

Papers

di diritto europeo



Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*
2013/n.2

URL: http://fermi.univr.it/europa/rivista_cde_verona.htm

2013 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona
ISSN 2038-0461

La rivista *online* “*Papers di diritto europeo*” raccoglie contributi sui temi dell’integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Saranno accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su http://fermi.univr.it/europa/rivista_cde_verona.htm

Direzione scientifica:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Comitato scientifico:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Prof.ssa Laura Calafà, laura.calafa@univr.it

Prof. Franco Ferrari, franco.ferrari@univr.it

Prof. Matteo Ortino, matteo.ortino@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Responsabile tecnico:

Dott. Angelo Mazzotta, angelo.mazzotta@univr.it

Editore

Centro di documentazione europea dell’ Università degli Studi di Verona

Dipartimento Studi giuridici

Via Carlo Montanari, 9

37121 – Verona (Vr)

Tel. +39.045.8028847

Fax. +39.045.8028846

cde@ateneo.univr.it

<http://fermi.univr.it/europa/>

Registrazione del Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010

La competenza dell'Unione europea in materia di separazione e divorzio,
con particolare riferimento alla legge applicabile

Maria Caterina Baruffi

Abstract

Dopo un'analisi dei fondamenti della competenza dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia, il contributo si sofferma in particolare sul regolamento 1259/2010 riguardante la legge applicabile alla separazione e al divorzio, proponendone un'indagine approfondita. Vengono affrontate, soprattutto in relazione agli altri regolamenti adottati dall'Unione europea nella materia in esame, le criticità legate all'applicazione di uno strumento che rappresenta il risultato di una cooperazione rafforzata.

La competenza dell'Unione europea in materia di separazione e divorzio, con particolare riferimento alla legge applicabile

Maria Caterina Baruffi*

SOMMARIO: 1. I fondamenti dell'azione dell'Unione europea. – 2. I problemi applicativi del regolamento 2201/2003. – 3. L'adozione del regolamento 1259/2010 con l'utilizzo della cooperazione rafforzata. – 4. La base giuridica del regolamento 1259/2010 e l'«internazionalità» della fattispecie. – 5. Il campo di applicazione materiale del regolamento 1259/2010, con particolare riguardo alle fattispecie matrimoniali. – 6. L'ambito di applicazione spaziale e temporale e il carattere universale del regolamento 1259/2010. – 7. L'autonomia riconosciuta alle parti. – 8. I criteri oggettivi. – 9. Le clausole di protezione dei sistemi nazionali. – 10. Cenni conclusivi.

1. I fondamenti dell'azione dell'Unione europea.

La cittadinanza dell'Unione europea¹ e il diritto alla libera circolazione² hanno costituito, anche grazie alla interpretazione della Corte di giustizia, gli strumenti attraverso i quali porre i cittadini sempre più al centro del cammino di integrazione, in particolare nell'ambito del diritto di famiglia³. Consentire infatti la

* Professore ordinario di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona, Direttore scientifico di questa *Rivista* e del Centro di documentazione europea.

¹ Sulle ragioni che hanno determinato l'introduzione dell'istituto ad opera del Trattato di Maastricht, v. A. TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, vol. III – t. II, *Diritto dell'Unione europea*, Torino 2011, pp. 857-866. Quanto al rapporto tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione, si veda P. MENGOZZI, *Il rapporto tra la cittadinanza degli Stati membri e la cittadinanza dell'Unione*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli 2011, pp. 435-449; e C. MORVIDUCCI, *Limiti comunitari alla revoca (e all'attribuzione?) della cittadinanza di uno Stato membro*, *ivi*, pp. 451-473. Per un'analisi dettagliata dell'istituto e dei diritti ad esso connessi cfr. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino 2010; nonché E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari 2011. Sulle implicazioni della libera circolazione e della cittadinanza dell'Unione sull'adozione della più recente normativa in materia familiare v. M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova 2010, pp. 69-109, a p. 77 ss.

² Per una ricostruzione dell'istituto v. 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*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 64-158; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza – Libertà di circolazione – Concorrenza – Aiuti di Stato*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 99-149; I. QUEIROLO e M.E. DE MAESTRI, *La libera circolazione delle persone*, in F. PREITE e A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile*, vol. 3. *Diritto comunitario*, Torino 2011, pp. 631-679.

³ Sul punto cfr. ampiamente M.C. BARUFFI, *Le conseguenze della mobilità dei cittadini UE con riferimento alle unioni*

libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione ha come conseguenza la possibilità che anche i rapporti interpersonali si svolgano al di là dei confini statali⁴, rendendo necessario un intervento a livello europeo al fine di evitare, o, quanto meno, ridurre, i rischi di discontinuità nella vita giuridica dei soggetti. La mancanza di omogeneità delle norme relative alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento delle decisioni provenienti da paesi diversi può, infatti, costituire un limite, se non addirittura un pregiudizio, all'esercizio del diritto fondamentale alla libera circolazione. La scelta di un soggetto di spostarsi da un paese all'altro può essere «fortemente» condizionata dal riconoscimento dei diritti e degli *status* di cui è titolare nello Stato di provenienza, quale quello di coniuge⁵.

Gli strumenti giuridici a disposizione delle istituzioni per garantire la libera circolazione, che costituisce ancora oggi il fine da raggiungere attraverso la normativa sulla famiglia, sono stati forniti, come noto, dal Trattato di Amsterdam⁶. Da allora il cammino legislativo europeo nel settore della cooperazione

coniugali, in M.C. BARUFFI e I. Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, pp. 141-189. I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, cit., pp. 585-607, rileva come il diritto di famiglia sia sempre più caratterizzato dall'esigenza di garantire l'autonomia privata, con una conseguente attenuazione dell'intervento statale, proprio al fine di non invadere il campo delle scelte personali. In tal modo la famiglia da «istituzione protetta in vista del perseguimento di interessi sovraindividuali e, dunque, caratterizzata dall'assunzione di ben precisi obblighi giuridici» diviene «formazione essenzialmente "privata" tesa alla realizzazione delle libertà e delle aspirazioni dei singoli componenti» (a p. 587 s.). La dimostrazione è data, ad avviso dell'A., dall'evoluzione nei paesi membri verso un modello di divorzio «sempre più rapido e "privato"» (p. 588).

⁴ Sui fenomeni cui dà vita la libera circolazione delle persone v. F. CAGGAI, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione europea*, Roma 2005, spec. p. 53 ss. e p. 66 ss.; M. CONDINANZI - C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in S.M. CARBONE-I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino 2008, pp. 31-65.

⁵ In tal senso I. QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in F. PREITE e A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile*, vol. 4. *Diritto comunitario*, t. I, Torino 2011, pp. 303-361, a p. 309. In argomento si veda L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007.

⁶ Il passaggio della cooperazione giudiziaria in materia civile dall'allora terzo al primo pilastro di quello che comunemente veniva identificato come il tempio greco (in R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., ristampa ampliata ed aggiornata, Torino 2010, p. 431, anche per le modifiche apportate a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) ha comportato la possibilità che venissero adottati con maggior facilità atti vincolanti anche in tale settore, sottoposti al vaglio della Corte di giustizia. Il Trattato di Lisbona ha quindi definitivamente razionalizzato la competenza dell'Unione inserendola nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), di cui al titolo V del Trattato sul funzionamento (TFUE), al capo 3, espressamente dedicato alla cooperazione giudiziaria civile ed ancorandone il fondamento alla realizzazione dei diritti fondamentali degli individui (R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Milano 2009, pp. 3-22, a p. 13). Sull'evoluzione della materia v. ampiamente, F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, cit., pp. 455-499; S. BARIATTI, *Cases and Materials of EU Private International Law*, Oxford 2011; L.S. ROSSI, *L'affermazione del diritto internazionale privato e processuale europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in L.S. ROSSI e M. MELLONE (a cura di), *Il diritto internazionale privato e processuale dell'unione europea*, Napoli 2011, pp. IX-XVI. Per un'analisi dettagliata delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alle varie competenze dello SLSG, v.

giudiziaria civile⁷ e, più specificamente, della famiglia è proseguito – e sta tuttora proseguendo – inesorabilmente, conoscendo battute di arresto significative e riprese, magari più lente, tanto che, seppur in mancanza di una disciplina sostanziale degli istituti, ancorata al diritto nazionale, il *corpus* di atti finora emanati e di quelli in preparazione può condurre a ritenere che si sia in presenza di un diritto di famiglia europeo⁸.

Ma è proprio per la presenza nei vari paesi di leggi materiali diverse che la soluzione va ricercata sul piano della scelta della giurisdizione competente e della legge applicabile. Se infatti vi è stato all'interno dell'Unione un progressivo avvicinamento delle discipline sostanziali nel campo del diritto privato, cionondimeno, «harmonization generally does not result in identical rules»⁹. Di qui la necessità, finché permarranno tali differenze, che al processo di armonizzazione si affianchi l'intervento delle norme di diritto internazionale privato e processuale. Tutto ciò vale a maggior ragione in quei settori in cui l'armonizzazione

R. CAFARI PANICO, *Le nuove politiche dell'Unione europea*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, cit., pp. 423-463, a p. 433 ss. e, con particolare riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia civile e al diritto di famiglia, a p. 440 ss. Sull'evoluzione del ruolo della Corte nell'ambito delle competenze di diritto internazionale privato v. P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino 2011, p. 47 ss. Per un commento al ruolo che la Corte esercita nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile v., per tutti, F. MORO, *Art. 81*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 872-896, spec. p. 880 ss.

⁷ Per un esame dei regolamenti finora emanati cfr. il sito Internet http://ec.europa.eu/justice/civil/law/index_en.htm.

⁸ Dello stesso avviso B. NASCIMBENE, *Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés: vers des règles européennes sur les régime matrimoniaux?*, in *RAE*, 2007-2008, pp. 601-609, a p. 601. In termini dubitativi sull'esistenza di un vero e proprio diritto di famiglia per la mancanza di una norma all'interno dei Trattati, anche successivamente al Trattato di Lisbona, che conferisca il potere di adottare atti vincolanti in materia attraverso uno “spossestamento” delle competenze degli Stati in materia e un conseguente trasferimento delle stesse all'Unione, I. QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 cit.*, p. 305 ss., la quale rileva tuttavia che, grazie all'attività di «armonizzazione delle discipline nazionali», la Corte di giustizia «ha ricavato dal complesso dei principi ispiratori dello spazio giudiziario europeo e dalle norme materiali contenute nel Trattato CE limiti ben precisi all'applicazione della legislazione dei Paesi membri», in particolare nel campo del diritto di famiglia (pp. 306 e 308). Analogamente A. VETTOREL, secondo cui anche in occasione delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona gli Stati non hanno inteso conferire alle istituzioni il potere di intervenire legislativamente sulle questioni materiali del diritto di famiglia, anzi hanno cercato di rafforzare i limiti e le condizioni dell'intervento dell'Unione (*Le linee evolutive nel diritto internazionale sovranazionale e comparato dei modelli familiari*, 2012, n. 3, reperibile al sito Internet www.osservatorionazionalefamiglie.it, p. 16). In senso negativo, G. BISOGNI, *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia europeo*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova 2007, pp. 17-30; C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano 2007, pp. 3-45; S.M. CARBONE e I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva “invasione” degli spazi riservati alla sovranità statale*, in S.M. CARBONE e I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino 2008, pp. 1-27; P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino 2008, pp. 207-241, a p. 211 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano 2008, pp. 89-109, spec. p. 102 ss.; P. FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti*, pp. 343-358, spec. p. 351 ss.

⁹ K. BOELE-WOELKI, *For Better or for Worse: the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, vol. 12, pp. 17-41, a p. 19.

sia limitata o, come nel campo del diritto di famiglia, ai suoi inizi. Il diverso grado di armonizzazione finisce peraltro per incidere sulla stessa formulazione delle regole di diritto internazionale privato, la cui piena neutralità è destinata ad affievolirsi quando il legislatore comunitario utilizzi, per precise scelte di politica legislativa, il criterio di collegamento per favorire un determinato soggetto o una determinata soluzione, individuando come competente il giudice o come applicabile la legge che meglio assicurino la tutela di tale soggetto o il raggiungimento di tale soluzione, facendo prevalere le esigenze materiali su quelle formali¹⁰. E' quanto accaduto nel regolamento Roma I¹¹, con riguardo alla tutela del consumatore, e, per quanto concerne i rapporti familiari, in una certa misura, con il regolamento 4/2009¹², per tutelare il creditore degli alimenti, nonché nel regolamento 1259/2010¹³, qualora la legge competente a disciplinare il divorzio non conosca tale fattispecie. In tali circostanze, il risultato perseguito sul piano sostanziale dal legislatore, rispettivamente *favor creditoris* e *favor divortii*, condiziona la regolamentazione da adottare, consentendo di “scartare” la legge, altrimenti competente, che non appaia a tal fine idonea.

E così, per far fronte alle lacune contenute nel regolamento 1347/2000¹⁴, primo atto adottato in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, seppur con riferimento agli aspetti più propriamente processuali, quali la giurisdizione ed il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze, a distanza di pochi anni è stato recepito il suggerimento francese di emanare un nuovo regolamento, più ampio, il n. 2201/2003 del 27 novembre 2003¹⁵, avente comunque ad oggetto sempre la

¹⁰ A. ALBANO, *Neutralità e norme di diritto internazionale privato comunitario*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli 2011, pp. 535-549, spec. p. 543 ss.; nonché, in precedenza, F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2006, pp. 913-940; e S.M. CARBONE, *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*, in *St. integr. eur.*, 2007, pp. 285-304.

¹¹ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»), in *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss.

¹² Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in tema di obbligazioni alimentari, in *GUUE* L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.

¹³ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

¹⁴ Regolamento del Consiglio n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, p. 19 ss., noto come Bruxelles II.

¹⁵ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE*, n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss., noto come Bruxelles II-*bis*. Sulle novità da esso apportate alla materia della responsabilità genitoriale, già a patire dall'uso terminologico v. M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. CARBONE e I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea* cit., pp. 257-281, spec. p. 263 s.; ID., *La cittadinanza dell'Unione*, cit., a p. 80 s. Per quanto concerne la parte matrimoniale esso ha in larga misura ripreso le soluzioni contenute nel precedente regolamento 1347/2000. Sulle caratteristiche generali del regolamento 2201/2003

competenza, il riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

2. I problemi applicativi del regolamento 2201/2003.

L'applicazione pratica dei titoli giurisdizionali contenuti nella parte matrimoniale del regolamento 2201/2003¹⁶ ha mostrato la necessità di porre un freno ad un uso che potremmo definire arbitrario o eccessivamente disinvolto di essi da parte del coniuge che agisce per primo. I titoli di giurisdizione ivi previsti agli articoli 3-6 hanno infatti carattere alternativo ed esclusivo (art. 6), nel senso che se ne ricorrono i presupposti applicativi non possono essere utilizzati criteri diversi di giurisdizione, senza che sia possibile configurare un ordine gerarchico tra gli stessi¹⁷.

I sette diversi fori così individuati concorrono dunque tra loro, senza che tra essi ve ne siano alcuni posti in posizione di supremazia, al dichiarato scopo di fornire una risposta flessibile alle situazioni quanto mai diversificate che la libera circolazione delle persone determina. In tale contesto il legislatore europeo ha

v., per tutti, M.C. BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento II-bis*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., pp. 175-223; I. QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201*, cit.; nonché i commenti di M.C. BARUFFI, C. RICCI, R. CAFARI PANICO, L. TOMASI, in A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto della famiglia*, 2^a ed., Padova 2011, rispettivamente a pp. 2971-2977 e 2988-3004; 2977-2988; 3004-3022; 3022-3071.

