

Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale

a cura di Guido Canavesi



Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale

a cura di Guido Canavesi

eum

La pubblicazione è l'esito del progetto di ricerca *Welfare e Terzo settore: radici e sfide della sicurezza sociale*, finanziato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Isbn 978-88-6056-640-9

Prima edizione: dicembre 2019

©2019 eum edizioni università di macerata

Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata

info.ceum@unimc.it

<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Hana Mitrov e Carla Moreschini

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Indice

7 *Elenco delle abbreviazioni delle riviste*

Parte prima

Profili pubblicistici

Francesco de Leonardis

11 Introduzione

Monica Stronati

17 Appartenenza territoriale e prossimità relazionale: la libertà di migrare tra Otto e Novecento in Europa

Saša Zagorc, Adriana di Stefano

35 Mass Migrations and the Public Emergency Narrative. Managing migration governance in time of crisis

Erik Longo

71 L'accesso degli immigrati alle misure di assistenza sociale in Italia

Francesco Manganaro

97 L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti

Chiara Feliziani

119 Giustizia amministrativa e immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti

Parte seconda

Profili civilistici

Guido Canavesi

159 Introduzione

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

163 Immigrazione e circolazione degli status personali e familiari:
la problematica dei c.d. *Conflicts de civilisations*

Janet Dine

197 German's Marshall Plan with Africa; an initiative for
lessening immigration and strengthening Human Rights

Alessio Bartolacelli

217 I migranti e l'impresa. Spunti e dati sull'imprenditorialità degli
immigrati in Italia

William Chiaromonte

249 L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e
diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi

279 Elenco degli autori

Elenco delle abbreviazioni delle riviste

«AIC, Oss. Cost.»	AIC, Osservatorio costituzionale
«Arch. giur.»	Archivio giuridico «Filippo Serafini»
«Aut. loc. serv. soc.»	Autonomie locali e servizi sociali
«Cass. pen.»	Cassazione penale
«Corr. merito»	Corriere del merito
«Dig. disc. pubbl.»	Digesto – discipline pubblicistiche
«Dig. it.»	Digesto italiano
«Dir. amm.»	Diritto amministrativo
«Dir. ec.»	Diritto dell'economia
«Dir. imm. citt.»	Diritto, immigrazione e cittadinanza
«Dir. lav. merc.»	Diritti lavori mercati
«Dir. pen. proc.»	Diritto penale e processo
«Dir. proc. amm.»	Diritto e processo amministrativo
«Dir. pubbl.»	Diritto pubblico
«Dir. rel. ind.»	Diritto delle relazioni industriali
«Dir. soc.»	Diritto e società
«Dir. um. e dir. int.»	Diritti umani e diritto internazionale
«Dir. Unione eur.»	Diritto dell'Unione europea
«Enc. dir.»	Enciclopedia del diritto
«Fam. dir.»	Famiglia e diritto
«Foro amm.»	Foro amministrativo
«Giorn. dir. amm.»	Giornale di diritto amministrativo
«Giorn. dir. lav. rel. ind.»	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
«Giur. comm.»	Giurisprudenza commerciale
«Giur. cost.»	Giurisprudenza costituzionale
«Giur. it.»	Giurisprudenza italiana
«Ist. del fed.»	Istituzioni del federalismo

«Lav. dir.»	Lavoro e diritto
«Nss. dig. it.»	Nuovissimo digesto italiano
«Nuova giur. civ. comm.»	Nuova giurisprudenza civile commentata
«Nuova rass.»	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
«Nuove leggi civ. comm.»	Nuove leggi civili commentate
«Pol. dir.»	Politica del diritto
«Quad. cost.»	Quaderni costituzionali
«Quad. soc.»	Quaderni di sociologia
«Rass. dir. pubbl. eur.»	Rassegna di diritto pubblico europeo
«Resp. civ. prev.»	Responsabilità civile e previdenza
«Riv. crit. dir. priv.»	Rivista critica del diritto privato
«Riv. dir. sic. soc.»	Rivista di diritto della sicurezza sociale
«Riv. dir. int.»	Rivista di diritto internazionale
«Riv. dir. int. priv. e proc.»	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
«Riv. dir. proc. civ.»	Rivista di diritto processuale civile
«Riv. giur. ed.»	Rivista giuridica dell'edilizia
«Riv. giur. lav.»	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
«Riv. it. dir. lav.»	Rivista italiana di diritto del lavoro
«Riv. it. dir. pubbl. com.»	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
«Riv. it. med. leg.»	Rivista italiana di medicina legale
«Riv. it. sc. pol.»	Rivista italiana di scienza politica
«Riv. ODC»	Rivista Orizzonti del diritto commerciale
«Riv. trim. dir. pubbl.»	Rivista trimestrale di diritto pubblico

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

Immigrazione e circolazione degli *status* personali e familiari:
la problematica dei c.d. *Conflits de civilisations*

SOMMARIO: 1. La problematica dei c.d. *conflits de civilisations* nel diritto internazionale privato – 2. Circolazione degli *status* personali e diversità dei modelli familiari: l'incidenza dei diritti religiosi, con particolare riferimento al diritto islamico – 3. Amplificazione del fenomeno con l'accrescersi dei flussi migratori: la problematica della legge regolatrice dello *status* personale dei rifugiati – 4. L'incidenza del limite dell'ordine pubblico come strumento di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale e il suo temperamento col diritto alla continuità degli *status* personali e familiari – 5. Alcune riflessioni conclusive

1. *La problematica dei c.d. conflits de civilisations nel diritto internazionale privato*

Una delle problematiche più complesse poste dal diritto internazionale privato nella realtà contemporanea è costituita dal sempre più frequente verificarsi di situazioni nelle quali il coordinamento tra ordinamenti che la materia ha per scopo di realizzare deve essere perseguito tra sistemi giuridici portatori di tradizioni differenti, le quali possono in certi ambiti, come è particolarmente il caso in materia di *status* personali e familiari, rivelarsi a tal punto divergenti da apparire difficilmente conciliabili.

Questa problematica, benché abbia via via acquistato una rilevanza crescente in termini materiali negli ultimi anni con l'accrescersi dei fenomeni migratori, non è certamente sconosciuta nella dottrina del diritto internazionale privato, nella quale, e segnatamente nella dottrina francese che da più lungo tempo, per evidenti ragioni di carattere storico-politico, vi si è trovata confrontata, essa è stata identificata con l'evocativa espressio-

ne di *conflits de civilisations*¹. Quest'ultima espressione, nella dottrina più recente, viene talvolta sostituita con la formula più anodina di *conflits de cultures*, con questa espressione volendosi chiaramente evitare ogni possibile connotazione sfavorevole nei riguardi della cultura, diversa da quella occidentale, della quale l'ordinamento giuridico straniero costituisce espressione². A questo riguardo, non è del tutto priva di pertinenza l'osservazione per la quale la realtà dei rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico del foro, che il diritto internazionale privato ha per oggetto di disciplinare, sia innegabilmente mutata rispetto ai tempi in cui la gran parte dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato degli Stati europei erano stati inizialmente concepiti, in un mondo, quello del XIX secolo, nel quale gli ordinamenti giudici nei confronti dei quali, nella stragrande maggioranza dei casi, le regole contenute in tali sistemi erano destinate ad operare si presentavano come relativamente omogenei nei loro principi ispiratori. Infatti, la società contemporanea è caratterizzata da una circolazione internazionale delle persone assai più estesa che in passato, circolazione la quale coinvolge, per via dell'incidenza dei fenomeni migratori, in misura crescente soggetti provenienti da paesi extraeuropei, i quali sovente presentano ordinamenti giuridici

¹ Tra gli altri, P. Mercier, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Librairie Droz, 1972, pp. 1 ss.; J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 211 (1988), pp. 9 ss.; M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 1 ss.; K. Zaher, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, Harmattan, 2009, pp. 1 ss.; nella dottrina italiana, G. Contaldi, *La Convenzione europea dei diritti umani e i conflitti di civilizzazione*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, Cedam, 2010, pp. 535 ss.

² Utilizza questa espressione L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 357 (2013), pp. 9 ss., spec. pp. 20 ss. Nella dottrina italiana, fa riferimento, nella medesima prospettiva, all'elemento dell'identità culturale C. Campiglio, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2011, pp. 1029 ss., spec. pp. 1031 ss. All'elemento delle differenze culturali è fatto riferimento ugualmente nella risoluzione dell'Institut de droit international, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, Rapporteur P. Lagarde, Session de Cracovie, 2005, pp. 1 ss., <<http://www.idi-iil.org>>, gennaio 2019.

di matrice religiosa, ispirati a dettami di carattere confessionale che possono in alcuni casi rivelarsi inconciliabili con i principi di eguaglianza e di non discriminazione che sono propri dei paesi europei³.

La problematica appena individuata è innegabilmente resa ancor più critica dal modo di operare dei moderni sistemi statali di diritto internazionale privato, e, non meno, dal modo di porsi della disciplina europea della materia. I primi, infatti, sono prevalentemente basati sul ricorso a regole bilaterali di diritto internazionale privato, suscettibili di portare in maniera tendenzialmente automatica all'applicazione della legge individuata in base ai criteri di collegamento adottati⁴, senza che, nella fase più strettamente pertinente all'individuazione della legge applicabile, possano trovare luogo considerazioni di carattere materiale. Queste sono suscettibili di rilevare, in questa fase, unicamente nei limitati casi nei quali nelle legislazioni statali di diritto internazionale privato si rinvencono regole ispirate, invece, al metodo delle considerazioni materiali. In base a questo metodo, l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra legge con la quale la fattispecie possa presentare collegamenti rilevanti è fatto dipendere dal risultato materiale al quale l'applicazione dell'una ovvero dell'altra è suscettibile di portare⁵. Simili considerazioni

³ Come osservato da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., p. 17; ci si permette di rinviare anche a F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in «Dir. um. e dir. int.», 2016, pp. 49 ss.

⁴ Come rilevato da R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in «Fam. dir.», 2009, pp. 197 ss.

⁵ Come avviene nei casi in cui viene previsto un concorso alternativo di criteri di collegamento, tipicamente in materia di forma degli atti, allo scopo di consentire per quanto possibile di assoggettare la validità formale dell'atto a una legge in base alla quale esso sia valido; considerazioni di ordine materiale possono influire anche sul funzionamento del rinvio, come nel caso, contemplato dall'art. 13, terzo comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218, che prevede che si debba tenere conto del rinvio operato dalle norme di diritto internazionale privato della legge richiamata unicamente ove questo conduca all'applicazione di una legge che consenta lo stabilimento della filiazione. Si veda, quanto al rapporto tra regole di conflitto alternative e rinvio *in favorem*, A. Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 352 (2012), pp. 9 ss., spec. pp. 408 ss.; più in generale, sul metodo in questione, P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 276 (1999), pp. 9 ss., spec. pp. 84 ss.

devono farsi con riferimento al sistema europeo di diritto internazionale privato, attualmente ancora in via di evoluzione. In quest'ultimo sistema, le norme che individuano la legge applicabile contenute nei regolamenti che sino a questo momento sono stati adottati riguardano, peraltro, solamente in parte le materie suscettibili di incidere sulla disciplina degli *status* personali e familiari. Tali regole presentano anch'esse, generalmente, carattere bilaterale, avendo, inoltre, efficacia universale, ovvero *erga omnes*, potendo quindi portare tanto all'applicazione della legge di uno Stato membro soggetto all'applicazione del singolo strumento quanto di quella di un paese terzo⁶.

