



Natascia Marchei

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza)

Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico così detto "concordatario": il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità *

SOMMARIO: 1. La clausola generale di ordine pubblico nei rapporti con l'ordinamento matrimoniale canonico: luci e ombre di un percorso tortuoso e accidentato - 2. Il contenuto del limite nella recente giurisprudenza di legittimità in materia di riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri - 3. Brevi considerazioni conclusive: ordine pubblico e principi confessionali.

1 - La clausola generale di ordine pubblico nei rapporti con l'ordinamento matrimoniale canonico: luci e ombre di un percorso tortuoso e accidentato

La clausola di ordine pubblico "internazionale" opera tradizionalmente come limite generale all'ingresso, nell'ordinamento interno, di disposizioni normative o provvedimenti in senso lato provenienti da ordinamenti stranieri¹.

Essa, infatti, è espressamente prevista nella legge n. 218 del 1995 che ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato nel suo

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno su "Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare", organizzato dal Centro di ricerca coordinato "Studi sulla Giustizia" dell'Università degli Studi di Milano. Il Convegno, programmato per il 2020, non si è potuto svolgere in presenza a causa dell'emergenza sanitaria. Gli atti sono in corso di pubblicazione, a cura di R. SACCHI, per i tipi di Giuffrè.

¹ Si veda, per una interpretazione della clausola, G. BARILE, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980. Più recentemente F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Utet Giuridica, Milano, 2017, p. 266; V. BARBA, *L'ordine pubblico interazionale*, in *Rassegna diritto civile*, 2018, pp. 403 ss. Tra i numerosi lavori monografici si segnalano, tra i più recenti, P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012.



complesso² e negli strumenti convenzionali o europei che disciplinano la circolazione di provvedimenti o sentenze in ordinamenti diversi da quelli di emanazione e fissano i criteri di collegamento per individuare il diritto applicabile in situazioni in cui sono presenti elementi di estraneità³.

La sua *ratio* è quella di proteggere l'armonia e la coerenza interna dell'ordinamento nei confronti dell'applicazione di norme o del riconoscimento di atti o provvedimenti eterodossi rispetto ai "principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, [...] fondanti l'intero assetto ordinamentale [...], tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico"⁴.

La Corte costituzionale ha ritenuto che la tutela dell'ordine pubblico incarnasse un principio supremo dell'ordinamento

² Nella legge n. 218 del 1995 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" la clausola di ordine pubblico è prevista negli artt. 16, 64 e 65. Prima dell'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano il riconoscimento delle sentenze straniere era regolato dagli artt. 796 e seguenti del codice di procedura civile e i criteri di collegamento per le fattispecie con elementi di estraneità erano previsti dagli artt. 17-31 delle preleggi al codice civile. La clausola dell'ordine pubblico nel procedimento per il riconoscimento delle sentenze straniere era prevista all'art. 797 n. 7 del codice di procedura civile.

³ Tra i numerosi regolamenti europei che incidono sulla materia si può ricordare il regolamento n. 2201/2003 del Consiglio, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. In esso il limite dell'ordine pubblico è presente negli artt. 22 e 23 ma, in ragione del principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, per inibire il riconoscimento della decisione si richiede non la mera contrarietà ma la manifesta contrarietà all'ordine pubblico.

La Corte di giustizia, in relazione al limite dell'ordine pubblico previsto dal regolamento n. 44/2001 del Consiglio, ora abrogato, ha sostenuto una interpretazione restrittiva del contenuto del limite: "il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che il fatto che una decisione emessa in uno Stato membro sia contraria al diritto dell'Unione non giustifica che tale decisione non venga riconosciuta in un altro Stato membro sulla base del rilievo che essa viola l'ordine pubblico di quest'ultimo Stato, qualora l'errore di diritto invocato non costituisca una violazione manifesta di una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dell'Unione, e dunque in quello dello Stato membro richiesto, o di un diritto riconosciuto come fondamentale in tali ordinamenti giuridici" (Corte di Giustizia, prima sezione, 16 luglio 2015 (Causa C-681/13).

⁴ Così Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2006, n. 27592. Come si vedrà *infra* nel testo la giurisprudenza di legittimità sul contenuto del limite dell'ordine pubblico ha, di recente, seguito un percorso di apertura verso l'esterno e di asserita irrilevanza della disciplina interna di settore.



costituzionale, supremo in quanto posto a presidio della sovranità dello Stato, e, come tale, inderogabile⁵.

Tale assunto ha indotto il giudice delle leggi a introdurre il filtro del non contrasto con l'ordine pubblico (fino ad allora assente) anche all'ingresso nell'ordinamento italiano delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici in relazione a matrimoni canonici trascritti ai sensi dell'art. 34 del Concordato lateranense⁶.

La decisione, risalente all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso, era tutt'altro che scontata posto che l'ordinamento canonico, benché sia certamente qualificabile come ordinamento originario ed esterno allo Stato italiano e pacificamente destinatario di soggettività internazionale, non può essere considerato uno Stato straniero.

Gli strumenti di diritto internazionale privato, dunque, non possono essere automaticamente applicati ai rapporti con la Chiesa cattolica.

Questa è un ordinamento confessionale, regolato da principi e norme estranei agli ordinamenti secolari in ossequio al principio costituzionale di distinzione degli ordini (art. 7, comma primo, Cost.) e, conseguentemente, le sentenze emanate dai tribunali ecclesiastici non possono essere qualificate come "sentenze" straniere⁷.

Questa conclusione rende il riconoscimento delle sentenze canoniche qualcosa di non perfettamente sovrapponibile, almeno dal punto di vista ontologico, al procedimento di delibazione delle sentenze straniere ma, certamente, a esso funzionalmente assimilabile.

Si tratta sempre e comunque di recepire nell'ordinamento interno provvedimenti formati in un ordinamento esterno, all'esito di un procedimento avente natura giurisdizionale.

⁵ Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18: "La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione".

⁶ Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, cit.

⁷ In dottrina tale assunto è stato autorevolmente sostenuto. Si veda **O. GIACCHI**, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 162 ss. L'Autore scrive: "la sentenza ecclesiastica è una semplice operazione logica, nella quale è facile riscontrare caratteri propri degli atti giurisdizionali in astratto [...] ma in cui certamente non è possibile vedere un atto di sovranità dell'ordinamento statale" (p. 165).



