

INESISTENZA E INVALIDITÀ DEL MATRIMONIO NELLA PI
Ù RECENTE GIURISPRUDENZA ITALIANA.

NON EXISTING MARRIAGES AND VOID MARRIAGES IN T
HE LATEST DEVELOPMENTS OF ITALIAN CASE LAW.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 20 - 31.

Fecha entrega: 23/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

MARCO RIZZUTI
Assegnista di Ricerca in Diritto Civile
Università degli Studi di Firenze
marco.rizzuti@unifi.it

SINTESI: Il contributo si propone di analizzare criticamente la tradizionale distinzione fra inesistenza e nullità del matrimonio, avendo riguardo ai recenti sviluppi della giurisprudenza italiana, occasionata dall'insorgere della questione della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali stranieri.

PAROLE CHIAVE: Matrimonio; Invalidità; Ordine Pubblico.

ABSTRACT: The paper aims to reconsider the traditional distinction between non existing marriages and void marriages, having regard to the latest developments of Italian case law in the matter of the recognition of foreign same-sex marriages.

KEY WORDS: Marriage; Voidness; Public Policy.

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla trascrivibilità dei matrimoni omosessuali stranieri.- 2. Il concetto di inesistenza del matrimonio.- 3. Il “matrimonio di fatto”.- 4. Il matrimonio omosessuale come matrimonio invalido ma esistente.- 5. Il ruolo dei principi sovranazionali di non discriminazione.- 6. Il ruolo dell’ordine pubblico.

1. Gli ultimi due anni sono stati segnati da un intenso dibattito, non privo di significativi strascichi polemici sul piano mediatico e politico, con riferimento al problema della trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano dei matrimoni omosessuali contratti all’estero. Si sono, in un breve lasso di tempo, succedute scelte contrapposte degli uffici comunali interessati, a seconda dell’orientamento ideologico dei Sindaci di volta in volta coinvolti. Alcuni di essi hanno anche emanato organici provvedimenti favorevoli alla trascrizione (Direttiva del Sindaco di Napoli, 23 giugno 2014; Direttiva del Sindaco di Bologna, 21 luglio 2014), cui si è contrapposto un intervento nel senso di una netta chiusura da parte del Ministero dell’Interno (Circolare, 7 ottobre 2014), in forza del quale i Prefetti si sono attivati per cancellare tali trascrizioni. Ne è derivato un importante contenzioso dinnanzi alla giustizia amministrativa, che ha visto pronunzie di primo grado che hanno ritenuto illegittime siffatte cancellazioni, in quanto, pur essendo intrascrivibili i matrimoni *same-sex*, competente ad intervenire in materia sarebbe stata soltanto l’autorità giudiziaria e non quella prefettizia (TAR LAZIO, 9 marzo 2015; TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, 21 maggio 2015). In seguito, però, la suprema magistratura amministrativa, ribadita l’illegittimità delle trascrizioni sindacali, ha, invece, giudicato legittimi i provvedimenti prefettizi (CONS. STATO, 26 ottobre 2015).

Non sono, peraltro, mancate le occasioni per adire anche la giurisdizione ordinaria, che si è a sua volta dimostrata oscillante. In una prima celebre vicenda, il giudice, adito in seguito al rifiuto del locale Ufficiale di Stato Civile di trascrivere un matrimonio *same-sex* celebrato in America, aveva ritenuto illegittimo tale diniego (TRIB. GROSSETO, 9 aprile 2014), con una decisione poi annullata per un difetto di notifica (APP. FIRENZE, 23 settembre 2014), ed ha quindi ribadito l’orientamento favorevole alla trascrizione con riguardo alla posizione della medesima coppia, tornata alla carica dopo il primo insuccesso (TRIB. GROSSETO, 26 febbraio 2015). Nella maggior parte dei casi, invece, di fronte ad analoghi rifiuti opposti degli uffici comunali richiesti di procedere alle trascrizioni, i giudici li hanno ritenuti pienamente legittimi (TRIB. MILANO, 2 luglio 2014; TRIB. MILANO, 17/23 luglio 2014, TRIB. AVELLINO, 9 ottobre 2014), con decisioni che nei successivi gradi di giudizio sono state a volte confermate (APP. MILANO, 6 novembre 2015), ma almeno

