

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE**

**XXIV CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

**I RAPPORTI PATRIMONIALI TRA  
CONIUGI E *PARTNERS*  
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO  
EUROPEO**

**Settore scientifico-disciplinare: IUS 14**

**DOTTORANDA  
LAURA SERRA**

**COORDINATORE  
PROF. STEFANO AMADEO**

**SUPERVISORE DI TESI  
PROF. LUCA G. RADICATI DI BROZOLO**

**ANNO ACCADEMICO 2011/2012**

## INDICE

<b>Introduzione .....</b>	<b>7</b>
---------------------------	----------

### **Capitolo I:**

#### **L'azione dell'Unione Europea in materia di diritto di famiglia**

1. Considerazioni introduttive .....	10
2. L'internazionalizzazione della famiglia e del suo diritto .....	11
3. Il difficile rapporto tra Unione Europea e diritto di famiglia .....	13
3.1. Le possibili basi normative per un'azione in materia di famiglia.....	14
3.2. Il ruolo fondamentale della cooperazione giudiziaria in materia civile.....	17
3.2.1. Ambito applicativo della cooperazione .....	18
3.3. Il diritto internazionale privato europeo della famiglia: le origini.....	21
3.3.1. Il sistema di Bruxelles penetra nel diritto di famiglia.....	23
3.3.2. Successive evoluzioni: dal diritto internazionale privato processuale al diritto internazionale privato sostanziale.....	25
3.3.3. Nuove norme di conflitto europee nel settore del diritto di famiglia ..	26
3.3.4. Lo scenario attuale e le prospettive future .....	28
4. I confini dell'azione dell'Unione nel diritto internazionale privato europeo della famiglia .....	29
4.1. (Segue)..tra entusiasmi istituzionali.....	29
4.2. (Segue).. e scetticismi nazionali.....	30
5. Le recenti novità procedurali.....	31
5.1. L'esigenza di una cooperazione rafforzata .....	32
5.2. Il ruolo delle Convenzioni internazionali: la c.d. sussidiarietà alla rovescia del Regolamento (UE) n. 4/2009 .....	36
5.3. Le altre Convenzioni internazionali in materia di diritto di famiglia .....	38
6. Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo .....	39
6.1. I diritti dell'uomo veicoli di armonizzazione del diritto di famiglia?.....	44
6.2. (Segue) In particolare il diritto al matrimonio e il rispetto alla vita familiare. ....	45
7. La funzione armonizzatrice della Corte di Giustizia.....	47
8. Verso un diritto della famiglia europeo? .....	53
8.1. Armonizzazione del diritto di famiglia in Europa: un problema di competenza.....	54
8.1.1. I lavori della Commission on European Family Law .....	55
9. Riflessioni conclusive: Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner nell'Unione Europea.....	57

**Capitolo II:**  
**I regimi patrimoniali di coppia nel diritto comparato:**  
**vecchi problemi e nuove prospettive**

1. Premessa.....	59
------------------	----

**Sezione I:**  
**I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto sostanziale comparato**

1. Considerazioni introduttive .....	60
2. La fattispecie dei «Regimi patrimoniali tra coniugi» nel diritto comparato .....	61
2.1. L'evoluzione storica in Europa: similitudini e divergenze .....	63
2.2. Le principali linee di convergenza tra legislazioni europee.....	64
2.3. Il principio di uguaglianza tra norme imperative ed autonomia privata .....	64
3. I regimi in costanza di matrimonio: Regimi primari .....	65
4. I Regimi secondari legali e convenzionali .....	66
4.1. Principali modelli di separazione dei beni .....	67
4.2. ( <i>Segue</i> ) e di comunione dei beni .....	69
4.3. Il regime della partecipazione agli acquisti.....	70
4.4. Regimi convenzionali e autonomia della volontà .....	71
4.5. Convenzioni matrimoniali.....	72
4.6. La modificazione volontaria del regime matrimoniale in costanza di matrimonio.....	73
5. Regimi di pubblicità .....	74
6. Gli effetti della dissoluzione del matrimonio .....	75
6.1. L'autonomia negoziale in fase di crisi coniugale.....	76