¹⁶ Il regolamento non contiene una definizione di matrimonio. Attesa l'estrema differenziazione delle discipline nazionali, alcune delle quali consentono le c.d. *partnership* registrate, sia omo che eterosessuali, altre che permettono i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso ed altre ancora che, in modo più restrittivo, richiedono perché si possa parlare di matrimonio la differenza di sesso dei nubendi, il termine deve essere interpretato in modo autonomo e «generico, lasciando così spazio ad interpretazioni anche diverse da quella che limita tale istituto alla tradizionale unione di persone dello stesso sesso» (R. CAFARI PANICO, *Artt. 21-27*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit., pp. 3004-3017, a p. 3008 s., anche per un'ampia disamina sul punto; nello stesso senso B. NASCIBENE, *Compétence juridictionnelle et loi applicable*, cit., p. 602). Parte della dottrina ritiene invece che il regolamento sia applicabile solo al «vincolo matrimoniale classico», con esclusione delle coppie omosessuali e delle convivenze, registrate o di fatto, non ricomprese nella nozione di «matrimonio» (I. QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201*, cit., p. 345; E. CALÒ e M. VELLETTI, *Cenni sul regolamento (CE) n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, in M. VELLETTI - E. CALÒ, *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo. Aspetti personali e patrimoniali. Patti prematrimoniali*, Milano 2012, pp. 9-23, a p. 11). Sulla nozione di matrimonio nell'Unione europea v. L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in S. BARIATTI, *La famiglia*, cit., pp. 47-151; ID., *La tutela degli status familiari*, cit., Padova 2007, spec. p. 3 ss. Per una ricostruzione degli istituti diversi dal matrimonio nel sistema di diritto internazionale privato cfr. M. WINKLER, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, in F. PREITE e A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile*, vol. 2. *Diritto internazionale privato*, Torino 2011, pp. 69-110. Da parte nostra riteniamo che, come meglio si vedrà oltre, sia possibile includere nella nozione tutti quegli istituti che presentano caratteristiche analoghe al matrimonio, indipendentemente dal sesso delle persone coinvolte o dal *nomen*, in quanto, diversamente, si profilerebbero ipotesi di discriminazione che il diritto dell'Unione non può tollerare. Lo Stato di volta in volta interessato avrà comunque la possibilità di «proteggersi» dall'ingresso di valori che ritiene in conflitto con i principi fondanti il suo ordinamento attraverso l'utilizzo di quegli strumenti normativi a tal fine predisposti, come l'eccezione di ordine pubblico. Sul punto v. ampiamente *infra*, par. 5 con riferimento al reg. 1259/2010.

¹⁷ Per un commento in generale alla normativa in parola cfr. C. RICCI, *Artt. 3-7*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit., pp. 2977-2988.

ritenuto di non dover riconoscere alcun margine di apprezzamento alla volontà dei coniugi di attribuire la competenza ad un giudice diverso da quello indicato legislativamente dall'operare dei criteri stabiliti, a causa dell'indisponibilità dei diritti in gioco.

Più specificamente, i criteri di giurisdizione previsti dall'art. 3 si basano essenzialmente sulla residenza abituale o comune dei coniugi o, in presenza di condizioni aggiuntive, di uno solo di essi, oppure sulla cittadinanza, fermo restando che nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda il riferimento alla cittadinanza è sostituito da quello al *domicile* (art. 3, par. 1, lett. b), inteso nella accezione utilizzata da quegli ordinamenti (art. 3, par. 2). Quest'ultima soluzione, ovvero il rinviare ai fini della qualificazione alle norme interne del foro di volta in volta competente, ricorre anche per la determinazione della cittadinanza, così come per i problemi posti dalla doppia cittadinanza, tenendo conto peraltro della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸.

La nozione di residenza abituale, diversamente dalla cittadinanza, va interpretata in via autonoma, indipendentemente dalle nozioni accolte negli Stati membri¹⁹, trattandosi di un criterio di mero fatto. In ogni caso, il riferimento all'«abitualità» serve ad eludere i problemi che altrimenti sorgerebbero ove la residenza non dovesse essere unica per entrambi i coniugi²⁰: si pensi al caso di un matrimonio tra un cittadino italiano, che lavora in Italia dove perciò trascorre parte del proprio tempo, ed una cittadina extracomunitaria che risiede con i figli in Francia dove il marito trascorre il resto del proprio tempo. In tal caso, qualunque sia la residenza di ciascun coniuge in base alle norme italiane e francesi, è certo che quella «abituale» ai fini dell'applicazione del regolamento è situata in Francia.

Due ulteriori criteri di carattere accessorio completano il quadro. L'art. 4 dispone in merito alle domande riconvenzionali, attribuendo al riguardo la competenza al giudice competente in via principale, sempre che la domanda attenga ad una materia disciplinata dal regolamento. L'art. 5 prevede invece la possibilità della conversione della separazione personale in divorzio, ovvero che il giudice che ha pronunciato la prima sia competente, anche se non lo sarebbe più in base all'art. 3, perché, ad esempio, è nel frattempo mutata la residenza di uno dei coniugi, a pronunciare il divorzio, sempre che, ovviamente, la legislazione dello Stato in questione lo consenta. Tale conversione non sarebbe peraltro possibile in base al diritto italiano, in quanto la pronuncia di divorzio costituisce una decisione nuova e distinta rispetto a quella di separazione, non

¹⁸ Per un'analisi dettagliata dei problemi che si possono porre v. S. BARIATTI, *Multiple Nationalities and EU private International Law. Many Questions and Some tentative Answers*, in *Yearbook of Private International Law*, XIII-2011, pp. 1-19; ID., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 671-706, spec. p. 702 ss.; e R. BARATTA, *Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 573-606, spec. p. 587 ss.

¹⁹ Su di essa v. C. CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 242-249; C. RICCI, *Artt. 3-7 cit.*, p. 2980 s.

²⁰ Si veda sul punto la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 17 febbraio 2010, n. 3680 che ha fatto

potendo essere qualificata come una semplice conversione²¹.

In virtù dell'accennato carattere «esclusivo» dei criteri di giurisdizione di cui agli articoli 3, 4 e 5, il coniuge che risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro (o ha il proprio *domicile* nel Regno Unito o in Irlanda) può essere convenuto in giudizio in uno Stato membro soltanto in base ad uno dei criteri di competenza previsti dal regolamento stesso, senza che sia possibile ricorrere alle norme di diritto internazionale privato vigenti nel foro, alle quali è invece ammissibile far riferimento nei casi indicati dall'art. 7 che reca la rubrica «Competenza residua». In base a tale norma è infatti consentito ai giudici degli Stati membri di invocare le norme giurisdizionali dell'ordinamento interno per fondare la propria competenza, quando l'applicazione dei criteri di giurisdizione indicati nel regolamento non porterebbe alla competenza di alcun foro all'interno dell'Unione. Di fatto, il ricorso a tale forma di competenza ha natura del tutto eccezionale, avvenendo unicamente «al fine di adire i giudici dello Stato membro di cui il coniuge convenuto ha la cittadinanza (o il *domicile* se si tratta del Regno Unito o dell'Irlanda), e soltanto quando non vi sia alcun altro foro disponibile in altri Stati membri»²². La norma di chiusura dell'art. 7 consente, pertanto, l'applicazione dei criteri giurisdizionali stabiliti a livello nazionale solo quando non è possibile, sulla base dei criteri stabiliti negli artt. da 3 a 5, determinare la giurisdizione di un giudice di uno Stato membro (par. 1). Tale norma ha peraltro posto tutta una serie di problemi interpretativi²³, soprattutto se letta congiuntamente con l'art. 6 che afferma il carattere esclusivo dei criteri di giurisdizione indicati nel regolamento. Nel caso infatti in cui il coniuge convenuto abbia la cittadinanza di uno Stato dell'Unione, ma risieda in un paese terzo, è possibile che ricorra la fattispecie di cui all'art. 7. Sul punto è stato rilevato che, giacché l'art. 6, lett. b precisa che il coniuge che abbia la cittadinanza di uno Stato membro non può essere convenuto in giudizio in uno Stato diverso da quello della cittadinanza stessa, l'operatività delle norme interne sulla giurisdizione finisce per essere circoscritta al caso «in cui si intenda instaurare un procedimento nel paese di cittadinanza del coniuge convenuto, e non ricorra altro criterio di competenza previsto dal regolamento»²⁴. In tale circostanza tuttavia, se dal punto di vista dell'ordinamento italiano non esistono problemi a determinare comunque la giurisdizione sulla base delle norme interne, facendo l'art. 32 della legge 218/95 riferimento al criterio della

prevalere la residenza di fatto su quella anagrafica ai fini dell'identificazione dell'abitudine della residenza stessa.

²¹ Per tutti, da ultimo, I. QUEIROLO – L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 361.

²² A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato della famiglia e delle successioni: un sorvolo*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino 2009, pp. 477-510, a p. 485 s.).

²³ Per possibili soluzioni a tali problemi v. Commissione, Libro verde sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio del 14 marzo 2005 (COM(2005) 82 def.), con riguardo, per esempio alla proroga di giurisdizione (reperibile al sito Internet <http://eur-lex.europa.eu>): B. NASCIBENE, *Compétence juridictionnelle et loi applicable*, cit., p. 602 s. Si veda anche C. RICCI, *I fori «residuali» nelle cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti*, cit., pp. 865-878, spec. p. 874 ss.

²⁴ S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano 2011, p. 87.

cittadinanza di uno dei coniugi²⁵, lo stesso non necessariamente si verifica in altri ordinamenti.

Il ricorso alle norme giurisdizionali interne sarà possibile quando il convenuto non abbia la cittadinanza di alcuno Stato membro (né il *domicile* nel Regno Unito o in Irlanda) e sia residente in uno Stato terzo. Di tale possibilità potrebbero avvalersi i cittadini di uno Stato membro che, residenti in un altro Stato membro, potranno invocare le norme giurisdizionali di quest'ultimo Stato alle condizioni dei cittadini di tale Stato nei confronti di un convenuto ritenuto, in base agli elementi surricordati, estraneo all'Unione (art. 7, par. 2).

Ad analoghe conclusioni si giungerebbe ove si ritenesse invece che le norme nazionali sono invocabili quando nessuno dei titoli di giurisdizione si localizza nel territorio dell'Unione in quanto in base ai criteri esorbitati potrebbero essere comunque convenuti i cittadini di paesi terzi che non vivono nel territorio europeo, mentre i cittadini o i residenti in uno Stato membro non potrebbero essere convenuti che in tale paese²⁶.

Di fronte alle incertezze interpretative è dovuta intervenire la Corte di giustizia a chiarire i rapporti tra gli artt. 3, 6 e 7 nel caso *Lopez*²⁷, relativo ad una cittadina svedese, coniugata con un cittadino cubano, con cui aveva risieduto in Francia in costanza di matrimonio, e che aveva mantenuto la residenza francese anche successivamente alla crisi coniugale e al ritorno del marito a Cuba, suo paese di origine. La Corte ha in tale ipotesi escluso la possibilità di invocare l'art. 7 - e quindi di radicare la giurisdizione in Svezia sulla base dei criteri stabiliti dalle norme nazionali - stabilendo che, nel caso in cui il convenuto non sia residente in uno dei paesi dell'Unione e non ne abbia nemmeno la cittadinanza, ma sia possibile individuare la competenza giurisdizionale sulla base di uno qualsiasi dei criteri stabiliti nel regolamento, ciò è sufficiente a rendere applicabile l'art. 3. Sulla base di tale considerazione la Corte ha quindi escluso sussistenza della giurisdizione svedese individuata sulla base dell'art. 7, in quanto, facendo applicazione dell'art. 3, sarebbe stato possibile individuare un altro giudice competente, vale a dire quello francese, in virtù della residenza in quel paese mantenuta dalla ricorrente, indipendentemente dalla sua cittadinanza (svedese) e dalla cittadinanza extracomunitaria del marito, ormai residente a Cuba. In altre parole, ad avviso della Corte, il regolamento deve trovare applicazione, indipendentemente dal fatto che il convenuto sia cittadino di un paese terzo e risieda al di fuori dell'Unione, sulla base del dato fattuale dell'esistenza di un giudice di uno Stato membro

²⁵ Si veda F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Riv. dir. int., priv. proc.*, 2007, pp. 63-84, spec. p. 77 ss., anche per l'analisi degli ulteriori titoli di giurisdizione previsti dalla l. 218/1995; nonché S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 85 ss.

²⁶ Sulle diverse interpretazioni cui hanno dato adito le norme in parola v. S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 66 ss.

competente in virtù di uno qualunque dei criteri stabiliti nell'art. 3²⁸.

3. L'adozione del regolamento 1259/2010 con l'utilizzo della cooperazione rafforzata.

La delineata molteplicità di fori (alternativi) previsti dal regolamento mostra un accentuato *favor* per la riacquisizione, da parte dei coniugi, dello *status* libero. Tale *favor divortii* pervade il regolamento 2201/2003²⁹, a tal punto da comportare la non riconoscibilità delle decisioni negative, vale a dire quelle che rifiutano di pronunciare lo scioglimento del matrimonio (o l'annullamento o la separazione personale).

La scelta operata dal legislatore comunitario di facilitare la possibilità per i coniugi di ricorrere agli istituti della separazione e del divorzio, attraverso la previsione di numerosi criteri di giurisdizione alternativi, non è stata tuttavia scevra da problemi. Essa ha infatti dato luogo a quel fenomeno di scelta della giurisdizione, c.d. *forum shopping*, e conseguente corsa al tribunale, c.d. *forum running*³⁰, da parte del coniuge che per primo agisce, che porta con sé inevitabili incertezze sulla legge applicabile. Il ricorrente ha infatti la possibilità di scegliere di radicare il procedimento nello Stato la cui legislazione sia, ad esempio, più favorevole nel merito, anche se il legame con quel territorio è estremamente affievolito o solo formale, allo scopo di trarne un beneficio economico personale e di arrecare un pregiudizio all'altro coniuge, generalmente più debole economicamente. Ciò in quanto non è infrequente che la medesima causa matrimoniale possa essere regolata in base a norme materiali diverse nei singoli Stati membri³¹.

Proprio la mancanza nel regolamento 2201/2003 della disciplina relativa alla legge applicabile ha

²⁷ Sentenza del 29 novembre 2007, C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo, reperibile al sito Internet www.curia.eu. Per una casistica di decisioni interne sul punto cfr. C. RICCI, *Artt. 3-7 cit.*, p. 2987 s.

²⁸ La Corte inoltre estende l'operatività del reg. 2201/2003 anche ai cittadini di Stati terzi «che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità dei criteri di competenza previsti dal detto regolamento, criteri che, secondo il dodicesimo 'considerando' del reg. 1347/2000, si fondano sul principio che deve esistere un reale nesso di collegamento tra l'interessato e lo Stato membro che esercita la competenza», in nome della libera circolazione delle persone (punto 26).

²⁹ M.C. BARUFFI, *Artt. 1-2*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit., pp. 2971-2977, a p. 2974.

³⁰ La dottrina non è unanime nel ritenere che il *forum shopping* operi negativamente in materia di divorzio, in quanto coerente con la filosofia del *favor divortii* e comunque in grado di costituire un fattore di armonizzazione dei diritti materiali degli Stati membri. Inoltre, ben difficilmente esso potrebbe degenerare in *forum running*, come invece accade in altri settori del diritto civile e commerciale: così A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato della famiglia e delle successioni*, cit., spec. p. 489.

³¹ Per una disamina delle diverse normative nazionali cfr. il sito Internet http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_gen_it.htm; in dottrina, A. CAGNAZZO, *I divorzi internazionali europei*, in F. PREITE e A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili*, cit., vol. 4, t. I, pp. 159-180, spec. p. 165 ss.; P. FRANZINA, *Note introduttive I*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2011, pp. 1435-1441, a p. 1438.

determinato il perdurare dell'applicabilità delle norme sui conflitti di legge in vigore in ciascun paese³², ivi comprese le eventuali convenzioni internazionali, e fatto sorgere l'esigenza che venisse emanata una specifica normativa europea in materia.

Inoltre, l'eccessiva rigidità della clausola della litispendenza contenuta nell'art. 19 del regolamento 2201/2003 può indurre ad anticipare i tempi per l'avvio dei procedimenti, in quanto preclude l'instaurazione di un procedimento parallelo in un altro Stato³³, mentre la decisione finale è automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri (*ex art. 21*), in specie anche in quelli la cui legislazione subordini la concessione del divorzio a condizioni più restrittive, stante il fatto che la divergenza fra le leggi sostanziali applicabili non può costituire, per espressa previsione dell'art. 25, motivo per il rifiuto del riconoscimento³⁴.

In presenza di un numero sempre crescente di separazioni e di divorzi transfrontalieri³⁵ si rendeva quindi necessaria una regolamentazione globale del fenomeno da parte delle istituzioni europee, che cercasse di risolvere i problemi sopra menzionati.

Le dimensioni del fenomeno e l'insufficienza della normativa in vigore, sotto i diversi profili sopra accennati del *forum shopping* e della mancanza di disciplina della legge applicabile, hanno indotto le istituzioni comunitarie ad intervenire già dal 2005 con l'adozione da parte della Commissione del libro verde sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio³⁶, allo scopo di avviare un'ampia consultazione su tali temi. Sul piano della giurisdizione, il Libro verde affrontava i problemi posti soprattutto dalle norme in tema di competenza residuale e di litispendenza previste dal regolamento 2201/2003, suggerendo proposte atte ad assicurare la certezza giuridica e la prevedibilità delle soluzioni, evitando il rischio di *forum shopping*. Per

³² Per quanto concerne l'ordinamento italiano il riferimento era alle disposizioni contenute nella legge 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato e, in particolare, l'art. 31 per la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio.