Come è noto, le sentenze canoniche di nullità matrimoniale hanno incominciato ad avere effetti nello Stato italiano a seguito della stipulazione dei Patti lateranensi.

Più nel dettaglio, il riconoscimento della giurisdizione matrimoniale ecclesiastica risale alla nascita del matrimonio canonico trascritto (così detto matrimonio "concordatario"), previsto dall'art. 34 del Concordato lateranense⁸.

La disposizione pattizia, nel riconoscere effetti civili "al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico", assegnava rilevanza, altresì, alle sentenze di nullità matrimoniale emanate dai tribunali canonici.

Queste, una volta divenute definitive, erano riconosciute agli effetti civili a seguito di un procedimento ufficioso, di competenza della Corte d'Appello, che si concludeva con un'ordinanza emanata in camera di consiglio, non impugnabile.

Le similitudini con il procedimento per il riconoscimento delle sentenze straniere erano evidenti anche se non erano previsti controlli di ordine sostanziale sulle pronunce delibande.

A conferma dell'assimilazione funzionale (anche se non ontologica) di tale procedimento a quello di delibazione delle sentenze straniere, una parte autorevole della dottrina⁹, peraltro non maggioritaria, pur nel silenzio dell'art. 34 del Concordato¹⁰, riteneva applicabile al procedimento

⁸ Il Concordato è stato sottoscritto l'11 febbraio 1929 tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica e ratificato con la legge n. 810 del 1929.

⁹ Così **M. FALCO**, *Corso di diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 1938, vol. II, p. 261 ss., che riteneva che la Corte d'appello dovesse "giudicare nei casi concreti se i tribunali ecclesiastici abbiano applicato norme di diritto canonico, contrastanti con le leggi generali dello Stato o con principi di ordine pubblico" (p. 262); **C. MAGNI**, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, Cedam (terza ristampa ed. 1948), 1965, p. 176, che parla di non contrarietà non solo all'ordine pubblico ma altresì al buon costume; **F. FINOCCHIARO**, *Matrimonio*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1971, p. 690 ss., che riteneva applicabile nei rapporti tra diritto statale e ordinamento canonico il vecchio art. 31 delle preleggi (p. 690); **G. CASUSCELLI**, *Diritto di difesa, unità familiare e giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, in *Dir. fam. pers.*, 1975, I, p. 1330 ss.

¹⁰ L'art. 34 era corredato di una legge di applicazione unilaterale, la legge n. 847 del 1929 (così detta legge matrimoniale), che all'art. 17 disciplinava in procedimento per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche. Anche la legge matrimoniale taceva sull'applicabilità del limite dell'ordine pubblico al procedimento.



avanti alla Corte d'Appello l'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile¹¹.

La conseguenza era che le sentenze di nullità canoniche, così come le sentenze straniere, non avrebbero dovuto porsi in contrasto con l'ordine pubblico o con il buon costume.

Un'eventuale contrarietà avrebbe inibito gli effetti civili della sentenza canonica.

Tale orientamento dottrinale, benché autorevolmente sostenuto, non ha ricevuto il plauso della giurisprudenza di merito e di legittimità. Questa, per molti decenni, fino alla fine degli anni settanta del secolo scorso, ha interpretato il procedimento disciplinato dalla disciplina pattizia come una "mera formalità", destinata a conferire efficacia civile alla dichiarazione di nullità di un sacramento, proveniente dai soli giudici che potevano pronunciarsi sul punto, vale a dire i giudici ecclesiastici¹².

Il limite dell'ordine pubblico, dunque, per molti decenni dall'entrata in vigore del Concordato lateranense non ha avuto alcuna applicazione nei rapporti con l'ordinamento canonico in materia matrimoniale.

Negli anni settanta del secolo scorso, anche a seguito dell'apertura al sindacato di legittimità costituzionale sulle norme contenute nei Patti lateranensi fino ad allora ritenute zona franca dal controllo di conformità alla Costituzione¹³, la giurisprudenza di legittimità ha iniziato a mutare atteggiamento.

Più precisamente, la Suprema Corte ha cominciato a guardare con crescente sospetto l'automaticità del procedimento per il riconoscimento delle sentenze canoniche, tacciato di contrastare con alcuni irrinunciabili

¹¹ Art. 31 delle preleggi al codice civile del 1942 "Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessuno caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume".

¹² La formalità del procedimento costituiva un corollario del principio dell'uniformità dello *status* matrimoniale avanti alla Chiesa e avanti allo Stato che caratterizzava tutta la disciplina del matrimonio canonico trascritto. Nello stesso senso deve essere interpretata anche la riserva di giurisdizione sulla nullità degli stessi matrimoni a favore dei tribunali ecclesiastici prevista dall'art. 34, comma quarto, del Concordato lateranense.

¹³ La Corte costituzionale apre al sindacato di legittimità - nei limiti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale - sulle norme contenute nei Patti lateranensi con la storica sentenza n. 30 del 1° marzo 1971. Prima di allora la giurisprudenza riteneva precluso il controllo di conformità alla Carta costituzionale sulle norme "pattizie" sul presupposto che queste fossero state costituzionalizzate.



principi costituzionali tra cui la tutela dell'ordine pubblico così detto "internazionale".

Così, mentre la Corte di cassazione a sezioni unite sollevava questioni di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 34 del Concordato lateranense, la prima sezione della stessa dava inizio a quella che è stata definita l'interpretazione "innovatrice" della normativa pattizia¹⁴.

La prima sezione della Suprema Corte forniva un'interpretazione estensiva della scarna disciplina in vigore e introduceva nei fatti il controllo del non contrasto con l'ordine pubblico della sentenza delibanda "sia pure nell'ambito consentito dalla copertura costituzionale delle norme concordatarie riconosciuta dalla Corte costituzionale"¹⁵.

Tale ultimo temperamento, che rispecchiava lo speciale parametro di costituzionalità individuato dalla Corte costituzionale per le norme pattizie¹⁶, si perdeva nella giurisprudenza della Corte di cassazione a sezioni unite.

