



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO VII ANNALI 2019 DEL DIPARTIMENTO JONICO ESTRATTO

GIUSEPPINA PIZZOLANTE

Sulla qualificazione di “coniuge” ai fini dell’esercizio del
diritto di circolazione e soggiorno nello spazio europeo



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Domenico Garofalo,
Concetta Maria Nanna, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Paolo Pardolesi,
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia,
Annamaria Bonomo, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo,
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Moliterni,
Fabrizio Panza, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

SAGGI

Giuseppina Pizzolante

SULLA QUALIFICAZIONE DI “CONIUGE” AI FINI DELL’ESERCIZIO DEL DIRITTO DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO NELLO SPAZIO EUROPEO*

ABSTRACT

Il 5 giugno 2018, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha pronunciato una sentenza nell’affare Coman (C-673/16). Alla Corte si è presentata l’occasione di esprimersi sulla nozione di “coniuge” ai sensi della direttiva 2004/38/CE nel quadro di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Sebbene gli Stati membri abbiano la libertà di autorizzare o meno un matrimonio di questo tipo, non possono ostacolare la libertà di soggiorno di un cittadino dell’UE rifiutando di concedere al coniuge *same-sex*, cittadino extra UE, un diritto di soggiorno derivato.

On 5 June 2018, the ECJ rendered a judgment in the Coman Case (C-673/16). For the first time the ECJ had the opportunity to rule, on the term of “spouse” within the meaning of the Directive 2004/38/EC in the context of a same-sex marriage. Although the Member States have the freedom whether or not to authorise marriage between persons of the same sex, they may not obstruct the freedom of residence of an EU citizen by refusing to grant his same-sex spouse, a national of a country that is not an EU Member State, a derived right of residence in their territory.

PAROLE CHIAVE

Matrimonio *same-sex* – nozione di coniuge – diritto di soggiorno

Same-sex Marriage – term of spouse – freedom of residence

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. La sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2018 e la nozione di “coniuge”, ai sensi della direttiva 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. – 2. I quesiti interpretativi sottoposti alla Corte. – 3. Il diritto di soggiorno derivato nello Stato di origine attraverso la diretta applicazione dell’art. 21, par. 1 TFUE. – 4. Il divieto di negare un diritto di soggiorno derivato al coniuge extra UE nelle ipotesi in cui lo Stato di origine del cittadino UE vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso. – 5. Cenni sullo stato delle legislazioni europee in materia di unioni omosessuali. – 6. Il problema del riconoscere o rendere rilevante la situazione giuridica “presupposta” dalla norma materiale applicabile. – 7. Il matrimonio *same-sex* quale presupposto giuridico per l’applicazione di norme materiali europee. – 8. Considerazioni

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

conclusive. Il richiamo delle situazioni giuridiche esistenti negli ordinamenti statali *al solo fine* di integrare i presupposti della norma materiale.

1. La Corte di giustizia UE, con la sentenza resa il 5 giugno 2018, si è pronunciata sulla nozione di “coniuge” ai sensi della direttiva 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹, nel contesto di un matrimonio, concluso a Bruxelles, tra un cittadino rumeno, pure in possesso della cittadinanza statunitense, e un cittadino statunitense. Nel 2012, i coniugi avevano avviato le pratiche amministrative affinché, in forza della citata direttiva, il cittadino UE potesse lavorare e soggiornare legalmente in Romania con il proprio coniuge, per un periodo superiore a tre mesi. L’11 gennaio 2013, l’Ispettorato generale per l’Immigrazione della Romania, ha respinto la relativa domanda, perché, ai sensi della legislazione rumena che non riconosce i “matrimoni omosessuali”, non è possibile concedere, a titolo di ricongiungimento familiare, la proroga del diritto di soggiorno temporaneo di un cittadino statunitense. I coniugi hanno proposto ricorso avverso la decisione dinanzi al Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest, sollevando un’eccezione di incostituzionalità delle norme del codice civile rumeno che vietano i matrimoni tra persone dello stesso sesso, per violazione delle disposizioni della Costituzione rumena concernenti il diritto alla vita privata e familiare, nonché delle disposizioni relative al principio di uguaglianza.