³³ Per un commento v. M.C. BARUFFI, *Artt. 16-20*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit., pp. 3000-3004, a p. 3002 s.

³⁴ Sulla disciplina del riconoscimento automatico delle decisioni, basata sulla «*reciproca fiducia* che deve regolare i rapporti fra gli Stati membri ai fini della creazione di un autentico spazio giudiziario europeo» cfr. R. CAFARI PANICO, *Artt. 21-27*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit., pp. 3004-3017, a p. 3006.

³⁵ Come ben evidenziato nella Relazione della Commissione alla proposta di decisione n./ 2010/EU del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, Bruxelles, 24 marzo 2010, (COM(2010) 104 def., 2010/0066 (APP), reperibile al sito Internet <http://eur-lex.europa.eu/>) nel 2010, 16 milioni di matrimoni su circa 122 milioni, vale a dire il 13%, erano internazionali; nel 2007 avevano carattere internazionale circa 300.000 matrimoni su un totale di 2.400.000 (punto 19). Inoltre, su 1.040.000 di divorzi pronunciati sempre nel 2007 all'interno dell'Unione, il 13% circa (140.000) presentava elementi di estraneità rispetto al singolo ordinamento nazionale. I paesi in cui il fenomeno è particolarmente sentito sono quelli di dimensioni maggiori, vale a dire Germania con 34.000 casi, Francia con 20.500 e Gran Bretagna con 19.500 (punto 20). In Italia il fenomeno assume dimensioni più limitate, anche rispetto alla media europea, essendosi nello stesso anno registrati 3.000 divorzi "transnazionali", vale a dire circa il 6% del totale (punto 26, nota 16).

³⁶ COM(2005) 82 def., cit. Per un commento si veda S. TONOLO, *Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2005, pp. 767-773; B. NASCIBENE, *Compétence jurisdictionnelle et loi applicable*, cit., p. 602 s.

ottenere tale risultato la Commissione aveva proposto l'introduzione della proroga di giurisdizione in materia matrimoniale, attualmente non prevista, e reso più flessibili le norme sulla litispendenza; sul versante della legge applicabile, veniva introdotta la possibilità di scegliere la normativa che regolasse la fattispecie.

Il 17 luglio 2006 è stata quindi emanata la proposta di regolamento modificativa del regolamento 2201/2003 per quanto concerne la competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e introduttiva delle norme sulla legge applicabile³⁷. Punti qualificanti della proposta erano la previsione di norme di conflitto armonizzate in materia di divorzio e separazione al fine di rendere certo e prevedibile il diritto applicabile, garantendo ai coniugi un'ampia possibilità di scelta, aumentando così la flessibilità normativa e riconoscendo ampio spazio all'autonomia delle parti, sulla scorta delle osservazioni formulate nel libro verde. Per consentire l'entrata in vigore del regolamento era tuttavia necessaria l'unanimità in seno al Consiglio che, a causa di insormontabili difficoltà, non è mai stata raggiunta³⁸, determinando l'abbandono della proposta di lì a poco tempo.

La ragione dell'impossibilità di ottenere il necessario consenso di tutti gli Stati membri risiede nella volontà di alcuni Stati membri - quelli maggiormente attaccati alle prerogative nazionali - di non spogliarsi delle proprie competenze in settori delicati quali sono il diritto di famiglia³⁹, in generale, e il divorzio, in

³⁷ Proposta di regolamento del Consiglio del 17 luglio 2006 che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006) 399 def., reperibile al sito Internet <http://eur-lex.europa.eu>. Sulla posizione espressa dal Parlamento europeo nella risoluzione legislativa del 21 ottobre 2008 sulla proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale (COM(2006)0399 — C6-0305/2006 — 2006/0135(CNS), in *GUUE* C 15/E del 21 ottobre 2008, p. 128 ss.) cfr. B. NASCIBENE, *Compétence juridictionnelle et loi applicable*, cit., p. 605 s. Per un commento alla proposta di regolamento v. F. POCAR, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. BARIATTI, *La famiglia*, cit., pp. 267-278; A. FIORINI, *Rome III – Choice of Law: Is the Europeanization of Family Law Going too Far?*, in *Int. J. Law, Policy and Family*, 2008, pp. 178-205; B. NASCIBENE, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in S.M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit., pp. 207-218; ID., *Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?*, in *Fam. dir.*, 2009, pp. 529-535; I. QUEIROLO, *L'intervento comunitario in tema di separazione e divorzio: la proposta Bruxelles II-bis e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano*, in S.M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit., pp. 219-254; J. CARRACOSA GONZÁLES - F. SEATSU, *Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 567-588.

³⁸ Sul punto v. I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2011, pp. 113-144, spec. p. 124 e p. 131; e M. SALORD, *L'Europe divorce! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce*, in *AJ Famille*, 2011, p. 97 ss.

³⁹ Ad avviso di parte della dottrina, infatti, «[i]l n'est pas certain qu'en introduisant dans le traité d'Amsterdam la possibilité de recourir à un mécanisme de coopération renforcée les États membres aient pensé à un domaine *a priori* aussi éloigné des compétences de l'Union que le droit de la famille» (così S. IDOT, *Le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées*, in *Europe*, février 2011, n. 2, p. 2).

particolare, condizionati da scelte più di politica legislativa che di carattere prettamente giuridico. In particolare, determinante è stato il timore di quei paesi in cui il divorzio può essere ottenuto facilmente di dover applicare, per mezzo delle norme di conflitto contenute nel regolamento, normative di altri ordinamenti che invece prevedono tempi più lunghi o maggiori difficoltà per lo scioglimento del vincolo coniugale⁴⁰.

Così, nel luglio 2008, il Consiglio prendeva atto della volontà di alcuni Stati di instaurare una cooperazione rafforzata⁴¹.

Di fronte pertanto alla perdurante volontà di tutti gli Stati di non proseguire unitariamente il cammino d'integrazione normativa, il 24 marzo 2010, a seguito della richiesta di dieci Stati⁴², la Commissione formulava una nuova proposta di regolamento⁴³, limitata alla sola legge applicabile, divenuta, in tempi estremamente rapidi, dopo l'autorizzazione all'instaurazione di una cooperazione rafforzata da parte del Consiglio⁴⁴ e l'approvazione del Parlamento⁴⁵, il nuovo regolamento 1259/2010 del 20 dicembre 2010⁴⁶, con riguardo ai rapporti aventi carattere transnazionale.

A differenza della proposta del 2006 che si occupava anche di giurisdizione, tale regolamento si limita a stabilire norme uniformi in materia di legge applicabile alle separazioni personali e ai divorzi⁴⁷, non

⁴⁰ Sulle diverse posizioni nazionali contrarie all'adozione del regolamento cfr. E. BERGAMINI, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo Regolamento 1259/2010*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, cit., pp. 409-422, spec. p. 416, in nota 24.

⁴¹ Per un commento cfr. K. BOELE-WOELKI, *To be or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union*, in *Victoria University of Wellington Law Rev.*, 2008, vol. 29, pp. 779-792; J. CARRACOSA GONZÁLES-F. SEATSU, *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di regolamento "Roma III"*, in *St. integr. eur.*, 2010, pp. 49-78, p. 1 ss.

⁴² Si trattava di Austria, Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Lussemburgo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria, la cui popolazione ammonta a circa 227,5 milioni di persone, circa il 46% della popolazione totale dell'Unione, stimata nel 2009 in circa 494 milioni (COM(2010) 104 def., 2010/0066 (APP), cit., punto 24). Il 3 marzo 2010 la Grecia ha ritirato la propria richiesta. Hanno quindi presentato domanda di partecipazione Germania, Belgio, Lettonia, Portogallo e Malta.

⁴³ Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, Bruxelles 24 marzo 2010, COM(2010) 105 def. In dottrina v. O. LOPEZ PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 126-139.

⁴⁴ Decisione del Consiglio del 12 luglio 2010 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, in *GUUE* L 189 del 22 luglio 2010, p. 12 s.

⁴⁵ 16 giugno 2010, IP/10/747.

⁴⁶ In base al suo art. 21, il regolamento è entrato in vigore il 30 dicembre 2010, anche se la sua applicazione è differita al 21 giugno 2012, ad eccezione della previsione di cui all'art. 17 relativo alle informazioni che gli Stati devono fornire, che è invece applicabile dal 21 giugno 2011. Per un commento si vedano M.C. BARUFFI, *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Dir. un. eur.*, 2011, pp. 867-893; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. dir.*, 2011, pp. 1053-1065; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 601-624.

⁴⁷ Non riguarda invece l'annullamento del matrimonio, a differenza del reg. 2201/2003. Sul campo di

incidendo sull'*acquis communautaire*, vale a dire sul regolamento 2201/2003, che non viene pertanto modificato.

L'abbandono della proposta di regolamento del 2006 ha fatto emergere le differenti posizioni nazionali in merito alla opportunità di dare vita o meno ad una normativa comune in tema di individuazione della legge applicabile alle separazioni personali e ai divorzi aventi elementi di estraneità, immediatamente precettiva e soprattutto sottoposta al vaglio interpretativo della Corte di giustizia, in quanto maggiormente qualificata rispetto alle singole autorità giurisdizionali nazionali. Nel far ciò si dovranno tenere in considerazione gli obiettivi propri del regolamento 1259/2010, vale a dire flessibilità, prevedibilità e certezza del diritto, oltre che libera circolazione delle persone. Ciò comporta che non sarà possibile utilizzare l'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento ad altri atti, quando il contesto e lo scopo dell'atto sono diversi, seppur sempre rientranti in ambito di diritto di famiglia. In tal modo l'interpretazione fornita dalla Corte si imporrà con tutta la sua forza in tutti i paesi membri, senza che si possano verificare difformità applicative della medesima norma.

L'abbandono dell'idea di uniformare le differenti normative nazionali ha comportato la decisione di ricorrere, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea⁴⁸, allo strumento della cooperazione rafforzata per la legge applicabile. Ne deriva che esso è vincolante solo per i quattordici paesi che vi partecipano, vale a dire Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria. Tali paesi rappresentano comunque oltre il 60% della popolazione dell'Unione.

L'istituto delle cooperazioni rafforzate⁴⁹, disciplinato dagli artt. 20 TUE e 326-334 TFUE, ha lo scopo di consentire, nelle materie di competenza non esclusiva dell'Unione, a determinati Stati membri di promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione stessa attraverso l'adozione di atti, laddove non sia possibile l'adesione di tutti gli Stati a tali iniziative. Ora, uno degli obiettivi che l'Unione si prefigge è proprio di offrire ai propri cittadini un'area di sicurezza, giustizia e libertà all'interno dei suoi confini in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, come previsto dall'art. 3, par. 2 TUE. D'altra parte, garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, e di conseguenza il mutuo riconoscimento delle

applicazione del reg. si veda *infra*, par. 5.

⁴⁸ Sui precedenti delle cooperazioni rafforzate si veda, per tutti, F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 297-306.

⁴⁹ Per un'analisi dettagliata delle cooperazioni rafforzate nel campo delle relazioni familiari, si veda A. FIORINI, *Harmonizing The Applicable Law To Divorce And Legal Separation-Enhanced Cooperation As The Way Forward?*, in *ICLQ*, 2010, vol. 59, pp. 1143-1158, spec. p. 1145 ss.; S. PEERS, *Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*, in *Eur. Constitutional Law Rev.*, 2010, n. 6, pp. 339-358. In generale, sull'istituto v. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., p. 129 ss.; ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 5^a ed., Torino 2010, p. 97ss.; G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 5^a ed., Torino 2011, p. 39 ss.

stesse, rientra tra gli obiettivi della cooperazione giudiziaria civile che, a sua volta, costituisce uno dei settori dell'area di giustizia. Essendo l'armonizzazione delle regole sui conflitti di legge indispensabile per facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni, la cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione personale e al divorzio costituisce dunque uno strumento utile al fine di rafforzare il processo di integrazione in una parte comunque rilevante del territorio dell'Unione⁵⁰.

Va anche ricordato che la cooperazione rafforzata costituisce uno strumento «irrinunciabile ed inevitabile» attraverso cui «conciliare l'ampliamento dell'Unione con la necessità di non disperderne progressivamente i valori politici che ne restano a fondamento»⁵¹. Ad essa si può però ricorrere solo quando il Consiglio accerti che non vi sia altro modo per la realizzazione degli obiettivi previsti in un tempo ragionevole.

Inoltre, la cooperazione rafforzata deve rispettare i Trattati e il diritto derivato vigente, ed è per tale ragione che non è stato possibile instaurarne una in materia di giurisdizione, in quanto la stessa è già regolata dal regolamento 2201/2003.

Occorre altresì rispettare l'art. 18 TUE, che vieta qualunque forma di discriminazione basata sulla nazionalità, per il carattere universale delle regole sulla legge applicabile previste nel regolamento, ed in effetti il regolamento si applica a tutti i procedimenti instaurati davanti ad un'autorità giurisdizionale di uno degli Stati partecipanti⁵², indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle parti.

Ancora, la cooperazione rafforzata non può recare pregiudizio al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale e non può ostacolare o discriminare il commercio né provocare distorsioni di concorrenza fra gli Stati membri, oltre a non poter riguardare competenze esclusive dell'Unione. La cooperazione giudiziaria civile, in specie in materia di famiglia, soddisfa tale requisito, dato che la materia che ne è oggetto rientra tra quelle concorrenti con gli Stati membri⁵³. La valutazione che le istituzioni sono

⁵⁰ COM(2010) 104 def., 2010/0066 (APP), cit., punto 31 ss.

⁵¹ Così E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio*, in *Sud in Europa*, ottobre 2007, p. 1-2, a p. 2.

⁵² Sulla nozione di autorità giurisdizionale contenuta nell'art. 3, n. 2 del regolamento v. G. ROSSOLILLO, *Art. 1*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., a p. 1449 s.; nonché P. FRANZINA, *Art. 3, ivi*, pp. 1465-1467, a p. 1466 s.

⁵³ Cfr. l'art. 4 TFUE per l'elencazione esemplificativa delle materie rientranti in tale tipologia, quali: mercato interno, politica sociale, agricoltura e pesca, con l'eccezione della conservazione delle risorse biologiche del mare che rientra nelle competenze esclusive dell'Unione (art. 3), ambiente, protezione dei consumatori, reti transeuropee, energia, spazio di libertà, sicurezza e giustizia, problemi comuni in materia di sanità pubblica, con il limite che si tratti degli aspetti disciplinati dal Trattato. Si veda anche il protocollo (n. 25) sull'esercizio della competenza concorrente che limita l'esercizio di tali competenze agli «elementi disciplinati dall'atto dell'Unione», senza estensione all'intero settore. V., infine, la dichiarazione n. 18 relativa alla delimitazione delle competenze, in cui è affermato che tutte le competenze non attribuite all'Unione appartengono agli Stati membri e che solo questi ultimi possono, secondo la procedura di revisione ordinaria, aumentare o sottrarre competenze all'Unione. In argomento, per tutti, R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., p. 36 ss.; R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. un. eur.*, 2010, pp. 517-554; F. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7ª ed., Padova 2012, p. 94 ss.

chiamate ad effettuare in merito al mancato pregiudizio al mercato comune e, in particolare, alla libera circolazione delle persone, che ne rappresenta un settore importante, risulta essere delicata e soprattutto frutto di un giudizio estremamente discrezionale, tanto che un'eventuale errore di valutazione non potrebbe costituire causa di «illegittimità della decisione di autorizzazione»⁵⁴. Il secondo requisito, vale a dire il mancato ostacolo per gli scambi e le mancate distorsioni alla concorrenza, si differenzia sensibilmente dal primo, in quanto comporta una valutazione di stretto diritto che dovrà essere operata in primo luogo dal Consiglio, ma anche da tutte le altre istituzioni coinvolte, in particolare dalla Corte di giustizia⁵⁵.

La procedura da seguire per varare una cooperazione rafforzata è lunga e complessa: la richiesta, che deve precisare il campo di applicazione e gli obiettivi perseguiti, deve provenire da almeno nove Stati ed essere indirizzata alla Commissione che può presentare al Consiglio una proposta al riguardo, nel rispetto del settore precisato nella richiesta degli Stati e delle linee guida fondamentali già discusse e accettate dal Consiglio. L'autorizzazione alla cooperazione rafforzata proviene dal Consiglio, su approvazione del Parlamento, quando esso ritiene che gli obiettivi previsti non possano essere realizzati entro un tempo ragionevole dall'Unione nel suo insieme. Gli atti così emanati sono vincolanti solo per gli Stati che hanno partecipato alla cooperazione e in seno al Consiglio hanno diritto di voto solo i rappresentanti di quegli stessi Stati. Ogni Stato membro ha tuttavia la possibilità di presentare la propria richiesta di partecipazione, nel rispetto delle condizioni eventualmente fissate⁵⁶.