**Sezione II:**  
**I rapporti patrimoniali tra coniugi**  
**nel diritto internazionale privato comparato**

7. Dal diritto sostanziale al diritto internazionale privato comparato .....	78
7.1. Cenni storici di diritto internazionale privato in materia di regimi matrimoniali .....	79
8. Le norme di conflitto alla luce dell'evoluzione delle fonti di riferimento .....	81
8.1. Il criterio di collegamento principale: l'autonomia della volontà nella scelta di legge.....	83
8.2. La legge applicabile in mancanza di scelta .....	84
8.2.1. Sistemi giuridici scissionisti .....	84
8.2.2. Sistemi unitaristi: dalla cittadinanza alla residenza abituale .....	85

8.3.	Il problema del conflitto mobile della legge applicabile.....	87
8.3.1.	L'immutabilità della legge applicabile alla fattispecie.....	87
8.3.2.	(Segue) La variabilità della legge applicabile.....	88
8.3.3.	(Segue) La mutabilità volontaria della legge applicabile .....	89
9.	Problemi di competenza in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi .....	90
9.1.	La competenza giurisdizionale.....	90
9.2.	La competenza in sede non contenziosa .....	92
10.	Problemi relativi al riconoscimento delle convenzioni matrimoniali.....	92
11.	(Segue) e delle decisioni straniere. ....	93
12.	Pubblicità e opponibilità ai terzi .....	94

### **Sezione III:**

#### **Le unioni non matrimoniali nel diritto comparato**

13.	Il fenomeno delle nuove realtà familiari.....	95
13.1.	Status e rapporti patrimoniali delle coppie non tradizionali nelle legislazioni europee.....	96
13.1.1.	L'unione libera.....	96
13.1.2.	L'unione registrata.....	98
13.1.3.	Il matrimonio tra persone dello stesso sesso.....	102
14.	Le coppie non sposate nel diritto internazionale privato .....	103
14.1.	La qualificazione.....	105
14.1.1.	La qualificazione di istituti sconosciuti .....	106
14.1.2.	La qualificazione delle unioni registrate.....	108
14.2.	La legge applicabile alle unioni registrate nel contesto europeo .....	111
14.2.1.	I differenti modelli di disciplina in Europa.....	112
14.2.2.	L'assenza di norme di conflitto <i>ad hoc</i> .....	115

### **Capitolo III:**

#### **Verso un diritto internazionale privato europeo in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi**

1.	Considerazioni introduttive .....	117
2.	L'iter della Proposta di Regolamento in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi .....	118
2.1.	La base giuridica della Proposta .....	120
3.	Gli ambiti applicativi del futuro Regolamento.....	120
4.	L'ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> .....	122
4.1.	La definizione dei regimi patrimoniali tra coniugi .....	124
4.2.	L'interpretazione autonoma della Corte di Giustizia.....	125

4.3.	La necessità di una definizione univoca a livello europeo.....	126
4.3.1.	I rapporti patrimoniali a seguito di scioglimento del matrimonio ....	126
4.3.2.	I rapporti patrimoniali in vista del matrimonio.....	127
4.3.3.	I rapporti personali.....	128
4.3.4.	I rapporti tra coniugi e terzi .....	129
4.4.	Le materie escluse dalla Proposta di Regolamento.....	130
4.5.	L'esclusione della definizione di matrimonio.....	131
5.	La competenza giurisdizionale nella Proposta di Regolamento.....	132
5.1.	Gli obiettivi perseguiti dall'armonizzazione della disciplina .....	133
5.1.1.	Le esigenze di coordinamento tra sistemi giurisdizionali europei.....	134
5.1.2.	La ricerca della coincidenza tra <i>forum</i> e <i>ius</i> attraverso l'elezione del foro.....	136
5.2.	Le altre competenze .....	137
5.2.1.	I criteri della residenza abituale e della cittadinanza comune dei coniugi.....	138
5.3.	Regole di competenza sussidiaria e necessaria .....	140
5.4.	La verifica della competenza e della ricevibilità della domanda .....	143
5.5.	La litispendenza .....	144
5.6.	Connessione .....	146
6.	La determinazione della legge applicabile nella Proposta di Regolamento ....	147
6.1.	Unità della legge applicabile.....	148
6.2.	Il primato dell'autonomia della volontà.....	149
6.2.1.	I limiti alla facoltà di scelta della legge applicabile .....	150
6.2.2.	L'art. 16: La scelta della legge applicabile.....	151
6.3.	Determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta.....	153
6.4.	L'immutabilità automatica della legge applicabile .....	155
6.5.	Il cambiamento volontario della legge applicabile .....	156
6.6.	L'irretroattività della scelta di legge e del suo mutamento.....	157
6.7.	I requisiti formali della scelta di legge e del contratto di matrimonio .....	158
7.	L'opponibilità ai terzi del regime patrimoniale tra coniugi .....	161
8.	Norme di applicazione necessaria .....	162
9.	Ordine pubblico e regimi patrimoniali tra coniugi .....	164
10.	Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere .....	166
10.1.	Il riconoscimento delle decisioni straniere.....	167
10.1.1.	I motivi ostativi al riconoscimento .....	168
10.2.	L'esecuzione delle decisioni straniere nella Proposta di regolamento ....	170
10.2.1.	Il richiamo alla materia civile e commerciale.....	170
10.2.2.	Il richiamo alla materia successoria.....	171
10.2.3.	Le future scelte del legislatore.....	172
11.	Il riconoscimento degli atti pubblici stranieri .....	174
11.1.	La definizione di atto pubblico .....	175
11.2.	Natura ed effetti dell'atto pubblico straniero .....	175