2. La Corte costituzionale rumena ha deciso di sospendere il procedimento e di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, avendo maturato diversi dubbi sull’interpretazione da assegnare ad alcune questioni giuridiche presenti nella direttiva 2004/38, alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e della recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo, in materia di diritto al rispetto della vita familiare. La domanda di pronuncia pregiudiziale si incentra sull’art. 2, § 2, lettera a), relativo alla nozione di “coniuge”, sull’art. 3, §§ 1 e 2, lettere a) e b), concernente gli aventi diritti a cui si applica la disciplina, e sull’art. 7, § 2, in materia di diritto di soggiorno dei familiari per un periodo superiore a tre mesi, della direttiva 2004/38/CE. In particolare, la Corte, avendo dato risposta affermativa ai quesiti, si è espressa esclusivamente sulle prime due questioni

¹ *GUUE*, L 229, 29 giugno 2004, p. 35 ss. Ai fini del ricongiungimento, laddove l’art. 2 della direttiva 2004/38 sancisce che è considerato familiare «il partner che abbia contratto con il cittadino dell’Unione un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», nulla dice con riferimento appunto alla nozione di coniuge. In argomento, G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, 8 luglio 2018, reperibile online al sito www.sidiblog.org.

proposte, chiarendo se il termine “coniuge”, ai sensi dell’art. 2, § 2, lettera a), direttiva 2004/38, in combinato disposto con le pertinenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, si applichi a un cittadino di uno Stato extra UE, dello stesso sesso del cittadino dell’Unione con il quale egli è legittimamente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, e se l’art. 3, § 1, e l’art. 7, § 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con le stesse norme della Carta, impongano allo Stato membro ospitante la concessione di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a 3 mesi.

3. La Corte di giustizia ha statuito che l’art. 21, § 1, TFUE, relativo al diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell’UE, vieta alle autorità competenti dello Stato membro di cui un individuo abbia la cittadinanza di negare un diritto di soggiorno derivato, conformemente alle condizioni di cui all’art. 7, § 1, direttiva 2004/38/CE, al coniuge, cittadino di uno Stato terzo, non rilevando la circostanza che lo Stato di origine del cittadino UE vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale diritto di soggiorno, superiore a tre mesi, non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle disposte dall’art. 7 direttiva 2004/38/CE, applicabile per analogia.

Preliminarmente la Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, l’esercizio della libertà di soggiorno superiore a tre mesi non può essere fatto valere in forza della direttiva che com’è noto disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell’Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli abbia la cittadinanza. Laddove si tratti di invocare un diritto simile, anche di natura derivata, occorre applicare direttamente l’art. 21, § 1, TFUE, con delle condizioni che non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 che risulta applicabile per analogia alla vicenda in esame. La Corte ha, infatti, ricordato che

quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell’Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest’ultimo Stato membro, l’effetto utile dei diritti che al cittadino dell’Unione interessato derivano dall’articolo 21, par. 1 TFUE, impone che la vita familiare che tale cittadino abbia condotto nello Stato membro suddetto possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo (punto 24, della sentenza).

Si tratta evidentemente dell’attuazione del principio dell’effetto utile², in forza del quale, negando un diritto di soggiorno derivato nel paese di origine, l’art. 21, § 1, TFUE verrebbe privato di significato, poiché il cittadino dell’Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede la cittadinanza (nel nostro caso la

² Con riguardo a questo principio v., per tutti, I. Ingravallo, *L’effetto utile nell’interpretazione del diritto dell’Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2017.

Romania), non avendo la certezza di poter proseguire in questo Stato una vita familiare sviluppata nello Stato membro ospitante (nel nostro caso il Belgio)³.