La problematica in esame è inevitabilmente accresciuta dal regime favorevole che le legislazioni statali di diritto internazionale privato apprestano al riconoscimento di sentenze ed atti stranieri, prevedendo sovente un meccanismo di riconoscimento automatico, salva contestazione del riconoscimento sulla base dei motivi di diniego contemplati. Ciò consente di procedere, con riferimento a sentenze e ad atti in materia di *status* personali e familiari, all'aggiornamento dei registri dello stato civile senza necessità di intraprendere un procedimento giurisdizionale volto alla verifica dei requisiti per il riconoscimento⁷. Con questo,

⁶ Questa caratteristica, che è comune a tutti gli atti dell'Unione europea sinora adottati in materia di diritto internazionale privato, si rivela problematica nei regolamenti di più recente adozione, nei quali parallelamente alla legge applicabile viene disciplinata anche la giurisdizione e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici nella materia considerata, con regole che presentano invece normalmente carattere *inter partes*, vale a dire con effetti limitati agli Stati membri. Si vedano in proposito, tra gli altri, B. Audit, G.A. Bermann, *The Application of Private International Law Norms to 'Third Countries': The Jurisdiction and Judgments Example*, in A. Nuyts, N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 55 ss., spec. pp. 56 ss.; M. Fallon, T. Kruger, *The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: From Bilateral Modus to Unilateral Universality?*, in «Yearbook of Private International Law», vol. 14 (2012/2013), pp. 1 ss., spec. pp. 2 ss.; *adde*, con specifico riferimento al regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni, F. Marongiu Buonaiuti, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, in «Journal of Private International Law», 2016, pp. 545 ss., spec. pp. 546 ss.

⁷ Relativamente alla trascrizione nei registri dello stato civile delle sentenze straniere riconosciute in base agli articoli 64, 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218, si veda la circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 7 gennaio 1997, su cui F. Salerno, *La circolare ministeriale «esplicativa» sull'iscrizione delle sentenze*

viene sovente ad estendersi, per autonoma scelta del legislatore nazionale, a sentenze ed atti pubblici formati in paesi terzi, quand'anche provvisti di sistemi giuridici disomogenei rispetto all'ordinamento dello Stato del foro e portatori di valori non agevolmente conciliabili con quelli ispiratori del relativo sistema giuridico, un regime di *favor* non troppo marcatamente dissimile da quello che le norme contenute nei regolamenti dell'Unione europea adottati nei diversi settori della cooperazione giudiziaria in materia civile riservano a decisioni ed atti, formati in altri paesi membri, nelle materie oggetto di tali strumenti⁸. A ciò deve aggiungersi il diffondersi di soluzioni favorevoli al riconoscimento delle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare costituite all'estero nella loro valenza sostanziale, indipendentemente, quindi, da una formale attribuzione di efficacia al provvedimento giurisdizionale o all'atto pubblico con cui queste siano state formalizzate, bensì quale forma di concretizzazione del modo di essere dell'ordinamento giuridico in conformità delle cui regole esse siano state costituite⁹. Ciò, ancora una volta,

straniere nei registri dello stato civile, in «Riv. dir. int.», 1997, pp. 178 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e la circolare ministeriale agli uffici di stato civile*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1998, pp. 375 ss. Si veda, con riferimento alle modifiche introdotte dal D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante il nuovo ordinamento dello stato civile, R. Cafari Panico, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2002, pp. 5 ss.

⁸ Si veda l'art. 21, par. 2, del regolamento n. 2201/2003. In proposito, deve notarsi che il riconoscimento di una sentenza emanata in un altro paese membro da trascriversi nei registri dello stato civile ai sensi dell'art. 21, par. 2, del regolamento n. 2201/2003 può essere contestato solo mediante la procedura di cui all'art. 21, par. 3 dello stesso regolamento: si veda R. Cafari Panico, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II*, in S. Bariatti, C. Ricci (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei nuovi regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, pp. 29 ss., spec. pp. 45 ss.; nel senso, invece, che la diretta applicabilità in materia delle disposizioni del regolamento non precluda il potere del procuratore della Repubblica di promuovere la cancellazione di un atto indebitamente trascritto, secondo le norme del nuovo ordinamento dello stato civile, R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 189 ss., spec. pp. 192.

⁹ Si vedano in proposito, tra gli altri, tra gli altri, P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547 ss., spec. pp. 558 ss.; H.-P. Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, in «*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*»,

può portare ad attribuire effetti nell'ordinamento di un paese europeo a un rapporto giuridico costituito secondo le norme di un paese extraeuropeo, sul modo d'essere del cui ordinamento giuridico influiscono principi e valori disomogenei rispetto a quelli propri del sistema giuridico del foro¹⁰.

Naturalmente, l'apertura agli ordinamenti giuridici stranieri operata dai sistemi statali di diritto internazionale privato, non meno del crescente sistema europeo e degli strumenti convenzionali esistenti, trova un suo limite tradizionale nell'ordine pubblico, quale clausola di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento dello Stato del foro. Questo limite, come è noto, è suscettibile di operare tanto con riguardo all'applicazione del diritto straniero nel regolare *in foro* una determinata situazione giuridica, quanto con riferimento al riconoscimento di sentenze ed altri atti stranieri e, per quanto specificamente concerne la materia dello stato delle persone e dei rapporti di famiglia, riguardo alla loro trascrizione o annotazione nei registri dello stato civile, nonché con riferimento al riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella loro valenza sostanziale. Pur sempre, diverso è suscettibile di rivelarsi il modo di porsi del limite dell'ordine pubblico, a seconda che questo riguardi l'applicazione del diritto straniero per costituire una situazione giuridica nel foro, piuttosto che il riconoscimento di una situazione costituita all'estero. Infatti, alla difesa dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico del foro si contrappone, sempre più marcatamente, l'esigenza di dare continuità alle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare costituite all'estero. Tale continuità viene sovente considerata, particolarmente nella giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo, parte integrante del diritto al rispetto della vita privata e fa-

2006, pp. 651 ss.; spec. pp. 687 ss.; R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 348 (2010), pp. 253 ss., spec. pp. 280 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 429 ss.

¹⁰ La problematica è affrontata espressamente da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 96 ss.; vi si ritornerà più ampiamente trattando dell'incidenza del limite dell'ordine pubblico (*infra*, par. 4).

miliare dei soggetti interessati, nonché, nel contesto dell'Unione europea, del loro diritto alla libertà di circolazione¹¹.

Per un verso, deve considerarsi che quest'ultimo profilo della strumentalità della continuità internazionale delle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare all'attuazione della libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea può considerarsi di minore incidenza sulla problematica che forma oggetto d'esame in questa sede. Infatti, questa riguarda soprattutto la sfera giuridica di soggetti che generalmente non possiedono la cittadinanza di un paese membro e non sono titolari del diritto alla libertà di circolazione riconosciuto ai cittadini europei e a limitate categorie di cittadini di paesi terzi, come i titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo ovvero i cittadini di paesi che siano parti di accordi di associazione che lo prevedano. I soggetti la cui sfera giuridica viene principalmente in considerazione in questa sede potranno nondimeno, in casi diversi da quelli da ultimo menzionati, beneficiare della libertà di circolazione a titolo derivato, in quanto si trovino ad essere familiari di un cittadino dell'Unione o di un altro soggetto che ne benefici a titolo principale¹². A questo riguardo, può, peraltro, porsi il problema dell'incidenza della legge dello Stato terzo di cui tali soggetti sono cittadini al fine di accertarne il ricadere nella nozione di familiare di un cittadino di uno Stato membro. Questa incidenza può apparire limitata nella misura in cui tale nozione, definita nella legislazione pertinente dell'Unione con riferimento ai tipi di rapporti familiari suscettibili di venire in considerazione a tal fine, si presenti come destinata ad un'interpretazione autonoma e tendenzialmente uniforme all'interno dell'Unione. Una tale interpretazione si pone, infatti, come scar-

¹¹ Si vedano, per un quadro generale, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., pp. 391 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 439 ss.; Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, cit., pp. 70 ss.

¹² La disciplina della libertà di circolazione dei cittadini di paesi terzi familiari di cittadini dell'Unione è contenuta, come è noto, nella direttiva 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 soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *GUCE*, L 158 del 30 aprile 2004, p. 77.

samente permeabile all'influsso delle categorie giuridiche proprie tanto dei singoli paesi membri, quanto dei paesi terzi da cui provengano i soggetti che ambiscano a poter beneficiare della libertà di circolazione e soggiorno negli Stati membri in qualità di familiari di un cittadino europeo¹³. Per altro verso, il rifiuto di garantire la continuità internazionale ad una situazione giuridica di carattere personale e familiare costituita in un paese terzo in base alla legge nazionale del soggetto o dei soggetti interessati a motivo della incompatibilità degli effetti che sono suscettibili di derivarne con l'ordine pubblico dello stato del foro è comunque suscettibile di comportare, come si è accennato, ed indipendentemente da ogni ricaduta sul piano del diritto, primario come derivato, dell'Unione europea¹⁴, una compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare che gli Stati parte della

¹³ La direttiva 2004/38/CE, cit., infatti, contiene, all'art. 2, n. 2, una definizione autonoma di "familiare" per i fini della direttiva stessa, la quale lascia tuttavia un margine di incidenza alle legislazioni degli Stati membri, quanto alla ricomprensione in tale nozione della figura del *partner* di un'unione registrata, la quale è subordinata al fatto che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio, e purché siano rispettate a tal fine le condizioni previste dalla legge di tale Stato membro. Per quanto attiene, invece, al diritto dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro di ricongiungersi ai propri familiari, rileva la direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *GUCE*, L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12 ss. Come si avrà modo di osservare più avanti (*infra*, par. 2) con specifico riferimento alla problematica dei matrimoni poligamici, quest'ultima direttiva lascia un più ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nell'individuazione delle categorie di familiari beneficiari, limitandosi a individuare un nucleo minimo a favore dei cui componenti il diritto in questione deve poter essere esercitato.