Questa, negli stessi anni, emanava ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale aventi a oggetto la questione di legittimità dell'art. 34 del Concordato facendo espresso riferimento alle disposizioni allora in vigore per il riconoscimento agli effetti civili delle sentenze straniere (art. 796 e seguenti c.p.c. e art. 31 delle preleggi al codice civile) e, quindi al concetto di ordine pubblico utilizzato nei rapporti con gli ordinamenti stranieri¹⁷.

L'intervento della Corte costituzionale¹⁸, che accoglieva la questione, segnava un nuovo corso per la giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale.

Le sentenze canoniche, così come le sentenze straniere, erano sottoposte al vaglio di conformità (o, meglio, non contrarietà) con l'ordine pubblico italiano ritenuto, appunto, strumento irrinunciabile posto a presidio della sovranità dello Stato.

¹⁴ Cfr. **F. FINOCCHIARO**, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1699 ss.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., 29 novembre 1977 n. 5188.

¹⁶ Il riferimento è sempre alla sentenza n. 30 del 1° marzo 1971.

¹⁷ Così Cass. civ., sez. un., 31 marzo 1977 n. 349 che chiedeva alla Corte costituzionale di introdurre, in capo alla Corte d'Appello, l'obbligo di accertare se "le disposizioni contenute nella sentenza di nullità, siano conformi (come previsto dall'art. 797, n. 7, del codice di procedura civile, e segnatamente dall'art. 31 delle preleggi) al principio del rispetto dell'ordine pubblico italiano".

¹⁸ Corte cost. n. 18 del 1982, cit.



A questo punto, il limite dell'ordine pubblico, di nuovo conio in relazione all'ordinamento canonico matrimoniale, doveva essere riempito di contenuti.

La Corte costituzionale, nella stessa pronuncia, lo definiva come l'insieme delle "regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo" e mostrava di intenderlo in completa aderenza al limite che operava nei confronti degli ordinamenti stranieri, posto a tutela dell'armonia interna dell'ordinamento.

L'adesione ai contenuti propri dell'ordine pubblico "internazionale" è confermata dall'Accordo del 1984 che ha sostituito il Concordato lateranense.

L'art. 8.2 dell'Accordo, che disciplina il nuovo procedimento per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, in relazione agli accertamenti di competenza della Corte d'Appello rinvia alle condizioni previste dalla normativa in vigore sul riconoscimento delle sentenze straniere.

In aggiunta, l'art. 4.b del protocollo Addizionale all'Accordo, in relazione all'art. 8.2, contiene un preciso riferimento proprio all'art. 797 del codice di procedura civile, il cui punto 7 prevede il requisito della non contrarietà della sentenza con l'ordine pubblico italiano¹⁹.

Nonostante la definizione della Corte costituzionale e i richiami alla disciplina di diritto internazionale privato, la giurisprudenza di legittimità ha esordito proponendo un'interpretazione del limite dell'ordine pubblico orientata a una "maggiore disponibilità" che l'ordinamento italiano avrebbe dovuto dimostrare nei confronti dell'ordinamento canonico²⁰.

Disponibilità maggiore di quella, si immagina, che caratterizzasse i rapporti con gli ordinamenti stranieri.

Non a caso, a seguito di questa giurisprudenza la dottrina dell'epoca ha parlato di un ordine pubblico "concordatario" vale a dire tipico dei rapporti con la Chiesa cattolica in materia matrimoniale²¹ e che

¹⁹ L'articolo non è più in vigore in relazione al riconoscimento delle sentenze straniere in quanto abrogato dalla legge n. 218 del 1995.

²⁰ La prima sentenza in questo senso è Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1982 n. 5026, precedente all'entrata in vigore sull'Accordo del 1984. Sulla maggiore disponibilità cfr. **J. PASQUALI CERIOLI**, *La "maggiore disponibilità" nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula "ellittica" al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Diritto e religioni*, 2008, I, p. 344 ss.

²¹ Su questi aspetti **S. DOMIANELLO**, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e deliberazione matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1989, 95 ss. Si veda altresì **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale, principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992, p. 3 ss.



dovesse tenere conto delle specificità del diritto canonico che costituiva la fonte regolatrice della validità del vincolo²².

Sulla scorta di questa “maggiore disponibilità”, confermata anche in tempi relativamente recenti dalle sezioni unite della Corte di cassazione²³, per molto tempo la maggior parte delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale è stata riconosciuta agli effetti civili anche se si fondava su cause di nullità molto distanti nella disciplina da quelle previste dal codice civile.

Nonostante ciò, meritano un approfondimento gli elementi cui giurisprudenza di legittimità ha dato rilievo al fine di ricostruire prima e applicare poi i (pochi) principi di ordine pubblico fino a ora utilizzati per inibire il riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale.

Un elemento comune ai due principi di ordine pubblico cui più spesso la giurisprudenza ha fatto e fa ricorso è l’assoluta centralità riservata all’atteggiamento processuale delle parti nel processo avanti alla Corte d’Appello.

Si può dire che le parti (o una di esse) si trovano a essere (quasi del tutto) arbitre del destino della pronuncia in relazione al filtro del contrasto con i principi di ordine pubblico.

Ma andiamo con ordine.

Il primo principio di ordine pubblico (e, per molto tempo l’unico) enucleato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al riconoscimento delle sentenze canoniche è stato la tutela dell’affidamento del coniuge incolpevole sulla validità del matrimonio.

L’esigenza di tutela riguardava le sentenze di nullità canoniche pronunciate per simulazione unilaterale, vale a dire per riserva mentale di uno solo dei coniugi su uno o più dei *bona matrimonii*, elementi essenziali del matrimonio canonico.

Il riconoscimento agli effetti civili di queste sentenze, secondo la giurisprudenza, era impedito dalla necessità di tutelare l’affidamento sulla validità del vincolo del coniuge che non aveva espresso la riserva mentale²⁴.

²² Il richiamo alla specificità del diritto canonico era contenuto anche nell’art. 4, lettera b, del Protocollo addizionale.

²³ Si veda Cass. civ., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809. Si segnala la nota di **F. ALICINO**, *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (a proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), marzo 2009.

