto di famiglia.

2. Non pochi sono stati i tentativi volti a fare sì che matrimoni omosessuali celebrati all'estero potessero produrre effetti in Italia. Un primo sbarramento è stato approntato dal Ministero dell'interno già nella Circolare 26 marzo 2001 concernente l'applicazione dell'Ordinamento dello stato civile, ripresa nella Circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, dove si ricorda che "il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico".<sup>2</sup>

La questione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso è stata più volte sottoposta alla stessa Corte Costituzionale. La sentenza principale reca il n. 138 e la data del 15 aprile 2010. Il dubbio sollevato riguardava gli articoli del codice civile "nella parte in cui, sistematicamente

---

<sup>1</sup> Le "Spiegazioni" ufficiali che accompagnano la Carta al riguardo precisano che rispetto all'art. 12 CEDU "[l]a formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda".

<sup>2</sup> La Circolare del 2001 si legge anche in Riv. dir. int. priv. proc. 2002, p. 283; quella del 2007 *ibid.*, 2008, p. 339.

interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”. La Corte colloca tra le formazioni sociali tutelate dall’art. 2 della Costituzione anche la “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, – prosegue la Corte –, che l’aspirazione a tale riconoscimento ... possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”. Rispetto all’art. 2 Cost., la Corte dunque conclude che “spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e riconoscimento” per tali unioni. Quanto all’art. 29 Cost., che riconosce i diritti della famiglia legittima, la Corte rileva che i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi cristallizzati al 1948, ma qualsiasi interpretazione evolutiva “non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”. Per il costituente la nozione di matrimonio non poteva essere che quella accolta dal codice civile. “Questo significato del precetto costituzionale non può 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”. Non è casuale, del resto, che l’articolo successivo (art. 30) sia dedicato alla tutela dei figli: la protezione dei figli naturali “nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall’unione omosessuale”. Non vi è pertanto violazione dell’art. 29 Cost., né del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., non essendo ravvisabile alcuna forma di discriminazione “in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”.

La riferita sentenza della nostra Corte costituzionale è seguita, a distanza di poco tempo, da una importante decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>3</sup> che, accanto all’art. 12 della Convenzione, dà

---

<sup>3</sup> La Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) è stata presieduta, in anni ormai lontani, da Giorgio Balladore Pallieri, membro effettivo di questo Istituto, mentre in epoca più recente ne ha fatto parte il socio non residente Benedetto Conforti.

grande rilievo all'art. 8 il quale garantisce ad ogni persona il rispetto della sua vita privata e familiare.<sup>4</sup> Si tratta della notissima sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria n. 30141/04,<sup>5</sup> relativa al diniego di matrimoni omosessuali previsto dalla legislazione austriaca. Nella sua decisione la Corte dà atto che il tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso è oggetto di un dibattito particolarmente intenso sul piano sociale, politico e religioso, che al riguardo le normative nazionali sono discordi e che, in assenza di *consensus* (ossia di convergenza tra le normative degli Stati membri del Consiglio d'Europa), ciascuno Stato gode di un margine di apprezzamento molto ampio. Ciò porta la Corte ad escludere che da una lettura integrata degli articoli che garantiscono il rispetto della vita privata e familiare e stabiliscono il divieto di discriminazione (artt. 8 e 14 della Convenzione) debba desumersi l'esistenza del diritto di contrarre matrimonio per le persone del medesimo sesso. Ma altrettanto importante è l'altra affermazione cui la Corte perviene: essere cioè il diritto di sposarsi stabilito dall'art. 12 non più riferibile alle sole coppie eterosessuali, pur restando di competenza dei singoli legislatori nazionali consentire o negare il matrimonio omosessuale, come del resto è detto alla lettera nell'art. 12.

Va a questo punto ricordata una sentenza molto elaborata del 2012 della nostra Corte di cassazione<sup>6</sup> relativa alla richiesta di trascrive-

---

<sup>4</sup> Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 8: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

<sup>5</sup> Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, I, 1137.