4. In riferimento alla prima questione, la Corte ha affermato che la direttiva 2004/38, come s'è detto applicabile per analogia, al suo art. 2, § 2, lettera a), menziona espressamente, quale “familiare”, il “coniuge” che è nozione neutra dal punto di vista del genere, potendo comprendere il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato. Inoltre, gli Stati membri, nell'esercizio della competenza in materia di stato civile, devono rispettare le disposizioni dei Trattati e in particolare quelle relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio europeo. Se in alcuni Stati circolazione e soggiorno fossero subordinati all'esistenza di un matrimonio concluso tra soggetti di sesso diverso, otterremmo una libertà di circolazione *à la carte*, variabile da uno Stato membro all'altro in funzione delle disposizioni di diritto nazionale. Conseguentemente, le autorità di uno Stato membro, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato, non possono impedire il riconoscimento del matrimonio di un cittadino di uno Stato terzo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, contratto durante un *soggiorno effettivo* in un altro Stato membro, conformemente alla legislazione di tale Stato.

La Corte ha cura di precisare che l'affermazione di questo principio non comporta l'obbligo di adottare, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio *same-sex*. La stessa Corte ha anche affermato che il limite dell'ordine pubblico, invocato nel caso all'esame da alcuni governi, deve essere interpretato in senso restrittivo e soprattutto la sua portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Inoltre, un riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato non è in grado di incrinare l'identità nazionale, né di minacciare l'ordine pubblico dello Stato interessato.

Naturalmente una limitazione alla libertà di circolazione delle persone – indipendentemente dalla loro cittadinanza – può essere giustificata sulla base di considerazioni oggettive di interesse generale, quando «è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale» (punto 41). La misura è proporzionata quando «è idonea a realizzare l'obiettivo perseguito, ma al contempo non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento» (punto 41); così una restrizione di questo tipo «sarebbe giustificata da motivi connessi all'ordine pubblico e all'identità nazionale, di cui all'art. 4, par. 2 TUE» (punto 42). In particolare, «l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (punto 43), mentre l'ordine pubblico, quale giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, deve essere interpretato «in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione», dovendo essere invocato

³ V., tra le altre pronunce, Corte di giustizia UE 12 marzo 2014, C-456/12, punto 54.

«soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società» (punto 44).

Infine, la Corte sottolinea che, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo risulta che l’unione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di «vita privata», nonché in quella di «vita familiare», al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione⁴. Invero, poiché l’art. 52, § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione richiama il significato e la portata dei diritti conferiti dalla CEDU, la Corte di giustizia riconosce espressamente che la Carta tutela, quale famiglia, le coppie dello stesso genere.

5. Nell’ambito del procedimento dinnanzi alla Corte, vari governi hanno presentato osservazioni, sottolineando il carattere fondamentale del matrimonio e la volontà di alcuni Stati membri di mantenere tale istituzione quale unione tra un uomo e una donna, tutelata spesso da norme di rango costituzionale. In particolare, il governo lettone ha sottolineato, in udienza, che, quand’anche il rifiuto di riconoscere i matrimoni omosessuali contratti in un altro Stato membro costituisca una restrizione all’art. 21 TFUE, sarebbe giustificata da motivi connessi all’ordine pubblico e all’identità nazionale, di cui all’art. 4, § 2, TUE.

L’istituto del matrimonio è contemplato nell’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, secondo cui «il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio». La circostanza di voler garantire alle famiglie, per così dire non tradizionali, gli stessi diritti che l’ordinamento giuridico riconosce alla famiglia fondata sul matrimonio è stato oggetto della risoluzione del Parlamento europeo, sulla parità tra donne e uomini nell’Unione europea, del 13 marzo 2012, secondo la quale gli Stati membri non devono dare al concetto di famiglia “definizioni restrittive” allo scopo di negare protezione alle coppie omosessuali e ai loro figli, anche in considerazione del fatto che il diritto europeo – e segnatamente la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – vieta discriminazioni basate sul sesso o sull’orientamento sessuale. Così, il Parlamento «invita la Commissione e gli Stati membri a elaborare proposte per il riconoscimento reciproco delle unioni civili e delle famiglie omosessuali a livello europeo tra i paesi in cui già vige una legislazione in materia, al fine di garantire un trattamento equo per quanto concerne il lavoro, la libera circolazione, l’imposizione fiscale e la previdenza sociale, la protezione dei redditi dei nuclei familiari e la tutela dei bambini». Sebbene il dispositivo si riferisca espressamente agli Stati membri in cui già vige una legislazione in materia, appaiono significative le esigenze di uniformità espresse sotto i profili umani, previdenziali e fiscali.