**Capitolo IV:**  
**La Proposta di Regolamento**  
**sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate**

1. Introduzione.....	177
2. Uno sguardo d'insieme alla Proposta di Regolamento .....	181
3. Riflessioni sulla portata applicativa del futuro regolamento.....	182
4. La competenza giurisdizionale nella Proposta di Regolamento.....	184
4.1. L'articolo 3: competenza in caso di morte di un partner .....	185
4.2. L'articolo 4: competenza in caso di separazione dei partner .....	186
4.3. L'articolo 5: altre competenze .....	187
4.4. L'articolo 6: competenza sussidiaria.....	189
5. La legge applicabile nella Proposta di Regolamento .....	192
5.1. L'inadeguatezza della tradizionale bilateralità della norma di conflitto...192	
5.2. Il confronto con la prospettiva unilateralistica della norma di conflitto ...194	
5.3. Un nuovo approccio bilaterale: la <i>lex loci registrationis</i> .....	196
5.4. L'esclusione dell'autonomia delle parti .....	199
6. L'ordine pubblico .....	200
6.1. Il limite dell'ordine pubblico e le unioni registrate omosessuali .....	201
6.2. L'invocabilità dell'ordine pubblico per negare gli effetti patrimoniali dell'unione....	204
6.2.1. La questione preliminare sull'esistenza dell'unione e l'ordine pubblico.....	205
7. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere nella Proposta di Regolamento .....	206
 <b>Osservazioni conclusive.....</b>	<b>209</b>
 <b>Bibliografia.....</b>	<b>210</b>



## Introduzione

Il presente lavoro è dedicato all'analisi dell'assetto giuridico, attuale ed *in fieri*, dei rapporti patrimoniali tra coniugi e partner nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea. La ricerca, attraverso l'esame degli strumenti normativi in vigore ed in fase di studio nel contesto europeo, nonché dei principali orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, intende mettere in luce la crescente rilevanza della materia, le problematiche giuridiche ad essa connesse e le lacune di disciplina che ancora la caratterizzano; dall'altro, si prefigge di verificare l'opportunità e la fattibilità concreta di soluzioni uniformi a livello europeo, tese a superare le carenze riscontrate sul piano nazionale, in ossequio alle esigenze di armonizzazione normativa e di certezza dei rapporti giuridici all'interno dell'Unione.

Nella società contemporanea, così fortemente orientata al superamento dei confini tra Stati, sono sempre più numerosi i matrimoni e le diverse forme di unioni familiari caratterizzati da elementi di internazionalità, tra soggetti di cittadinanza diversa o tra connazionali che trasferiscono la propria vita comune all'estero, con affari e beni probabilmente situati in più di un unico Paese.

A fronte della tendenza all'internazionalizzazione della famiglia e delle sue dinamiche, nello spazio giudiziario europeo - caratterizzato da un alto livello di integrazione tra Stati - si evidenzia l'utilità di un'armonizzazione di diritto che attraverso l'adozione di una disciplina unitaria semplifichi la regolamentazione di situazioni giuridiche con elementi di estraneità, in vista della piena realizzazione della libera circolazione delle persone.