in un caso, che peraltro riguardava due spose entrambe cittadine straniere, radicalmente rovesciate (APP. NAPOLI, 8 luglio 2015). Va menzionata, inoltre, la decisione di un giudice che ha accolto il ricorso della Procura della Repubblica per la cancellazione della trascrizione di un matrimonio omosessuale disposta dall'Ufficiale di Stato Civile del Comune cui si erano rivolti gli interessati (TRIB. PESARO, 14 ottobre 2014). Infine, occorre ricordare che alcune coppie, essendosi viste denegare la trascrizione del loro matrimonio straniero da tutte le autorità italiane adite, hanno infine fatto ricorso alla Corte Europea dei Diritti Umani, che non si è ancora pronunciata sul punto (caso *Orlandi & others vs. Italy*, pendente).

Resta, però, l'impressione che la questione sia stata affrontata da un punto di vista limitativo e, per certi aspetti, addirittura fuorviante. Infatti, non è pensabile che lo *status* delle persone sia rimesso alle cangianti scelte politiche delle amministrazioni locali, ed anche la vicenda degli interventi prefettizi in una così delicata materia suscita forti perplessità. Soprattutto, parrebbe opportuno evidenziare che per tal via è ben difficile pervenire a risultati che non siano, per così dire, di bandiera, poiché questa forma di pubblicità è meramente certificativa degli eventuali effetti già prodotti dal matrimonio straniero e non *per se* costitutiva di effetti giuridici di sorta. Insomma, nonostante l'ingannatoria identità del *nomen iuris*, siamo di fronte ad un meccanismo che non è paragonabile alla trascrizione degli atti traslativi immobiliari, per i quali si parla comunemente di pubblicità "dichiarativa", intendendo qualcosa di molto più significativo della mera notizia. Con essa, infatti, si va a costituire, se non la valenza giuridica dell'atto, quantomeno la sua opponibilità e, quindi, la sua piena efficacia reale, in quanto il secondo acquirente che trascrive per primo può prevalere sul primo acquirente che trascrive per secondo. Invece, in materia matrimoniale, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, fra due spozalizi esteri prevarrà sempre quello celebrato per primo, a prescindere dalle date di trascrizione nei registri italiani (CASS. 28 aprile 1990, n. 3599; CASS., 17 settembre 1993, n. 9578; CASS., 19 ottobre 1998, n. 10351).

2. Insomma, la vera questione da dibattere non dovrebbe essere quella della trascrivibilità, quanto piuttosto quella dell'efficacia sostanziale dei matrimoni in discorso, e lo strumento per affrontarla in modo più adeguato sul piano tecnico-giuridico parrebbe, invero, quello offertoci dalla distinzione fra nullità ed inesistenza. Del resto, la dottrina civilistica aveva inizialmente elaborato tali categorie proprio con riguardo alla materia familiare (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S., CROME, C., BARASSI, L., *Manuale del diritto civile francese*, Milano, 1907-1909, I, § 126, III, §§ 419,421; VASSALLI, F., *Del matrimonio. Corso di diritto civile*, Torino, 1925, p. 120; GANGI, C., *Il matrimonio*, Milano, 1945, p. 72), al fine di distinguere le cause di invalidità del