<sup>6</sup> Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, G.A. e O.M. c. Sindaco del Comune di Latina e a., in Riv. dir. int. priv. proc., 2012 p. 747; nello stesso senso Cass. 9 febbraio 2015 n. 2400, X e Y c. Ministero dell'interno, in Riv. dir. int. 2015, p. 660. Anche il Consiglio di Stato nella sentenza 26 ottobre 2015 n. 4899 (Foro it. 2016, III, 6) supera l'argomento della contrarietà all'ordine pubblico ma continua a ritenere che "nel vigente sistema di regole", la diversità di sesso dei nubendi si configuri "quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio" che pertanto, in difetto di tale diversità, è da considerare inesistente. È da notare come la decisione del Consiglio di Stato consideri sia il diritto dell'Unione europea sia la sentenza della Corte EDU nel caso Oliari e a. c. Italia di cui si dirà più avanti.

re nei registri di stato civile il matrimonio *same-sex* olandese di due italiani. Nella sua decisione la Cassazione offre una puntuale rilettura dei propri precedenti in tema di validità/esistenza del matrimonio; della decisione n. 138 della Corte costituzionale e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare della sentenza Schalk e Kopf c. Austria. Ed è appunto alla luce della interpretazione data da quest'ultima decisione all'art. 12 della Convenzione europea ("Diritto al matrimonio") che la Corte di cassazione ritiene "radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire «naturalistico», della stessa «esistenza» del matrimonio". E dunque conclude che "l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro «inesistenza», e neppure dalla loro «invalidità», ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano".<sup>7</sup>

3. Una questione particolare, ma sempre connessa al tema di cui ci stiamo occupando, è affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza 11 giugno 2014, n. 170. Si trattava della legittimità di alcune disposizioni di una legge del 1982<sup>8</sup> in forza delle quali la annotazione di "cessazione degli effetti del vincolo civile del matrimonio" era stata apposta in calce all'atto di matrimonio di una coppia contestualmente alla rettifica (da maschile a femminile) del sesso del marito. Gli interessati avevano chiesto la cancellazione dell'annotazione e sostenevano che il loro rapporto matrimoniale potesse e dovesse continuare nonostante il mutamento di sesso di uno di loro lo avesse trasformato da etero a omosessuale. La Corte costituzionale accoglie parzialmente la tesi della coppia e dichiara illegittime alcune norme della legge citata "nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione

---

<sup>7</sup> Oltre che alla giurisprudenza della Corte costituzionale, a questa sentenza della Corte di cassazione si richiama testualmente la Circolare del Ministero dell'Interno del 7 ottobre 2014 n. 40 (Riv. dir. int., 2015, p. 327) che abbandona il riferimento al limite dell'ordine pubblico per indicare che la non trascrivibilità dei matrimoni omosessuali dipende "dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano".

<sup>8</sup> L. 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso.

di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con *altra forma di convivenza registrata*, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore” (corsivo aggiunto). La motivazione della Corte prende le mosse dalla seguente osservazione: “La situazione ... di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell’attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all’interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.”

Rifacendosi al precedente del 2010, la Corte costituzionale assume come base della propria decisione l’art. 2 Cost., ritenendo – e qui il richiamo è testuale – “che nella nozione di ‘formazione sociale’ – nel quadro della quale l’art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo – è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”. In quella stessa sentenza – dice ancora la Corte – è stato, però, anche precisato doversi “escludere ... che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”. Quanto alla peculiare fattispecie sottoposta al suo esame, la Corte osserva come essa coinvolga “da un lato, l’interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall’altro lato, l’interesse della coppia, attraversata da una vicenda di

rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere".

La ragione della illegittimità rispetto al precetto dell'art. 2 Cost. sta nel fatto che la normativa vigente tutela esclusivamente l'interesse statale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, senza esplorare la possibilità di un suo "bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come "forma di comunità", connotata dalla "stabile convivenza tra due persone", "idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione (sentenza n. 138/2010)".<sup>9</sup> La Corte non si ritiene tuttavia in grado di apprestare essa stessa la soluzione, perché la mera previsione di un divorzio a domanda "equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."<sup>10</sup>

Come già nel 2010, la Corte affida dunque al legislatore il compito di prevedere, "con la massima sollecitudine", l'introduzione di "una forma alternativa (e *diversa dal matrimonio*) che consenta ai coniugi di