Il panorama normativo dei singoli Stati membri evidenzia, infatti, allo stato attuale, una grande varietà di soluzioni a livello tanto di diritto sostanziale, quanto di diritto internazionale privato, che inevitabilmente determina una situazione di incertezza sia per i coniugi, che ad esempio possono trovarsi soggetti a regimi matrimoniali diversi a seconda dell'autorità giurisdizionale adita, sia per i partner legati da un'unione registrata, passibile di non essere riconosciuta oltre i confini dello Stato di registrazione, sia per i terzi (si pensi ai creditori) che con gli stessi coniugi o partner abbiano intrattenuto rapporti giuridici, sia, infine, per gli operatori del diritto chiamati a destreggiarsi tra le intricate vicende patrimoniali della famiglia.

L'evidente disarmonia nelle soluzioni adottate dai legislatori nazionali costituisce un rilevante ostacolo alla libera circolazione delle persone, che non appare più conciliabile con gli obiettivi fatti propri dall'Unione Europea nel Programma di Stoccolma per il periodo 2010-2014. Nel delineare le priorità necessarie alla creazione e al rafforzamento di uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia unitario, proprio in tale occasione è stata rimarcata la necessità di azioni concentrate sugli interessi e sulle esigenze dei singoli. In particolare, il raggiungimento di una "cittadinanza europea" viene subordinato al conferimento dei diritti fondamentali della persona, primo tra tutti il rispetto della vita familiare, al pieno esercizio del



diritto di libera circolazione, da assicurare non solo ai cittadini ma anche ai loro familiari, nonché all'effettiva possibilità "di far valere tali diritti ovunque nell'Unione", facilitando l'accesso alla giustizia.

Se, tuttavia, in assenza di una norma specifica dei Trattati che attribuisca alle Istituzioni la competenza ad adottare atti di armonizzazione sostanziale, l'unificazione materiale del diritto di famiglia appare ancora troppo lontana e prematura, più concreta ed attuabile si rivela - anche in materia di regimi patrimoniali della coppia - la predisposizione di un sistema unitario di diritto internazionale privato europeo, fondato sulla cooperazione giudiziaria in materia civile. Infatti, proprio sulla scorta di tale competenza indiretta, attualmente sancita all'art. 81 TFUE, si è assistito negli ultimi anni al progressivo intensificarsi dell'azione dell'Unione nel diritto di famiglia, attratto su più fronti dall'opera di armonizzazione del diritto internazionale privato che ha, fino ad ora, interessato settori di rilievo primario quali la separazione personale e il divorzio, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari, le successioni, portando all'emanazione di diversi e specifici Regolamenti.

In tale contesto si inseriscono le due recenti Proposte di Regolamento, pubblicate dalla Commissione il 16 marzo 2011, dedicate ai rapporti patrimoniali che derivano dal matrimonio, la prima, e dalla registrazione di una partnership, la seconda, le quali incorporano globalmente la disciplina relativa alle problematiche internazionalprivatistiche di settore. L'intento primario di entrambi gli atti, esplicitamente ripreso dai rispettivi preamboli, è quello di fornire soluzioni unitarie di fronte alle difficoltà derivanti dai conflitti di giurisdizioni e di leggi, in modo da assicurare una maggiore certezza giuridica alle coppie che circolano all'interno dell'Unione.

Le maggiori sfide che il legislatore europeo si è impegnato a raccogliere attraverso le due Proposte consistono, da un lato, nel tentare di raccordare la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi e partner con gli strumenti normativi già in vigore, al fine di ridurre quella frammentarietà di disciplina che ad oggi caratterizza il diritto internazionale privato europeo della famiglia; dall'altro, nel promuovere il riconoscimento giuridico delle nuove realtà familiari, sebbene solo sotto il profilo internazionalprivatistico e limitatamente agli aspetti economici derivanti dalle unioni non tradizionali.

Invero, tali obiettivi appaiono quanto mai ambiziosi, soprattutto in quanto riferiti al complesso e delicato settore familiare, nel quale tuttora gli Stati membri sono portati a rivendicare l'autonoma competenza normativa, sorretti dalle limitazioni procedurali previste dai Trattati che - anche a seguito della revisione del 2009 - sottopongono all'unanimità l'adozione di atti di cooperazione in questa materia.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'analisi focalizzata sulla materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, cui nello specifico vengono dedicati i capitoli II, III e IV del presente lavoro, non può prescindere da un preliminare e più generale sguardo alle

caratteristiche dell'azione dell'Unione europea nel diritto di famiglia, alle sue potenzialità ed ai suoi limiti.