Trattandosi di competenza non esclusiva dell'Unione europea, la cooperazione rafforzata deve rispettare il principio di sussidiarietà⁵⁷, il che si verifica nella specie in quanto, in presenza di normative nazionali estremamente differenziate, le singole azioni nazionali sarebbero inadeguate, mentre l'azione dell'Unione potrebbe essere maggiormente efficace per il raggiungimento degli obiettivi che il regolamento si propone di realizzare. Inoltre, la cooperazione rafforzata deve attenersi al principio di proporzionalità: ad avviso delle istituzioni, tale requisito risulta rispettato, posto che al considerando 29 si legge che il regolamento «si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi», senza comportare restrizioni eccessive alle competenze nazionali in materia⁵⁸. In conformità poi alle nuove disposizioni del Trattato di

⁵⁴ F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate*, cit., spec. p. 302.

⁵⁵ Così F. POCAR, *The European harmonisation of conflict of law rules on divorce and legal separation: is enhanced cooperation a correct approach?*, in *Int. Family Law*, March 2012, pp. 24-26, a p. 24.

⁵⁶ Fino al momento della presentazione della domanda di adesione alla cooperazione rafforzata nei paesi non partecipanti continuano ad applicarsi le norme di diritto internazionale privato in essi in vigore. Per una dettagliata analisi esemplificativa delle diverse situazioni che si possono verificare v. COM(2010) 104 def., 2010/0066 (APP), cit., punto 45 ss.

⁵⁷ Per tutti, cfr. O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *St. integr. eur.*, 2010, pp. 631-651, spec. p. 639 ss.; P. KIIVER, *The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a Conseil d'Etat for Europe*, in *ELR*, 2011, pp. 98-108.

⁵⁸ Le giustificazioni adottate dalle istituzioni relativamente all'utilizzo della cooperazione rafforzata e degli

Lisbona, la procedura di adozione del regolamento ha coinvolto anche i parlamenti nazionali⁵⁹, ai quali il progetto di atto legislativo è stato preventivamente trasmesso.

Avendo, infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea carattere vincolante, secondo il disposto dell'art. 6, par. 1, TUE, nel regolamento le istituzioni dichiarano esplicitamente di voler rispettare i diritti fondamentali enunciati nella Carta stessa e, in particolare, il divieto di qualunque forma di discriminazione proclamato nel suo art. 21, ed auspicano che anche le autorità giurisdizionali dei paesi membri, quando chiamate ad applicare il regolamento, si conformino a tali principi⁶⁰.

Conseguenza della scelta effettuata è la coesistenza di diversi regimi giuridici applicabili a seconda degli Stati in considerazione, con il rischio di vanificare, almeno in parte, proprio quello che avrebbe dovuto essere lo scopo della nuova normativa, ovvero una maggiore certezza giuridica.

4. La base giuridica del regolamento 1259/2010 e l'«internazionalità» della fattispecie.

Base giuridica del regolamento, ai fini del rispetto del principio di attribuzione delle competenze, è l'art. 81 TFUE⁶¹, norma di apertura del capo 3, specificamente dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia civile, del titolo V relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Esso, innovando sensibilmente rispetto all'art. 65 TCE, differenzia le decisioni relative al diritto di famiglia dalle altre rientranti nella cooperazione giudiziaria in materia civile, anche se si riferisce pur sempre a situazioni aventi implicazioni transnazionali, allo scopo di realizzare un sistema di riconoscimento reciproco delle decisioni all'interno dell'Unione.

La norma dedicata espressamente al diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere è il par. 3 dell'art. 81, che, in deroga alla regola generale, contenuta nel par. 2, dell'adozione delle decisioni secondo la procedura legislativa ordinaria, prevede che in questo campo si deliberi secondo una procedura legislativa speciale. In base ad essa il ruolo del Parlamento europeo risulta assolutamente marginale, essendo prevista la sua mera consultazione, mentre è il Consiglio che detiene il potere normativo, dovendo deliberare all'unanimità. Tale ultima istituzione ha tuttavia la possibilità, su proposta della Commissione e consultato il

obiettivi perseguiti sono talmente scarse da apparire più formule di rito che il frutto di un esame approfondito. Analoghi rilievi critici sono espressi da F. POCAR, *The European harmonisation of conflict of law rules*, cit., spec. p. 25 s.

⁵⁹ Sul ruolo in particolare dei parlamenti nazionali v. M. GENNART, *Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution*, in *Cab. dr. eur.*, 2010, pp. 17-46, dove vengono visti quale elemento fondamentale per «une démocratie européenne» (a p. 39ss.); V. GUIZZI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali dopo Lisbona: il caso italiano*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno*, cit., pp. 719-739; U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino 2010, pp. 213-231.

⁶⁰ Considerando 30.

⁶¹ Su di esso v. ampiamente F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria*, cit., p. 462 ss.

Parlamento, di deliberare, pur sempre all'unanimità, il passaggio di determinati aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali alla procedura legislativa ordinaria⁶². È sufficiente, però, l'opposizione di un qualsiasi parlamento nazionale entro sei mesi dalla ricezione dell'informazione della proposta di decisione da parte del Consiglio per impedire l'assunzione della decisione stessa.

Si tratta quindi di un sistema fortemente limitante per l'adozione degli atti nel campo del diritto di famiglia⁶³, in cui anche i parlamenti nazionali, inseriti nel processo decisionale al fine di concorrere alla riduzione del *deficit* democratico⁶⁴, hanno la possibilità di bloccare il passaggio alle deliberazioni a maggioranza.

Inoltre, l'art. 81 richiede che il legislatore europeo giustifichi l'adozione delle misure «intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», comprese quelle nel campo della famiglia, sulla base del buon funzionamento del mercato interno⁶⁵. A ridimensionare il peso da attribuire al riferimento al mercato interno interviene, tuttavia, la locuzione «in particolare», il cui inserimento gioca a favore della competenza dell'Unione nell'armonizzazione del diritto internazionale privato e processuale⁶⁶.

Grazie all'introduzione della normativa sulla cooperazione giudiziaria civile, seppur caratterizzata dai descritti vincoli procedurali ancora fortemente limitanti per l'Unione europea, il diritto internazionale privato e processuale – nel campo delle relazioni familiari, ma non solo – è stato «largamente assorbito dal diritto dell'UE»⁶⁷, che in breve tempo ha emanato una vasta disciplina relativa alle questioni aventi implicazioni transnazionali, lasciando invece quelle puramente interne al legislatore nazionale. Il fattore che ha consentito tale repentino sviluppo è la «“reciproca fiducia” tra i sistemi processuali nazionali»⁶⁸, che presuppone l'accettazione da parte dei paesi Ue di una sorta di equivalenza nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti al loro interno dai sistemi processuali. Negli anni più recenti tale fiducia si sta estendendo, benché non in via generalizzata, al campo del diritto materiale, al fine di «facilitare il carattere

⁶² Si tratta infatti di una norma passerella su cui v. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova 2008, pp. 81-111, p. 95 s.

⁶³ M.G. CUBEDDU ritiene si tratti di un «diritto di veto considerato senza esempi nel processo di normatizzazione comunitaria», indice di una «tendenza al rispetto dell'identità giuridica dei sistemi nazionali» (*La competenza dell'Unione europea nel diritto internazionale privato della famiglia*, in S. PATTI - M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano 2008, pp. 21-56, a p. 35).

⁶⁴ Sul ruolo ad essi attribuito per garantire il rispetto del principio di sussidiarietà in relazione alle peculiarità della materia cfr. R. CAFARI PANICO, *Le nuove politiche dell'Unione europea*, cit., p. 436 s.

⁶⁵ V. R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile*, cit., p. 17 ss.

⁶⁶ Così R. CAFARI PANICO, *Le nuove politiche dell'Unione europea*, cit., a p. 441.

⁶⁷ F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 895-938, a p. 907.

⁶⁸ *Ibidem*, spec. p. 906.

(automaticamente) equivalente del processo civile negli Stati membri»⁶⁹. Il cammino da compiere è ancora lungo e la dimostrazione è fornita proprio dalle difficoltà incontrate dalla necessità di ricorrere alla cooperazione rafforzata in sede di elaborazione del regolamento 1259/2010, nonostante la limitazione del suo oggetto alla sola legge applicabile in materia matrimoniale.

Il regolamento si applica, come tutti gli strumenti rientranti nella cooperazione giudiziaria civile, esclusivamente a situazioni che possano comportare un «conflitto di leggi» (art. 1, par. 1)⁷⁰, senza fornire alcuna precisazione in merito al significato di tale espressione. La relazione di accompagnamento della proposta di regolamento del 24 marzo 2010 si limita ad affermare che il regolamento si applica a tutte «le situazioni che presentano uno o più elementi di estraneità rispetto alla vita sociale interna di un paese e che possono implicare più sistemi giuridici. Interviene quindi solo nelle situazioni aventi carattere internazionale, come, ad esempio, quelle in cui i coniugi hanno cittadinanza diversa oppure vivano in Stati membri diversi o uno Stato membro di cui almeno uno dei due non è cittadino (“coppie internazionali”)»⁷¹. Il carattere di internazionalità «non deve necessariamente riguardare “la coppia” (per es. coniugi aventi cittadinanza o residenza abituale diversa), potendo riguardare anche soltanto la “vita” della coppia (per es. cittadini di uno Stato che spostano la loro residenza abituale in altro Stato)»⁷².

Secondo dunque una prima interpretazione, il regolamento parrebbe applicarsi a quelle situazioni che presentino nei singoli ordinamenti statali di volta in volta in considerazione, perché competenti sul piano giurisdizionale in base al regolamento Bruxelles II-*bis*, elementi di estraneità ritenuti rilevanti ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato. Si tratterebbe nel caso italiano della diversa cittadinanza dei coniugi o della prevalente localizzazione all'estero della vita matrimoniale, mentre la sola celebrazione all'estero del matrimonio non sarebbe, ad esempio, sufficiente per attribuire carattere transazionale alla fattispecie ai fini dell'applicazione del regolamento. Tale interpretazione, introducendo elementi di variabilità legati alle singole discipline nazionali, risulta tuttavia, da un lato, troppo restrittiva e, dall'altro, non coerente con l'esigenza di certezza del diritto alla base del regolamento.

Pare più corretto ritenere che siano rilevanti per determinare il livello di «internazionalità» della fattispecie, in attesa di un chiarimento ad opera della Corte di giustizia, tutti quegli elementi di estraneità comunque presi in considerazione ai fini dell'individuazione della legge applicabile dallo stesso regolamento, secondo le indicazioni contenute nella Relazione. Non attribuisce alla fattispecie carattere di estraneità la sola scelta effettuata dalle parti, a differenza di quanto avviene per i regolamenti Roma I sulla

⁶⁹ *Ibidem*, a p. 905.

⁷⁰ Sulla «controversa» genesi della norma v. M. VELLETTI e E. CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 719-734, a p. 724 s.

⁷¹ COM(2010) 105 def., 2010/0067 (CSN), cit., punto 6, Articolo 1.

legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e Roma II sulle obbligazioni extracontrattuali⁷³, in quanto essa è possibile solo ove la fattispecie presenti già di per sé un carattere di estraneità⁷⁴. Sta di fatto che ove non risulti alcuna delle circostanze così individuate, si fuoriesce dal campo di applicazione del regolamento in quanto le situazioni puramente interne⁷⁵ continuano ad essere disciplinate dalle singole normative nazionali.

5. Il campo di applicazione materiale del regolamento 1259/2010, con particolare riguardo alle fattispecie matrimoniali.

Il campo di applicazione materiale del regolamento è limitato alla separazione personale e al divorzio⁷⁶ in situazioni che comportino un conflitto di legge. A differenza di quanto previsto dal regolamento 2201/2003, l'annullamento del matrimonio non rientra tra le materie oggetto del nuovo regolamento (art. 1, par. 2, lett. c) in quanto la sua disciplina non risulterebbe coerente con le scelte legislative effettuate in tema di criteri di collegamento. Per usare le parole della Commissione, è stato ritenuto inopportuno dare rilievo rispetto alle questioni di validità all'«autonomia delle parti e [al]la scelta di

⁷² O. LOPEZ PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata*, cit., p. 128.

⁷³ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

⁷⁴ Alla stessa conclusione perviene I. VIARENGO, *Il regolamento*, cit., p. 606. Solo apparentemente in senso difforme G. ROSSOLILLO, *Art. 1*, cit., p. 1455, secondo la quale anche in questo ambito le parti possono conferire carattere internazionale ad una fattispecie che, diversamente, sarebbe puramente interna se la scelta è avvenuta «in un momento nel quale un elemento di internazionalità rilevante ai sensi del regolamento sussisteva». Tale ultima precisazione costituirebbe l'unico elemento di differenza rispetto ai regolamenti Roma I e II. Quanto alla celebrazione all'estero del matrimonio, essa di fatto non risulta rilevante ai fini dell'accertamento neppure in base al metodo interpretativo da ultimo considerato. Il Parlamento europeo aveva proposto, nell'ambito delle modifiche al regolamento 2201/2003, di prevedere, quale ulteriore criterio di collegamento, la legge dello Stato di celebrazione del matrimonio: risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 21 ottobre 2008 sulla proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale (COM(2006)0399 – C6-305/2006 – 2006/0135(CSN)), in *GUUE* C 15/E del 21 gennaio 2010, p. 128 ss., emendamenti 22 e 23 a p. 133). Tale modifica non è stata però accolta dalla Commissione che ha ritenuto eccessivamente labile il legame tra il luogo di celebrazione del matrimonio e la situazione in cui versa la coppia al momento dello scioglimento del vincolo coniugale, come sottolineato dall'allora vicepresidente della Commissione J. Barrot nella sua relazione del 20 ottobre 2008. Per un commento cfr. B. NASCIBENE, *Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?*, WP 1/09, reperibile al sito Internet www.familylawineurope.eu, a p. 7 ss.

⁷⁵ Su di esse, v. R. CAFARI PANICO, *La cittadinanza dell'Unione europea e il federalismo fiscale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturali*, cit., pp. 25-68, spec. p. 58 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti*, cit., spec. p. 88 ss.; ID., *Un nuovo diritto di soggiorno*, cit., spec. par. 2; nonché, in precedenza, D. DIVERIO, *La concessione di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, pp. 610-645; ID., *Libertà fondamentali e tutela della salute pubblica: il caso dei farmacisti*, in M.C. BARUFFI e I. Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, cit., pp. 107-139.

⁷⁶ V. anche considerando 10, dove si legge che esso va applicato solo «allo scioglimento o all'allentamento del vincolo matrimoniale», indipendentemente dal tipo di procedimento e dalla natura dell'autorità adita.

una legge diversa da quella dell'autorità giurisdizionale adita»⁷⁷.

Esso non si applica⁷⁸ inoltre a tutta una serie di questioni, anche se preliminari nell'ambito di un procedimento di separazione o di divorzio, quali la capacità giuridica delle persone fisiche (art. 11, lett. a), gli effetti delle decisioni di divorzio sui rapporti patrimoniali (lett. e)⁷⁹ e personali (come il diritto al nome dei coniugi: lett. d) e i trust o le successioni (lett. h).

Parimenti esclusi sono due settori già oggetto di disciplina da parte del legislatore comunitario, vale a dire le obbligazioni alimentari (lett. g), normate dal regolamento n. 4 del 2009⁸⁰, e la responsabilità genitoriale (lett. f), disciplinata dal regolamento 2201/2003⁸¹ e dalla convenzione dell'Aja del 19 ottobre

⁷⁷ COM(2010) 105 def., 2010/0067 (CSN), cit., punto 6, Articolo 1.

⁷⁸ Per un commento alle materie escluse, cfr. G. ROSSOLILLO, *Art. 1*, cit., a p. 1455 ss.