---

<sup>9</sup> Un caso analogo, pochi mesi prima, aveva riguardato la Finlandia e aveva dato luogo ad una sentenza della Corte EDU (13 novembre 2012, *Hämäläinen*. c. Finlandia n. 37359/09) che viene richiamata dalla nostra Corte costituzionale. Anche in quel caso si trattava del mutamento di sesso di uno dei coniugi e gli interessati lamentavano che ne fosse derivato lo scioglimento del matrimonio. La Corte EDU ha tuttavia ritenuto che il diritto finlandese prevedesse un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in causa in quanto consentiva alle coppie *same-sex* la registrazione di una unione civile che garantisce loro "una protezione giuridica che è quasi identica a quella del matrimonio" (punto 50); la Grande Camera ha confermato la decisione della sezione con sentenza del 16 luglio 2014 n. 37359/09 (si vedano in particolare i punti 62, 66, 96).

<sup>10</sup> A questa soluzione, sia pure in via provvisoria, perviene invece Cass. 21 aprile 2015 n. 8097, su ricorso C.F. (Foro it., 2015, I, 2385) e ha provveduto la legge sulle unioni civili il cui art. 1, comma 27 così dispone: "Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessare gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Viceversa, visto che la legge riserva le unioni civili alle sole coppie *same-sex*, il comma precedente chiarisce che "[l]a sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Se lo desiderano, queste possono contrarre matrimonio.

evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica, ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza” (corsivo aggiunto). Questa ribadita precisazione riveste notevole importanza in quanto porta a negare che il Parlamento goda di una discrezionalità assoluta in relazione alle coppie omosessuali. Ritiene infatti la Corte costituzionale che l’apertura ad esse del matrimonio sarebbe in contrasto con la tutela che l’art. 29 della Costituzione assicura al matrimonio tra uomo e donna.<sup>11</sup>

4. La riluttanza del nostro Parlamento a dare seguito alle sollecitazioni rivolte dalla Corte costituzionale ha dato spazio, il 21 luglio 2015, ad una decisione di condanna da parte della Corte EDU.<sup>12</sup> La Corte ha infatti ritenuto che la perdurante carenza di un riconoscimento normativo delle coppie omosessuali configurasse una violazione dell’art. 8 della Convenzione per il quale “[o]gni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare...”.

Quella sinora descritta è la situazione giuridica nella quale si colloca la legge 20 maggio 2016 n. 76: “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenza”: le travagliate vicende parlamentari hanno fatto sì che la legge risulti di un unico articolo, suddiviso in 69 commi. Il quadro normativo è stato com-

---

<sup>11</sup> Ed è questo il momento per ricordare che nella sentenza *Schalk e Kopf* la Corte EDU ha disatteso la tesi dei ricorrenti secondo cui lo Stato che scelga per le coppie omosessuali un modello di riconoscimento diverso dal matrimonio, sarebbe nondimeno tenuto, in base alla CEDU, a conferire loro uno *status* che, sia pure con una denominazione diversa, corrisponda in tutto e per tutto a quello matrimoniale: “The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition” (punto 108).

<sup>12</sup> Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia* (n. 18766/11 e 36030/11). Da notare che *Oliari* e il secondo ricorrente erano stati all’origine del procedimento che aveva condotto alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale. In questa decisione, molto ampia ed informata, la Corte EDU dà conto della giurisprudenza italiana e prende atto della graduale evoluzione delle normative degli Stati membri del Consiglio d’Europa, 11 dei quali su 47 consentivano nel 2015 il matrimonio *same-sex* mentre erano in tutto 24 quelli che in qualche modo ‘riconoscevano’ le coppie omosessuali. La Corte tuttavia conferma i propri precedenti, a partire dalla sentenza *Schalk e Kopf* e ribadisce che la CEDU non obbliga lo Stato convenuto (cioè l’Italia) a consentire l’accesso al matrimonio alle coppie omosessuali ricorrenti (punto 192).

pletato da 3 decreti legislativi – recanti la data del 19 gennaio 2017 ed entrati in vigore l'11 febbraio 2017 – adottati dal Governo in conformità alle deleghe conferitegli dalla legge n. 76 del 2016. Un decreto, il n. 6, contiene le “Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle Unioni civili”. Gli altri due decreti, i nn. 5 e 7, si occupano rispettivamente dell'adeguamento alla nuova disciplina delle unioni civili delle disposizioni dell'Ordinamento dello stato civile (e di altri testi normativi) e delle “Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili”.