²⁴ Tra le prime sempre Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1982 n. 5026.



L'attenzione che veniva riservata agli aspetti, eminentemente soggettivi, del legittimo affidamento e dell'incolpevolezza (o buona fede) del coniuge spingevano la giurisprudenza a introdurre, di lì a poco, alcuni temperamenti all'operatività del limite.

Più precisamente, il limite non operava nei casi in cui la riserva mentale del coniuge (colpevole), benché non conosciuta dall'altro, fosse però da questo conoscibile utilizzando l'ordinaria diligenza, in ragione della presenza di riscontri oggettivi.

La conoscibilità della riserva, infatti, avrebbe inciso sullo stato di non incolpevolezza (o, meglio, buona fede) del coniuge e avrebbe reso inutile la tutela di un affidamento sulla validità del vincolo che non aveva ragione di esistere²⁵.

E, ancora, il coniuge in buona fede poteva rinunciare, esplicitamente o implicitamente, alla tutela del suo affidamento e, quindi, chiedere egli stesso il riconoscimento agli effetti civili della sentenza di nullità o, comunque, non opporsi a esso, nel corso del procedimento avanti alla Corte d'Appello²⁶.

In entrambi i casi il limite non avrebbe operato, e la sentenza sarebbe stata delibata.

L'individuazione dell'affidamento del coniuge incolpevole come principio di ordine pubblico in materia ha destato più di un dubbio in dottrina.

In prima battuta perché un tale principio non trova nessuno spazio nella disciplina civilistica delle cause di nullità matrimoniali e, in seconda battuta, perché, così come interpretato dalla giurisprudenza, lascia nella disponibilità della parte l'operatività di un principio che, essendo di ordine pubblico, dovrebbe incarnare l'obiettivo di garantire la coerenza interna del sistema e non proteggere un interesse di parte, benché meritevole di tutela²⁷.

²⁵ Tra le prime si veda Cass. civ., sez. I, 3 maggio 1984 n. 2688.

²⁶ Così, sempre tra le prime, Cass. civ., 17 febbraio 1983 n. 1225; Cass. civ., 12 gennaio 1984 n. 243. Più recentemente Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 1092. È il caso di esplicitare che questa giurisprudenza è rimasta costante nel tempo. Nel caso in cui il coniuge in buona fede sia contumace la giurisprudenza non è univoca: si veda, di recente, nel senso del diniego del riconoscimento degli effetti civili Cass. civ., sez. VI, 16 giugno 2020, n.11633.

²⁷ Si veda **A. FINOCCHIARO**, *Sulla pretesa rilevanza della buona fede del coniuge incolpevole al fine della delibazione di una sentenza canonica di nullità matrimoniale contraria all'ordine pubblico*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1823 e, soprattutto sulla critica alla disponibilità delle parti di un principio di ordine pubblico **P. FLORIS**, *Autonomia confessionale*, cit., p. 277 ss.



In realtà, a ben guardare, l'affidamento del coniuge incolpevole ha un qualche rilievo nella disciplina civilistica delle nullità matrimoniali.

Esso condiziona l'applicazione delle disposizioni previste per il matrimonio nullo ma putativo (artt. 128 e seguenti c.c.), vale a dire ritenuto valido, tra cui riveste certa rilevanza la previsione di benefici di ordine patrimoniale a favore del solo coniuge in buona fede (artt. 129 e 129 bis c.c.).

In effetti è facile immaginare che sia stato proprio l'aspetto delle conseguenze patrimoniali a orientare la giurisprudenza verso un principio di ordine pubblico così soggettivo e, nei fatti, lasciato nella disponibilità delle parti.

Il coniuge in buona fede è così messo nella condizione di decidere di opporsi al riconoscimento della sentenza di nullità, ad esempio nel caso in cui si trovasse in una situazione economico-patrimoniale più debole rispetto a quella che coniuge autore della riserva.

In questo caso, infatti, il rigetto della delibazione della sentenza di nullità imporrebbe il ricorso alle discipline patrimoniali previste per la separazione civile dei coniugi e per la cessazione degli effetti civili del matrimonio (legge n. 898 del 1970 e successive modifiche), decisamente più garantiste, per il coniuge più debole economicamente, di quella prevista dalla disciplina codicistica per il matrimonio nullo ma putativo²⁸.

Si potrebbe concludere, dunque, che il principio di ordine pubblico, lasciato nella disponibilità del coniuge in buona fede, consenta a quest'ultimo una completa valutazione dei propri interessi in gioco, anche (e, forse, soprattutto ma non soltanto) di ordine economico-patrimoniale.

Questa conclusione, che non stupisce se è collegata a un principio che nasce eminentemente soggettivo come l'affidamento del coniuge sulla validità del vincolo, è in realtà applicabile anche all'altro principio, di recente elevato dalla giurisprudenza di legittimità al rango di principio di ordine pubblico, che, invece, sembrerebbe avere una valenza oggettiva, vale a dire la stabilità della convivenza coniugale.

Anche qui andiamo con ordine.

La Corte di cassazione a sezioni unite, nel 2014, ha modificato il proprio precedente orientamento su punto e ha individuato un "nuovo" principio di ordine pubblico, da valersi nel riconoscimento delle sentenze di nullità matrimoniale canoniche²⁹.

²⁸ Su questi aspetti si veda S. DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, Giuffrè, Milano, 2006.

²⁹ Le pronunce a cui ci si riferisce sono Cass., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380 con cui la Corte ha elevato a principio di ordine pubblico la convivenza ultratriennale



Il principio è destinato a impedire il riconoscimento della nullità matrimoniale nei casi in cui i coniugi abbiano avuto una stabile ed effettiva convivenza (minimo tre anni) dopo la celebrazione del matrimonio.

In questi casi, il riconoscimento della nullità è inibito posto che l'atto matrimoniale, benché viziato nel suo momento genetico, è stato vissuto come rapporto stabile dalle parti.

L'esistenza del principio di ordine pubblico della stabilità della convivenza è stata ricavata dalla Corte di cassazione più dalle Carte europee e dalla relativa giurisprudenza delle Corti competenti, largamente citate nelle motivazioni, che dalla disciplina codicistica delle nullità matrimoniali, appena accennata nella sentenza.