¹⁴ La problematica nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata affrontata, notoriamente, con specifico riferimento al diritto al nome, venendo il rifiuto di uno Stato membro di dare continuità, mediante trascrizione nei relativi registri dello Stato civile, al nome di una persona così come formato in base alla legislazione di un altro Stato membro tendenzialmente configurato alla stregua di un ostacolo alla libertà di circolazione delle persone: Corte di giustizia CE, causa C-148/02, *Garcia Avello c. Stato belga*, sentenza del 2 ottobre 2003; causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, sentenza del 14 ottobre 2008; per alcuni casi più recenti, nei quali il rifiuto di dare continuità al nome è stato ritenuto dalla Corte giustificato per motivi di ordine pubblico, trattandosi di casi peculiari nei quali si invocava la trascrizione di cognomi contenenti titoli e particelle nobiliari non previsti, e persino non consentiti, dalla legislazione dello Stato membro richiesto, Corte di giustizia UE, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, sentenza del 22 dicembre 2010; causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe*, sentenza del 2 giugno 2016.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono garantire a tutte le persone soggette alla propria potestà d'imperio, diritto che è passibile di limitazioni solamente alle condizioni tassativamente individuate dall'art. 8 della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea nella propria giurisprudenza¹⁵.

2. Circolazione degli status personali e diversità dei modelli familiari: l'incidenza dei diritti religiosi, con particolare riferimento al diritto islamico

La crescente mobilità internazionale delle persone, alimentata in modo particolare dai flussi migratori, è inevitabilmente suscettibile di accrescere la frequenza con la quale hanno modo di crearsi rapporti familiari tra persone non soltanto di cittadinanza differente, bensì anche portatrici di culture e tradizioni giuridiche ed etiche differenti, come pure via via più frequente è suscettibile di rivelarsi la situazione nella quale un rapporto familiare costituitosi in un paese il cui ordinamento è ispirato a tradizioni e valori differenti da quelli che ispirano gli ordinamenti dei paesi europei sia fatto valere in uno di questi ultimi paesi. Ciò è suscettibile di dar luogo a problemi di compatibilità con l'ordinamento interno dello Stato nel quale il rapporto giuridico costituitosi all'estero viene fatto valere. Tali problemi, in

¹⁵ La casistica che forma oggetto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia è alquanto vasta, spaziando da casi relativi al riconoscimento di rapporti adottivi costituiti all'estero, con le note pronunce relative ai casi *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007, e *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011; al diritto al nome, con particolare riferimento ai casi *Heidecker-Tiemann v. Germany*, ricorso n. 31745/02, decisione sulla ricevibilità del 6 maggio 2008, e *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, ricorso n. 664/06, sentenza del 9 novembre 2010, e, in tempi più recenti, al riconoscimento di rapporti di filiazione costituiti all'estero mediante il ricorso a tecniche di surrogazione di maternità, con le note pronunce relative ai casi *Labassée c. France*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014; *Mennesson c. France*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014, e *Paradiso et Campanelli c. Italie*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015, seguita da GC, sentenza del 24 gennaio 2017. Si vedano in generale sulla problematica, tra gli altri, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., pp. 398 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 439 ss.; anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, cit., pp. 71 ss.

alcuni casi, possono presentarsi ad un livello tale da giustificare l'invocazione del limite dell'ordine pubblico, quale tradizionale meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico del foro. L'operare del limite in questione, al tempo stesso, comporta una rottura dell'armonia internazionale delle soluzioni, con un'incidenza inevitabile, secondo quanto già si è rilevato, sulla continuità degli *status* personali e familiari.

La problematica sin qui tratteggiata appare suscettibile di porsi particolarmente in relazione ai sistemi giuridici nei quali forte è l'ispirazione di carattere religioso delle soluzioni accolte, e particolarmente negli ordinamenti di matrice islamica. Ciò non soltanto alla luce del mero dato materiale per il quale la componente islamica si presenta sicuramente come la più consistente sul piano della provenienza dei flussi migratori verso i paesi europei¹⁶, ma in modo particolare a causa della profonda incidenza del fattore religioso nel determinare i principi ispiratori del diritto islamico, con un particolare influsso nel campo del diritto delle persone e di famiglia. Infatti, pur nelle varie forme nel quale il diritto islamico, ispirato alla *shari'ah*, trova concretamente applicazione negli ordinamenti dei paesi ad esso ispirati¹⁷, esso si rivela basato su principi etici e sociali difficilmente conciliabili con quelli propri degli ordinamenti giuridici euro-

¹⁶ Secondo quanto rilevato, tra gli altri, da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1040, e da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 21 ss., per quanto sia certamente possibile riscontrare problemi analoghi nel confronto tra paesi europei e paesi i cui ordinamenti sono espressioni di valori di diversa matrice religiosa che possano ugualmente porre problemi di compatibilità con i principi ispiratori degli ordinamenti dei primi paesi, il problema si è posto nella prassi con particolare frequenza e visibilità nei rapporti con i paesi islamici, sia in ragione della consistenza dei flussi migratori da tali paesi, sia in considerazione dei marcati tratti di disomogeneità se non di aperta incompatibilità dei principi ispiratori di tali ordinamenti rispetto a quelli propri dei paesi europei.

¹⁷ Nel contesto degli ordinamenti basati sul diritto islamico, si deve segnalare la posizione di relativa moderazione e tendenziale apertura al dialogo con i paesi occidentali propria, segnatamente, della Tunisia e del Marocco, con particolare riferimento, in quest'ultimo paese, alla riforma del diritto di famiglia avvenuta con legge del 5 febbraio 2004. Si vedano in proposito Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano*, cit., p. 198; Campiglio, *Identità culturale*, cit., pp. 1040 ss.; Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 23 ss., le quali, pur ponendo in diversa evidenza l'esistenza di diversità tra gli ordinamenti di matrice islamica, concordano nell'individuare il modello di riferimento di tali ordinamenti in materia familiare nella famiglia legittima e patriarcale.

pei. Vengono particolarmente in considerazione, in proposito, i principi della parità tra l'uomo e la donna e della indifferenza del credo religioso al fine del godimento dei diritti civili e politici e, segnatamente, della costituzione e dello scioglimento di rapporti coniugali e familiari. Inevitabilmente, istituti quali il matrimonio poligamico o il ripudio, come pure la subordinazione del nulla osta al matrimonio di una cittadina di un paese islamico all'estero al credo islamico del marito, pongono seri problemi di compatibilità con tali principi. Lento è stato, come si vedrà nell'esaminare l'evoluzione dell'orientamento nei confronti di ciascuno degli istituti evocati, il cammino verso un'attenuazione della contrapposizione tra sistemi, con un ricorso maggiormente selettivo e temperato al limite dell'ordine pubblico quale meccanismo di salvaguardia dei principi propri degli ordinamenti occidentali.

Il caso del matrimonio poligamico può considerarsi particolarmente sintomatico della problematica in esame, dal momento che, in relazione ad esso, si è in presenza di una situazione giuridica di carattere familiare che può rivelarsi legittimamente costituita nel paese del quale il soggetto interessato ha la nazionalità, ma che non può essere produttiva di effetti in un paese europeo nel quale essa sia fatta valere, contrastando col principio fondamentale del divieto di discriminazioni basate sul sesso e con il postulato dell'unicità del vincolo coniugale. Quest'ultimo è tutelato finanche sul piano penale, mediante la previsione, ad esempio, nell'ordinamento italiano, del reato di poligamia¹⁸. Sul piano degli effetti civili, la soluzione più frequentemente adottata nei paesi europei a questo riguardo consiste nel rifiuto di attribuire effetti al matrimonio concluso successivamente, particolarmente, come avviene nel caso della soluzione contemplata dalla specifica disciplina dell'istituto nel diritto inglese, ove il matrimonio successivo sia contratto in Inghilterra con una donna avente il proprio *domicile* nel paese¹⁹. Tale soluzione,

¹⁸ Art. 556 cod. pen. La norma sanziona tanto la condotta di chi, legato da un matrimonio che produce effetti civili, contraiga un nuovo matrimonio, quanto, reciprocamente, la condotta di chi, non essendo legato da precedente matrimonio avente effetti civili, contraiga matrimonio con chi ne sia, invece, legato.

¹⁹ Questa soluzione, introdotta dal *Matrimonial Proceedings (Polygamous*

replicata anche dalla giurisprudenza francese con riferimento ai casi in cui la nuova moglie sia cittadina francese²⁰, appare tendenzialmente ispirata alla teoria dell'*ordre public de proximité*, per la quale il limite dell'ordine pubblico viene ad assumere rilevanza più stringente in relazione a quelle situazioni che presentino un più stretto collegamento con l'ordinamento giuridico del foro²¹. Benché sia mirata al solo fine di regolamentare il diritto

Marriages) Act 1972, è seguita attualmente dalla Section 5, para. 1, del *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, il quale prevede che un matrimonio contratto all'estero tra coniugi nessuno dei quali sia legato da precedente matrimonio non possa essere considerato invalido per il solo fatto che la legge in base alla quale sia stato concluso consenta la poligamia e che una delle parti sia *domiciled* in Inghilterra. La norma persegue con evidenza il fine di impedire il prodursi in Inghilterra della situazione materiale, il matrimonio poligamico, considerata incompatibile col diritto inglese, e non già il mero fatto che questa possa prodursi in base alla legge ad essa applicabile. Si veda Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1044.

²⁰ In questo senso, Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 24 settembre 2002, in «Revue critique de droit international privé», 2003, pp. 271 ss., nota B. Bourdelois, ivi, pp. 273 ss., ove la Cassazione francese ha affermato che alla nullità disposta dalla legge francese per il caso di matrimonio poligamico possa farsi eccezione solamente nel caso in cui le leggi nazionali di entrambi i coniugi lo consentano, ciò che, evidentemente, non può ritenersi avvenire ove uno di essi sia di nazionalità francese, alla luce del divieto posto dall'art. 147 del *code civil*. Si veda Campiglio, *Identità culturale*, cit., pp. 1046 s., la quale osserva che la giurisprudenza francese è andata progressivamente adottando un orientamento più restrittivo in materia, di pari passo con l'irrigidimento della legislazione in materia di immigrazione, che si è spinta sino a negare il rilascio del permesso di soggiorno agli stranieri che vivono in stato di poligamia e ai relativi congiunti: si veda la legge n. 93-1027 del 24 agosto 1993 e, successivamente, la legge n. 2006/911 del 24 luglio 2006, che ha modificato il *Côde de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Per un quadro delle successive modifiche della legislazione francese in materia di immigrazione, introdotte rispettivamente con la legge n. 2011/672 del 16 giugno 2011 e con le leggi n. 2015/925 del 29 luglio 2015 e n. 2016/274 del 7 marzo 2016, che tuttavia non appaiono toccare specificamente il profilo in esame, si vedano, per la prima, D. Turpin, *La loi n° 2011/672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité: de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales*, in «Revue critique de droit international privé», 2011, pp. 499 ss.; per le seconde, Id., *La loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France: mieux accueillir les uns; mieux éloigner les autres*, ivi, 2016, pp. 235 ss.; in un'ottica comparatistica, F. Jault-Seseké, *Evolution récente du droit des étrangers et du droit d'asile*, ivi, 2017, pp. 37 ss.