Il fine ultimo è quello di comprendere se attraverso il metodo della cooperazione giudiziaria in materia civile, e anche grazie alla costante opera interpretativa della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, il legislatore europeo possa arginare l'ostacolo della mancanza di competenza legislativa diretta in materia familiare, riuscendo a gettare le basi per favorire la creazione di un principio di riconoscimento reciproco degli *status* civili e di valori condivisi all'interno dell'Unione.

## **Capitolo I: L'azione dell'Unione Europea in materia di diritto di famiglia**

### **1. Considerazioni introduttive**

Il presente lavoro è dedicato all'analisi dei rapporti patrimoniali della coppia nel diritto internazionale privato europeo. La materia è oggetto di due recenti Proposte della Commissione, pubblicate il 16 marzo 2011, che si occupano di convogliare in due distinti Regolamenti la disciplina della competenza giurisdizionale, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, l'una in relazione ai regimi patrimoniali tra coniugi<sup>1</sup>, l'altra con riguardo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>2</sup>. Entrambi i settori, fino ad oggi lasciati alla competenza legislativa nazionale, vengono per la prima volta fatti oggetto del processo di cooperazione giudiziaria che, da poco più di un decennio a questa parte, vede impegnate le Istituzioni europee in un'intensa attività normativa volta ad uniformare il diritto internazionale privato degli Stati membri.

Fin dai suoi albori, tale opera di armonizzazione è stata estesa anche alla materia familiare, sul presupposto che il fondamento della cosiddetta "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato è da rinvenire nella semplificazione della vita delle persone che circolano all'interno dell'Unione europea, al fine di garantire loro una maggiore certezza giuridica ed una semplificazione delle procedure giurisdizionali. Così, hanno progressivamente visto la luce il Regolamento (CE) n. 1347/2000 cosiddetto "Bruxelles II", oggi sostituito dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 (Bruxelles II bis), sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; il Regolamento (UE) n. 4/2009 in tema di obbligazioni alimentari; il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio; e da ultimo il Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni e sulla creazione di un certificato successorio europeo.

In tale contesto, l'analisi della disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi e partner offerta dalle Proposte di Regolamento viene fatta precedere da un preliminare sguardo alle competenze dell'Unione europea nel settore del diritto di famiglia, da un lato, al fine di comprendere le potenzialità ed i limiti dell'armonizzazione del diritto internazionale privato in tale materia, dall'altro, per

---

<sup>1</sup> COM/2011/0126 def. - CNS 2011/0059 \*/ 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, reperibile sul sito: <http://eur-lex.europa.eu>

<sup>2</sup> COM/2011/0127 def. - CNS 2011/0060 \*/ Proposta di REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, reperibile sul sito: <http://eur-lex.europa.eu>

tenere a mente nella successiva ricerca le esigenze di coordinamento tra i diversi strumenti normativi europei, ciascuno dedicato a singoli - ma correlati - aspetti del diritto di famiglia.

## 2. L'internazionalizzazione della famiglia e del suo diritto

In senso tradizionale, la famiglia viene intesa come nucleo primario in cui si realizza la dimensione sociale dell'individuo, attraverso la creazione di rapporti, personali e patrimoniali, che conferiscono ai suoi membri diritti e doveri reciproci<sup>3</sup>. Lungi dal rispondere esclusivamente ad interessi privati, essa assume una rilevanza pubblica essenziale, se la si considera come struttura elementare e fondante della società, nella quale ciascuno apprende per la prima volta e plasma la propria identità culturale, ideologica, religiosa, politica, sociale. In tale prospettiva, il suo diritto è percepito come nocciolo duro di ogni sistema giuridico, che contemporaneamente garantisce il rispetto delle peculiarità e riflette le differenze esistenti tra popoli<sup>4</sup>.

Sulla scorta di questa concezione, gli Stati si sono da sempre eretti a custodi delle proprie tradizioni culturali e giuridiche, rivendicando l'autonomia nel predisporre la disciplina di istituti quali matrimonio, filiazione, divorzio, che costituiscono l'essenza stessa del diritto di famiglia, e al contempo mostrandosi restii a spogliarsi della relativa competenza normativa, che hanno dismesso verso le organizzazioni internazionali mal volentieri, solo sporadicamente e per interventi scarsamente sistematici<sup>5</sup>.