Infatti, come si vedrà più avanti, la necessaria tutela della convivenza è ricondotta soprattutto agli articoli delle Carte europee in materia di diritto di famiglia tra cui spicca l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come è noto, stante l'imprescrittibilità delle azioni canoniche, non sottoposte neppure a cause di decadenza, i casi di matrimoni di lunga o anche lunghissima durata sono tutt'altro che rari nella giurisprudenza matrimoniale canonica.

La decisione delle sezioni unite, dunque, al netto di qualsiasi correttivo, avrebbe rischiato di condurre a una pressoché totale chiusura dell'ordinamento nei confronti delle sentenze canoniche di nullità.

Ma anche in questo caso la giurisprudenza ha introdotto un temperamento all'operatività del limite.

L'oggettività del principio non ha impedito alla Corte di renderlo disponibile alle parti.

successiva alle nozze. Prima di allora le Sezioni unite erano intervenute sulla questione con la sentenza 20 luglio 1988, n. 4700 che, al contrario, aveva ritenuto che la convivenza più o meno prolungata successiva al matrimonio non fosse ostativa del riconoscimento della sentenza di nullità canonica. Si legge nella sentenza: "Seppure la disposizione canonica che consente l'impugnativa del matrimonio in ogni tempo è contraria al principio imperativo contenuto nel nostro ordinamento che rende impossibile l'impugnazione del matrimonio civile simulato dopo il decorso di un certo periodo di tempo dalla celebrazione, non vi è alcuna contrarietà all'ordine pubblico in tale pronuncia, non costituendo il principio della decadenza dall'impugnazione enunciazione di un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale, all'opposto, sia in campo matrimoniale che in campi diversi, conosce ipotesi di imprescrittibilità dell'impugnazione".



Infatti, il limite opera solo se la parte interessata a opporsi al riconoscimento degli effetti civili della sentenza formuli una specifica eccezione (in senso stretto) in questo senso³⁰.

In assenza di eccezioni di parte la convivenza stabile e duratura (ultratriennale) non impedisce il riconoscimento della nullità canonica³¹.

Anche in questo caso, dunque, l'atteggiamento processuale delle parti assume un peso determinante nell'accertamento del non contrasto con l'ordine pubblico, lasciato, nei fatti nella disponibilità di queste.

Ognuno dei due coniugi (e non solo quello in buona fede come nel caso della simulazione unilaterale), in caso di convivenza ultratriennale, potrà valutare la propria personale convenienza al riconoscimento agli effetti civili della sentenza di nullità e comportarsi di conseguenza.

I punti di contatto tra questi due principi ritenuti di ordine pubblico sono almeno due.

Per un verso si segnala una scarsa attenzione alla disciplina codicistica delle nullità matrimoniali, che avrebbe dovuto costituire la base da cui ricavare il principio di ordine pubblico rilevante, e, per altro verso, di contro, un'elevata attenzione per l'interesse concreto del singolo al destino del vincolo matrimoniale.

I due aspetti sono evidentemente collegati, infatti la rilevanza della disciplina codicistica avrebbe dovuto condurre a una indisponibilità del principio ritenuto preclusivo del riconoscimento.

Qualora, infatti, la giurisprudenza avesse fatto discendere l'efficacia preclusiva della convivenza successiva al matrimonio dalla disciplina codicistica delle decadenze dall'azione per vizi del consenso³² avrebbe dovuto ritenere principio di ordine pubblico non solo la stabilità del vincolo ma altresì la certezza dello *status* matrimoniale e l'oggettiva inopportunità di lasciare l'accertamento sulla nullità del matrimonio in sospeso per troppo tempo.

Principio questo certamente indisponibile alle parti.

³⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a **N. MARCHEI**, *Le Sezioni unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014/3, pp. 775 ss.

³¹ Tra le molte Cass. civ., sez. I, 13 agosto 2019, n. 21345 che sostiene che la convivenza preclusiva del riconoscimento debba essere "oggetto di un'eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio, né opponibile dal coniuge, per la prima volta, nel giudizio di legittimità".

³² Le nullità civili per vizi del consenso prevedono termini di decadenza dall'azione molto brevi che decorrono dalla convivenza o coabitazione dei coniugi successiva al matrimonio. Si vedano gli artt. 120, 122, 123 c.c.



Di contro, il principio di ordine pubblico, in entrambi i casi, è talmente soggettivizzato da lasciare in secondo piano gli aspetti di oggettiva contrarietà con l'ordinamento italiano e da confondersi con l'interesse della parte alla cui decisione è in concreto lasciata l'operatività del limite.

Ora è evidente che questo approdo è in gran parte motivato dal fatto che il coniuge economicamente debole il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo con sentenza riconosciuta agli effetti civili può (eventualmente) godere solo della limitata tutela prevista dagli artt. 129 e seguenti c.c. e, dunque, è messo nella condizione di decidere se opporsi o no al riconoscimento eccependo la violazione dell'ordine pubblico.

Benché tale obiettivo concreto sia meritevole di tutela è indubbio che l'utilizzo, allo scopo, della clausola dell'ordine pubblico sia quantomeno fuorviante e prescinda dalla *ratio* e dai contenuti di quest'ultimo che dovrebbe essere baluardo, indipendente dalla mutevole volontà delle parti, dei principi fondamentali che strutturano i diversi istituti giuridici e che connotano l'ordinamento interno.

2 - Il contenuto del limite nella recente giurisprudenza di legittimità in materia di riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri

Tali conclusioni sulla *ratio* e sui contenuti del limite dell'ordine pubblico meritano di essere indagate anche alla luce di un recente e innovativo orientamento giurisprudenziale in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri destinato a modificare sia la prima (la *ratio*) sia i secondi (i contenuti).

La questione, sulla quale sono di recente intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione e un'ordinanza di rinvio (della prima sezione della Suprema Corte) alla Corte costituzionale³³, attiene essenzialmente all'individuazione della fonte dalla quale estrapolare i principi che costituiscono l'ordine pubblico così detto "internazionale", vale a dire operante nei rapporti con ordinamenti esterni³⁴.