⁷⁹ Sul punto si veda la proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, del 16 marzo 2011 (COM(2011) 126 def.), reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸⁰ Il reg. è in vigore dal 1° febbraio 2009 e in applicazione dal 18 settembre 2010 per gli artt. 2, par. 2, 47, par. 3 e 71, 72, 73 e per le restanti norme dal 18 giugno 2011, a condizione che il Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 fosse applicabile all'Unione a tale data (art. 76). L'8 aprile 2010 l'Unione ha firmato e ratificato il Protocollo, a seguito della decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 con cui, preso atto della competenza esclusiva in capo all'allora Comunità in materia di legge applicabile alle obbligazioni alimentari, veniva approvato il Protocollo e contemporaneamente autorizzato il Presidente del Consiglio a designare le persone incaricate della firma (decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa alla conclusione da parte della Comunità europea del protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, 2009/941/CE, in *GUUE* L 331 del 16 dicembre 2009, p. 17 ss.). In forza di una dichiarazione unilaterale contenuta nell'art. 4, par. 2 della decisione, l'Unione applica le disposizioni del Protocollo, «in via provvisoria a decorrere dal 18 giugno 2011», data indicata nell'articolo 76 del regolamento, indipendentemente dal verificarsi delle condizioni fissate nell'articolo 25 del Protocollo per la sua piena entrata in vigore a livello internazionale. Infine, il 31 marzo 2011 l'Unione ha approvato la firma della convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale delle prestazioni alimentari, che istituisce tra le parti firmatarie un sistema mondiale di recupero dei crediti alimentari, avendone la competenza (decisione del Consiglio del 31 marzo 2011 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, della convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia, in *GUUE* L 93 del 7 aprile 2011, p. 9). Per un commento si vedano G. PASTINA, *La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione*, in *St. integr. eur.*, 2007, pp. 663-686; F. TROMBETTA-PANIGADI, *Le obbligazioni alimentari*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persone e famiglia*, cit., pp. 39-53; I. AMBROSI, A. DE AMICIS, *L'armonizzazione europea della disciplina relativa alle obbligazioni alimentari: il Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008*, in *Fam., pers. e successioni*, 2009, pp. 378-382; i contributi apparsi in M.C. BARUFFI-R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie dello spazio giudiziario europeo*, cit., di: F. POCAR, *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009*, pp. 3-15; R. ESPINOSA CALABUIG, *Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los reglamentos 4/2009/CE y 2201/2003/CE*, pp. 51-110; I. VIARENGO, *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento CE 4/2009*, pp. 111-124; M.C. BARUFFI, *In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori*, pp. 125-146; M. CASTELLANETA-A. LEANDRO, *Il nuovo regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 1061-1111; F. POCAR-I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 805-828; S. MARINO, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, pp. 363-389; M.E. CORRAO, *Il diritto internazionale privato e processuale in materia di obbligazioni alimentari*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 118-143; I. VIARENGO, *Regolamento (CE) n. 4/2009*, in A. ZACCARIA, *Commentario breve*, cit.; F. VILLATA, *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 737-776.

⁸¹ L'art. 2 del reg. 1259/2010 «fa salva l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003». Sui rapporti tra i

1996⁸².

Escluse dall'ambito di applicazione materiale del regolamento sono altresì le questioni relative all'esistenza, validità e riconoscimento del matrimonio (lett. b), trattandosi, anche in questo caso, di situazioni disciplinate esclusivamente dal diritto interno, in coerenza con il dettato dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che demanda alle legislazioni nazionali il compito di disciplinare le unioni matrimoniali («Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»), in assenza di una nozione autonoma di matrimonio. Affinché il regolamento sia applicabile, si dovrà comunque trattare di un'unione (transnazionale) matrimoniale, come tale considerata nei singoli Stati⁸³, in armonia con la previsione contenuta nel regolamento 2201/2003.

Per quanto concerne le unioni diverse da quelle matrimoniali, come le *partnership* registrate, esse non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento in quanto carenti dei requisiti che caratterizzano il matrimonio⁸⁴. In tale direzione si muove anche il legislatore europeo che ha preferito disciplinare i regimi patrimoniali delle coppie in due strumenti differenti, a seconda che si tratti di coppie unite in matrimonio o

due strumenti normativi v. P. FRANZINA, *Art. 2*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1463-1465.

⁸² La convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori non è ancora in vigore in quanto in attesa della ratifica da parte di alcuni Stati. Per quanto concerne l'Unione europea, il 5 giugno 2008 il Consiglio ha autorizzato quegli Stati che non avevano già provveduto (vale a dire Austria, Belgio, Cipro, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Malta, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Romania, Spagna e Svezia) a ratificare la convenzione nell'interesse dell'allora Comunità (decisione 2008/431/CE, in *GUUE* L 151 dell'11 giugno 2008, p. 36 ss.). Il suggerimento è stato recepito dalla maggioranza dei paesi membri sopra elencati, con l'eccezione di Belgio, Italia, Regno Unito e Svezia, mentre la Grecia ha differito l'entrata in vigore al giugno 2012. Sullo stato delle ratifiche si veda il sito Internet www.hcch.net.

⁸³ Vedi E. SANTIEMMA, *The Right to Family and Unmarried Couples*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, cit., vol. II. *Diritti umani*, pp. 553-579, la quale, da un'analisi della normativa italiana, internazionale ed europea conclude che «the most critical situation for the protection of the rights of cohabiting couples is in Italy, along Ireland, Greece and Austria, all States that have not legislated on the subject», nonostante la maggior sensibilità mostrata di recente dal nostro paese (p. 577).

⁸⁴ Analogamente R. CLERICI, *Il nuovo regolamento* cit., p. 1055 s.; e P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, pp. 291-338, a p. 300. In generale, sulle unioni diverse da quelle matrimoniali cfr. C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, vol. II, Torino 2008, pp. 349-399; E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009; B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimoni fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 101-107, che ricorda il caso *Mariano* sottoposto dal Tribunale di Milano alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia in merito alla mancata equiparazione nel nostro ordinamento della convivenza al matrimonio per il godimento di benefici economici. Si trattava, nella specie, della mancata corresponsione alla convivente del defunto della rendita prevista in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dall'art. 85 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 che riconosce come beneficiario solo il coniuge superstite, oltre i figli minori. L'ordinanza della Corte di giustizia, 17 marzo 2009, C-217/08, è reperibile al sito Internet <http://curia.europa.eu>.

di unioni registrate⁸⁵. Inoltre, lo stesso legislatore comunitario, quando ha ritenuto di dover prendere posizione, equiparando o meno gli effetti derivanti dal matrimonio a quello delle unioni registrate, lo ha fatto espressamente, come nell'art. 1 del regolamento Roma I.

Con la sentenza 10 maggio 2011, *Römer*⁸⁶, la Corte di giustizia è intervenuta sul problema della possibile assimilazione della *partnership* registrata tra persone dello stesso sesso e il matrimonio nell'ordinamento tedesco, seppur limitatamente al godimento del regime pensionistico. Pur ribadendo che le questioni relative allo stato civile rientrano nella competenza esclusiva degli Stati, i giudici del Lussemburgo hanno dovuto esaminare la questione al fine di garantire il principio di parità in materia di occupazione e di lavoro, secondo il disposto della direttiva 2000/78. Già nella sentenza *Maruko*⁸⁷ la Corte, basandosi su un'analisi specifica e concreta effettuata con riferimento all'ordinamento tedesco, aveva concluso che i due istituti in questione, a causa del loro progressivo avvicinamento all'interno di quell'ordinamento, potevano essere equiparati, garantendo così in entrambi i casi il godimento della pensione vedovile che invece la normativa tedesca riservava alle coppie – eterosessuali – unite in matrimonio. Continuando il cammino intrapreso, nella sentenza *Römer* viene affermata dai giudici del Lussemburgo la necessità di incentrare la comparazione degli istituti in questione sui diritti e sugli obblighi sussistenti in capo ai coniugi e ai *partners* dell'unione civile registrata in base a quanto disposto dal diritto nazionale considerato (punto 37 ss.). Avendo la Germania limitato la possibilità di accesso al matrimonio a persone di sesso diverso, l'istituto della *partnership* registrata, previsto per coppie dello stesso sesso, è stato progressivamente allineato al matrimonio, tanto da poter concludere che nell'ordinamento tedesco non sussiste alcuna differenza di rilievo tra i due *status* personali in questione (punto 45). Sulla scorta di ciò ben la Corte ha potuto affermare, per evitare di ricadere in una discriminazione diretta basata sulle tendenze sessuali, il diritto del *partner* di un'unione civile a percepire il medesimo trattamento pensionistico di un coniuge non separato, essendo, nell'ordinamento tedesco, le due situazioni «di diritto e di fatto» paragonabili. La Corte ha quindi limitato la propria analisi al singolo ordinamento, considerando che, nell'ambito delle scelte di politica legislativa di competenza dei soli Stati membri, vengano rispettati i principi fondamentali tutelati dall'Unione, senza tuttavia imporre in via generalizzata a tutti i paesi membri

⁸⁵ Proposta di regolamento del Consiglio, del 16 marzo 2011, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, COM (2011) 127 def. In essa non sono incluse le unioni di fatto.

⁸⁶ C-147/08, reperibile al sito Internet www.curia.eu. In dottrina si veda J. CARRACOSA GONZÁLES-F. SEATSU, *Normas de competencia judicial internacional*, cit., p. 570 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea: i recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di unioni di fatto e registrate*, in L.S. ROSSI e E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010, pp. 281-306.

⁸⁷ Corte giust. 1° aprile 2008, C-267/06, reperibile al sito Internet www.curia.eu.

un'eventuale equiparazione dei due istituti⁸⁸. In base ai principi sopra esposti, le unioni tra persone dello stesso sesso rientrano nel campo di applicazione del regolamento solo qualora si tratti di matrimoni per lo Stato interessato. Problemi possono porsi per quegli ordinamenti che, al pari del nostro, non riconoscono le unioni tra persone dello stesso sesso. In tali ipotesi sarà eventualmente invocabile il limite dell'ordine pubblico⁸⁹ o la previsione di cui all'art. 13.

Sollecitata da diversi tribunali nazionali che ritenevano costituzionalmente illegittima la previsione della necessaria differenza di sesso per contrarre matrimonio nel nostro paese, la Corte costituzionale è intervenuta in merito per la prima volta con la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010, ribadita nell'ordinanza n. 4 del 6 gennaio 2011, in cui ha statuito che, posta l'ampia gamma di possibili scelte, «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», con possibilità per la Corte stessa di intervenire a tutela di situazioni specifiche (punto 8 della motivazione)⁹⁰. La Corte ha quindi dichiarato non fondata la questione con riferimento agli artt. 29, che si riferisce alla nozione di matrimonio come definita nel codice civile, vale a dire tra persone di sesso diverso, e 3 della Costituzione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio. Inoltre, con riferimento agli artt. 2 e 117 della Costituzione, la questione è stata ritenuta inammissibile perché volta ad ottenere una pronuncia additiva, non costituzionalmente obbligata. La Corte ha così preferito rinviare ogni decisione ad un eventuale intervento normativo del legislatore, vale a dire dell'unico soggetto legittimato, nella sua piena discrezionalità, a compiere simili scelte di politica legislativa, riservandosi tuttavia la possibilità di intervenire a tutela di situazioni specifiche.

Sulla questione non è mancata anche la pronuncia, il 24 giugno 2010, della Corte europea dei diritti

⁸⁸ Parte della dottrina ritiene che la Corte di giustizia, al fine di agevolare la libera circolazione dei cittadini europei, abbia accolto una nozione molto ampia di vita familiare, che in questo si distacca dall'analoga e originaria formulazione contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ora nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa dei diversi obiettivi propri dell'Unione e della Cedu: A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 5-32, a p. 24.

⁸⁹ Sul punto si veda tuttavia *infra*, la sentenza della Corte di Cassazione, I sez. civ., 15 marzo 2012, n. 4184. In dottrina, a favore della tesi più tradizionalista v. B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano 2011, p. 119. Sull'ordine pubblico v. meglio *infra*, par. 9.

⁹⁰ Per un commento M. FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo di integrazione europea*, in *Guida dir.*, 2010, n. 19, pp. 22-26, anche per una disamina degli atti che a livello internazionale sono stati adottati a tutela della libertà di scelta dell'orientamento sessuale. Sull'ordinanza di rinvio del Tribunale di Venezia del 3 aprile 2009, v. G. BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 918-924; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, reperibile al sito Internet <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; A. VESTO, *L'identità di sesso e il matrimonio: una strada percorribile?*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 1603-1617. Successivamente, anche il Tribunale di Ferrara, il 16 dicembre 2009, ha rimesso la questione alla Consulta: A.G. ANNUNZIATA, R.F. IANNONE, *Verso la tutela giuridica delle famiglie omosessuali?*, in *Fam. pers. e successioni*, 2010, pp. 344-352.

dell'uomo⁹¹, secondo cui l'art. 12 della Cedu, prevedendo il matrimonio tra persone di sesso diverso, non comporta l'obbligo per gli Stati di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo riservata al legislatore dei singoli Stati aderenti alla Convenzione europea la valutazione dell'opportunità di prevedere il matrimonio siffatto. La Corte ha altresì evidenziato le differenze tra il sistema di Strasburgo e quello di Bruxelles dove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 9, non menziona le diversità di sesso quale presupposto per il matrimonio, diversamente dalla norma della Cedu. Tuttavia la Corte europea ha ammesso la possibilità che due persone dello stesso sesso possano godere di una vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Cedu.

Anche la Corte di Cassazione, I sez. civ., ha preso posizione con la sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, relativa alla trascrivibilità dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, entrambe cittadini italiani. Il ricorso segue le note decisioni del Tribunale di Latina e della Corte d'Appello di Roma che avevano negato la trascrivibilità. La Suprema Corte dedica ampio spazio alla disamina dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso per verificare se le argomentazioni dei ricorrenti potessero avere fondamento giuridico, e cioè se il matrimonio tra persone dello stesso sesso possa essere considerato conforme al diritto fondamentale a sposarsi e non contrario all'ordine pubblico del nostro ordinamento. Al fine della decisione la Corte ripercorre ampiamente la normativa e i precedenti giurisprudenziali in materia della Consulta, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare la citata sentenza del 24 giugno 2010. La conclusione cui essa perviene è che allo stato i componenti di una coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, «non possono far valere nè il diritto a contrarre matrimonio nè il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti

⁹¹ Schalk e Kopf c. Austria, ricorso n. 30141/04, reperibile al sito Internet <http://hudoc.echr.coe.int>. Per un commento, nonché per una ricostruzione sistematica della giurisprudenza della Corte europea, anche con riferimento al riconoscimento di *status* familiari e personali, cfr. L. TOMASI, *Art. 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, pp. 297-369, spec. p. 331 s. e p. 342. Sulle differenze tra l'art. 12 della Cedu, l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 29 della nostra Costituzione, cfr. A.O. COZZI, *Art. 9, in*, pp. 449-474, a p. 452 s. e p. 463 s. per i matrimoni tra persone dello stesso sesso. In generale cfr. C. RAGNI, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in L.S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli 2011, pp. 233-252; M.C. VITUCCI, *Lo status di coppia omosessuale fra Strasburgo e Lussemburgo (passando per Roma)*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere*, cit., pp. 447-468.

eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza» (punto 4.2 della motivazione). In tal modo la Corte di Cassazione pare allinearsi su posizioni analoghe a quelle espresse dalla Corte di giustizia della sentenza *Römer*, del 10 maggio 2011, seppur con riferimento ad una fattispecie diversa, quella del matrimonio omosessuale. Inoltre, la Suprema Corte, affrontando specificamente il tema posto alla sua attenzione, ha asserito che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende - non più dalla loro "inesistenza", e neppure dalla loro "invalidità", ma - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano» (punto 4.3 della motivazione)⁹², in quanto la Corte europea ha fatto venir meno la diversità dei sessi quale presupposto minimo indispensabile per l'esistenza del matrimonio. Si tratta quindi di una sentenza di estrema apertura, innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza, che riconosce esistenti anche tali matrimoni e garantisce alle coppie omosessuali il diritto ad una vita familiare⁹³ e alla tutela giurisdizionale delle situazioni che ne discendono, al pari di quanto accade per le coppie eterosessuali. Essa, tuttavia, non giunge ad ammettere la trascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, ritenendo, al pari della Corte Costituzionale, che solo il legislatore possa intervenire sul punto attraverso una modifica legislativa della disciplina civilistica. In ogni caso, il fatto che l'intrascrivibilità non dipenda dall'inesistenza o dall'invalidità del matrimonio, come ritenuto fino ad oggi, ma dall'inidoneità dello stesso a produrre effetti nel nostro ordinamento, testimonia la volontà della Suprema Corte di adeguarsi alla «attuale realtà giuridica» (punto 4.3 della motivazione).

Sulla scia della sentenza della Suprema Corte si è pronunciato anche il Tribunale di Reggio Emilia che il 13.2.2012 ha ritenuto valido titolo per la concessione di un provvedimento di ricongiungimento familiare un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero.