Tuttavia, al tradizionale atteggiamento di chiusura manifestato dai legislatori nazionali, negli ultimi decenni si è contrapposta una dirompente evoluzione sul piano sociale e culturale, che ha letteralmente rivoluzionato la famiglia e le sue dinamiche, ripercuotendosi inevitabilmente sul mondo del diritto.

---

<sup>3</sup> MEULDERS-KLEIN M. T., *Quelle unité pour le droit de la famille en Europe?*, in *Revue Marché Commun et Union Européenne*, 2000, p. 328.

<sup>4</sup> MULLER-FREIENFIELS W., *The unification of family law*, in *The american law journal of comparative law*, 1968, p. 175. Lo stesso Consiglio, nell'ambito di un rapporto sulla necessità di assimilare le legislazioni statuali nelle materie civili ha statuito che: "family law is heavily influenced by the culture and tradition of national (or even religious) legal system, which could create a number of difficulties in the context of harmonisation", Council Report, 16 Novembre 2001, 13017/01, justciv 129, p. 114

<sup>5</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints arguments*, in BOELE-WOELKY K., *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21<sup>st</sup> Century*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, p. 37 ss. L'autrice rileva come in realtà il diritto di famiglia è incardinato non tanto nelle tradizioni di ogni singola nazione, quanto piuttosto in una storia ed in una cultura pan-europea. Ciò che rende differenti le normative statali sarebbe, dunque, non la tradizione degli Stati membri, che trova una radice comune e si fonda su considerazioni condivise, ma la l'opportunità politica, assoggettata a cambiamenti repentini e profondi tali da non giustificare un effettivo ostacolo all'armonizzazione del diritto di famiglia europeo.

Da un lato, lo stesso concetto di famiglia muta considerevolmente nel tempo: l'affermarsi della parità tra l'uomo e la donna, e dei loro reciproci diritti e doveri in ambito coniugale, il contemporaneo tramonto della struttura patriarcale della famiglia, il riconoscimento dell'autorità genitoriale congiunta nell'interesse superiore del minore, il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, l'affermarsi di unioni estranee alla famiglia legittima, il riconoscimento di legami familiari tra soggetti aventi lo stesso sesso, costituiscono solo alcuni tra i più evidenti fattori di cambiamento, di fronte ai quali si è resa indispensabile una presa di coscienza da parte dei legislatori nazionali.

Dall'altro, ad evolversi è la dinamica "spaziale" della famiglia che, per effetto della globalizzazione, nonché degli imponenti flussi migratori avviatisi dal dopoguerra e tuttora permanenti - favoriti dalla creazione di uno spazio interno senza frontiere in ambito europeo - non rappresenta più una realtà a carattere prettamente nazionale, ma conquista una dimensione "internazionale". Non a caso, sono un fenomeno in continua espansione i legami familiari caratterizzati da elementi di internazionalità, instaurati tra soggetti aventi cittadinanza differente o che stabiliscono la propria vita comune in un Paese diverso da quello di origine.

Sotto il profilo giuridico, l'inarrestabile tendenza all'internazionalizzazione della famiglia provoca un rafforzarsi crescente dei contatti tra Stati, lancia sfide ai legislatori nazionali, impone loro di aprirsi, o quanto meno di confrontarsi con l'esterno, di guardare oltre i propri confini per adottare sistemi normativi avanzati, che tengano in adeguata considerazione i cambiamenti in corso, sui piani del diritto materiale e del diritto internazionale privato.

In particolare, rivolgendo lo sguardo al solo contesto europeo, caratterizzato da un elevato livello di integrazione tra Stati membri, nel mutato panorama sociale e culturale la competenza legislativa detenuta esclusivamente a livello nazionale si frappone all'effettivo realizzarsi di una famiglia di stampo "transnazionale", poiché determina la sussistenza di profonde diversità di disciplina tra ordinamenti, in contrasto con gli obiettivi di certezza giuridica e di prevedibilità delle soluzioni fatti propri dall'Unione europea.

Se, certo, è ancora lunga e incerta la strada verso un'uniformazione legislativa del diritto di famiglia, tuttavia non può tralasciarsi che il panorama giuridico sta progressivamente reagendo ai cambiamenti degli ultimi decenni: già da tempo sono state stipulate apposite convenzioni internazionali, bilaterali e multilaterali, che tendono al coordinamento delle soluzioni offerte per i rapporti con elementi di estraneità<sup>6</sup>; e nella stessa prospettiva si muove l'attività normativa portata avanti dalle Istituzioni europee che, pur nei limiti delle competenze attribuite all'Unione, produce effetti particolarmente rilevanti nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, con un'erosione sempre maggiore dell'esclusività nazionale.