³³ Nelle more la Corte costituzionale si è pronunciata con una sentenza di inammissibilità (cfr. sent. n. 33 del 2021).

³⁴ Per una ricostruzione della complessa vicenda giurisprudenziale e dottrinale anche dal punto di vista della *ratio* della clausola si veda **F. ANGELINI**, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità* *Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in AIC, Osservatorio



Più specificamente il nodo da sciogliere è il “peso” da assegnare alla disciplina interna dell’istituto di riferimento (o, meglio, ai suoi principi fondamentali), sul quale incidono gli effetti del provvedimento da riconoscere, così come fissata dal legislatore nazionale nell’esercizio della sua discrezionalità.

Se si tiene ferma la *ratio* originaria del limite, vale a dire la protezione dell’armonia interna del sistema di riferimento a presidio dello “zoccolo duro” dei principi fondanti l’assetto dell’ordinamento, garante altresì della sovranità dello Stato, è indubbio che non si possa prescindere dalla disciplina interna dell’istituto interessato alla pronuncia da riconoscere o alle norme da applicare.

È pacifico che, ai fini della ricostruzione dell’ordine pubblico, non possano avere rilevanza le previsioni di dettaglio delle discipline interne, benché imperative (così detto ordine pubblico “interno”), ma solo i principi fondanti dell’istituto, rivelati dalle leggi ordinarie che regolano lo stesso e, eventualmente, dalle norme costituzionali rilevanti³⁵.

Questa soluzione è quella originariamente sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

Infatti, la Corte costituzionale, nel 1982, nel definire l’ordine pubblico si riferisce alle “regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l’ordinamento positivo”.

La definizione mostra di assegnare rilevanza all’assetto dell’ordinamento interno così come risulta dalle leggi ordinarie e dalla Carta costituzionale, assetto la cui coerenza interna deve essere protetta dall’ingresso di provvedimenti o discipline eventualmente in contrasto.

La giurisprudenza di legittimità, di contro, rivela un percorso di lenta ma progressiva riduzione all’irrilevanza della disciplina interna di

costituzionale, fascicolo 2/2020. Più diffusamente **F. ANGELINI**, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007.

³⁵ Che l’ordine pubblico internazionale non si possa sovrapporre all’ordine pubblico interno, vale a dire all’insieme delle norme imperative vigenti nell’ordinamento in un determinato periodo storico è pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza. Si veda per la giurisprudenza, tra le molte, Cass. civ. 3 maggio 1984, n. 2682 ma il principio è rimasto fermo nel tempo.

Sulla ricostruzione di queste clausole generali si veda di recente **G. PERLINGIERI, G. ZARRA**, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019: il volume ricostruisce il contenuto della clausola anche in relazione a temi sensibili quali il matrimonio poligamico, il ripudio e la maternità surrogata.



matrice ordinaria a favore di principi comuni a diversi ordinamenti e quindi condivisi quantomeno nello spazio europeo.

Dopo decenni di interpretazione del limite dell'ordine pubblico caratterizzata da una centralità della disciplina interna³⁶, alla fine degli anni novanta la giurisprudenza inizia ad arricchirsi di contenuti nuovi.

Accanto a pronunce che tendono a interpretare il limite dell'ordine pubblico in chiave ancora molto ancorata all'assetto ordinamentale e ai principi immanenti ai più importanti istituti giuridici³⁷ iniziano a trovare spazio sentenze nelle quali si richiama l'„esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo”³⁸ o, ancora le “esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo”³⁹.

In percorso è evidente: la giurisprudenza, nel breve volgere di qualche anno, inizia a mutare indirizzo e ad assegnare rilevanza, più che all'ordinamento interno e ai suoi principi fondanti, ai principi condivisi nello spazio europeo e risultanti dal dettato delle Carte europee, così come interpretate dalle rispettive Corti.

³⁶ La giurisprudenza più datata assegna primaria importanza alla disciplina interna dell'ordinamento riducendo, nei fatti, il novero dei provvedimenti riconoscibili e delle normative straniere applicabili. Si veda tra le molte Cass. civ., sez. I, 12 marzo 1984, n. 1680 in cui si legge che l'ordine pubblico è composto dal “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici”.

³⁷ Così Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2006, n. 27592, cit., in cui si legge: “principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità [...] tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico”.

³⁸ Così Cass. civ., sez. I, 26 novembre 2004, n. 22332, in cui si legge che l'ordine pubblico è composto dai “principi fondamentali della nostra Costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale”.

³⁹ Anche Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2006, n. 4040: “i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale non coincidono con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano poste a tutela del lavoratore, ma devono essere rinvenuti in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale”. Nello stesso senso, tra le molte, Cass. civ., sez. lav., 26 maggio 2008, n. 13547.



Principi, dunque, tra i quali un ruolo preminente è rappresentato dai diritti fondamentali dell'uomo, vero fulcro del diritto europeo e delle sue Carte.

Uno snodo importante si individua nella sentenza della Cassazione civile (sezione lavoro) in materia di licenziamento del 21 gennaio 2013, n. 1302 in cui si esplicita che la nozione di ordine pubblico

“è desumibile innanzi tutto dal sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria [...] dopo il trattato di Lisbona [...] si è arricchita delle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 TUE”⁴⁰.

Il definitivo passaggio in questo senso avviene in una sentenza del 2016, in cui la Suprema Corte si occupa dell'applicabilità del limite ostativo dell'ordine pubblico alla trascrizione di un certificato di nascita formato all'estero in cui un bambino risultava figlio di due madri.

La Corte definisce in prima battuta l'ordine pubblico come il

“complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”

e, subito dopo precisa che

“il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche - laddove compatibili con essa [...] - dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo”. Infine, conclude: “In altri termini, i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario”⁴¹.

La sentenza, confermata da altre pronunce successive⁴², segue un percorso molto chiaro.

Nella ricostruzione dei principi di ordine pubblico non avrebbe più nessun rilievo la disciplina interna del settore che non sia diretta

⁴⁰ Così Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 2013, n. 1302.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599.

⁴² Si veda Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878.



emanazione di irrinunciabili principi costituzionali ma che sia solo espressione della discrezionalità del legislatore.