matrimonio, che non impediscono il ricorrere di eventuali sanatorie, e comunque la produzione degli effetti del matrimonio putativo (cfr. LANZILLO, R., *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978; MESSINETTI, D., *Il matrimonio putativo*, in “Il diritto di famiglia”, trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, I, p. 431 e segg.), da quelle di inesistenza, incompatibili con qualsivoglia efficacia. Venivano indicati, dunque, tre requisiti di esistenza del matrimonio, desunti dal concetto di questo più che dalla sua disciplina positiva: il consenso, la celebrazione e la diversità di sesso degli sposi. Al contrario, si sono sempre considerate cause di invalidità, di matrimoni esistenti, quelle attinenti agli impedimenti previsti dalla legge per proibire, ad esempio, la bigamia o l’incesto, ma anche alla libera e corretta formazione del consenso espresso ed alla legittimazione di chi lo esprima. È ben noto come tale costruzione abbia avuto una notevole fortuna anche nella dottrina più recente (cfr., *ex multis*, BARBIERA, L., *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 66; GIACOBBE, E., *Il matrimonio*, in “Trattato di diritto civile”, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, III, I, p. 419 e segg.), con riflessi pure al di fuori dell’ambito strettamente privatistico.

Infatti, dal punto di vista processuale, altro è agire per la nullità del matrimonio, altro è agire per la contestazione di uno *status* coniugale inesistente: nel primo caso, il riferimento all’interesse “legittimo e attuale” di cui all’art. 117 cod. civ. va inteso restrittivamente, in ragione della natura personalissima del vincolo e dell’interesse generale alla sua conservazione, per cui potranno considerarsi interessati solo coloro ai quali il vincolo nullo cagioni un pregiudizio diretto ed immediato, nonché correlato ad interessi aventi comunque natura familiare, ovvero, nella sostanza, quanti vedano modificata la propria qualità di successibili legittimi. Non saranno, invece, legittimati ad agire i titolari di ulteriori interessi indirettamente pregiudicati, siano essi di natura morale, come quelli sorgenti dalla mera appartenenza al gruppo familiare coinvolto, o patrimoniale, come nel caso di chi abbia acquistato un bene venduto da uno dei coniugi in violazione delle regole della comunione legale e potrebbe far salvo l’acquisto una volta rimosso il vincolo matrimoniale, oppure nel caso dell’assicurazione o dell’ente previdenziale tenuto ad una prestazione nei confronti del coniuge superstite, che potrà avere l’interesse economico a negare che tale coniugio fosse mai stato valido. Al contrario, tali restrizioni non valgono per l’inesistenza, il cui accertamento dovrebbe essere consentito in presenza di qualunque tipo di interesse ad agire, ivi comprese, dunque, tutte le casistiche cui si è appena fatto riferimento (CASS., 6 febbraio 1986, n. 720).

La distinzione in discorso rileva, inoltre, dal punto di vista penalistico: infatti, il secondo matrimonio del bigamo è nullo, ma certamente esiste ai fini del diritto penale, in quanto integra appunto il reato di bigamia, ma può produrre anche l’effetto esimente di cui all’art. 649, comma 1, cod. pen. (APP.

FIRENZE, 3 novembre 1988). Peraltro, mentre sotto il Codice Zanardelli il reato di bigamia era escluso anche in caso di invalidità del primo matrimonio (cfr. art. 359 cod. pen. 1889), il vigente Codice Rocco, influenzato dall'impostazione propugnata dalla dottrina (VASSALLI, F., "Sulla definizione del delitto di bigamia e sui rapporti fra l'azione di nullità del matrimonio e l'azione penale", in "Scuola positiva", 1926, ed ora in "Studi giuridici", Milano, 1960, I, p. 35 e segg.), ha, invece, ampliato l'area della punibilità, per cui l'invalidità non esclude più il reato, anche se il vittorioso esperimento della relativa azione vale ad estinguerlo, e quindi l'unica causa di esclusione *ab origine* della rilevanza penale viene ad essere rappresentata dall'inesistenza del precedente matrimonio (cfr. art. 556 cod. pen. 1930).