È verosimile che ai fini della disciplina dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero il nostro legislatore si sia ispirato alla soluzione introdotta nel 2004 nella legge svizzera di diritto internazionale privato dove (all'art. 45.3) si stabilisce che “[i]l matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata”. Ma vedremo subito che la normativa italiana presenta qualche tocco aggiuntivo rispetto a quel modello.

A segnare la sorte dei matrimoni omoaffettivi celebrati all'estero da cittadini italiani è, in prima battuta, il comma 28 lett. b) dell'art. 1 della legge n. 76 che, attribuendo ad un successivo decreto legislativo il compito di statuire, come si è appena detto, in tema di “modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato”, precisa che a questo fine si dovrà prevedere “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”. Rispetto al modello elvetico la nostra legge affianca dunque al matrimonio estero l'unione civile e altri istituti analoghi. Nel merito va detto che la soluzione accolta dal legislatore, per un verso, si adegua al dettato della Corte costituzionale secondo cui l'art. 29 della Costituzione non consente di abbandonare il principio della eterosessualità del matrimonio e, per altro verso, risponde all'esigenza, posta dalla stessa Corte costituzionale ed enfatizzata dalla Corte EDU nella sentenza Oliari, che (anche) nel nostro ordinamento la situazione delle coppie omosessuali sia fatta oggetto di un riconoscimento di carattere formale.

Come essa stessa chiaramente indica, la prescrizione della lett. b) del comma 28 dell'art. 1 della legge n. 76 – di cui abbiamo poc'anzi dato conto – non è stata concepita come autosufficiente. Peraltro il decreto legislativo n. 7 non è del tutto puntuale nel dare seguito al

rimando. Esso prevede l'inserimento nella legge di diritto internazionale privato – la L. n. 218 del 1995 – di alcuni articoli nuovi. Il nuovo art. 32-*bis* dice testualmente: “Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persone dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana”. A proposito di questo articolo vanno fatte due osservazioni. La prima, meno importante, è volta a mettere in luce la mancata coerenza tra la rubrica ed il contenuto dispositivo dell'articolo. La previsione normativa riguarda infatti chiaramente tanto coppie di italiani quanto coppie formate da un italiano e un non italiano (cittadino di altro Stato o apolide), mentre fa pensare solo alla prima ipotesi la rubrica che dice: “Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso”.<sup>13</sup>

Un'altra e più importante osservazione riguarda il difetto di coerenza che si registra, questa volta, tra la previsione della legge n. 76 (la già riferita lett. *b* del comma 28) e l'art. 32-*bis*, mancata coerenza suscettibile forse di dare luogo a qualche dubbio di costituzionalità. La legge è infatti formulata in termini generali e non sembra autorizzare la distinzione fra italiani e stranieri, distinzione che risulta invece tacitamente accolta dal decreto legislativo n. 7 che, nell'art. 32-*bis*, si occupa solo dei nostri concittadini, lasciando incerta la sorte dei matrimoni *same-sex* di stranieri.

5. E veniamo ora alle unioni civili di stranieri in Italia, partendo da una rapida panoramica del trattamento delle relazioni omo-affettive nel mondo.

Possiamo genericamente distinguere quattro gruppi di Stati. Il primo gruppo è costituito dagli Stati che ammettono il matrimonio anche tra persone del medesimo sesso: si tratta di poco più di una ventina di Stati, concentrati soprattutto in Europa. Un secondo gruppo è quello degli Stati che prevedono forme, anche sensibilmente diverse fra loro, di riconoscimento giuridico delle unioni *same-sex* (unioni civili, partenariati, ecc.). Esiste poi un gruppo di Stati in cui le coppie omosessuali non possono in alcun modo formalizzare la loro unione. Il quarto, e ultimo, grup-

<sup>13</sup> Sul rapporto tra rubrica e testo delle disposizioni legislative v. A. BELVEDE-RE, Il problema delle definizioni nel codice civile, Milano, 1977, ora in Scritti giuridici, vol. I, Assago, 2016, p. 90 ss.

po è costituito da quegli Stati (una settantina) che sanzionano penalmente i rapporti omosessuali, prevedendo la reclusione, l'ergastolo o persino la pena capitale. Vale la pena di osservare che Stati appartenenti al primo gruppo rientrano altresì nel secondo: il Regno Unito, ad esempio, ammette sia il matrimonio sia la *partnership* registrata.