In tale complesso quadro giuridico, senza dimenticare i profili sociali che tale materia implica, vanno posti a confronto due diversi modelli: da un lato i Paesi nordici,

⁴ Ad esempio, Corte europea dei diritti dell’uomo 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, § 73, nonché 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, § 143.

quali Danimarca, Svezia, Finlandia, primi a riconoscere i diritti delle coppie omosessuali in forza di leggi approvate dai rispettivi Parlamenti, indipendentemente da sollecitazioni da parte delle massime giurisdizioni nazionali e internazionali. Sul fronte opposto i Paesi dell'Est, quali Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia, che non riconoscono le unioni civili tra persone dello stesso sesso e non prevedono alcuna disciplina né tutela dei rapporti di filiazione omoparentale.

Alcuni governi, quali Francia, Regno Unito, Spagna, Portogallo, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Belgio, hanno scelto la via della piena uguaglianza in tempi più o meno recenti. L'Italia ha introdotto le unioni civili tra persone dello stesso sesso soltanto nel 2016, con la legge 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. "legge Cirinnà"), ponendosi parzialmente nel solco di esperienze come quella austriaca o quella tedesca, dove tra l'altro l'estensione delle adozioni alle unioni *same-sex* è stata resa possibile per l'intervento dei tribunali. La disciplina dell'"unione civile tra persone dello stesso sesso" è modellata su quella del matrimonio ed è contenuta nell'art. 1, commi da 1 a 27, 32, 33, 35. La stessa legge ha disciplinato la "convivenza di fatto" tra «persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale», questa aperta anche alle coppie eterosessuali – (art. 1, commi da 36 a 63, 65) e dettato una norma di conflitto dedicata ai contratti di convivenza (art. 1, comma 64). Viceversa, in ambito di unioni *same-sex*, la legge ha delegato il Governo a compiere un intervento di «modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato», al fine di rendere applicabile ai matrimoni omosessuali, alle unioni civili e ad ogni altro istituto analogo contratto all'estero la «disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane» (art. 1, comma 28, lettera b), legge n. 76/2016)⁵.

6. Nella sentenza in questione il giudice europeo ha risolto una questione di diritto internazionale privato adoperando una tecnica internazionalprivatistica, dovendo decidere se un matrimonio tra persone dello stesso sesso, esistente per il diritto belga, possa assumere rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 3, § 1, e dell'art. 7, § 2, della direttiva 2004/38, norme che impegnano lo Stato membro ospitante a concedere il diritto di soggiorno, per un periodo superiore a tre mesi, al coniuge di un cittadino dell'Unione⁶. Occorre capire, in particolare, se è possibile sostituire ad un istituto di

⁵ Il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 710 ha così modificato la legge n. 218/1995, introducendo gli articoli da 32-bis a 32-quinquies e sostituendo il testo dell'art. 45. L'art. 32-bis della legge n. 218/1995 dispone che il «matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

⁶ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha trattato un caso simile, avendo statuito, in base allo Statuto dei funzionari, a quali familiari spettassero i relativi assegni, Tribunale UE 5 ottobre 2009, causa T-58/08 P, *Commissione c. Roodhuijzen*. In dottrina, W. Wengler, *Le questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1963, p. 53 ss.; P. Picone, *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Jovene, Napoli, 1969; P. Picone, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Jovene, Napoli, 1971; Id., *Les méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*,

diritto interno, considerato dallo stesso diritto come condizione pregiudiziale di un effetto giuridico determinato, un istituto analogo di diritto straniero.