In seguito, per una sorta di paradosso, mentre in materia contrattuale, dove era stata a lungo negletta a causa di una lettura troppo rigida degli schemi pandettistici che appiattiva la nullità sull'inesistenza (cfr. FALZEA, A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 e segg.; RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 86; FEDELE, A., *Della nullità del contratto*, in "Commentario del codice civile", a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, "Libro delle obbligazioni", I, Firenze, 1948, pp. 637-643; DE GIOVANNI, B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964), la distinzione tra i due concetti, già ben presente alla dottrina più sensibile (cfr. BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in "Trattato di diritto civile italiano", diretto da F. Vassalli, XV, II, Torino, 1943, pp. 297-298; ASCARELLI, T., "Inesistenza e nullità", in "Rivista di diritto processuale", 1956, pp. 61 e segg.; GIACOBBE, G., "Convalida (diritto privato)", in "Enciclopedia del diritto", X, 1962, p. 479 e segg.) si sta oramai affermando sempre più diffusamente (cfr. FURGIUELE, G., *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; PASSAGNOLI, G., *Nullità speciali*, Milano, 1995; BELVEDERE, A., "L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica", in "Diritto Privato", 1999-2000, p. 5 e segg.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema, – I. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano 2004; RIZZUTI, M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015), si è, invece, iniziato a dubitare della sua utilità in materia matrimoniale (NICOLÒ, R., "Matrimonio putativo", in "Commentario alla riforma del diritto di famiglia", a cura di L. Carraro, G. Oppo ed A. Trabucchi, Padova, 1977, p. 183; ROSSI CARLEO, L., "Nullità, separazione, divorzio", in "Commentario sul divorzio" a cura di P. Rescigno, Milano, 1980, p. 111).

A noi, però, sembra tuttora impossibile prescindere dall'esigenza di separare ciò che non sussiste nel mondo giuridico e rimane inqualificato, da ciò che esiste ma viene sanzionato con l'invalidità, e quindi negativamente qualificato, da un particolare ordinamento: insomma, l'inesistenza "più che una categoria giuridica è una necessità della logica" (FRANCESCHELLI, V., *Il matrimonio civile: l'invalidità*, in "Trattato di diritto privato", diretto da P.

Rescigno, Torino, 1982, II, I, p. 679). Si tratterà, piuttosto, di riformulare ed ammodernare la distinzione, con una valutazione più attenta dei requisiti da considerare davvero essenziali. Invero, con riguardo all'odierna realtà del diritto di famiglia, si potrebbe arrivare a sostenere che l'unico requisito di esistenza del matrimonio sia il consenso, la cui mancanza determina quei casi paradigmatici di inesistenza che si hanno nell'ipotesi del matrimonio sotto falso nome, se considerato dal punto di vista di quei soggetti il cui nome sia stato usurpato (cfr. CASS., 26 novembre 1971, n. 3456, in "Rivista di diritto civile", 1972, II, p. 372, con nota di PIAZZA, G., "Matrimoni sotto falso nome"; TRIB. MILANO, 31 ottobre 2002), o in quella in cui si faccia uso di un certificato matrimoniale falso (cfr. CASS., 22 febbraio 1990, n. 1304).