Il problema è stato affrontato anche, sempre sotto il profilo del ricongiungimento familiare, nella nota 8996 del Ministero dell'Interno, Dipartimento di pubblica sicurezza, del 26.10.2012, che prevede che il soggiorno nel nostro paese debba essere garantito allo straniero extracomunitario sposato in Spagna con un cittadino italiano residente in Italia.

⁹² Per una ricostruzione in senso critico della giurisprudenza precedente, alla base del decreto del Tribunale di Treviso del 19 maggio 2010, v. M.M. WINKLER, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Dir. fam pers.*, 2011, pp. 1239-1253.

⁹³ M.C. VITUCCI, *Lo status di coppia omosessuale fra Strasburgo e Lussemburgo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere*, cit., ritiene che la sentenza della Corte europea non costituisca «una rivoluzione», in quanto la tutela della famiglia fondata sul matrimonio consente «discriminazioni legittime nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare» (p. 452 s.).

6. L'ambito di applicazione spaziale e temporale e il carattere universale del regolamento 1259/2010.

L'ambito di applicazione spaziale del regolamento coincide con il territorio dei quattordici paesi membri dell'Unione che partecipano alla cooperazione rafforzata, con la precisazione che esso potrà variare in caso di adesione di altri Stati, anche se al momento tale prospettiva non pare praticabile.

Godono di una posizione particolare il Regno Unito e l'Irlanda, nonché la Danimarca. In virtù del disposto dell'art. 3 del protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, tali paesi sono infatti liberi di scegliere se essere vincolati dagli atti adottati nell'ambito dello SLSC, notificando al presidente del Consiglio la loro volontà di vincolarsi entro tre mesi dalla presentazione della proposta o dell'iniziativa. Da tale momento essi sono abilitati a parteciparvi⁹⁴.

La Danimarca invece non partecipa in linea di principio all'adozione di tutti gli strumenti posti in essere in questo ambito, da cui pertanto non è vincolata⁹⁵. Il regolamento in questione, così come tutti i precedenti nel campo del diritto di famiglia, non si applica dunque ad essa (artt. 1 e 2 del protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca).

Al ristretto ambito di applicazione spaziale del regolamento fa da contrappeso il carattere universale della legge regolatrice individuata dall'art. 4. Ciò significa che ai rapporti in questione potrebbe applicarsi, oltre alla legge di uno dei paesi partecipanti, quella di uno Stato membro dell'Unione, ma non partecipante alla cooperazione rafforzata, o, addirittura, quella di un paese terzo rispetto all'Unione europea. Conseguenza del carattere universale è quindi la sostituzione delle norme contenute nel regolamento, nell'ambito del loro campo di applicazione materiale e limitatamente ai paesi partecipanti, alle norme di

⁹⁴ Per un'analisi della posizione di tali paesi, si veda A. FORINI, *Rome III – Choice of Law* cit., spec. p. 186 ss. La Gran Bretagna e l'Irlanda sono anche vincolate dal regolamento 2201/2003. Con riferimento alle obbligazioni alimentari, il 15 gennaio 2009 la Gran Bretagna ha notificato alla Commissione la propria volontà di vincolarsi al regolamento ed ha ottenuto dall'istituzione comunitaria risposta positiva con il parere del 21 aprile 2009 (COM(2009) 181 def.), seppur con la precisazione che le decisioni rese al suo interno potranno circolare liberamente solo se sarà reso vincolante anche il Protocollo dell'Aja del 2007, diversamente esse «saranno soggette ad una procedura di *exequatur* ai sensi del capo IV, sezione 2, del regolamento (CE) n. 4/2009». In sostanza, per tale paese la decisione di partecipare all'applicazione del regolamento non include la norma di rinvio al Protocollo dell'Aja. Successivamente, nella decisione dell'8 giugno 2009 (in *GUUE* L 149 del 12 giugno 2009, p. 73), la Commissione ha determinato in via generale l'entrata in vigore del regolamento per la Gran Bretagna il 1° luglio 2009; il 18 settembre 2010 con riferimento agli artt. 2, par. 2, 47, par. 3 e 71, 72 e 73; e il 18 giugno 2011 per tutte le altre disposizioni se in tale data sarà entrato in vigore il Protocollo dell'Aja del 2007, in caso contrario dalla data di entrata in vigore dello stesso (art. 2).

⁹⁵ Costituiscono un'eccezione i regolamenti 44/2001 (Bruxelles I) e 1348/2000 relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, p. 37 ss.), che si applicano anche alla Danimarca dal 29 giugno 2007, data di entrata in vigore di due accordi tra l'allora Comunità europea e tale paese. Per maggiori informazioni cfr. il sito Internet dell'Unione europea <http://eur-lex.europa.eu>.

conflitto interne, vale a dire, nel caso dell'Italia, all'art. 31 della legge 218/1995. La scelta effettuata dal legislatore comunitario è stata infatti nel senso di non limitare l'operatività dei criteri di collegamento contenuti nel regolamento per il semplice fatto che la normativa così individuata non appartenga all'ordinamento di uno dei quattordici paesi aderenti alla cooperazione rafforzata o ancor più di uno Stato dell'Unione. A tale proposito va però specificato che l'esclusione dell'operatività del rinvio prevista all'art. 11 del regolamento comporta che dell'ordinamento richiamato dovranno essere prese in considerazione solo le norme materiali e non anche quelle di diritto internazionale privato. In ogni caso, tala scelta potrà creare indubbe difficoltà sul piano pratico, in quanto pone in capo all'organo giudicante l'onere della conoscenza della legge straniera richiamata, da soddisfare per mezzo degli strumenti previsti dall'ordinamento di appartenenza⁹⁶. Per facilitare il compito dell'autorità giurisdizionale competente, il regolamento prevede che essa possa avvalersi dell'aiuto fornito dalla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale⁹⁷ che «potrebbe intervenire per fornire assistenza (...) sul contenuto della legge straniera»⁹⁸.

Da un punto di vista temporale il regolamento si applica a far data dal 21 giugno 2012, secondo quanto disposto dall'art. 18, che, tuttavia, al par. 2, prevede la possibilità che a certe condizioni, vale a dire il rispetto dei requisiti di validità sostanziale e formale dell'accordo di scelta della legge e del consenso (artt. 6 e 7), possano produrre effetti anche gli accordi conclusi anteriormente a tale data. Inoltre vengono fatti «salvi gli accordi sulla scelta della legge applicabile conclusi conformemente alla legge di uno Stato membro partecipante la cui autorità giurisdizionale sia stata adita prima del 21 giugno 2012» (par. 3). L'art. 17 prevede che gli Stati, entro il 21 settembre 2011, dovessero comunicare alla Commissione i requisiti di

⁹⁶ In base all'art. 14 della legge 218/1995, infatti, è il giudice che deve conoscere il diritto straniero richiamato in base al principio *iura novit curia*, anche se potrà comunque avvalersi degli strumenti offerti dalle convenzioni internazionali, dell'aiuto del Ministero della giustizia o da istituzioni specializzate e da esperti, nonché dell'ausilio delle parti, essendo il ricorso alla *lex fori* previsto come *extrema ratio* e non è configurabile nel sistema del presente regolamento che prevede invece l'intervento della rete giudiziaria europea istituita con decisione del Consiglio n. 2001/470/CE, del 28 maggio 2001 (in *GUCE* L 174 del 27 giugno 2001, p. 25 ss.). Inoltre, tra le istituzioni specializzate rientra la rete di cooperazione legislativa dei Ministeri di giustizia degli Stati membri, istituita con risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla creazione di una rete di cooperazione legislativa dei ministeri di giustizia degli Stati membri dell'Unione europea (in *GUUE* C 326 del 20 dicembre 2008, p. 1 s.), proprio al fine, tra l'altro, di «potenziare l'accesso alle informazioni di cui dispongono i ministeri della giustizia» con riferimento alla legislazione in vigore, ai sistemi giudiziari e giuridici e agli eventuali progetti di riforma (punto 2.1). In attuazione di tali previsioni, sono ora reperibili schede informative sulle singole legislazioni nazionali in materia di famiglia (<http://ec.europa.eu/civiljustice>). In dottrina cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I. *Parte generale e obbligazioni*, 5ª ed., Torino 2010, p. 236 ss. Sui problemi che sussistono a causa della mancanza di uniformità nei diversi ordinamenti nazionali delle regole processuali per l'acquisizione della conoscenza della legge straniera v. M. VELLETTI e E. CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, cit., a p. 723.

⁹⁷ Si tratta della rete istituita con decisione del Consiglio n. 2001/470/CE, del 28 maggio 2001, cit.

⁹⁸ Considerando 14.

forma che gli accordi di scelta della legge applicabile devono possedere e quale sia la legge applicabile in base al diritto nazionale (par. 1). La Commissione potrebbe così rendere accessibili le informazioni ricevute secondo le modalità ritenute più opportune e comunque attraverso la pubblicazione sul sito Internet della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (par. 2), in modo che le parti possano accedere facilmente ad esse e conoscere «esattamente quali sono le conseguenze giuridiche e sociali della scelta della legge applicabile» alla loro separazione o divorzio⁹⁹.

7. L'autonomia riconosciuta alle parti.

Il cuore del regolamento è costituito dai criteri relativi alla legge applicabile, distinguibili a seconda che siano o meno le parti ad effettuare la scelta della normativa che regolerà lo scioglimento del loro vincolo coniugale.

La pluralità di criteri di collegamento contenuti negli artt. 5 e 8, a differenza di quanto avviene all'interno della maggioranza dei paesi membri dell'UE, introduce un certo grado di flessibilità nella normativa, che costituisce uno degli obiettivi del regolamento, offrendo in particolare alla coppia la possibilità di scegliere la legge regolatrice dei loro rapporti¹⁰⁰, seppur con il limite della necessità di «un legame stretto» con un determinato territorio¹⁰¹.

In modo assolutamente innovativo¹⁰², quanto meno per la tradizione giuridica italiana, il legislatore comunitario consente alle parti di derogare all'operare dei criteri di collegamento specificamente indicati designando «di comune accordo» la legge applicabile alla loro separazione personale o al divorzio, materie normalmente sottratte alla disponibilità delle parti. La novità, rispetto alle scelte effettuate in sede di redazione della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano¹⁰³, è di tutta evidenza, posto che in

⁹⁹ Considerando 18. Il considerando 17 prevede che, al fine di garantire l'accesso alle informazioni, la Commissione provveda ad aggiornarle costantemente nel sistema di informazioni destinato al pubblico che si avvale di Internet, istituito con decisione 2001/470/CE, cit.

¹⁰⁰ Sulla particolare questione del richiamo di ordinamenti plurilegislativi, cfr. artt. 14 e 15 del regolamento; per un commento, v. C. RICCI, *La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 55-80.

¹⁰¹ COM(2010) 105 def., 2010/0067 (CSN), cit., punto 6, Articolo 3.

¹⁰² Parte della dottrina ritiene che la previsione dell'autonomia delle parti nel campo dello scioglimento di un rapporto matrimoniale costituisca «una vera e propria rivoluzione nel sistema di diritto internazionale privato per la maggior parte dei Paesi che partecipano»: così I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia private a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2012, pp. 59-86, a p. 70.

¹⁰³ La valorizzazione della volontà delle parti, che conosce pochi precedenti all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, è ritenuta utile, in quanto consente ai coniugi di effettuare «un apprezzamento comparativo delle diverse proiezioni geografiche della propria relazione, privilegiando una di esse a scapito delle altre» (P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 488-496, a p. 489 e 491). In merito alle scelte effettuate dagli altri legislatori europei v. G. BIAGIONI, *Art. 5*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1470-1484, spec. p. 1471; e I.

materia di famiglia il ruolo che in detta legge è attribuito all'autonomia delle parti è limitato al campo dei rapporti patrimoniali (art. 30) e delle successioni (art. 46).

In linea di continuità¹⁰⁴ invece con quanto stabilito nei regolamenti Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e Roma II, il regolamento in parola, seppur in modo più restrittivo, consente alle parti di decidere quale sia la normativa da applicare in caso di dissoluzione del vincolo coniugale, pur prevedendo delle limitazioni. In primo luogo, esso richiede che la scelta sia effettuata «di comune accordo» dai coniugi (art. 5, par. 1), al fine di evitare che la parte più debole possa essere prevaricata, vedendo applicata una legge ad essa particolarmente sfavorevole. Come recita il considerando 18, infatti, devono essere tutelati i diritti di entrambe le parti e garantite pari opportunità nella scelta. Inoltre, visto il carattere universale del regolamento e la conseguente applicabilità di una qualunque normativa, nella scelta della legge, è richiesto un certo grado di attaccamento al territorio. Si deve infatti trattare, come stabilito dall'art. 5, o della legge dello Stato della residenza abituale¹⁰⁵ dei coniugi¹⁰⁶ al momento della conclusione dell'accordo (lett. a) o di quella dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi, a condizione che

VIARENGO, *Il regolamento*, cit., p. 611, nota 32.

¹⁰⁴ Analoga scelta è stata effettuata nel Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, cui il regolamento 4/2009 fa rinvio per tale aspetto. Anche la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, del 14 ottobre 2009 (COM(2009) 154 def., reperibile al sito Internet www.europa.eu), assegna un ruolo all'autonomia delle parti (A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, pp. 875-914; S. MARINO, *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 463-470; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 422-432; nonché E. FONTANA, *Libertà di circolazione e successioni*, in M.C. BARUFFI e I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, cit., pp. 239-256, anche per ulteriori riferimenti bibliografici). La volontà delle parti trova infine spazio per la scelta della legge applicabile nella proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, del 16 marzo 2011, cit., diversamente da quanto proposto per le unioni registrate (sempre del 16 marzo 2011, cit. Per un commento alle due proposte cfr. M. BUSCHBAUM, U. SIMON, *Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de loi sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, pp. 801-823).

¹⁰⁵ Il reg., al pari del 2201/2003, non definisce la nozione di residenza abituale, che tuttavia, è nozione autonoma rispetto a quella dei paesi membri e, pertanto, deve essere interpretata in modo autonomo e uniforme, secondo le finalità che l'atto si prefigge e nel contesto dello stesso. L'esigenza di coordinamento dei due testi normativi, che emerge già dall'art. 2 del reg. 1259/2010, comporta che nell'interpretazione delle espressioni utilizzate da entrambi si dovrà tener conto, laddove possibile, della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al reg. 2201/2003), non dimenticando, come precisato dalla Corte stessa, il contesto in cui le norme sono inserite e lo scopo dalle stesse perseguito (sul punto si veda, con riferimento al reg. 2201/2001, M.C. BARUFFI, *Artt. 1-2*, cit., p. 2973). Sul metodo interpretativo v. S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in S. BARIATTI, *La famiglia*, cit., pp. 153-173.

¹⁰⁶ In senso critico sul legame che il criterio in questione può esprimere con la fattispecie, a causa della sua facile mutabilità nel tempo, soprattutto nelle aree caratterizzate dalla libera circolazione delle persone, P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà*, cit., p. 491.

almeno uno dei due vi risieda ancora al momento della conclusione dell'accordo (lett. b), o della legge dello Stato di cittadinanza di uno dei due coniugi, sempre al momento della conclusione dell'accordo (lett. c), o, infine, la legge del foro (lett. d). Ad eccezione dell'ultima ipotesi, rilevante per la determinazione della legge applicabile è il momento della conclusione dell'accordo, in ossequio al principio della certezza del diritto. Quanto poi al grado di attaccamento, di fatto a venire in rilievo sono solo la cittadinanza¹⁰⁷ – che costituisce ad oggi il criterio maggiormente utilizzato, non solo nell'ordinamento italiano, per la disciplina dei rapporti di famiglia con elementi di estraneità – e la residenza abituale dei coniugi, non potendo le parti scegliere la normativa di un ordinamento diverso per disciplinare la loro separazione/divorzio¹⁰⁸, sempre che non si tratti di quella del giudice adito, realizzandosi in tal caso la coincidenza tra *ius* e *forum*, usuale negli ordinamenti di *common law*.