Il problema indicato può verificarsi in una varietà di situazioni, tutte comunque riconducibili alla questione se i due istituti in esame (quello di diritto interno e quello di diritto straniero) possano essere considerati equivalenti.

La prospettiva tracciata dalla Corte è molto interessante perché si tratta di stabilire quale sia l’ordinamento cui fare capo allorché una norma materiale europea designi, come presupposto delle conseguenze da essa previste, delle situazioni giuridiche. Tali presupposti vengono indicati mediante espressioni giuridiche che richiamano istituti che risultano autonomamente organizzati in altra parte dell’ordinamento giuridico e vanno quindi determinati mediante un riferimento alle fonti ulteriori che tali istituti provvedono a disciplinare⁷.

7. L’ordinamento UE, sia pure integrato dai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ha natura settoriale, dunque, difficilmente è in grado di contenere un’apposita disciplina dei presupposti giuridici utilizzati dalle sue norme materiali, laddove tali presupposti riguardino istituti da esso non regolati, qual è il caso in cui la norma europea ricollegli i suoi effetti alla qualità di coniuge. Tuttavia, proprio perché si tratta di un ordinamento integrato dai principi generali di diritto comuni agli Stati membri, è possibile che venga a delinearsi un’autonoma nozione europea di coniuge. In sostanza occorre verificare se una situazione concretamente esistente per un ordinamento straniero, in ragione della sua analogia con una questione disciplinata in astratto dall’ordinamento UE ma non concretamente creatasi in esso, sia idonea a funzionare da presupposto della norma materiale europea e degli effetti da essa previsti e dunque a sostituirsi all’analogia situazione disposta nell’ordinamento europeo, ma non realizzatasi nel suo ambito.

A tale riguardo, è necessario accertare, sulla base del diritto dell’Unione europea, nel quale è contenuta la norma materiale che viene in rilievo, i concetti giuridici in essa impiegati e, conseguentemente, valutare se possa rientrare la situazione giuridica aliena suscettibile di costituire il presupposto della norma materiale. La Corte di giustizia ha delineato innanzitutto la nozione di coniuge per l’ordinamento UE, affermando che tale nozione vale a designare una persona unita ad un’altra da vincolo matrimoniale ed è neutra dal punto di vista del genere, potendo comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso⁸.

in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, tomo II, Brill | Nijhoff, Leiden, 1986, p. 229 ss.; Id. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004; A. Rottola, *La valutazione internazional-privatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2004, p. 329 ss.; G. Carella, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 523 ss.

⁷ V. P. Picone, *Norme di conflitto speciali*, cit., p. 5.

⁸ V., in questo senso, A. Rottola, *La valutazione internazional-privatistica*, cit., p. 337.

Secondo la Corte, a differenza di quanto accade per le unioni registrate, si sarebbe sviluppata sul punto una nozione autonoma in ambito UE, tratta dai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati. Difatti, per determinare la qualificazione di “familiare” di un partner con cui il cittadino dell’Unione ha contratto un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, l’art. 2, § 2, lettera b), della direttiva 2004/38 rinvia alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare. L’art. 2, § 2, lettera a), della direttiva citata non contiene, invece, un siffatto rinvio per quanto riguarda la nozione di “coniuge”. Conseguentemente, la Corte ha statuito che, sulla base del significato tracciato, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, esistente per il diritto belga, sia idoneo a rilevare come presupposto della norma materiale europea e a far discendere l’effetto (concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo) da essa contemplato.