3. Quanto al profilo della celebrazione, intesa come elemento ulteriore, consistente nell'intervento di un terzo, appunto il cosiddetto celebrante, nel rito dello scambio dei consensi (cfr. RENDA, A., *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013), i dubbi sulla sua qualificazione in termini di requisito di esistenza nascono anzitutto da considerazioni di carattere storico e comparatistico. Invero, non si può ignorare come nelle diverse esperienze giuridiche i matrimoni siano stati contratti nelle più varie forme ed anche in maniere del tutto informali, come accadeva nel diritto romano classico (cfr., per tutti, GIUNTI, P., "Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 e segg.) o nell'originario diritto anglosassone (cfr. LONGO, G. E., "Common Law Marriage statunitense e matrimonio romano", in "Rivista di diritto civile", 1967, II, p. 490 e segg.), e come del resto ammetteva anche lo stesso diritto canonico pretridentino, in cui "*Illorum uero coniugia, qui contemptis omnibus illis solemnitatibus solo affectu aliquam sibi in coniugem copulant, huiusmodi coniugium non legitimum, sed ratum tantummodo esse creditur*" (DECRETUM GRATIANI, C.28, q.1, c.17 i. fi.). Soltanto con uno sforzo secolare si è successivamente riusciti ad imporre, a pena di invalidità del matrimonio, un procedimento di controllo, culminante nella celebrazione da parte del rappresentante dell'autorità religiosa o di quella statale (cfr. BRANDILEONE, F., *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906; UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974; CARBONNIER, J., "Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque sur la nuptialité", in "Population", 1992, p. 745 e segg.; SEIDEL MENCHI, S., QUAGLIONI, D., *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, 2001; LOMBARDI, D., *Matrimoni di antico regime*, Bologna 2001), senza che peraltro abbiano mai avuto pieno successo le tesi volte a farne addirittura un vero e proprio atto amministrativo (cfr. CICU, A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914).

Negli ultimi decenni si è, invece, realizzato uno sviluppo storico in senso inverso, teso alla valorizzazione di quello che è stato anche chiamato “matrimonio di fatto”, contratto per comportamenti concludenti (FINZI, E., *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, rist. Milano, 1968, con prefazione di Salv. Romano, p. 258 e segg.; FRANCESCHELLI, V., “Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero”, in “Atti del convegno nazionale “La famiglia di fatto”: Pontremoli 27-30 maggio 1976”, Montereleggio 1977, p. 345 e segg.; STELLA RICHTER, G., “Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto”, *ivi*, p. 159 e segg.; FURGIUELE, G., *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 285 e segg.), che oggi certamente può considerarsi giuridicamente esistente, ancorché invalido in ragione del radicale difetto del rito formale, e quindi suscettibile di vedersi riconosciuti, sotto una crescente pluralità di profili, effetti anche per l’ordinamento dello Stato. Basti pensare agli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali che ravvisano nella famiglia di fatto una fonte di obbligazioni naturali (CASS., 22 gennaio 2014, n. 1277), riconoscono la tutela possessoria al convivente in quanto detentore giuridicamente qualificato e non mero ospite (CASS., 15 settembre 2014, n. 19423), rifiutano la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, laddove il rapporto di convivenza coniugale si sia protratto a livello fattuale per più di tre anni (CASS., SEZ. UN., 17 luglio 2014, n. 16379), considerano la crisi della convivenza *more uxorio* come presupposto per un provvedimento di assegnazione della casa familiare che prescindendo dai titoli di proprietà (CASS., 11 settembre 2015, n. 17971).

4. Similmente, anche per quanto attiene alla diversità di sesso, un’accurata indagine storico-antropologica può rivelare come matrimoni omosessuali siano esistiti presso varie culture nel passato (cfr. EVANS-PRITCHARD, E., *Kinship and Marriage among the Nuer*, Oxford, 1951; GREENBERG, D., *The Construction of Homosexuality*, Chicago, 1988; ESKRIDGE, W.N., “A History of Same Sex Marriage”, in “*Virginia Law Review*”, 1993, p. 1419 e segg.; BOSWELL, J., *Same Sex Unions in Pre-Modern Europe*, New York, 1994; ALFIERI, F., “*Sub ficto habitu virili: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant’Uffizio*”, in “Studi in onore di S. Seidel Menchi”, Roma, 2011, p. 161 e segg.), mentre una rapida considerazione comparatistica ne fa palese la ricorrenza in buona parte degli ordinamenti occidentali moderni. Peraltro, basterebbe ricordare come un insigne autore, vissuto quando di tali matrimoni non c’era traccia, ritenne comunque più corretta la qualificazione in termini di invalidità, più che di inesistenza, ravvisandovi un impedimento non diverso da quelli che attengono alla sussistenza di un precedente vincolo o ad un rapporto di parentela (JEMOLO, A.C., *Il matrimonio*, in “Trattato di diritto civile italiano”, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, pp. 48-57).