L'Italia, che fino al 2016 figurava nel terzo gruppo, è passata al secondo a seguito dell'adozione della legge 20 maggio 2016, n. 76 contenente la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in vigore dal 5 giugno 2016. Con questa legge il Parlamento italiano ha risposto alle sollecitazioni della Corte Costituzionale e a quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo a giudizio della quale "in assenza di matrimonio, le coppie omosessuali ... (hanno) particolare interesse a ottenere la possibilità di contrarre una forma di unione civile o di unione registrata, dato che questo sarebbe il modo più appropriato per poter far riconoscere giuridicamente la loro relazione e garantirebbe loro la relativa tutela – sotto forma di diritti fondamentali relativi a una coppia che ha una relazione stabile –".<sup>14</sup>

La legge n. 76, che "istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione"<sup>15</sup> (art. 1, comma 1), è evidentemente destinata ai cittadini italiani dello stesso sesso, maggiorenni, che intendono costituire "un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni" (art. 1, comma 2). E' peraltro presente nel testo della legge un riferimento – quantunque indiretto – al cittadino straniero. Al comma 19, infatti, è dichiarata applicabile all'unione civile una norma del codice civile relativa al "Matrimonio dello *straniero* in Italia": si tratta dell'art. 116, primo comma, che, sul presupposto che tutti gli stranieri possano contrarre matrimonio in Italia, impone allo straniero l'obbligo di presentare all'ufficiale di stato civile "una dichiarazione dell'autorità competente del *proprio paese*, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio". Questa disposizione, sulla quale si ritornerà più avanti,

---

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*, punto 174.

<sup>15</sup> Il mancato richiamo dell'art. 29 Cost. che "riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" si pone in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale e in particolare con il brano della sentenza 15 aprile 2010, n. 138, sopra riferito.

consente in pratica a tutti gli stranieri di costituire in Italia un'unione civile, con un italiano o uno straniero (connazionale o no).

Un dubbio può sorgere in relazione ai soggetti dotati della cittadinanza di uno degli Stati che non prevedono istituti analoghi all'unione civile (gli Stati, in altre parole, del terzo o quarto gruppo di cui abbiamo parlato).

Ora, l'incoraggio della legge n. 76 agli artt. 2 e 3 della Costituzione, che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo - sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità - e rispettivamente il principio di uguaglianza, pare qualificare quello di unirsi civilmente come un diritto inviolabile, di cui dunque tutti gli individui possono godere, senza distinzione su base nazionale. Se, in linea di principio, qualsiasi straniero presente sul territorio italiano ha diritto di costituire un'unione civile, non è detto però che, in pratica, ciò sia sempre possibile, in quanto è necessario che siano soddisfatte le condizioni previste dalla legge: ma dalla legge di quale Stato? Dalla legge italiana, ossia dalla legge n. 76, o dalla legge di un altro Stato? E, in tal caso, dalla legge dello Stato di cui il soggetto possiede la cittadinanza o da quello in cui risiede?

Il Parlamento non ha fornito indicazioni al riguardo, delegando (già lo si è detto) il Governo a procedere - entro il 5 dicembre 2016, termine poi prorogato al 5 marzo 2017 - alla "modifica e (al) riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato", delle norme cioè che in Italia individuano la legge applicabile ai rapporti caratterizzati da elementi di transnazionalità, tra cui i rapporti che coinvolgono uno straniero: norme che sono contenute nella L. n. 218 del 1995.

6. Con il già evocato decreto legislativo n. 7, il Governo ha introdotto nella legge del 1995 una serie di disposizioni che disciplinano la costituzione, gli effetti e lo scioglimento delle unioni civili (si tratta degli artt. 32-*ter* e *quater*). In questa sede rilevano i primi due commi del nuovo art. 32-*ter*, rubricato "Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso".