Come ulteriore cautela il legislatore europeo ha previsto che l'accordo, per poter esplicare i suoi effetti, deve possedere determinati requisiti formali e sostanziali; tutto ciò per avere la sicurezza che le parti siano conscie delle conseguenze della loro scelta in modo da proteggere il soggetto più debole. A tale fine, in particolare, l'art. 7 del regolamento prevede che l'accordo abbia la forma scritta, comprendendovi anche qualunque comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo, mentre dubbi sussistono in merito all'utilizzo dei messaggi sms via cellulare¹⁰⁹. Non hanno invece alcun valore tutte quelle

¹⁰⁷ Problemi possono porsi nel caso di soggetti in possesso di più cittadinanze di paesi membri dell'Unione poiché, in tale ipotesi, non è possibile farne prevalere una sulle altre, come invece prevede, per esempio, l'art. 19 della nostra legge di riforma del diritto internazionale privato (v. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., p. 107). Sulla scorta della giurisprudenza europea (si vedano, a titolo esemplificativo, Corte giust. 2 ottobre 2003, C-148/2002, *García Avello*, in *Raccolta*, 2003, p. I-11613 ss., in cui la Corte ha affermato il principio dell'eguale considerazione delle diverse cittadinanze dei paesi membri sostenendo che, diversamente, si potrebbe incorrere nella violazione di norme del Trattato, come il divieto di discriminazione e la libera circolazione delle persone; e 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, relativa ad un caso di riconoscimento di una sentenza di divorzio di coppia con più di una cittadinanza comune, resa in uno Stato membro e da riconoscere in altro Stato membro, reperibile al sito Internet www.curia.europa.eu), il Parlamento europeo ha ottenuto che nel considerando 22 fosse specificato che «la problematica dei casi di cittadinanza plurima dovrebbe essere disciplinata dalla legislazione nazionale, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea», tra cui quello di non discriminazione. Per un commento v. S. BARIATTI, *Multiple Nationalities*, cit., secondo la quale tale scelta può incrementare il *forum shopping* e l'incertezza del diritto (a p. 10). Soluzione differente viene proposta da chi ritiene che, nell'ambito dell'esercizio della loro autonomia, i coniugi siano completamente liberi di scegliere la legge nazionale «ritenuta più opportuna» perché lo scopo della norma è quello di favorire l'autonomia privata (R. CLERICI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1060, a differenza di quanto accade sotto il vigore dei criteri oggettivi, sui quali v. *infra*, par. 8, in nota 118); e da chi considera che il richiamo alla legge nazionale contenuto nel considerando 22 non serve a risolvere simili situazioni, per le quali può essere utile solo il portato della sentenza *Hadadi*, cit., vale a dire il carattere alternativo dei criteri di giurisdizione, con conseguente accertamento della cittadinanza prevalente e più effettiva (G. BIAGIONI, *Art. 5*, cit., p. 1479 s., anche per il caso di apolidia).

¹⁰⁸ In senso critico nei confronti delle limitate opzioni lasciate alle parti in merito alla possibilità di scelta della legge regolatrice I. VIARENGO, *Il regolamento*, cit., p. 614.

¹⁰⁹ G. BIAGIONI, *Art. 7*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1487-1490, a p. 1489

forme di manifestazioni di volontà che possono essere definite tacite, quali quelle ricavabili dalla scelta di una determinata legge per regolare altri aspetti del rapporto coniugale, oppure il richiamo all'interno di un accordo matrimoniale o in un ricorso congiunto per separazione o divorzio di una determinata normativa¹¹⁰. Inoltre, l'accordo deve contenere la data, che sarà l'ultima in senso cronologico in caso di mancata sottoscrizione contestuale, e la sottoscrizione da parte dei coniugi, che dovrà essere valutata con particolare attenzione in caso di utilizzo della posta elettronica. Infine, è richiesto che l'accordo contenga tutti quegli ulteriori elementi eventualmente richiesti dalla legge dello Stato di comune residenza dei coniugi al momento della sua conclusione, onde evitare che le parti scelgano una determinata normativa con il solo scopo di eludere l'applicazione dei requisiti più severi previsti dall'ordinamento in cui entrambi risiedono. Naturalmente, se solo uno dei coniugi ha la residenza abituale in un paese dell'Unione, la cui normativa prevede ulteriori requisiti formali, sarà quest'ultima ad essere presa in considerazione (par. 4)¹¹¹. Il par. 3 dell'art. 7 precisa poi che quando i coniugi risiedono, al momento della conclusione dell'accordo, in paesi diversi che richiedono requisiti di forma differenti, è sufficiente il rispetto di quanto previsto da una delle due legislazioni nazionali.

Sempre allo scopo di ampliare il ruolo delle parti, il regolamento prevede in linea generale che la scelta – o la modifica di un accordo precedentemente redatto – possa avvenire «al più tardi entro il momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale» (art. 5, par. 2), pur ammettendo, ove consentito dalla legge del foro, la possibilità che anche durante il procedimento le parti si possano accordare (par. 3)¹¹². E' stata così resa maggiormente flessibile l'originaria proposta della Commissione che prevedeva solo il primo termine¹¹³.

Quanto ai requisiti sostanziali, l'art. 6 stabilisce che la validità e l'esistenza dell'accordo vengono determinate dalla legge che sarebbe applicabile secondo i criteri contenuti nel regolamento se l'accordo fosse valido, vale a dire dalla *lex causae* (par. 1)¹¹⁴. Il regolamento appronta tuttavia al par. 2 una tutela

¹¹⁰ Così G. BIAGIONI, *Art. 5*, cit., p. 1474.

¹¹¹ Per considerazioni critiche nei confronti di un siffatta disciplina che, in modo «scarsamente comprensibile» rinuncia «alla ordinaria logica bilaterale delle norme di conflitto», considerando la residenza abituale solo se situata in uno Stato membro, G. BIAGIONI, *Art. 7*, cit., p. 1490; nonché P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà*, cit., p. 494 che individua nella normativa in oggetto un «elemento di disomogeneità nella disciplina europea».

¹¹² Sull'applicabilità nel nostro ordinamento di tale previsione v. G. DE MARZO, *Il regolamento (Ue) 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: primi passi verso un diritto europeo uniforme della famiglia*, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 918-922, spec. c. 919 s.

¹¹³ Art. 3, par. 2 della proposta della Commissione del 24 marzo 2010.

¹¹⁴ *Lex causae* definita “putativa” da G. BIAGIONI, *Art. 6*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1484-1487, a p. 1485, in quanto la legge applicabile all'esistenza e alla validità dell'accordo sarà quella scelta dalle parti. L'A. critica la scelta di non dettare una disciplina materiale della scelta informata, preferendo utilizzare il metodo conflittuale che potrebbe comportarne un'applicazione non uniforme a seconda del sistema richiamato (a p. 1486).

ulteriore per quella parte che intende invocare la mancata prestazione del consenso, consentendole di «riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale»¹¹⁵, ma solo a condizione che risulti dalle circostanze «che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto utile del suo comportamento secondo la legge prevista nel paragrafo 1». Si introduce così un ampio margine di discrezionalità in capo al giudice adito, chiamato anche a valutare il requisito della ragionevolezza posto dal par. 2, con conseguente possibile incertezza della soluzione accolta. Per tale ragione la norma dovrà essere oggetto di un'applicazione restrittiva¹¹⁶, onde evitare che possa risultare compromessa la prevedibilità del diritto applicabile, principio ispiratore del regolamento.

Va infine ricordato che il regolamento non pone alcuna distinzione tra separazione personale e divorzio, anche per i paesi, come l'Italia, in cui la prima è necessariamente prodromica al secondo e diversi sono i presupposti e le conseguenze che da essi discendono. Ne consegue che i coniugi possono scegliere la legge che regolerà i loro rapporti in caso sia di separazione sia di divorzio, senza che vi sia una differente previsione legislativa per le due diverse fattispecie. Ciò probabilmente dipende anche dal fatto che in alcuni ordinamenti, come la Gran Bretagna o la Romania, è possibile accedere immediatamente all'istituto del divorzio, senza preventivamente esperire la separazione personale. Rimane la questione se, in presenza dei collegamenti di cui all'art. 5, le parti possano scegliere due leggi distinte per la separazione e per il divorzio. La risposta ci pare debba essere positiva alla luce dell'art. 9¹¹⁷, dove si prevede che in caso di conversione della separazione in divorzio sia la legge applicata alla prima a regolare anche il secondo, sempreché le parti non abbiano pattuito diversamente ai sensi dell'art. 5. Con l'applicazione della legge della separazione si «favorirebbe la prevedibilità per le parti e rafforzerebbe la certezza del diritto», come specificato dal considerando 23. Qualora, invece, le parti abbiano optato per la scelta, il regolamento consente che i due istituti siano sottoposti a differenti leggi. Tutto ciò sempre che la legge che regola la separazione conosca la conversione della separazione in divorzio in quanto, diversamente, se le parti non si sono avvalse dell'art. 5, il giudice dovrà utilizzare i criteri previsti dall'art. 8.

8. I criteri oggettivi.

Nel caso di mancanza di scelta della legge da parte dei coniugi, il regolamento dispone che ad applicarsi alla separazione e al divorzio sia la legge individuata secondo uno dei quattro criteri successivi – o

¹¹⁵ In senso critico nei confronti di una simile previsione che valorizza il momento in cui viene adita l'autorità giurisdizionale, invece di quello della conclusione dell'accordo, che meglio risponderebbe al fine di tutela della parte, P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà*, cit., p. 493 s.

¹¹⁶ G. BIAGIONI, *Art. 6*, cit., p. 1487.

¹¹⁷ Per un commento cfr. G. ROSSILLO, *Art. 9*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1501-1503.

a cascata – contenuti nell’art. 8, in cui l’applicabilità del primo esclude quella dei successivi, in quanto quello astrattamente più idoneo a regolare i rapporti delle parti. Si tratta della residenza abituale dei coniugi (lett. a), dell’ultima residenza abituale comune, se non è decorso più di un anno dal momento in cui è stata adita l’autorità giudiziaria, a condizione che uno dei due coniugi abbia ancora in tal luogo la propria residenza (lett. b), della cittadinanza comune (lett. c)¹¹⁸ o della *lex fori* (lett. d)¹¹⁹. Il momento determinante è quello dell’adizione dell’autorità giurisdizionale, a differenza di quando la scelta viene effettuata dalle parti *ex art.* 5, in cui determinante è il momento della conclusione dell’accordo.

Il ricorso privilegiato ai primi due criteri di collegamento della residenza abituale, in ossequio alla scelta effettuata in sede internazionale con le convenzioni dell’Aja, rispetto a quello della cittadinanza, tipico della nostra tradizione, dovrebbe, ad avviso della Commissione¹²⁰, comportare l’applicabilità della normativa propria dell’autorità giurisdizionale adita, a causa della sostanziale analogia con i titoli di giurisdizionale previsti dall’art. 3 del regolamento 2201/2003. La ragione della scelta consiste probabilmente nel tentativo di far integrare la coppia, o, in altri termini, di garantire «l’identità sociale dell’individuo», evitando qualunque tipo discriminazione sulla base della cittadinanza¹²¹. Tuttavia tali elementi non sempre costituiscono un vantaggio per la coppia, come accade, per esempio, nei casi in cui la normativa nazionale, che deve cedere il passo, prevede condizioni meno rigorose di quelle della residenza abituale¹²². Peraltro, la non coincidenza tra i due ordini di criteri adottati renderà ipotizzabile l’applicazione

¹¹⁸ Sui problemi che, nel caso di mancanza di scelta delle parti, il concorso di cittadinanze in capo ad uno o ad entrambi i coniugi può determinare, v. S. BARIATTI, *Multiple Nationalities*, cit., p. 15 ss.; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1058 s., che ritiene, fra le diverse soluzioni prospettate in dottrina, migliore quello del ricorso alla cittadinanza effettiva o prevalente, quando siano entrambi i coniugi a possedere più cittadinanze. Circa l’inapplicabilità della giurisprudenza *Hadadi* (su cui v. *supra*, par. 7, nota 107) all’art. 8, che richiede l’individuazione di una sola legge, v. Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1491-1501, che ritiene necessario il ricorso alle normative nazionali, seppur nel rispetto dei principi dell’Unione europea. Si tratta quindi per l’Italia, dell’art.19, comma 2 della l. 218/95, con esclusione della parte che privilegia il possesso della cittadinanza italiana sulle altre, in quanto contraria ai principi – in particolare quello di non discriminazione – sanciti dall’Unione (a p. 1500 s.). Per quanto concerne situazioni analoghe quando la scelta viene effettuata dalle parti *ex art.* 5, v. *supra*, par. 7, nota 107.

¹¹⁹ E’ stato sottolineato come in tale ambito la previsione della *lex fori* non rifletta tanto la volontà di quel determinato ordinamento di «amministrare», secondo le proprie norme sostanziali» quelle fattispecie più complesse, quanto la necessità di garantire una «buona amministrazione della giustizia» e una «efficiente organizzazione dei procedimenti giudiziari» (P. FRANZINA, *L’autonomia della volontà*, cit., p. 496). Rileva Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8*, cit., che tale criterio introduce «un fattore di disarmonia» a causa dell’applicazione differenziata da parte di ogni autorità giudiziaria del proprio diritto materiale, anche se fondato sul criterio di prossimità (a p. 1491 s.).

¹²⁰ COM(2010) 105 def., 2010/0067 (CSN), cit., punto 6, Articolo 4.

¹²¹ Così C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 1029-1064, a p. 1051.

¹²² R. CLERICI, *Il nuovo regolamento* cit., p. 1056 s., cita il caso di una coppia straniera residente in Italia. A tale proposito si deve tuttavia dare atto che la Commissione Giustizia della Camera ha approvato il testo del DDL «Disposizioni in materia di separazione giudiziale tra i coniugi» che disciplina il c.d. divorzio breve, all’esame della Camera da maggio 2012. In base ad esso le coppie potranno divorziare decorso un anno dalla separazione, che si

della legge straniera quando, ad esempio, l'attore ritorni nel paese di origine e vi risieda per più di sei mesi, ma meno di un anno.

Nei casi in cui la legge applicabile non preveda il divorzio¹²³ o non garantisca analoghe condizioni di accesso al divorzio o alla separazione a entrambi i coniugi, a causa dell'appartenenza all'uno o all'altro sesso¹²⁴, i giudici nazionali sono autorizzati ad applicare la legge del foro (art. 10). La *ratio* della norma è stata ravvisata nella necessità di evitare qualunque forma di discriminazione, secondo il principio di parità sancito nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e in quella di non compromettere l'effetto utile di una normativa sovranazionale adottata allo scopo di consentire la libera circolazione di persone che vogliono sciogliere il loro legame matrimoniale quando la *lex causae* non lo consentirebbe loro¹²⁵. Da ciò emerge che la norma in questione, pur presentando punti di contatto con l'ordine pubblico di cui all'art. 12, in quanto entrambe le disposizioni sono volte a salvaguardare valori fondamentali nel caso in cui potrebbero essere messi a rischio, se ne differenzia, sottraendo all'ordine pubblico ipotesi in materia di divorzio che sarebbero destinate ad esservi ricomprese. In altre parole, l'art.10 concreta un'ipotesi di ordine pubblico speciale, in quanto tipizzata dal legislatore europeo, che elimina la discrezionalità dei singoli giudici nazionali nella valutazione – e quindi eventuali discriminazioni – , a vantaggio dell'uniformità delle soluzioni¹²⁶.

La previsione della *lex fori* non poteva dunque che essere residuale, data la gerarchia stabilita nel regolamento Bruxelles II-*bis* che dà la precedenza al luogo in cui è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale¹²⁷ e solo successivamente consente di passare a criteri in cui tale elemento è meno forte. Tuttavia, essa risponde anche a quel *favor divortii* che già permea il regolamento 2201/2003, ma che

prolunga a due in presenza di figli, al posto degli attuali tre, e la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il magistrato autorizza la coppia a vivere separata, mentre i diritti successori cesseranno solo con la pronuncia di divorzio. In merito cfr. il sito Internet www.camera.it/465?area=16&tema=542&Divorzio+breve.

¹²³ Non è pacifico che nel campo di applicazione della norma possano rientrare anche i matrimoni tra persone dello stesso sesso: P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce*, cit., p. 122.

¹²⁴ Per esemplificazioni di ipotesi di differenti condizioni di accesso agli istituti in questione su base discriminatoria v. A. LEANDRO, *Art. 10*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1503-1509, spec. p. 1507 s.

¹²⁵ P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n. 2, pp. 85-129 p. 123 che da ciò argomenta l'inclusione nella mancata previsione del divorzio o della separazione anche dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

¹²⁶ Si veda F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II. *Statuto personale e diritti reali*, 3^a ed., Torino 2011, p. 166 s. Nello stesso senso A. LEANDRO, *Art. 10*, cit., p. 1504.

¹²⁷ L'espressione viene qui utilizzata in senso atecnico, senza riferimenti al criterio utilizzato dall'art. 31 della l. 218/95. Sulle differenze tra il criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale e quello della residenza abituale v. Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8*, cit., p. 1498.

comunque non esclude l'operare dell'ordine pubblico¹²⁸. In base a tale previsione dunque il giudice di un ordinamento che ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso potrà applicare la propria legge nazionale in luogo di quella determinata sulla base dell'operare delle norme di conflitto qualora quest'ultima non consenta il divorzio in simili situazioni.