Tale impostazione si appalesa, del resto, come la più coerente con i nuovi orientamenti giurisprudenziali affermatasi in materia. Infatti, una ormai non breve successione di pronunzie giurisprudenziali del più alto livello ha chiarito che non esiste un obbligo, di diritto internazionale o comunitario o costituzionale, in forza del quale l'Italia dovrebbe ammettere nel proprio ordinamento la piena validità dei matrimoni omosessuali, ma al tempo stesso ha rimarcato che: le coppie in questione hanno un diritto alla vita familiare (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24 giugno 2010, caso *Schalk & Kopf vs. Austria*), sono formazioni sociali costituzionalmente protette (CORTE COST., 15 aprile 2010, n. 138; CORTE COST., 11 giugno 2014, n. 170), possono ottenere in casi specifici l'equiparazione a quelle validamente sposate (CASS., 15 marzo 2012, n. 4184), hanno comunque piena rilevanza come famiglie di fatto (CASS., 9 febbraio 2015, n. 2400; TRIB. TREVISO, 15 dicembre 2014) ed il legislatore è anzi obbligato ad introdurre una disciplina che le riconosca e tuteli, anche se eventualmente in base ad un paradigma diverso da quello matrimoniale (CORTE EUR. DIR. UOMO, 21 luglio 2015, caso *Oliari & others vs. Italy*). In coerenza con tali premesse, ad alcune unioni omosessuali è stata riconosciuta un'efficacia matrimoniale sostanzialmente piena, nelle particolari circostanze in cui sia intervenuto il mutamento di genere di uno dei soggetti coinvolti. Così, può darsi che la sopravvenuta eterosessualità della coppia abbia l'effetto di rendere trascrivibile un matrimonio, originariamente omosessuale, straniero (APP. MILANO, 27 marzo 2015), oppure che la sopravvenuta omosessualità della coppia, originariamente eterosessuale, non sia più considerata d'ostacolo al mantenimento degli effetti del vincolo coniugale (CASS., 21 aprile 2015, n. 8097). A tal proposito, occorre peraltro ricordare che, ai fini del mutamento di genere, la giurisprudenza non ritiene più necessaria una modificazione chirurgica a livello anatomico, dovendo considerarsi sufficiente, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, un serio percorso di carattere psicologico (CASS., 20 luglio 2015, n. 15138; CORTE COST., 5 novembre 2015, n. 221).

Volendo riassumere tutte queste diversificate formulazioni, sembra dunque di poter tornare al punto prima delineato: quelli omosessuali restano per l'ordinamento italiano matrimoni invalidi, ma esistenti e quindi suscettivi di produrre effetti giuridici, eventualmente diversi da quelli pieni del matrimonio valido, ma non per questo irrilevanti. Naturalmente questo è, però, solo un approdo iniziale, da cui occorrerà trarre conseguenze non solo dogmatiche, ma anche applicative: bisogna, in altri termini, chiarire quali siano gli effetti in questione.

5. In alcuni casi, la soluzione è imposta dai rapporti con ordinamenti sovraordinati, che finiscono per imporre la realizzazione di alcuni di questi effetti. Nella moderna realtà giuridica non è, infatti, infrequente il fenomeno

per cui, pur restando il diritto di famiglia materia tendenzialmente ancora gestita dagli Stati, certi suoi profili vengano ad interessare diritti federali superiori, come è accaduto, proprio con riguardo alle problematiche in esame, nel contesto nordamericano (*USA SUPR. COURT*, 26 giugno 2013, casi *Hollingsworth vs. Perry* e *United States vs. Windsor*; *USA SUPR. COURT*, 26 giugno 2015, caso *Obergefell vs. Hodges*) ed in quello australiano (*HIGH COURT OF AUS.*, 12 dicembre 2013), e come sta ora accadendo sempre più frequentemente anche in Europa. Possiamo vederlo nella maniera più chiara avendo riguardo alla materia del ricongiungimento familiare, pressoché integralmente attratta nella sfera della competenza comunitaria, per cui, almeno a tali limitati fini, nessuno Stato, e quindi nemmeno l'Italia, può fare a meno di considerare come matrimonio efficace quello contratto, anche fra persone del medesimo sesso, secondo le leggi di un altro Stato Membro (TRIBUN. REGGIO EMILIA, 13 febbraio 2012; TRIB. PESCARA, 15 gennaio 2013; TRIB. VERONA, 5 dicembre 2014).