8. In sostanza, il giudice europeo ha ammesso che possa ravvisarsi una fungibilità tra la situazione costituitasi per l’ordinamento straniero (quello belga) e i contenuti tipici di quella analoga astrattamente disciplinata dal diritto UE, facendone discendere che la prima situazione giuridica può prendere il posto della seconda al fine di dare luogo agli effetti ricollegati alla situazione stessa dalla norma materiale del foro (europea). È utile precisare che la questione descritta non può essere confusa con il problema del limite dell’ordine pubblico internazionale. Infatti, nel caso in questione, non si tratta di dare efficacia nell’ordinamento UE, in generale ed a tutti gli effetti, al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, venuto in essere per il diritto belga, essendo in giuoco esclusivamente la questione di rendere possibile la realizzazione, nell’ambito di tale ordinamento, delle conseguenze della situazione giuridica costituitasi all’estero⁹.

Com’è noto, infatti, il limite dell’ordine pubblico non funziona nei confronti delle norme straniere che devono essere applicate al fine di risolvere una questione preliminare posta da una norma materiale straniera richiamata dal foro¹⁰. Rileva, a tale proposito, il punto 45 della sentenza, dove la Corte assai opportunamente statuisce che

⁹ V., tra gli altri, P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in Aa.Vv., *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 547 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, Brill | Nijhoff, Leiden, 2011, p. 253 ss.; S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017; D. Damascelli, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, in A. Albanese (a cura di), *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 85 ss., spec. p. 93 ss.

¹⁰ P. Lagarde, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1959, p. 73 ss.; G. Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Giuffrè, Milano, 1963.

l’obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest’ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l’istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale.

La Corte correttamente aggiunge che

tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest’ultimo, e ciò unicamente ai fini dell’esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell’Unione. Pertanto, un simile *obbligo di riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato* a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all’identità nazionale né minaccia l’ordine pubblico dello Stato membro interessato (corsivo di chi scrive).

In questo caso infatti le norme straniere non sono applicate all’interno dell’ordinamento del foro (ovvero nell’ordinamento europeo), ma sono prese in considerazione allo scopo di risolvere una questione sollevata da una norma materiale straniera applicabile in forza di una norma materiale dello stesso foro. Tale criterio interpretativo induce a ritenere che le situazioni giuridiche esistenti nell’ordinamento richiamato non si introducano al fine di essere tutelate nel loro contenuto tipico o diretto, ma operino al solo fine di integrare i presupposti della norma materiale straniera. Questa soluzione è l’unica che eviti il sorgere nell’ordinamento UE di disarmonie e contrasti – tra la situazione giuridica richiamata come presupposto e quella che possa venire in essere nell’ordinamento europeo, in relazione al medesimo rapporto interindividuale¹¹.

E, difatti, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, esistente, per il diritto belga, appare idoneo a rimpiazzare il matrimonio, indicato dalla norma materiale comunitaria quale presupposto dell’effetto (concessione di un diritto di soggiorno derivato) da essa previsto.

Questa possibilità in ipotesi potrebbe venire meno solo ove si verificasse che il diritto belga, ad esempio, non ricollegasse al matrimonio *same-sex* taluni effetti relativi alla libera circolazione, connessi al possesso di un certo *status* familiare. In un caso di questo tipo, infatti, nell’ambito dell’ordinamento europeo, il matrimonio finirebbe col produrre un effetto che esso non produce nell’ambito dell’ordinamento in cui è stato creato. Pertanto, per escludere la sovrapposibilità tra le due fattispecie (matrimonio per il diritto belga e matrimonio configurabile per il diritto europeo) non è corretto

¹¹ In questo senso P. Picone, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari*, cit., p. 86 s.

affermare che il secondo si realizzi tra persone di differente sesso, dovendosi verificare al limite come il primo sia organizzato nell'ordinamento da cui proviene¹².

Da un punto di vista pratico, la decisione della Corte rappresenta una svolta, in ambito europeo, risolvendo a monte le cosiddette situazioni giuridiche "claudicanti" che vengono a crearsi per via delle differenze tra le legislazioni nazionali in merito alle unioni o ai matrimoni *same-sex*¹³.

¹² V., in questo senso, A. Rottola, *La valutazione internazionale-privatistica*, cit., p. 342.

¹³ V., da ultimo, D. Damascelli, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, cit., p. 95.