²¹ Si veda in proposito P. Courbe, *L'ordre public de proximité*, in M.-N. Jobard-Bachelier, P. Mayer (éd.), *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227 ss. Ispirata a questa concezione del limite dell'ordine pubblico appare chiaramente una successiva pronuncia della Cour de cassation, 2^{ème} Ch. civ., 14 février 2007, in «Journal du droit international», 2007, pp. 933 ss., nota B. Bourdelois, ivi, pp. 934 ss., la quale, in relazione alle domande di pensione di reversibilità presentate dalle due mogli di un

di soggiorno dei familiari dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia regolare, è da notare anche la soluzione contemplata dalla direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare, per la quale tale diritto può essere fatto valere con riferimento ad un solo coniuge, da identificarsi col coniuge col quale l'interessato già conviva nel territorio di uno Stato membro. La direttiva non osta, peraltro, a che il diritto al ricongiungimento familiare sia fatto valere nei confronti dei figli avuti da diverse mogli, la situazione non presentandosi, a quest'ultimo riguardo, sostanzialmente diversa da quella che sussisterebbe in presenza di figli nati da diverse unioni succedutesi nel tempo²².

cittadino algerino, ha ritenuto che l'accoglimento delle domande e, conseguentemente, l'attribuzione di effetti nell'ordinamento francese al secondo matrimonio contratto in assenza dello scioglimento ovvero annullamento del primo non contrastasse con l'ordine pubblico francese, dal momento che questo non poteva ritenersi fare ostacolo al riconoscimento in Francia di una situazione giudica costituita genuinamente all'estero conformemente alla legge applicabile secondo le norme francesi di diritto internazionale privato. Nella giurisprudenza successiva, la Cassazione francese, nella medesima ottica, ha escluso l'efficacia, ai medesimi fini, del secondo matrimonio contratto in costanza del primo dal momento che la prima moglie era cittadina francese, ravvisando in ciò una giustificazione per l'operare del limite dell'ordine pubblico: si veda Cour de cassation, 2^{ème} Ch. Civ., 1er décembre 2011, in «Revue critique de droit international privé», 2012, pp. 339 ss., nota P. Lagarde, ivi, pp. 341 ss.; successivamente, un orientamento più flessibile appare accolto, in casi nei quali il primo matrimonio con la moglie cittadina francese era stato nel frattempo sciolto per divorzio benché successivamente alla celebrazione del secondo, in due pronunce più recenti: Cour de cassation, 2^{ème} Ch. civ., 9 octobre 2014; 2^{ème} Ch. civ., 12 février 2015, in «Revue critique de droit international privé», 2015, pp. 621 ss. 622 ss., nota E. Ralser, ivi, pp. 623 ss. In una pronuncia successiva, la Cassazione francese ha invece ritenuto legittima l'opposizione del pubblico ministero per contrarietà all'ordine pubblico alla trascrizione di un secondo matrimonio contratto da un cittadino francese all'estero in mancanza di scioglimento del precedente matrimonio, e ciò malgrado l'intervenuta prescrizione dell'azione di nullità del secondo matrimonio del quale era stata richiesta la trascrizione: si veda Cour de cassation, 1^{re} Ch. Civ., 19 octobre 2016, in «Journal du droit international», 2017, pp. 146 ss., nota F. Monéger, ivi, pp. 147 ss.; «Revue critique de droit international privé», 2017, pp. 535 ss., nota E. Gallant, *ibidem*; D. Sindres; *Le refus de transcription d'un acte relatant le mariage bigamique d'un Français à l'étranger*, in «Recueil Dalloz», 2016, pp. 2549 ss.

²² Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al ricongiungimento familiare, cit., art. 4, par. 4. La norma, nell'escludere la possibilità per gli Stati membri di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di un secondo coniuge, lascia inoltre agli Stati membri la possibilità di limitare l'ingresso dei figli avuti dal soggiornante con quest'ultimo. La giustificazione per queste scelte di carattere limitativo suscettibili di essere adottate dagli Stati membri viene individuata nel preambolo della direttiva, al considerando n. 11, nell'esigenza di salvaguardare diritti e valori tutelati

Non meno problematico si presenta, nella prospettiva indicata, l'istituto del ripudio. Esso, in quanto rimesso ad una decisione unilaterale del marito, appare a propria volta inconciliabile col principio dell'uguaglianza tra i coniugi, se non accompagnato da una reciproca facoltà in capo alla moglie²³. Con riferimento al ripudio può porsi altresì, anche ove la moglie appaia acconsentirvi non opponendovisi, un problema di incompatibilità col diritto alla tutela giurisdizionale. Ciò in quanto, diversamente

dagli ordinamenti degli Stati membri, con particolare riferimento ai diritti delle donne e dei minori. Come osservato da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1060, la decisione di rifiutare l'ingresso ai figli minori avuti dal soggiornante con l'altro coniuge che si basi su argomentazioni di ordine pubblico legate al mancato riconoscimento del matrimonio poligamico comporterebbe un sacrificio sproporzionato per i diritti dei figli e si rivelerebbe incompatibile col principio del superiore interesse del minore. Nell'ordinamento italiano, l'art. 29 del Testo unico sull'immigrazione adottato con D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato in attuazione della direttiva in questione, esclude dal ricongiungimento familiare nelle circostanze indicate il secondo coniuge e i genitori a carico che versino a propria volta in simili circostanze, non prevedendo alcuna limitazione per i figli avuti dal soggiornante col secondo coniuge.

²³ La giurisprudenza francese, particolarmente ampia al riguardo, in considerazione, evidentemente, dei legami della Francia coi paesi musulmani dell'area del Maghreb, è andata evolvendo da un'iniziale tendenziale apertura verso una netta chiusura nei confronti dell'istituto, specialmente a seguito di quattro pronunce parallele della Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 17 février 2004, in «Journal du droit international», 2004, pp. 1200 ss., nota L. Gannagé, ivi, pp. 1202 ss.; «Revue critique de droit international privé», 2004, pp. 423 ss., nota P. Hammje, *ibidem*; P. Courbe, *Le rejet des répudiations musulmanes*, in «Recueil Dalloz», 2004, p. 815 ss.; seguite, tra le altre, da Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 4 novembre 2009, in «Revue critique de droit international privé», 2010, pp. 369 ss., su cui K. Zaher, *Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocaines. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009*, ivi, pp. 313 ss., spec. pp. 324 ss., ove l'A. fa notare che l'argomentazione basata sull'incompatibilità dell'istituto col principio dell'uguaglianza tra l'uomo e la donna nel matrimonio deve ritenersi superata, in particolare, nell'ordinamento marocchino, nel quale è contemplato simmetricamente il ripudio unilaterale da parte della moglie. Quest'ultimo, nelle forme contemplate dal diritto marocchino, è stato ritenuto non contrastare con l'ordine pubblico italiano, in considerazione della reciprocità della previsione della relativa facoltà in capo ai due coniugi, dal Tribunale di Reggio Emilia, sent. 22 marzo 2014, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2014, pp. 690 ss.; nello stesso senso, con riferimento all'analogo istituto come contemplato dal diritto egiziano, nel quale la facoltà di ripudio unilaterale è concessa alla moglie nel caso in cui il marito sia scomparso senza giustificato motivo da più di un anno, Tribunale di Varese, sent. 13 novembre 2012, ivi, pp. 105 ss. Un profilo di incompatibilità con l'ordine pubblico italiano è stato invece ravvisato in una particolare ipotesi di divorzio contemplata dal diritto marocchino, in quanto avente carattere revocabile: si veda Tribunale di Aosta, sent. 25 giugno 2010, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2011, pp. 437 ss.

da quanto avviene, pur con alcune diversità quanto alle modalità procedurali contemplate dai singoli ordinamenti, per lo scioglimento del matrimonio nella generalità dei paesi europei, il ripudio come tradizionalmente configurato produce effetti automaticamente sulla base della sola dichiarazione del marito, senza alcuna forma di controllo giurisdizionale²⁴.

Ulteriori problemi di compatibilità con i principi ispiratori della disciplina dei rapporti familiari nei paesi europei sorgono in relazione alla disciplina della filiazione. Infatti, il diritto islamico tende a negare rilevanza alla filiazione naturale, escludendo totalmente la configurabilità di un rapporto di filiazione al di fuori del matrimonio e colpendo persino con sanzioni penali a carico del genitore la procreazione al di fuori del vincolo coniugale²⁵. L'inconciliabilità di tale posizione di netta chiusura nei confronti della filiazione naturale appare ora suscettibile di rivelarsi ancora più marcata per quei paesi che, come l'Italia a

²⁴ A quest'ultimo riguardo, tuttavia, si deve registrare un'attenuazione dei profili di incompatibilità con l'ordine pubblico processuale tradizionalmente rilevati, dal momento che anche negli ordinamenti di alcuni paesi europei si vanno diffondendo procedimenti di scioglimento del matrimonio che prescindono da un controllo giurisdizionale, secondo quanto osservato da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1062. Al tempo stesso, in alcuni ordinamenti di diritto islamico, e segnatamente, nell'ordinamento marocchino, si assiste ad un intervento maggiormente marcato del giudice, il quale si estende al di là di una omologazione meramente formale, secondo quanto rilevato da O. Vanin, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, pp. 1031 ss., in critica a Corte d'appello di Venezia, sent. 9 aprile 2015, ivi, pp. 1029 ss., nella quale, facendosi riferimento ai tratti comuni del ripudio secondo la tradizione del diritto islamico e trascurando le specificità della disciplina di diritto positivo dell'istituto nel diritto marocchino come applicata nel caso di specie, si era invece ritenuta la non riconoscibilità in Italia per violazione del principio del contraddittorio di una sentenza di un tribunale marocchino di omologazione di un divorzio per ripudio unilaterale della moglie da parte del marito. Si veda anche, nel senso che non contrasta con l'ordine pubblico italiano il riconoscimento di una sentenza siriana di scioglimento del vincolo di carattere prematrimoniale costituito in base all'istituto islamico del *kath ktab*, dal momento che essa risulta emessa a seguito di un procedimento in contraddittorio tra le parti, Corte d'appello di Torino, decr. 23 dicembre 2010, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2011, pp. 478 ss.

²⁵ Si vedano in questo senso, in particolare, Cass., sent. 8 marzo 1999, n. 1951, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2000, pp. 130 ss.; Cass., sez. I civ., sent. 28 dicembre 2006, n. 27592, in «Riv. dir. int.», 2007, pp. 886 ss.; si vedano in proposito C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2008, pp. 43 ss., spec. pp. 66 ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano*, cit., pp. 204 ss.

seguito della riforma introdotta nel 2014, hanno optato per una piena equiparazione della filiazione legittima e naturale, venendo a creare un unico *status* di figlio²⁶. Il diniego di tale *status* a chi sia nato al di fuori del matrimonio si rivelerebbe chiaramente inaccettabile, in quanto contrastante al tempo stesso con i principi ispiratori dell'ordinamento giuridico statale e col diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultimo diritto è suscettibile di essere violato ogniqualvolta uno Stato contraente accettasse di negare a un figlio naturale, in base al diritto applicabile al rapporto di filiazione, il diritto allo *status* di figlio che gli spetterebbe, non soltanto secondo il diritto interno dello Stato contraente interessato, bensì in base alla generalità degli ordinamenti degli Stati contraenti della Convenzione europea²⁷.