Ai sensi del primo comma, "[l]a capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile". Il testo ricalca fedelmente l'art. 27 della stessa L. n. 218 del 1995 la cui rubrica però ("Condizioni per contrarre matrimonio") non contiene alcuna indica-

zione in merito all'età. Ora, se si intende l'espressione "maggiorenne" della rubrica dell'art. 32-ter come riferita alla maggiore età secondo la legge italiana (così da sottrarre alla discrezionalità dell'interprete la decisione di escludere eccezionalmente - per contrarietà all'ordine pubblico - l'applicazione di una norma straniera che permetta a un infradiciottenne di costituire un'unione), il richiamo della *lex patriae* quanto alla capacità risulta privo di significato. L'unico modo per dare un significato al testo della disposizione è intendere l'espressione "maggiorenne" presente in rubrica come genericamente riferita a chi abbia raggiunto la maggiore età, la cui fissazione - nel caso di cittadino straniero - è demandata alla sua legge nazionale, come appunto stabilisce l'art. 32-ter, primo comma (sicché, trattandosi ad esempio di un cittadino inglese, la maggiore età ai fini della costituzione di una *civil partnership* è fissata a sedici anni). E' questa, a nostro avviso, la soluzione preferibile, in quanto ad essere decisivo è il testo della disposizione legislativa, e non la rubrica.

Il primo comma dell'art. 32-ter comprende altre due frasi. La prima risolve il problema che si pone ogniqualvolta il soggetto intenzionato a costituire un'unione civile in Italia sia cittadino di uno Stato che non conosce l'istituto in questione: l'articolo dispone infatti che "[s]e la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana". Anche così, resta tuttavia irrisolto il problema della produzione del nulla osta richiesto dall'art. 116 del codice civile: nell'ipotesi considerata, infatti, lo straniero non potrebbe evidentemente fornire tale documento ed anzi, ogniqualvolta lo Stato criminalizzi l'omosessualità, non lo richiederà neppure, per non rischiare di incorrere in un procedimento penale. Il Governo ha ritenuto opportuno farsi carico pure di questo problema, dispensando l'interessato dalla produzione del nulla osta, posto che - come nel caso del matrimonio - è in gioco l'esercizio di un diritto civile che deve essere garantito a tutti.<sup>16</sup> Il nulla osta è infatti "sostituito da un certificato o

---

<sup>16</sup> Nel parere del 21 luglio 2016 n. 1695, sullo schema di decreto recante misure transitorie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, il Consiglio di Stato si è dichiarato favorevole all'accesso dello straniero all'unione civile, nell'ottica del "principio di non discriminazione degli stranieri e dei loro partner", ma "a condizione che la dichiarazione, resa dall'autorità competente dello Stato di appartenenza, di nulla osta all'unione civile, che lo straniero deve presentare all'ufficiale dello stato civile qualora intenda costituire in Italia un'unione civile, non venga interpretata nel senso di

altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva” (art. 32-*bis*, comma 2).

L’ultima frase dell’art. 32-*ter*, comma 1, è volta a colmare la lacuna creata dal mancato richiamo, ad opera della legge n. 76, del secondo comma dell’art. 116 cod. civ. ai sensi del quale “[a]nche lo straniero è ... soggetto alle disposizioni contenute negli artt. 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89” che stabiliscono gli impedimenti alle nozze. La ragione dell’omesso richiamo sta forse nel fatto che analoghi impedimenti sono espressamente contenuti nella stessa legge n. 76, al comma 4. Ecco, quindi, che all’art. 32-*ter* si precisa che “[l]e disposizioni di cui all’articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76, sono di applicazione necessaria”, così che, ad esempio, il francese interdetto per infermità di mente, che pure potrebbe costituire un’unione civile secondo la legge francese (che non considera l’interdizione come impedimento), non lo potrebbe fare posto che il comma 4 della legge n. 76 considera causa impeditiva “l’interdizione di una delle parti per infermità di mente”.

---

includere nelle ‘leggi cui è sottoposto’ lo straniero medesimo anche quelle eventuali disposizioni dell’ordinamento dello Stato di appartenenza che vietino le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Difatti *il diritto di costituire un’unione civile tra persone dello stesso sesso, in forza dell’entrata in vigore della legge, è divenuta una norma di ordine pubblico e, dunque, prevale, secondo l’articolo 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 sulle eventuali differenti previsioni di ordinamenti stranieri*” (corsivi aggiunti).