---

<sup>6</sup> ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 7, 2010, p. 733 ss.

Si sta assistendo, cioè, a quel fenomeno che è già stato definito “internazionalizzazione” del diritto di famiglia, in base al quale più fonti normative a diversi livelli - nazionali, europee, internazionali – concorrono nel determinare la disciplina applicabile ai rapporti personali e patrimoniali familiari, lasciando da risolvere i problemi di coordinamento e di coerenza interna tra norme, nonché di completezza e di sistematicità, che ne conseguono<sup>7</sup>.

### **3. Il difficile rapporto tra Unione Europea e diritto di famiglia**

Nel settore del diritto di famiglia, il rapporto tra legislatore europeo e legislatori nazionali è sempre stato caratterizzato da un notevole squilibrio a favore dei secondi, unici detentori del potere di legiferare in tale ambito.

E' noto che, in virtù del principio di attribuzione<sup>8</sup>, cardine dell'ordinamento europeo ed attualmente sancito agli articoli 4 e 5 del TUE, tutte le competenze non devolute all'Unione in forza dei Trattati per il raggiungimento degli obiettivi ivi stabiliti, appartengono agli Stati membri. Malgrado il progressivo ampliamento delle prerogative istituzionali, che grazie alle successive modificazioni dei Trattati istitutivi si sono spinte oltre il campo economico fino ad involgere numerosi aspetti della realtà sociale, la protezione della famiglia è apparsa comunque estranea agli scopi dell'originaria Comunità economica Europea e oggi dell'Unione, in quanto, almeno a prima vista, strettamente attinente alla sfera privata della vita di ogni uomo.

Pertanto, lo *status* personale, ovvero l'insieme delle regole che definisce l'identità individuale – stato civile, capacità, diritti della personalità – e lo *status* familiare – matrimonio, divorzio, partnerships registrate, filiazione e tutti i rapporti personali e patrimoniali che ne discendono - sono stati tradizionalmente esclusi dall'alveo delle attribuzioni in capo all'Unione Europea, restando appannaggio esclusivo nazionale.

La mancanza di competenze dirette non ha, comunque, impedito lo sviluppo di un crescente interesse a livello europeo nei confronti delle problematiche in esame che se non ha potuto trovare espressione in una vera e propria unificazione delle regole sostanziali, tuttavia si è fatto strada attraverso forme alternative di armonizzazione legislativa, ad incidenza indiretta, ma allo stesso tempo di non trascurabile rilievo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> CAGGIA F., *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in LIPARI-RESCIGNO, *Diritto Civile, Vol. I, Famiglia*, Milano, 2009, p. 7; LONG A., *Il diritto della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006.

<sup>8</sup> In base al noto principio di attribuzione delle competenze, già codificato dal Trattato di Roma del 1957 (art 4 CEE) e oggi sancito all'art. 5 TUE, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono state attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Sul punto, in generale, TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Cedam, 2010, p. 100 ss.

<sup>9</sup> Sui progressive sviluppi dell'azione comunitaria in materia di famiglia cfr. DE CESARI P., *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in Pascuzzi G. (a cura

Tra queste, sono degne di nota le numerose iniziative normative non vincolanti delle Istituzioni, alle quali hanno fatto seguito in alcuni casi direttive e regolamenti volti al ravvicinamento delle legislazioni, che hanno variamente inciso nella materia familiare, sulla scorta del principio di libera circolazione delle persone.

L'effettivo realizzarsi di questa libertà fondamentale, ampliata nel tempo grazie alla progressiva estensione degli obiettivi europei, ha coinvolto con intensità ancora maggiore il diritto internazionale privato che, a seguito della "comunitarizzazione" del settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (di cui approfonditamente si tratterà in seguito), è divenuto terreno fertile per fornire soluzioni unitarie ai problemi imposti dalle situazioni familiari caratterizzate da elementi di internazionalità.

All'intensa attività legislativa dell'ultimo decennio si accompagna, come di consueto, quella giurisprudenziale: gli orientamenti della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo forniscono un contributo fondamentale, forse il più prezioso, al progressivo sviluppo di un vero e proprio diritto della famiglia europeo attraverso un'opera interpretativa e definitoria cauta, ma innovativa allo stesso tempo<sup>10</sup>.