Di contro, invece, avrebbero fondamentale importanza i principi costituzionali e quelli derivanti dalle Carte europee, i soli in grado di impedire il riconoscimento del provvedimento straniero⁴³.

Qualora il provvedimento, come nel caso di specie, contrasti con i soli principi ricavabili da discipline interne (il divieto dell'omogenitorialità) ma non con espressi principi costituzionali suffragati da principi caratterizzanti il diritto europeo il limite dell'ordine pubblico non potrà essere invocato in funzione ostativa.

In aggiunta è sottolineata a più riprese la necessità che l'ordinamento interno apra la strada a principi condivisi da altri ordinamenti europei, che trovano riconoscimento nelle Carte europee e nella giurisprudenza europea, citata a fondamento della decisione di non contrarietà con l'ordine pubblico della richiesta trascrizione.

Infatti, la giurisprudenza europea, oltre a essere utilizzata al fine di rafforzare la posizione di principi ritenuti di ordine pubblico ha altresì il compito di costituire da controlimito alla disciplina interna eventualmente in contrasto con il provvedimento da riconoscere.

Per cui, nel caso di specie, il diritto del bambino ad avere due genitori, sorretto dalla giurisprudenza europea, costituisce un valido bilanciamento della disciplina interna che non prevede la possibilità di avere genitori dello stesso sesso e, come tale, rafforza la trascrivibilità dell'atto di nascita.

Ora, è evidente che questo recente orientamento, nel negare efficacia preclusiva ai principi caratterizzanti l'ordinamento interno privi di diretto ed esplicito riconoscimento nella Carta costituzionale ribalta l'originaria *ratio* difensiva del limite dell'ordine pubblico.

Lo scopo della clausola di ordine pubblico non è più la tutela dell'armonia interna dell'ordinamento ma, al contrario, l'apertura a

⁴³ Si veda **F. SALERNO**, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 2, p. 29 ss. L'Autore, in un percorso storico-giuridico del contenuto della clausola, sottolinea come già nella seconda metà del novecento la dottrina si era aperta a interpretazioni del limite dell'ordine pubblico in chiave internazionalistica. Scrive l'Autore "l'ordine pubblico apriva l'ordinamento statale a valori e diritti estranei assumendo a giustificazione di ciò gli stessi vincoli internazionali" (p. 36). Si veda altresì **U. SALANITRO**, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4/2019, p. 737 ss.



principi e valori nuovi e diversi, purché rispondenti a principi e valori tutelati dalle Carte europee e riconosciuti dalla giurisprudenza delle Corti.

Quindi l'obiettivo, nei fatti, diventa l'armonizzazione dei diritti interni e non la tutela delle differenze tra ordinamenti e delle specificità degli stessi nei rapporti con ordinamenti esterni.

Sulla questione sono intervenute, di recente, le Sezioni unite della Corte di Cassazione.

Il caso riguardava sempre la trascrizione di un atto di nascita di un bambino con genitori dello stesso sesso ma la nascita costituiva l'esito di una maternità surrogata, punita come reato dal nostro ordinamento (legge 40 del 2004, art. 12 comma sesto)⁴⁴.

Le Sezioni unite aggiustano il tiro rispetto al recente orientamento della prima sezione.

In particolare, nella ricostruzione del contenuto dell'ordine pubblico tornano ad avere rilievo i principi ricavabili dalla disciplina interna dell'istituto interessato.

Si legge, infatti, nella sentenza che

“in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, [...] dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico”⁴⁵.

La pronuncia tenta un connubio tra principi costituzionali ed europei e disciplina ordinaria e giunge a parlare di un “diritto vivente” indispensabile nella ricostruzione dei contenuti del limite dell'ordine pubblico.

La disciplina ordinaria, dunque, lungi da essere relegata al ruolo subalterno di mero prodotto della discrezionalità del legislatore e, come tale, non meritevole di assurgere a principio di ordine pubblico diventa

⁴⁴ Art. 12.6 legge 40 del 2004: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

⁴⁵ Così Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.



diritto vivente, concreta realizzazione dei principi costituzionali e europei in grado di paralizzare l'ingresso di provvedimenti stranieri eterodossi e di fungere da credibile bilanciamento o controlimita rispetto ai diritti dell'uomo nascenti da fonti europee o, comunque, esterne all'ordinamento interno.

In quest'ottica le sezioni unite hanno ritenuto contraria all'ordine pubblico la trascrizione dell'atto di nascita da maternità surrogata posto il divieto, penalmente sanzionato, presente nella legislazione italiana.

La questione è stata di recente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale con ordinanza 8325 del 2020 della prima sezione della Corte di Cassazione.

L'ordinanza ribadisce l'interpretazione dell'ordine pubblico in funzione della promozione e valorizzazione della tutela dei diritti dell'uomo di provenienza europea⁴⁶.

Più precisamente, secondo la Corte, i diritti fondamentali dell'individuo sarebbero

“manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (ordine pubblico costituzionale)”⁴⁷.

Quindi, l'ordinanza non nega che l'ordine pubblico “internazionale” possa essere costituito anche dalla disciplina interna di settore, di fonte ordinaria, ma sostiene l'esistenza di un altro ordine pubblico, definito “costituzionale” che, nel bilanciamento degli interessi in gioco sarebbe destinato a prevalere sul primo perché espressione non solo di diritti costituzionali ma, altresì, di diritti fondamentali di matrice europea.

Nella fattispecie concreta in diritto del minore alla sua identità e all'appartenenza alla famiglia di origine dovrebbe prevalere sul divieto, sanzionato penalmente, alla maternità surrogata.

Quindi, i diritti nascenti dalle Carte europee, in quanto “vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene” supererebbero il dettato della

⁴⁶ Si veda sul cambio della *ratio* F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento*, cit., p. 189 ss. Si veda altresì A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2108, p. 6 ss.

⁴⁷ Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325.



disciplina interna, espressione della “sola” discrezionalità del legislatore statale.