²⁶ Si veda, con riferimento alle conseguenti modifiche della disciplina di diritto internazionale privato introdotte dall'art. 101 del D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2014, pp. 394 ss.

²⁷ Si veda in particolare, con riferimento alla disciplina sfavorevole vigente al tempo in Belgio relativamente al riconoscimento della filiazione naturale, con riferimento ad una situazione puramente interna a tale ordinamento, Corte europea dei diritti umani, *Marckx v. Belgium*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, spec. punti 36 ss.; in proposito, Campiglio, *op. ult. cit.*, p. 69; con riferimento all'incidenza sul diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea del rifiuto di dare continuità a un rapporto familiare costituito all'estero, per un quadro delle principali aree problematiche oggetto della giurisprudenza più recente della Corte europea, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations*, cit., pp. 398 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé*, cit., pp. 439 ss.; Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., pp. 70 ss.; con specifico riferimento al riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata, oggetto della nota giurisprudenza della Corte europea nei casi *Labassée c. France*, *Menesson c. France*, e *Paradiso et Campanelli c. Italie*, cit., *supra*, nota 15, R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in «Dir. um. e dir. int.», 2016, pp. 309 ss., spec. pp. 317 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in E. Triggiani et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1141 ss., spec. pp. 1145 ss.; S. Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante, tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 1070 ss., spec. pp. 1074 ss.; M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family*

Problemi di inconciliabilità con i principi ispiratori della disciplina dei rapporti familiari nei paesi europei e con i diritti fondamentali da questi tutelati sono infine suscettibili di porsi, come accennato, con riferimento ai requisiti di carattere religioso ai quali viene subordinato il rilascio del nulla osta per la conclusione del matrimonio tra una cittadina di un paese islamico e un cittadino straniero. L'evidente inconciliabilità della subordinazione del nulla osta al credo islamico del coniuge straniero col diritto alla libertà di religione è stata affrontata dalla giurisprudenza italiana, affermando la contrarietà all'ordine pubblico del diniego del nulla osta basato su motivi di carattere religioso²⁸. Tale soluzione è stata, peraltro, anche recepita in una circolare ministeriale, nella quale è stata data istruzione agli ufficiali dello stato civile di non tenere conto della condizione relativa alla fede religiosa dei nubendi eventualmente contenuta nei nulla osta rilasciati da paesi che la prevedano²⁹.

3. Amplificazione del fenomeno con l'accrescersi dei flussi migratori: la problematica della legge regolatrice dello status personale dei rifugiati

La problematica che si è tratteggiata è inevitabilmente aggravata nella sua portata concreta per effetto dell'accrescersi in maniera esponenziale dei flussi migratori, particolarmente in provenienza dai paesi dell'Africa settentrionale e del medio oriente, paesi nei quali la religione islamica è particolarmente diffusa ed è sovente ispiratrice dei relativi ordinamenti³⁰. A livel-

Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood, in «Dir. um. e dir. int.», 2018, pp. 213 ss., spec. pp. 218 ss.

²⁸ Si veda, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, Tribunale di Piacenza, decreto 5 maggio 2011, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2012, pp. 790 ss.; in proposito, Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., pp. 55 ss.; Id., *Identità culturale*, cit., pp. 1048 ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano*, cit., pp. 199 ss.

²⁹ Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, Area III – Stato civile, Circolare n. 46 dell'11 settembre 2007, *Rilascio del nulla-osta al matrimonio ex art. 116 c.c. subordinato alla condizione che il nubendo sia di religione musulmana*.

³⁰ Come osservato, tra gli altri, da Gannagé, *Les méthodes du droit international*

lo giuridico, oltre ai profili legati alla diversità sostanziale degli istituti propri del diritto di famiglia negli ordinamenti di matrice islamica e alle problematiche legate alla difficile conciliabilità di tali istituti con i principi e valori caratterizzanti le società occidentali, ulteriori profili problematici appaiono suscettibili di porsi in relazione alle circostanze nelle quali materialmente si attua nella stragrande maggioranza dei casi il fenomeno migratorio. Sovente, infatti, si assiste a fenomeni di immigrazione irregolare, nei quali i migranti giungono in un paese europeo, tipicamente – e particolarmente nei tempi più recenti, a seguito della politica di chiusura adottata da diversi paesi del blocco est-europeo nei confronti dei flussi migratori provenienti dai paesi confinanti – nei paesi che si affacciano sul Mediterraneo come l'Italia, separatamente dai loro familiari e senza recare con sé documenti dai quali il loro *status* personale o familiare possa essere agevolmente ricostruito. Per di più, nella gran parte dei casi i migranti, dichiarando di fuggire da paesi nei quali i loro diritti fondamentali sono negati o minacciati a causa di gravi situazioni di conflitto interno o della presenza al potere di regimi di carattere autoritario, presentano domanda di asilo ovvero di riconoscimento di altra forma di protezione internazionale. All'accrescersi in via esponenziale dei flussi migratori e all'affollarsi dei richiedenti asilo negli Stati membri di primo ingresso in base alle regole previste nel discusso regolamento c.d. di Dublino per l'individuazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo³¹, consegue poi nei fatti un

privé, cit., pp. 17 ss.

³¹ Si veda il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in *GUUE*, L 180 del 29 giugno 2013, pp. 31 ss., anche detto regolamento Dublino III, in quanto sostituisce il precedente regolamento (CE) n. 343/2003 in materia (c.d. Dublino II), il quale a propria volta trasponeva, con modificazioni, in un atto dell'Unione europea la disciplina inizialmente contenuta, anteriormente alla c.d. "comunitarizzazione" della materia operata col trattato di Amsterdam del 1997, nella Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990. Si veda in termini generali A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 126 ss., spec. pp. 142 ss. La disciplina contenuta nel regolamento in questio-

sovente inevitabile protrarsi dei tempi di esame delle domande di asilo. Si viene conseguentemente a creare l'indesiderata situazione per la quale un numero consistente di migranti permane per un consistente lasso di tempo nello *status* incerto e precario di richiedente asilo.

Questo stato di cose presenta le sue inevitabili ricadute anche sullo *status* personale e familiare dei richiedenti asilo, dal momento che dall'eventuale accoglimento della domanda d'asilo sono suscettibili di scaturire conseguenze rilevanti anche sul piano della legge regolatrice di tale *status*. Invero, l'art. 12 della convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, partendo dal presupposto che per rifugiato debba intendersi, ai sensi dell'art. 1 della stessa convenzione, chi abbia a temere la negazione dei propri diritti o libertà fondamentali da parte dello Stato del quale è cittadino, prevede l'applicazione allo *status* personale del rifugiato della legge del proprio paese di domicilio, ovvero, in mancanza, della legge del proprio paese di residenza³². La soluzione prevista da questa disposizione è

ne, basata sul criterio generale dello Stato membro di primo ingresso del richiedente la protezione internazionale, ha dato luogo a notevoli discussioni, soprattutto da parte degli Stati membri maggiormente svantaggiati dall'applicazione di tale criterio, tra i quali, notoriamente, l'Italia, i quali hanno promosso una ulteriore revisione della disciplina in questione, che appare al momento ostacolata dall'interesse contrastante degli Stati membri tendenzialmente non di primo ingresso. Si veda la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), doc. COM(2016) 270 def., del 4 maggio 2016. In proposito, tra gli altri, C. Di Stasio, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in «Dir. Un. eur.», 2017, pp. 209 ss., spec. pp. 226 ss.; P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in «Studi sull'integrazione europea», 2018, pp. 267 ss., spec. pp. 269 ss.

³² Si vedano in proposito, tra gli altri, G. Conetti, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati e apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, t. II, Milano, 1975, pp. 973 ss.; nella letteratura più recente, J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», t. 332 (2007), pp. 9 ss., spec. pp. 300 ss.; V. Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre*, in «Journal du droit international», 2014, pp. 447 ss., spec. pp. 461 ss.; J. Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés*, in «Revue critique de droit

recepita, peraltro, in alcune leggi statali di diritto internazionale privato, tra le quali la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che la fa propria all'art. 19, primo comma, equiparando al riguardo la posizione del rifugiato a quella dell'apolide³³, e il codice belga di diritto internazionale privato. L'art. 3, par. 3, di quest'ultimo, tuttavia, mentre, similmente alla legge italiana, pone sullo stesso piano apolidi e rifugiati, prevede, non senza sollevare qualche difficoltà applicativa, il ricorso al criterio della residenza abituale in luogo di quello del domicilio ovvero della semplice residenza³⁴. Si pone, invero, a questo riguardo, il problema di accertare i presupposti della residenza abituale in relazione a un rifugiato, il quale potrebbe non aver ancora maturato dei legami stabili e sufficientemente radicati col paese di accoglienza. Appare in questo senso più realistica la soluzione accolta, a livello convenzionale, dalle due convenzioni dell'Aja, rispettivamente, del 1996 in materia di protezione dei minori e del 2000 in materia di protezione degli adulti incapaci, le quali entrambe, all'art. 6, par. 1, fanno riferimento alla mera presenza del minore, ovvero, rispettivamente, dell'incapace, rifugiato o sfollato a livello internazionale (*internationally displaced*) a causa di disordini nel proprio paese, nel territorio dello Stato contraente le cui autorità vengono individuate come competenti ad adottare misure di protezione nei suoi confronti³⁵.

international privé», 2017, pp. 173 ss., spec. pp. 182 ss.; C. Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati: vecchi e nuovi problemi di diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2018, pp. 833 ss.

³³ Si vedano in proposito B. Barel, *Art. 19*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in «Nuove leggi civ. comm.», 1996, pp. 1075 ss., spec. pp. 1078 ss.; R. Clerici, *Articolo 19*, in F. Pocar et al. (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, pp. 95 ss., spec. pp. 96 ss.; C. Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., pp. 843 ss.

³⁴ Si veda M. Verwilgen, *Article 3 – Nationalité*, in J. Erauw et al. (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd – Le code de droit international privé commenté*, Antwerpen, Oxford, Brussel, Intersentia, 2006, pp. 10 ss., spec. pp. 16 ss.; in proposito, anche Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés*, cit., p. 183.

³⁵ Si veda in proposito il *Rapport explicatif* della Convenzione dell'Aja del 1996, dovuto a P. Lagarde, disponibile sul sito <<http://www.hcch.net>>, gennaio 2019, par. 44, *sub* Art. 6, par. 1, p. 554, e, in termini corrispondenti, il *Rapport explicatif*

La soluzione accolta dalla convenzione di Ginevra non è scevra di difficoltà applicative, ponendosi, tra l'altro, il problema della sua applicabilità ai richiedenti asilo nonché ai titolari di altra forma di protezione internazionale, come la protezione sussidiaria prevista dalla direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche³⁶. Quest'ultima, a dire il vero, nel prevedere, all'art. 20, par. 2, una tendenziale equiparazione del contenuto della protezione sussidiaria rispetto a quella offerta ai rifugiati, non contiene alcun accenno al profilo in esame. Dal silenzio della direttiva sul punto potrebbe desumersi sistematicamente come giustificata l'interpretazione per la quale l'applicazione allo status personale del titolare di protezione sussidiaria della legge del domicilio ovvero della residenza in luogo della legge nazionale in tanto trovi giustificazione, secondo lo spirito della direttiva, in quanto la legge in tal modo resa applicabile consenta il perseguimento di un obiettivo di continuità dello *status* personale del beneficiario della protezione internazionale³⁷. Quanto

della Convenzione dell'Aja del 2000, dovuto ugualmente a P. Lagarde, disponibile sul medesimo sito, par. 54, *sub* Art. 6, par. 1, pp. 57 ss. Si vedano anche Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés*, cit., p. 465; Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés*, cit., pp. 186 ss. Una soluzione analoga figura, peraltro, recepita nel regolamento (CE) n. 2201/2003, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale (c.d. "Bruxelles II-bis"), all'art. 13, par. 2, il quale pare replicare pressoché letteralmente la norma dell'art. 6, par. 1, della convenzione dell'Aja del 1996.

³⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in *GUUE*, L 337 del 20 dicembre 2011, pp. 9 ss.

³⁷ Si veda in proposito Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 311 ss., il quale osserva che la questione si pone in termini diversi a seconda dei criteri di collegamento normalmente applicabili in materia di *status* personale nello Stato di accoglienza, il problema ponendosi evidentemente per quei paesi che accolgono il criterio della nazionalità, in quanto l'abbandono di tale criterio a favore di quello del domicilio o della residenza si giustificano solo in presenza di una rottura definitiva del legame con lo Stato nazionale della persona, la quale può darsi per acquisita quando sia riconosciuto lo status di rifugiato, mentre non altrettanto potrebbe dirsi nel caso in cui sia concessa la protezione sussidiaria, ed ancor meno nella situazione precaria nella quale si viene a trovare il richiedente asilo in pendenza dell'esame della propria domanda.

alla posizione del richiedente asilo, il già sottolineato carattere precario della sua condizione non consente di ritenere ragionevole un'estensione al suo *status* personale dell'applicazione della legge del domicilio piuttosto che della residenza in luogo della legge nazionale, per quei paesi, si intende, nei quali quest'ultima è normalmente deputata a regolare lo *status* delle persone. Non pare, infatti, opportuno interrompere la continuità, dal punto di vista della legge regolatrice, dello *status* personale dell'interessato fintantoché non sia accertato il ricorrere dei presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato³⁸.

In termini concreti, considerato che la cittadinanza è solitamente il principale criterio di collegamento accolto con riferimento alla determinazione dello *status* personale e familiare delle persone nei paesi di tradizione giuridica continental-europea, come pure, sovente, nei paesi di origine dei soggetti interessati, con particolare riferimento ai paesi islamici, la principale problematica insita nel ricorso ai criteri sussidiari del domicilio ovvero della residenza del rifugiato in luogo del criterio della cittadinanza è data dal rischio della creazione di situazioni giuridiche claudicanti. Queste tipicamente sorgono allorquando lo *status* di una persona o i suoi rapporti familiari si trovino ad essere disciplinati da leggi non coincidenti nei diversi paesi con i quali il soggetto interessato presenta elementi di collegamento rilevanti. Questo problema è reso ancor più grave nella realtà concreta, sopra tratteggiata, dei flussi migratori, nei quali, come si è rilevato, sovente avviene che il migrante non giunga accompagnato dai suoi familiari, i quali permangono, quantomeno per un certo tempo, nel paese d'origine, con la conseguenza che ad un medesimo rapporto familiare possono essere chiamate ad applicarsi legge diverse, in base alle quali quel rapporto potrebbe rivelarsi produttivo di effetti o meno.

³⁸ Si veda ancora Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 312 ss., il quale prospetta nondimeno il ricorso a meccanismi di flessibilità previsti dai sistemi nazionali di diritto internazionale privato, con particolare riferimento alla *clause d'exception* prevista in termini generali nell'art. 15 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato e nell'art. 19 del codice belga di diritto internazionale privato, rilevando in proposito come la stessa soluzione contemplata dall'art. 12 della convenzione di Ginevra del 1951 sia espressione di un obiettivo di prossimità.

Il potenziale pregiudizio suscettibile di derivare per la continuità dello *status* personale del rifugiato dalla sostituzione della legge del domicilio ovvero della residenza alla legge nazionale quale legge regolatrice viene peraltro preso in considerazione dalla regola contenuta nel par. 2 della norma, che fa salvi i diritti del rifugiato derivanti da uno *status* personale sorto precedentemente all'acquisto dello *status* di rifugiato, con particolare riferimento ai diritti derivanti dal matrimonio, con una formula che appare ispirata alla teoria dei diritti acquisiti³⁹. L'applicazione della regola da ultimo evocata non è tuttavia incondizionata, dal momento che il rispetto dei diritti acquisiti dal rifugiato in base alla legge che precedentemente regolava il suo *status* personale⁴⁰ è subordinato dalla norma in esame a due condizioni. Per un verso, la norma richiede che siano assolte le formalità previste dalla legge dello Stato di accoglienza, come tali dovendo intendersi, essenzialmente, la trascrizione

³⁹ Teoria della quale sono in realtà presenti diverse varianti, che ruotano in particolare intorno alla rilevanza della legge in base alla quale la situazione giuridica che è alla base del diritto da riconoscere è stata costituita, richiedendosi, ora, che tale legge coincida con quella concordemente individuata come applicabile in base ai sistemi di diritto internazionale privato dei paesi con cui la situazione si presenti collegata, ora, più liberalmente, con una legge che si dichiara applicabile alla fattispecie, eventualmente in base ad uno o più criteri di collegamento fissati dal sistema di diritto internazionale privato del paese chiamato a riconoscere i diritti in questione. Si vedano, per un quadro di queste diverse varianti della teoria in questione, tra gli altri, A. Ferrer-Correia, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, in «Multitudo legum, ius unum. Festschrift für Wilhelm Wengler», Berlin, 1973, pp. 285 ss., spec. pp. 302 ss.; H. Muir-Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in «Revue critique de droit international privé», 1986, pp. 425 ss.; A.E. von Overbeck, *Les questions générales de droit international privé à la lumière des condifications et projets récents*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», t. 176 (1982-III), pp. 9 ss., spec. pp. 168 ss.; K. Siehr, *Renvoi und wohlerworbene Rechte*, in I. Meier, K. Siehr (hrsg. v.), *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 407 ss., spec. pp. 412 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 429 ss.; si veda anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., pp. 65 ss.

⁴⁰ La regola dell'art. 12, par. 2, della convenzione di Ginevra non appare in realtà precisare in base a quale legge i diritti da considerarsi acquisiti debbano essere sorti, pur potendosi leggere nella regola un richiamo implicito alla legge nazionale del rifugiato, la cui applicazione viene ad essere esclusa in base alla regola di cui al par. 1: si vedano in questo senso Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 315; Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., p. 842.

degli atti e documenti da cui gli *status* all'origine di tali diritti risultino, con particolare riferimento, nell'esempio fatto dalla norma stessa, agli atti di matrimonio. Per altro verso, essa richiede che si tratti di diritti che avrebbero potuto essere riconosciuti al soggetto interessato in base al diritto dello Stato di accoglienza anche indipendentemente dal possesso dello *status* di rifugiato. Nella limitazione posta dalla norma, malgrado la sua formulazione non chiara, che è stata considerata in dottrina postulare un'equiparazione, a questo fine, del rifugiato a un normale cittadino straniero, deve sostanzialmente intravedersi un implicito richiamo all'ordine pubblico dello Stato di accoglienza. Questo è chiamato ad operare, nella specie, come limite all'applicazione delle norme del diritto nazionale del rifugiato, o, meglio, trattandosi di diritti che trovano il proprio fondamento in uno *status* personale formatosi in base a tale diritto, come limite al riconoscimento di situazioni giuridiche costituite secondo il diritto in questione⁴¹.

4. *L'incidenza del limite dell'ordine pubblico come strumento di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale e il suo contemperamento col diritto alla continuità degli status personali e familiari*

L'incidenza del limite dell'ordine pubblico, particolarmente in relazione al riconoscimento di situazioni giuridiche costituite

⁴¹ Si veda in questo senso Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 316 ss., il quale rileva come la regola in questione appaia volta a conciliare le due esigenze del rispetto dei diritti acquisiti dal rifugiato in base alla sua legge nazionale e della compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato di accoglienza, la cui incidenza si giustifica in un'ottica di prossimità, avuto riguardo al fatto che il riconoscimento dello *status* di rifugiato comporta al tempo stesso un sostanziale allontanamento dell'interessato dal proprio paese di origine e un suo avvicinamento al paese d'accoglienza. Si vedano anche Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés*, cit., pp. 471 ss., il quale rileva come sia singolare che nella norma in questione non compaia un espresso riferimento all'ordine pubblico, pur potendo trovare ciò giustificazione nella relativa confusione che traspare dai lavori preparatori della convenzione di Ginevra quanto alle categorie proprie del diritto internazionale privato, e Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., p. 843, la quale osserva che il riferimento implicito all'ordine pubblico del paese d'accoglienza di fatto finisce con l'equiparare il trattamento dovuto sotto questo profilo al rifugiato a quello genericamente riservato allo straniero.

all'estero, appare costituire un elemento particolarmente problematico nella disciplina del fenomeno in esame. *In primis*, deve essere affrontato un problema di carattere definitorio, facendosi strada, particolarmente negli sviluppi più recenti della giurisprudenza italiana⁴², una tendenza a dare del limite in questione una lettura internazionalmente condivisa. Questa lettura non si pone in linea con le categorie tradizionali del diritto internazionale privato, che vedono nell'ordine pubblico un meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori giuridici incompatibili coi principi ispiratori di tale ordinamento giuridico⁴³. La nozione tradizionale di ordine pubblico nel contesto del diritto internazionale privato, solitamente contrassegnata nella dottrina più risalente come ordine pubblico 'internazionale' per distinguerla dalla parallela nozione di ordine pubblico 'interno', da intendersi come costituito dall'insieme delle norme imperative del diritto statale, le quali operano sul diverso piano di limite all'autonomia negoziale dei privati⁴⁴, è stata infatti via via affiancata da una diversa nozione di ordine pubblico 'internazionale', nel

⁴² Con particolare riferimento a Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2016, pp. 813 ss., relativa al riconoscimento di rapporti di filiazione costituiti all'estero da coppie di persone dello stesso sesso a seguito del ricorso ad operazioni di surrogazione di maternità. Si vedano, per considerazioni critiche in ordine alla ricostruzione del contenuto del limite dell'ordine pubblico operate dalla Cassazione in detta pronuncia, O. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 169 ss., spec. pp. 171 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento delle filiazioni derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1142 ss.

⁴³ Si vedano, con riferimento alla funzione del limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato, tra gli altri, G. Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 4 ss.; L. Condorelli, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 176 ss., spec. pp. 219 ss.; G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, Cedam, 1969, pp. 53 ss., spec. pp. 77 ss.; più recentemente, G. Contaldi, *Ordine pubblico*, in R. Baratta (a cura di), *Diritto internazionale privato*, *Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 273 ss.