Ampliando il ragionamento, possiamo però prendere in considerazione anche quelle importanti normative comunitarie che, in ambito lavoristico e previdenziale, proibiscono le discriminazioni fondate soltanto sulle tendenze sessuali (Direttiva 2000/78/CE). Infatti, in base ad esse si è potuto sancire che, nei Paesi in cui il matrimonio è riservato alle coppie eterosessuali, determinati benefici pensionistici o retributivi ad esso correlati devono essere estesi anche ai *partners* di una unione civile omosessuale (CORTE GIUST. U.E., 10 maggio 2011, C-147/08; CORTE GIUST. U.E., 12 dicembre 2013, C-267/12). Similmente, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha avuto più occasioni di statuire che gli effetti analoghi a quelli matrimoniali riconosciuti dagli ordinamenti interni alle famiglie di fatto eterosessuali, ad esempio con riguardo alla successione nei contratti di locazione aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, non possano essere denegati a quelle omosessuali (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24 luglio 2003, caso *Karner vs. Austria*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 2 marzo 2010, caso *Kozak vs. Poland*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 7 novembre 2013, caso *Vallianatos vs. Greece*).

6. Con riguardo ad ulteriori profili, invece, i riferimenti sono meno sicuri, poiché mancano indicazioni cogenti esterne ed occorre valutare il problema sulla base dei principi generali. Verrà, quindi, in rilievo la considerazione di quei principi cui ci riferiamo solitamente con l'ambigua formula dell'ordine pubblico, a proposito dei quali tanto inchiostro è stato versato sia dalla dottrina internazionalprivatistica (cfr., *ex multis*, BADIALI, G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; BARILE, G., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; PALAIA, N., *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; BENVENUTI, P., *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano,

1977; ANGELINI, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012), sia da quella più propriamente civilistica (cfr. FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; GUARNERI, A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974). Diviene, quindi, opportuno richiamare gli orientamenti sviluppatasi con riguardo alle altre classiche forme di matrimonio invalido, ma esistente, come l'unione incestuosa (cfr. TRIB. VENEZIA, 31 luglio 2006) o soprattutto quella poligamica, resa d'attualità specie con l'imponente sviluppo delle correnti migratorie di provenienza islamica. Sta, infatti, assumendo precipua importanza quel criterio che la Risoluzione adottata a Cracovia il 25 agosto 2005 dall'Istituto di Diritto Internazionale ha indicato come "ordine pubblico attenuato", per cui devono consentirsi maggiori aperture qualora la fattispecie presenti più forti legami con Paesi appartenenti ad una diversa area culturale, ed un nesso meno significativo con lo Stato cui si chiede il riconoscimento degli effetti.