3 - Brevi considerazioni conclusive: ordine pubblico e principi confessionali

A conclusione di questa breve disamina è possibile tentare una comparazione tra la ricostruzione dell’ordine pubblico effettuata dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte in relazione al riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, e quella effettuata, sempre dalla recente giurisprudenza di legittimità, in relazione al riconoscimento di provvedimenti stranieri.

Non poche sono le similitudini.

La sentenza delle Sezioni unite del 2014 in materia di nullità del matrimonio canonico trascritto, che ha superato una giurisprudenza trentennale di segno contrario, nell’assegnare efficacia preclusiva del riconoscimento degli effetti civili alla convivenza ultratriennale successiva al matrimonio, fonda la sua decisione soprattutto su fonti europee mentre il diritto interno resta in secondo piano.

Il riconoscimento della stabilità della convivenza, indipendentemente dall’esistenza di un’unione matrimoniale - che può anche mancare - è ricavato da una serie di disposizioni contenute nelle Carte europee e confermato dalla giurisprudenza delle Corti europee, emanata in relazione a casi che non sempre avevano a che fare con la nullità del matrimonio o, persino, con l’esistenza di un matrimonio.

Si legge, infatti nella sentenza,

«dall’analisi della richiamata giurisprudenza emerge, quindi, che la Corte EDU individua come “vita familiare”, garantita dall’art. 8, paragrafo 1, della CEDU, quella connotata - nell’ambito del, o fuori dal, matrimonio - da una coabitazione o da una convivenza [...] “stabili” e comunque “non transitorie”, o da rapporti affettivi “significativi e duraturi” [...], o ancora dalla presenza di figli concepiti secondo un “progetto procreativo comune”». Da questa convivenza nascerebbe una «pluralità di “diritti inviolabili”, di “doveri inderogabili”, di “responsabilità” anche genitoriali in presenza di figli, di “aspettative legittime” e di “legittimi affidamenti” degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari”»⁴⁸.

⁴⁸ Così Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379, cit.



Diritti e doveri, legittime aspettative e legittimi affidamenti che devono essere tutelati.

Il principio ritenuto di ordine pubblico non è ricavato dalla disciplina interna nella nullità matrimoniali, cui è destinato uno spazio esiguo nella pronuncia, ma dalla valorizzazione della convivenza tra due persone in sé, indipendentemente dal matrimonio, come fonte di reciproci diritti, doveri e aspettative.

Da qui la già rilevata soggettivizzazione del principio.

Se la questione è solo la tutela delle legittime aspettative dei coniugi nascenti dalla stabilità del rapporto e non altresì la certezza degli *status*, come nel regime delle nullità matrimoniali nel codice civile, non stupisce che queste (le legittime aspettative) siano lasciate nella disponibilità delle parti.

La parte potrà decidere se opporsi o meno alla delibazione, eccedendo o meno la convivenza ultratriennale e, in questo modo, realizzare o meno la sua legittima aspettativa.

Questo sembra l'esito di una ricostruzione dell'ordine pubblico basata solo o prevalentemente sui diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti nella Carta costituzionale ma, soprattutto nelle Carte europee: un ordine pubblico con forti elementi soggettivi lasciato nella disponibilità delle parti.

Ma veniamo alle differenze.

Esse sono molto evidenti soprattutto negli esiti.

Una tale ricostruzione del limite dell'ordine pubblico, applicato ai provvedimenti stranieri, porterà a una pressoché totale apertura dell'ordinamento verso questi ultimi e a una progressiva ma irreversibile armonizzazione dei diritti interni.

Di fatto la clausola di ordine pubblico opererà più come propulsore che come filtro.

Non così nei confronti del diritto canonico e dei diritti confessionali in genere, di norma caratterizzati da specificità e peculiarità (di natura, appunto, confessionale) non sempre armonizzabili ai diritti temporali e, soprattutto, non sempre riducibili alla tutela dei diritti dell'uomo così come riconosciuti dalle Carte europee.

In questi casi, come si è visto, la clausola dell'ordine pubblico recupererà tutta la sua funzione protettiva e di sbarramento in vista della tutela di diritti fondamentali dell'uomo solo in parte riconducibili alla disciplina interna dell'istituto di fonte legislativa.

E, soprattutto, tenderà a soggettivizzarsi al fine di garantire la posizione (soggettiva) del soggetto ritenuto debole o che, comunque, si ritiene bisognoso di tutela.



Il “nuovo” ordine pubblico definito “costituzionale”, dunque, rischia ormai di interferire soprattutto con i principi confessionali, ritenuti eterodossi rispetto ai principi fondanti l’assetto delle istituzioni europee⁴⁹.

⁴⁹ In proposito sono molteplici i contributi dottrinali che si sono occupati della questione della compatibilità tra il diritto di famiglia islamico e l’ordine pubblico internazionale. Tra i molti e senza pretesa di esaustività si segnalano **R. CLERICI**, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l’ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss., e **C. CAMPIGLIO**, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 43 ss. Di recente si segnala il contributo di **A. LICASTRO**, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all’estero e ordine pubblico: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020/3, p. 923 e ss., a commento della sentenza della Cassazione civile, sez. I, 7 agosto 2020 n. 17170 che ha sostenuto l’incompatibilità dell’istituto del ripudio unilaterale con l’ordine pubblico internazionale, con particolare riferimento al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazione tra uomo e donna. L’Autore, a commento critico della sentenza scrive: “Del resto, qualora il nostro ordinamento riconoscesse agli effetti civili una sentenza di ripudio, lungi dal dimostrarsi, solo per questo, disponibile ad ammettere forme di discriminazioni di genere, o di lesione della pari dignità della moglie rispetto al marito [...] prenderebbe, piuttosto, atto dell’inutilità di opporsi a una situazione giuridica ormai acquisita (quanto al venir meno del vincolo matrimoniale) nell’ordinamento straniero” (p. 948).

Sulla stessa sentenza con particolare riferimento agli aspetti legati al diritto islamico **D. SCOLART**, *La Cassazione e il ripudio (talāq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Questione Giustizia*, 12/2020 e **D. MILANI**, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio e la sua rilevanza nell’ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, di imminente pubblicazione negli Atti del Convegno.

In generale sul pluralismo in materia matrimoniale **A. MADERA**, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle “overlapping jurisdictions”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 31 del 2017, e **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2016.