⁴⁴ Fanno riferimento a questa accezione di ordine pubblico 'internazionale', tra gli altri, Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, cit., pp. 4 ss.; N. Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, Cedam, 1974, pp. 14 ss., in critica, quest'ultimo, alla tradizionale distinzione di tale accezione dell'ordine pubblico dalla comune nozione di ordine pubblico interno.

senso di un limite all'apertura dell'ordinamento giuridico statale rispetto all'ingresso di valori giuridici stranieri, costituito, questa volta, non già dai principi ispiratori del modo di essere dell'ordinamento giuridico dello Stato in quel dato momento storico, bensì, da principi e valori giuridici internazionalmente condivisi e sentiti come imperativi⁴⁵.

La differenza quanto alla portata e alla funzione di queste due distinte concezioni di ordine pubblico 'internazionale' non potrebbe essere più netta, dal momento che la prima si desume da un insieme di principi propri dell'ordinamento giuridico statale. Questi possono trovare espressione non soltanto in disposizioni di rango costituzionale, bensì anche in norme di legge ordinaria che siano espressione del modo di essere dell'ordinamento giuridico statale in un dato momento storico nei diversi ambiti materiali suscettibili di venire in considerazione⁴⁶. Questa nozione di ordine pubblico è evidentemente funzionale al già evocato obiettivo di preservare l'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale, presupponendone al tempo stesso l'autonomia e la non necessaria omologazione rispetto agli ordinamenti giuridici degli altri Stati. Invece, la seconda nozione di ordine pubblico, che potrebbe dirsi, per distinguerla anche terminologicamente dalla prima, 'veramente internazionale'⁴⁷, si presenta, per un verso, più limitata nella portata, in quanto, dovendo rivelarsi costituita da principi internazionalmente sentiti come imperativi, essa difficilmente può estendersi al di

⁴⁵ Si veda, con riferimento a questa diversa accezione, Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi*, cit., pp. 19 ss.; P. Benvenuti, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 2 ss. Si veda in proposito, da ultimo, F. Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2018, pp. 259 ss., spec. pp. 264 ss.

⁴⁶ Appare a questo proposito particolarmente indicativo della rigida adesione al modello dell'ordine pubblico 'veramente internazionale' operata dalla Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 19599/2016 l'affermazione, contenuta nel par. 7 della motivazione, per il quale a delinearne il contenuto potrebbero concorrere unicamente le fonti internazionali e i principi generali sanciti nella carta costituzionale, con l'esclusione di principi desumibili da norme di legge ordinaria. Si veda sul punto Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero*, cit., pp. 172 ss.

⁴⁷ Secondo la formula utilizzata in proposito da Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., p. 275.

là dell'ambito di quei diritti fondamentali della persona umana rispetto ai quali possa riscontrarsi una sufficiente omogeneità di percezione a livello internazionale quanto all'imperatività della loro tutela⁴⁸. Per altro verso, la nozione autenticamente internazionale di ordine pubblico qui richiamata appare perseguire una finalità che non sembra potersi identificare con quella che si è detta propria dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato, e cioè di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale. Essa si rivela volta, invece, per sua natura, a preservare l'osservanza di valori internazionalmente condivisi. In definitiva, laddove la prima nozione, come si è rilevato, presuppone l'alterità e, almeno in una certa misura, la diversità degli ordinamenti giuridici statali, la seconda nozione tende a comprimere i margini di autonomia di questi ultimi, presupponendone la condivisione di valori comuni e non salvaguardando aspetti propri del modo di essere del singolo ordinamento che non siano direttamente riconducibili a tali valori internazionalmente sentiti come imperativi⁴⁹.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, in questo senso, Corte di cassazione, sez. un., sent. 8 gennaio 1981, n. 189, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1981, pp. 787 ss., spec. p. 790, su cui Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., p. 276. Il medesimo approccio figura accolto da Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., spec. pp. 819 ss., rivelando, peraltro, un approccio teso a procedere ad un livellamento delle tutele offerte dalla disposizioni pattizie in materia di diritti dell'uomo dalla quale i principi di riferimento vengono ad essere desunti, omettendo di considerare l'elemento del margine di apprezzamento che queste stesse disposizioni lasciano ai singoli ordinamenti statali in ordine al contemperamento con altri interessi potenzialmente confliggenti, e così annullando il margine di differenziazione che può sussistere quanto ai termini nei quali quegli stessi diritti e principi ricevono concretamente tutela all'interno del singolo ordinamento statale. Ci si permette di rinviare in proposito alle considerazioni critiche svolte al riguardo in Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1143 ss.

⁴⁹ Peraltro, una criticità insita nella concezione dell'ordine pubblico che si può chiamare "veramente internazionale" era stata evidenziata dallo stesso Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi*, cit., pp. 77 ss., nel riscontrare il dato oggettivo della diversità dei modi in cui i singoli ordinamenti giuridici statali si adeguano al contenuto delle regole di diritto internazionale, con un conseguente variabile grado di incidenza di queste ultime sui principi fondamentali della comunità statale; si veda inoltre Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, cit., pp. 17 ss., il quale evidenziava che, per quanto la nozione di ordine pubblico propria di ciascuno Stato possa essere in parte permeata da principi e valori internazionalmente condivisi, come quelli relativi alla tutela della dignità umana, pur sempre essa, nel contesto del diritto internazionale privato, è destinata ad operare a tutela

Appaiono, conseguentemente, criticabili alcune conclusioni senz'altro affrettate raggiunte dalla Cassazione italiana in tempi recenti, che, in materia di riconoscimento degli *status* familiari acquisti all'estero, tendono a sostituire nettamente la nozione tradizionale di ordine pubblico nel diritto internazionale privato con l'accennata, distinta figura dell'ordine pubblico realmente internazionale, giungendo a ritenere che possano legittimamente costituire parte dell'ordine pubblico statale, inteso quale limite all'ingresso di valori giuridici stranieri, unicamente quei principi e valori che possano considerarsi espressione di dati normativi internazionalmente condivisi⁵⁰. Rispetto a questa prospettiva, che appare forzare eccessivamente il passo verso un'opinabile e presupposta omologazione dei sistemi giuridici statali su questioni che appaiono invece riflettere in maniera particolarmente sensibile le tradizioni giuridiche proprie dei singoli paesi, appare doversi prendere atto del permanere del dato oggettivo della persistente pluralità e diversità dei sistemi giuridici statali. Questa diversità è inevitabilmente accresciuta dall'incidenza più o

delle esigenze dell'ordinamento statale, tra le quali si deve ricomprendere anche la necessità che tali principi e valori siano salvaguardati; si veda ulteriormente Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., pp. 276 ss., il quale rileva che lo stesso concetto di ordine pubblico "veramente internazionale", oltre ad essere difficilmente configurabile per la già rilevata varietà dei modi in cui gli stessi diritti fondamentali della persona umana vengono riconosciuti e tutelati, si ponga del tutto al di fuori della metodologia propria del diritto internazionale privato, basata sul rapporto tra ordinamenti giuridici statali distinti; nel senso che più che all'emersione di un ordine pubblico "*véritablement international*" si stia in realtà assistendo ad una crescente internazionalizzazione dell'ordine pubblico come tradizionalmente inteso, per via, come si dirà, della sempre più sensibile incidenza sul modo di essere degli ordinamenti interni degli Stati di principi e regole di fonte internazionale, si veda M. Forteau, *L'ordre public «transnational» ou «réellement international»*, in «*Journal du droit international*», 2011, pp. 3 ss., spec. pp. 10 ss.

⁵⁰ Si veda ancora la citata sentenza della Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., punto 7 della motivazione in diritto e i rilievi critici di Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero*, cit., pp. 172 ss.; Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1142 ss. Richiama l'interpretazione della nozione di ordine pubblico accolta dalla Cassazione nella sentenza citata, ma senza discuterne la condivisibilità, Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, cit., pp. 1098 ss. Si esprime a favore dell'interpretazione accolta dalla Cassazione nella sentenza in esame Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 284 ss.

meno sensibile che sul modo di essere degli ordinamenti statali in un determinato momento storico hanno fattori rilevanti come l'ispirazione a precetti religiosi, evidente in alcuni di essi, con la conseguente persistente rilevanza della concezione tradizionale dell'ordine pubblico 'internazionale', inteso come meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale. Al tempo stesso, non deve essere perso di vista il fatto che sul modo di essere degli ordinamenti giuridici statali, particolarmente degli ordinamenti dei paesi europei, e conseguentemente sul contenuto del relativo ordine pubblico, innegabile è l'incidenza di quegli stessi principi e valori internazionalmente condivisi, su scala talora universale tal'altra, più facilmente, regionale, che vengono generalmente ritenuti comporre quella diversa nozione di ordine pubblico realmente internazionale alla quale si è fatto riferimento poc'anzi⁵¹.

5. Alcune riflessioni conclusive

È alla luce, in particolare, di quest'ultimo dato che, nel fare ricorso al limite dell'ordine pubblico come meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale,

⁵¹ Senz'altro più equilibrata appare, sotto questo profilo, la ricostruzione della nozione di ordine pubblico operata dalla Cassazione italiana in un'altra pronuncia più recente, relativa, pur sempre, ad una questione ricadente in un ambito materiale diverso e probabilmente non altrettanto sensibile sul piano del rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, posta dal riconoscimento in Italia di una sentenza statunitense di condanna ai c.d. *punitive damages*: Corte di cassazione, sez. un. civ., sent. 5 luglio 2017, n. 16601, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 1305 ss., su cui O. Vanin, *L'incidenza dei diritti fondamentali in materia penale sulla ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale: il caso del riconoscimento delle decisioni straniere attributive di punitive damages*, ivi, pp. 1190 ss., nella quale la Cassazione (al punto 6 della motivazione, pp. 1317 ss.), senza richiamare la pronuncia prima citata, nel dare atto di una crescente tendenza verso l'affermazione di valori internazionalmente condivisi, con particolare riferimento all'ambito della tutela dei diritti umani fondamentali, in senso riduttivo della portata dell'ordine pubblico nazionale e della parallela emersione, nella medesima direzione, di una nozione di ordine pubblico europeo, afferma nondimeno che, particolarmente per quanto riguarda l'ordine pubblico sostanziale, rimane salvo il limite all'ingresso di istituti non previsti dal diritto nazionale, posto dalle disposizioni sia di carattere costituzionale, sia contenute in quelle leggi che inverano il modo di essere dell'ordinamento statale, per quanto quest'ultimo debba, reciprocamente, essere preso in considerazione nell'ambito del contesto internazionale in cui si colloca.

quest'ultimo obiettivo deve essere contemperato con l'esigenza di rispettare gli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani dei quali lo Stato è parte⁵². Per quanto specificamente attiene alla problematica del riconoscimento di situazioni giuridiche di carattere familiare costituite all'estero, tipicamente, nel contesto oggetto d'esame in questa sede, in un paese islamico, le quali si rivelino incompatibili con i principi fondamentali che negli ordinamenti europei ispirano la disciplina dei rapporti familiari, si pone inevitabilmente l'esigenza di un bilanciamento. Questo deve compiersi tra l'esigenza di garantire il rispetto di questi principi, che sovente ricevono tutela non soltanto a livello costituzionale, ovvero di principi generali dell'ordinamento interno, bensì anche negli strumenti internazionali, con particolare riferimento al divieto di discriminazioni in base al genere⁵³, e la contrapposta esigenza di rispet-