Infine, il regolamento esclude (art. 11) il rinvio, la cui operatività vanificherebbe il ruolo attribuito alla volontà delle parti¹²⁹ e renderebbe maggiormente complessa la determinazione in anticipo della legge applicabile, in contrasto, ancora una volta, con lo scopo perseguito dal regolamento di consentire che entrambi i coniugi possano conoscere quali conseguenze discenderanno della loro separazione o dal divorzio.

9. Le clausole di protezione dei sistemi nazionali.

La grande apertura che il legislatore comunitario ha mostrato in materia di separazione personale e divorzio, consentendo che le parti determinino quale sarà la legge applicabile e ammettendo che possa anche trattarsi della legge di un paese non membro dell'Unione, è comunque bilanciata dal limite dell'ordine pubblico¹³⁰.

In linea di continuità con quanto stabilito nel regolamento 2201/2003¹³¹, l'art. 12 prevede che si debba trattare di contrarietà «manifesta», rendendo così eccezionale l'operatività della limitazione. Il giudice investito della questione dovrà pertanto valutare se la legge individuata o sulla base della scelta effettuata dalle parti o sulla base dei criteri stabiliti dal regolamento non produca effetti dirompentemente¹³² contrari, per utilizzare le parole della Corte di Cassazione, ai «principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico»¹³³, vale a dire all'«insieme dei principi etici, economici, politici e sociali che, momento per momento, determinano i caratteri essenziali degli istituti del nostro ordinamento giuridico, nei vari campi della convivenza sociale», compresi quelli «entrati a far parte del nostro sistema giuridico in virtù del suo conformarsi ai precetti del diritto internazionale, sia

¹²⁸ V. considerando 24.

¹²⁹ La scelta risponde alla stessa considerazione sottesa al disposto dell'art. 13 della l. 218/1995 che esclude l'operatività del rinvio quando la legge applicabile viene determinata sulla base della volontà delle parti.

¹³⁰ Per un'analisi v. S. POILLOT PERUZZETTO, *The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System*, in J. MEEUSEN-M. PERTEGÁS-G. STRAETMANS-F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford 2007, pp. 279-302, spec. p. 293 ss.

¹³¹ Sul punto v. M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale*, cit., pp. 69-109.

¹³² Così F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., p. 251.

¹³³ Sentenza 6 dicembre 2002, n. 17349.

generale che pattizio, e del diritto comunitario»¹³⁴. L'appartenenza infatti all'Unione europea comporta che il giudice, nel ricercare i principi fondamentali del nostro ordinamento, deve tener conto anche di quelli originati in ambito europeo. Ne consegue che l'ordine pubblico potrà essere invocato a tutela dei valori fondamentali di un determinato ordinamento solo se essi sono conformi ai principi dell'Unione europea. In ogni caso, nell'applicazione del limite dell'ordine pubblico dovranno tenere conto dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in particolare l'eccezione dell'ordine pubblico non potrà essere opposta ad una legge straniera quando ne risulti un contrasto con detta Carta, in specie con l'art. 21 che vieta ogni forma di discriminazione¹³⁵. Per tali ragioni e per la previsione della norma dell'art. 10, si può ritenere che il ricorso al limite dell'ordine pubblico sarà limitato, e ciò probabilmente corrisponde alla volontà del legislatore europeo di evitare soluzioni differenziate a seconda dei singoli ordinamenti nazionali¹³⁶.

Tuttavia, diversamente da quanto accade nella legge 218/1995, il legislatore europeo non indica quale debba essere la legge che il giudice è tenuto ad applicare in caso di contrasto con l'ordine pubblico, anche se è plausibile si debbano applicare i criteri previsti dall'art. 8 ove la legge fosse stata scelta dalle parti o, in caso di applicazione diretta della norma, i criteri successivamente previsti dalla stessa¹³⁷. In tal modo la *lex fori* sarà applicata solo come *extrema ratio*, essendo prevista dall'art. 8 quale ultimo criterio (lett. d) e dall'art. 10 in caso di mancata previsione dell'istituto del divorzio nel diritto straniero. Tale soluzione pare preferibile a quella di applicazione immediata dell'art. 10¹³⁸, in quanto è lo stesso regolamento che attribuisce in via generale alla *lex fori* un ruolo residuale, limitato ai casi di impossibilità di operare dei criteri previsti dagli artt. 5 (volontà delle parti) e 8 (in mancanza di scelta delle parti). Inoltre, essa pare rispettare maggiormente lo spirito dell'uniforme applicazione del regolamento UE, rendendo il ricorso alla *lex fori* veramente residuale. Infine, per quanto concerne il nostro ordinamento, essa risulta in armonia con la scelta effettuata dal legislatore nazionale con l'art. 16 della legge 218/1995 dove si prevede che prima di poter far ricorso alla legge italiana, il giudice debba considerare gli altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima fattispecie¹³⁹. Si evita così che i giudici nazionali invocino in modo

¹³⁴ F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., rispettivamente a p. 249 e p. 254.

¹³⁵ V. considerando 25 e, per un ulteriore richiamo all'art. 21 della Carta, al cui rispetto le autorità giurisdizionali degli Stati membri sono tenute nell'applicazione del regolamento, considerando 30.

¹³⁶ In tal senso anche F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 167.

¹³⁷ Così anche I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata*, cit., p. 139; e O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012, p. 302 s.

¹³⁸ Sul punto v. I. VIARENGO, *Il regolamento*, cit., p. 622.

¹³⁹ Un'autorevole dottrina ritiene che l'eccezione dell'ordine pubblico nell'ambito dei regolamenti dell'Unione europea comporti «di per sé una, sia pure potenziale e circoscritta, rinuncia alla uniformità nella interpretazione e nella applicazione di quel testo», in quanto non tutti gli Stati membri hanno «una identica reazione

eccessivamente frequente l'eccezione dell'ordine pubblico al solo scopo di applicare la normativa interna, più facilmente conoscibile, invece di quella straniera.

L'altro strumento di protezione dei sistemi interni è dato dalla possibilità per i giudici nazionali di non pronunciare una decisione di divorzio in due ipotesi: quando il proprio ordinamento non conosce l'istituto, o non considera valido il matrimonio ai fini del procedimento di divorzio (art. 13). Nonostante la formulazione della norma, si deve ritenere che essa sia applicabile anche ai procedimenti di separazione personale e non solo di divorzio¹⁴⁰.

La prima ipotesi, inserita per far sì che Malta accettasse il regolamento, ha perso ogni interesse posto che tale paese ha introdotto nel proprio ordinamento il divorzio¹⁴¹.

Più complessa risulta invece la seconda fattispecie prevista in quanto la validità del matrimonio non rientra, come visto, nel campo di applicazione del regolamento, anche quando si tratti di questione preliminare, per cui un'applicazione della *lex fori* avrebbe come conseguenza quella di aggirare i limiti di applicazione del regolamento. Per tale ragione è stato suggerito che essa debba essere interpretata in via restrittiva, potendo riguardare solo l'ipotesi di questione preliminare sottoposta alla *lex fori*, che considera non valido il matrimonio, ai fini del procedimento di divorzio in oggetto¹⁴².

La previsione dell'art. 13 potrebbe comunque risultare utile per evitare il riconoscimento, seppur in via indiretta, di unioni tra coppie dello stesso sesso, evitando un eccessivo ricorso al limite dell'ordine pubblico, soprattutto a seguito della sentenza della Corte di Cassazione del 15 marzo 2012, o di matrimoni tra un soggetto minore di età e un adulto¹⁴³. La norma deve pertanto essere interpretata restrittivamente e mai in modo tale da consentire l'applicabilità della *lex fori* quando l'ordinamento straniero, la cui legge è dichiarata applicabile in virtù dei criteri di collegamento stabiliti nel regolamento, disciplina in maniera

di chiusura di fronte al diritto richiamato dalla norma di conflitto uniforme». In tali circostanze «meglio si conformerebbe allo spirito del testo internazionale/comunitario» il giudice che, invece di procedere all'applicazione della sua legge, sottoponesse la fattispecie alla legge richiamata dall'eventuale ulteriore criterio di collegamento, come previsto dalla legge 218/1995 (F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., a p. 261 s.).

¹⁴⁰ Alla stessa conclusione perviene A. LEANDRO, *Art. 13*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Il Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1518-1523, a p. 1520.

¹⁴¹ Con l'entrata in vigore il 1° ottobre 2011 del *Civil Code Emendment Act*, No. XIV of 2011 (in *Government Gazette of Malta* No. 18.784 – 29th July, 2011), Malta, a seguito del referendum del 29 maggio 2011, ha introdotto nel proprio ordinamento l'istituto del divorzio, fino ad allora sconosciuto. Sul punto si veda la «Dichiarazione di Malta sul regolamento del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», Allegato III, Consiglio dell'Unione europea, 26 novembre 2010, JUSTCIV 214 JAI 1008, cit.

¹⁴² A. LEANDRO, *Art. 13*, cit., p. 1522 s.; P. FRANZINA, ha osservato che «[t]his provision would be meaningless if national courts of participating Member States were entitled not to apply the Regulation whenever the *lex fori* regards the family relationship at stake as being invalid» (*The Law Applicable to Divorce*, cit., a p. 102).

¹⁴³ M. SALORD, *L'Europe divorce!*, cit.

meno restrittiva il divorzio rispetto a quanto accade nell'ordinamento del foro in quanto, così facendo, si vanificherebbe lo scopo del regolamento. Analogamente non potrà essere invocata l'applicabilità della norma da parte delle autorità giurisdizionali dei paesi membri che conoscono il divorzio, ma non la separazione, poiché in questo caso non sussiste l'esigenza di «“protéger” le système juridique visé à l'égard d'une discipline différente de la dissolution du lien conjugal»¹⁴⁴. La disposizione introduce dunque «una norma materiale che, rafforzando per così dire il limite dell'ordine pubblico positivo, comporta l'esclusione della legge applicabile quando l'ordinamento straniero si ponga in contrasto con questi valori»¹⁴⁵.

A tale proposito va rilevato che la Commissione aveva visto con preoccupazione l'inserimento di tale previsione, ravvisando in essa «una deroga che nega la finalità stessa della cooperazione rafforzata» ed auspicandone pertanto un'interpretazione che lasci «impregiudicato l'obbligo per uno Stato membro la cui legislazione non prevede il divorzio di accettare la competenza e di considerare un'istanza di divorzio allorché è investito in virtù delle norme di competenza giurisdizionale di cui al regolamento (CE) n. 2201/2003»¹⁴⁶. Resta il fatto che, ove anche si riconoscesse competente, lo Stato in questione potrà, nel momento in cui si trattasse di pronunciare una sentenza di divorzio, declinare la competenza stessa, con il rischio, per quanto teorico, che a questo punto non vi sia più una giurisdizione competente al riguardo. Al fine proprio di evitare che possano verificarsi ipotesi di diniego di giustizia nel caso in cui nessuno degli ordinamenti competenti in base al regolamento conosca l'istituto del divorzio, il Consiglio, su sollecitazione del Parlamento europeo¹⁴⁷, ha adottato una dichiarazione nella quale si richiama l'opportunità di modificare il regolamento Bruxelles II-*bis*, introducendo «un foro nei casi in cui le autorità giurisdizionali competenti siano tutte situate in Stati membri la cui legge non prevede il divorzio o non riconosce la validità del matrimonio in questione ai fini di una decisione di divorzio (*forum necessitatis*)»¹⁴⁸.

¹⁴⁴ M. VELLETTI, E. CALÒ, D. BOULANGER, *La discipline européenne du divorce*, in *La Semaine Juridique*, 13 maggio 2011, n. 19, p. 1160 ss., punto 28.

¹⁴⁵ I. VIARENGO, *Il regolamento*, cit., p. 623.

¹⁴⁶ Dichiarazione della Commissione, Allegato II, Consiglio dell'Unione europea, 26 novembre 2010, 17046/10 JUSTCIV 214 JAI 1008, Proposta di regolamento, cit.

¹⁴⁷ Progetto di relazione sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (COM(2010)0105 – C7-0102/2010 – 2010/0067(CNS) che richiama la risoluzione, sempre del Parlamento, del 21 ottobre 2008, reperibile al sito Internet www.europarl.europa.eu.

¹⁴⁸ Dichiarazione del Consiglio, Allegati I, Consiglio dell'Unione europea, 26 novembre 2010, JUSTCIV 214, JAI 1008, cit. Sull'introduzione del *forum necessitatis* nei regolamenti cfr., per tutti, P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 1121-1129; S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 77; G. BIAGIONI, *Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, n. 1, pp. 20-36; nonché R. CAFARI PANICO, *Forum necessitatis: Judicial Discretion in the Exercise of Jurisdiction*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F. VILLATA (eds.), *Recasting Bruxelles I*, in corso di pubblicazione per i tipi della Cedam, Padova, 2012. Con riferimento al regolamento in parola, M. VALLETTI e E. CALÒ, *La disciplina europea*, cit., p. 728s.; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento*, cit., p. 1064.

10. Cenni conclusivi.

Il regolamento 1259/2010 ha apportato nel sistema delle fonti dell'Unione elementi di indubbia complessità: le norme relative alla giurisdizione e al riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale sono contenute nel regolamento 2201/2003, che si applica a 27 paesi membri, con la sola eccezione della Danimarca, mentre quelle sulla legge applicabile si rinvergono appunto nel regolamento 1259/2010, che tuttavia è applicabile, allo stato, a solo 14 paesi membri. Ciò determina che nei paesi non aderenti alla cooperazione rafforzata si dovranno considerare le norme di conflitto interne. Il regolamento comporta infatti, per i paesi per i quali esso si applica, un risultato ottenuto è stato decisamente inferiore rispetto alle aspettative iniziali. Se è vero che non è raro, anche nell'ambito del diritto internazionale convenzionale, che la disciplina processualistica e quella relativa alla legge applicabile siano contenute in testi normativi diversi, non lo è meno vero osservare che la più recente tendenza dell'Unione europea pare invece quella di raccogliere in un unico atto normativo tutti e tre gli istituti propri del diritto internazionale privato e processuale, vale a dire giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, anche a fini di maggior trasparenza e chiarezza legislativa. Così dovrebbe avvenire in materia successoria o di regimi patrimoniali della famiglia.

Non può quindi andare immune da critiche la scelta di limitare l'ambito oggettivo alla sola legge applicabile, rinunciando all'ambizioso obiettivo di razionalizzare anche la disciplina della competenza giurisdizionale in materia, attraverso una modifica della normativa matrimoniale contenuta nel regolamento 2201/2003. Ma ovviamente ciò non era possibile attraverso lo strumento della cooperazione rafforzata che non può incidere sull'*acquis communautaire*, di cui fa parte il regolamento da ultimo menzionato. Ed infatti, di fronte alla ferma opposizione di alcuni paesi di procedere ad una modifica globale degli strumenti giuridici in vigore, attraverso una loro razionalizzazione, si aprivano due strade: o l'abbandono del progetto, che avrebbe comportato il perdurare di quei problemi sorti in sede applicativa del regolamento 2201/2003, o l'utilizzo dello strumento della cooperazione rafforzata¹⁵⁰, nella speranza di una successiva, anche se alquanto improbabile allo stato, adesione di altri paesi. La scelta è ricaduta sulla seconda delle opzioni in quanto ritenuta comunque più soddisfacente, anche se con essa non viene radicalmente eliminato il rischio che il ricorrente possa ricorrere al giudice di un paese non vincolato dal regolamento per vedersi applicata

¹⁴⁹ Così A. LEANDRO, *Art. 4*, in P. FRANZINA (commentario a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., pp. 1468-1470, p. 1469.

¹⁵⁰ F. POCAR, ritiene non scontata la mancanza di pregiudizio alla libera circolazione delle persone, a causa del limitato numero di paesi partecipanti, rinvenendosi nel regolamento solo una descrizione dei principi che l'hanno ispirato e non giustificazioni all'utilizzo dello strumento della cooperazione rafforzata e degli obiettivi perseguiti (*The European harmonisation of conflict of law rules*, cit., a p. 25 s.).

la sua legge nazionale, ritenuta più favorevole di quella individuata dal regolamento¹⁵¹.

¹⁵¹ Criticamente nei confronti della scelta effettuata R. CLERICI, *il nuovo regolamento*, cit., p. 1054, la quale tuttavia rileva l'importanza del risultato raggiunto (p. 1055); I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche*, cit., p. 75. Per ulteriori considerazioni cfr. M.C. BARUFFI, *Il regolamento*, cit., p. 892 s.