L'ipotesi paradigmatica è oggi quella del matrimonio poligamico celebrato in terra musulmana fra cittadini stranieri, ma fatto valere in Europa ai fini della parte di eredità ivi relitta da uno di essi, o magari della pensione di reversibilità. In tal caso, si giustifica, appunto, un'operatività attenuata del divieto di poligamia, tale da non impedire ai superstiti l'acquisto del diritto in questione, che si presenta come un mero "effetto riflesso" del matrimonio invalido (CASS., 2 marzo 1999, n. 1739), mentre ben diversa sarebbe la reazione dell'ordinamento se si pretendesse di istituzionalizzare sul territorio nazionale una vita familiare poligamica, celebrandovi i relativi matrimoni. La materia, comunque, non ha ancora raggiunto uno stato di elaborazione del tutto soddisfacente, come mostra l'oscillazione fra orientamenti che hanno negato al figlio la possibilità di domandare il ricongiungimento familiare per la madre, onde evitare che sul territorio nazionale vengano così a trovarsi entrambe le mogli del padre (CASS., 28 febbraio 2013, n. 4984), ed altri che, invece, hanno offerto pieno riconoscimento giuridico, almeno ai fini del risarcimento del danno da morte del convivente, a situazioni fattuali poligamiche, i cui protagonisti erano peraltro tutti cittadini italiani (CASS., 7 giugno 2011, n. 12278; CASS., 16 giugno 2014, n. 13654).

Ad ogni modo, può rivelarsi assai utile l'applicazione di un analogo modo di argomentare anche alle unioni omosessuali: ne deriva che la qualificazione dei matrimoni in questione come invalidi, ma esistenti, può consentire di riconoscere agli stessi degli effetti giuridici, che si impongano a prescindere dalla effettuazione di qualunque trascrizione, sulla base della mera realtà familiare di fatto, etero od omosessuale che sia, oppure anche del dato giuridico rappresentato dal matrimonio straniero in sé e per sé considerato. Si è così affermato, nell'elaborazione del Consiglio Nazionale del Notariato, un orientamento che riconosce efficacia ai fini successori, dunque il tipico caso

di “effetti riflessi”, ai matrimoni *same-sex* fra stranieri contratti all'estero, benché non trascritti né trascrivibili (“La rilevanza notarile dei matrimoni omosessuali contratti all'estero”, Studio 1-2015/E2020, 6 giugno 2015). Parrebbe, inoltre, che il medesimo approccio possa portare a risultati interessanti anche con riguardo al più delicato dei problemi che il tema ci pone, quello della filiazione omogenitoriale.

Recentemente, infatti, la giurisprudenza più sensibile ha avuto modo di distinguere fra l'inammissibilità della trascrizione del matrimonio *same-sex* in sé e per sé considerato, e la doverosità, a tutela dell'interesse superiore del minore, del riconoscimento dello *status filiationis* che sul presupposto di tale vincolo coniugale sia stato attribuito da uno Stato straniero alla sposa della madre biologica (APP. MILANO, 16 ottobre 2015). Del resto, in altre fattispecie analoghe in cui la trascrizione dell'eventuale matrimonio straniero non era stata nemmeno richiesta, i giudici hanno ritenuto di consentire quella dell'atto di nascita di un bambino con due comadri (APP. TORINO, 29 ottobre 2014), o di disporre l'adozione speciale del minore da parte della genitrice sociale, compagna della madre biologica (TRIB. MIN. ROMA, 30 luglio 2014; TRIB. MIN. ROMA, 22 ottobre 2015; APP. ROMA, 23 dicembre 2015), o quanto meno di riconoscere il diritto dello stesso di continuare a frequentarla, anche dopo la fine del rapporto fra le due donne (TRIB. PALERMO, 13 aprile 2015). Altri giudici, invece, ritenendo allo stato precluse tali opzioni, hanno sollevato la questione di legittimità delle norme interne che impedirebbero tali esiti (TRIB. MIN. BOLOGNA, 10 novembre 2014; APP. PALERMO, 31 agosto 2015), rimettendo la problematica all'esame della Corte Costituzionale, che non si è ancora pronunciata.

Non è dunque escluso che seguendo questo genere di percorsi argomentativi si possa gradualmente arrivare a configurare un assetto, analogo a quello che è dato rinvenire, ad esempio, nel contesto israeliano, in cui la perdurante inammissibilità della celebrazione di un matrimonio omosessuale interno, sostanzialmente insuperabile a causa di molteplici veti di carattere religioso, non impedisce, però, il riconoscimento della piena efficacia sostanziale di quelli celebrati all'estero conformemente alla *lex loci*.