⁵² In questo senso appare deporre, correttamente, l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite nella sent. 5 luglio 2017, n. 16601, sopra citata, al punto 6 della motivazione, p. 1318. Non altrettanto chiaro si presenta il fugace riferimento all'ordine pubblico 'internazionale' contenuto in una più recente pronuncia della Cassazione, sez. I civ., sent. 14 maggio 2018, n. 11696, in «Riv. dir. int.», 2018, pp. 1010 ss., relativa alla trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero, in base al regime contemplato dall'art. 32-bis della l. n. 218/1995, come introdotto dal d. lgs. n. 7/2017 in attuazione della delega conferita dalla l. n. 76/2016 in materia di unioni civili, al punto 7 della motivazione, in cui la Cassazione appare sottintendere un riferimento alla concezione dell'ordine pubblico 'veramente internazionale', in quanto pare in qualche modo presupporne la potenziale contrapposizione al modo di essere dell'ordinamento statale, contrapposizione che, peraltro, nel caso di specie, la Corte ha escluso, per avere lo stesso legislatore italiano dimostrato, mediante la nuova disciplina legislativa in materia, ampia apertura verso l'istituto in questione, benché con le limitazioni in sede di riconoscimento dei rapporti costituiti all'estero (la c.d. *downgrading recognition*) ritenute coerenti rispetto all'opzione legislativa accolta. Si vedano, con riferimento alla disciplina introdotta in proposito tramite il d. lgs. n. 7/2017, G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d. lgs. n. 7/2017*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 496 ss., spec. pp. 498 ss.; C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2017, pp. 33 ss., spec. pp. 41 ss.; O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 527 ss., spec. pp. 533 ss.

⁵³ Il divieto di discriminazione è sancito, come è noto, dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come regola di carattere strumentale al godimento dei diritti tutelati dalle altre disposizioni della Convenzione: si veda, con riferimento al divieto di discriminazione in base al genere nel godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione, tra le altre, Corte europea dei diritti umani [GC],

tare il diritto dei soggetti interessati, parti dei rapporti giuridici di carattere familiare che vengono in considerazione, al rispetto della propria vita privata e familiare, tutelato, in particolare, dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La logica del bilanciamento tra interessi contrapposti è del resto insita nella disciplina che la stessa Convenzione europea prevede per tutti quei diritti umani, incluso il diritto in questione, relativamente al cui godimento è previsto un potere regolatore da parte dello Stato. Questo presuppone la facoltà, per quest'ultimo, di prevedere in proposito delle limitazioni, subordinate ai consueti requisiti per i quali queste devono essere previste per legge, essere volte al perseguimento di una finalità imperativa nel contesto di una società democratica e non andare al di là di quanto è necessario, in un'ottica di proporzionalità, per perseguire tale finalità⁵⁴.

Leyla Sahin v. Turkey, ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005, par. 115, concernente il divieto del porto del velo islamico nei luoghi d'istruzione; per un'applicazione del divieto di discriminazione, benché non in base al genere, bensì allo status familiare, in materia di riconoscimento di situazioni giuridiche di carattere familiare costituite all'estero, con riferimento ad un'adozione da parte di una donna non coniugata, Corte europea dei diritti umani, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, cit., par. 148 ss., su cui, tra gli altri, P. Kinsch, nota, in «Revue critique de droit international privé», 2007, pp. 815 ss.; L. d'Avout, nota, in «Journal du droit international», 2008, pp. 187 ss.; P. Pirrone, *Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in «Dir. um. e dir. int.», 2009, pp. 151 ss.; per un'applicazione del divieto di discriminazione in base al genere con riferimento al diritto al nome, in un caso relativo al diritto di coniugi di cittadinanza diversa di mantenere ciascuno il proprio cognome dopo il matrimonio, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, ricorso n. 664/06, sentenza del 9 novembre 2010, par. 37 ss., su cui Davì, *Le renvoi en droit international privé*, cit. pp. 441 ss., in nota; con riferimento al diritto di trasmettere al figlio il cognome materno, in una situazione puramente interna all'ordinamento italiano, *Cusan et Fazzo c. Italie*, ricorso n. 77/07, sentenza del 7 gennaio 2014, par. 55 ss., su cui C. Pitea, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento italiano*, in «Dir. um. e dir. int.», 2014, pp. 225 ss.

⁵⁴ La valutazione in questione, condotta in un'ottica di bilanciamento tra la salvaguardia del diritto tutelato dalla Convenzione e il soddisfacimento di altre esigenze meritevoli di tutela dal punto di vista dell'ordinamento statale considerato, è presente costantemente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani relativa alle violazioni dell'art. 8 della Convenzione insite nel rifiuto opposto da uno Stato contraente a dare continuità a situazioni giuridiche di carattere personale o familiare costituite all'estero: si vedano, tra le altre, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, cit., par. 124 ss.; *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, cit., par. 61 ss., ugualmente in materia

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il rifiuto opposto dalle autorità di uno Stato contraente la Convenzione al riconoscimento di sentenze od atti stranieri mediante i quali sia stata costituita una situazione giuridica di carattere personale o familiare viene configurato alla stregua di una limitazione al godimento del diritto alla vita privata e, nei casi in cui questa viene ritenuta sussistente, alla vita familiare dei soggetti interessati. Il rifiuto di dare continuità internazionale alle situazioni di carattere personale e familiare costituite all'estero a motivo dell'incompatibilità di tali situazioni con l'ordine pubblico dello Stato nel quale una tale situazione è fatta valere viene normalmente ritenuto soddisfare i primi due requisiti, costituiti dalla fonte legale della limitazione al godimento del diritto e del perseguimento di una finalità meritevole di tutela dal punto di vista dell'ordinamento considerato. Più complessa, e da condursi con particolare riguardo alle circostanze specifiche del singolo caso oggetto d'esame, appare invece, tendenzialmente, la valutazione quanto alla proporzionalità della limitazione⁵⁵.

di riconoscimento di rapporti adottivi costituiti all'estero; *Heidecker-Tiemann v. Germany*, cit., par. 1 della parte in diritto; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, cit., par. 45 ss., in materia di diritto al nome; *Labassée c. France*, cit., par. 51 ss.; *Menesson c. France*, cit., par. 50 ss.; *Paradiso et Campanelli c. Italie*, sent. 17 gennaio 2015, cit., par. 71 ss.; GC, sent. 24 gennaio 2017, cit., par. 167 ss., in materia di riconoscimento di rapporti di filiazione creati all'estero mediante operazioni di maternità surrogata. Si vedano, con particolare riferimento a quest'ultimo ambito, Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit., pp. 317 ss.; Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1145 ss.; Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante*, cit., pp. 1074 ss.; Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development*, cit., pp. 218 ss.; in termini generali, tra gli altri, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations*, cit., pp. 398 ss.; Davi, *Le renvoi en droit international privé*, cit., pp. 439 ss.; anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., par. 71 ss.

⁵⁵ La Corte europea nella propria giurisprudenza da ultimo richiamata tende a soffermarsi a questo riguardo sul profilo della rispondenza della limitazione derivante dall'operare dell'ordine pubblico dello Stato richiesto del riconoscimento al criterio, posto dalla norma dell'art. 8 della Convenzione al par. 2, costituito da quanto può considerarsi necessario in una società democratica. Si vedano a questo proposito, in particolare, le sentenze della Corte europea dei diritti umani relative al caso *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, cit., par. 66 ss., nella quale veniva in considerazione la compatibilità con l'ordine pubblico greco del riconoscimento di una sentenza di adozione pronunciata da una corte statunitense, e al caso *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], sent. 24 gennaio 2017, cit., par. 179 ss., nel quale veniva

in considerazione l'esigenza di bilanciare il rispetto delle disposizioni imperative dell'ordinamento italiano che vietano il ricorso alla surrogazione di maternità con la tutela del superiore interesse del minore, avuto riguardo alle circostanze del caso di specie, nel quale, diversamente dai precedenti casi *Labassée c. France*, cit., e *Mennesson c. France*, cit., non sussisteva alcun legame biologico tra il minore ed alcuno degli aspiranti genitori e si riscontrava una chiara evidenza del perseguimento di un intento elusivo da parte di questi ultimi, alla cui condotta appariva ascrivibile la creazione di un clima di incertezza giuridica intorno al minore. Si vedano, con riferimento alla prima, 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 diritto internazionale», 2011, pp. 609 ss.; P. Kinsch, *La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme*, in «Revue critique de droit international privé», 2011, pp. 820 ss.; A. Davi, *Le renvoi en droit international privé*, cit., p. 441, in nota; con riferimento alla seconda, Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante*, cit., pp. 1078 ss.; Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development*, cit., pp. 232 ss.

Elenco degli autori

- Alessio Bartolacelli, *Professore Associato di Diritto commerciale*, Università degli Studi di Macerata.
- Guido Canavesi, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Macerata.
- William Chiaromonte, *Ricercatore di Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Firenze.
- Francesco de Leonardis, *Professore Ordinario di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Macerata.
- Adriana di Stefano, *Professore Associato di Diritto dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Catania.
- Janet Dine, *Professor of International Economic Development Law*, Queen Mary University of London.
- Chiara Feliziani, *Ricercatrice di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Macerata.
- Erik Longo, *Professore Associato di Diritto costituzionale*, Università degli Studi di Firenze.
- Francesco Manganaro, *Professore Ordinario di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Reggio Calabria.
- Fabrizio Marongiu Buonaiuti, *Professore Ordinario di Diritto internazionale*, Università degli Studi di Macerata.
- Monica Stronati, *Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno*, Università degli Studi di Macerata.
- Saša Zagorc, *Professor of Constitutional Law*, University of Ljubljana.

Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale

Senza pretesa di esaustività, il volume offre un quadro interdisciplinare sul tema attuale e complesso del regime giuridico delle persone immigrate, approfondendo sia i profili pubblicistici sia quelli, a volte meno noti, del diritto privato.

Guido Canavesi è ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Macerata, ove dirige la Scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza, attiva da più di cinquant'anni nello studio e nella formazione nel campo della Sicurezza sociale e del *welfare*. Su questi temi ha pubblicato numerosi volumi e saggi, tra cui *Mercato del lavoro e operatori privati*, Torino, 2017; *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla legge Fornero*, Torino, 2017; *La dimensione giuridica della solidarietà intergenerazionale nella prospettiva delle casse di previdenza privatizzate* (*Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/2019); *Le interazioni tra diritto all'assistenza sociale e diritto del lavoro. Un tentativo di ricognizione* (*Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 2/2019); *La vecchiaia nella tutela pensionistica*, a cura di Guido Canavesi e Edoardo Ales, Torino, 2019.



eum edizioni università di macerata

ISBN 978-88-6056-640-9



9 788860 566409