### **3.1. Le possibili basi normative per un'azione in materia di famiglia**

In assenza di competenze esplicitamente attribuite<sup>11</sup>, sono state invocate di volta in volta disposizioni eterogenee, l'una rispetto all'altra, per giustificare l'adozione di atti europei in materia di famiglia<sup>12</sup>. In una prima fase - che può collocarsi temporalmente tra il Trattato di Roma del 1957 e quello di Maastricht del 1992 - durante la quale gli sforzi delle Istituzioni sono stati impiegati primariamente nella realizzazione del libero mercato tra Stati membri, funge quale base normativa alla predisposizione di disposizioni suscettibili di ripercuotersi sui rapporti familiari il

---

di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006; CALÒ E., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, p. 509; BARATTA R., *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 574; ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, p. 439 ss.; PATTI S., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 529 ss.; LIPARI N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, p. 1 ss.; MELI M., *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 447 ss.

<sup>10</sup> GAUDEMONT TALLON H., *Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions*, in *Revue Marché Commun et Union Européenne*, 2000, p. 230 ss.; ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 74.

<sup>11</sup> Rilevano l'attuale mancanza di novità sul punto anche a seguito del Trattato di Lisbona CARBONE S. M., TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, fasc. 1, p. 305 ss.

<sup>12</sup> HONORATI C., *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 4 ss.

principio di libera circolazione dei lavoratori e, più genericamente, delle persone. In particolare, ai fini dell'effettivo avanzamento del processo di integrazione europea, viene da subito raggiunta la consapevolezza che la libertà fondamentale di un individuo di circolare e di soggiornare all'interno di un Paese membro diverso da quello di origine, per ivi stanziare la propria attività lavorativa, non possa prescindere dal pieno riconoscimento del suo *status* non solo professionale, ma anche personale e familiare<sup>13</sup>.

La persona, inizialmente considerata in qualità di lavoratore, consumatore, prestatore e beneficiario di servizi, operatore economico, ben presto si riappropria del proprio carattere umano e sociale, in considerazione dell'impossibilità, riconosciuta dallo stesso legislatore europeo, di mantenere ermeticamente distinta la dimensione economica e lavorativa da quella familiare, nel riparto delle rispettive competenze tra Stati Membri e Istituzioni<sup>14</sup>. E' in tale ambito che vedono la luce i numerosi atti normativi in tema di ricongiungimento familiare, ricognitivi in vario modo del diritto dei familiari a trasferirsi e a stabilirsi con il lavoratore nello Stato in cui questo esercita la propria attività<sup>15</sup>, oggi tutti incorporati nella Direttiva 2004/38/CE che ha riordinato la materia in un unico strumento normativo<sup>16</sup>.

Nello stesso contesto, si è affermato il principio del pari trattamento tra uomini e donne che, attraverso un progressivo ampliamento concettuale ad opera delle successive revisioni dell'originario Trattato CEE, diviene base giuridica privilegiata

---

<sup>13</sup> MEEUSEN J., PERTEGAS M., STRAETSMA G., SWENNEN F., *General Report, in International family law for the European Union*, in *International family law for the European Union*, a cura di MEEUSEN J., PERTEGAS M., STRAETSMA G., SWENNEN F., Antwerp-Oxford 2007, p. 8 ss.

In generale, sul tema del riconoscimento degli status personali e familiari si veda TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2007.

<sup>14</sup> Parla di "humanisation de la Communauté économique européenne" MORO F., *Observations sur la communitarisation du droit de la famille*, in *RDIPP*, 2007, p. 675.

<sup>15</sup> Si tratta, in particolare, della disciplina prevista dal Regolamento (CEE) n. 1612/1968 del 15 ottobre 1968 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in G.U.C.E. L del 19 ottobre 1968, modificata e completata a più riprese da numerosi atti normativi di settore tra i quali si ricordano senza pretesa di esaustività: il Regolamento (CEE) n. 1251/70 relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo avere occupato un impiego; la Direttiva 68/360/CE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori e delle loro famiglie all'interno della Comunità; la direttiva 73/148/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi; la Direttiva 75/34/CEE relativa al diritto di un cittadino di uno Stato Membro di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata; la Direttiva 93/96/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993 relativa al diritto di soggiorno per gli studenti.

<sup>16</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, in G.U.C.E., L 158 del 30 aprile 2004 che ha modificato il Regolamento (CEE) n. 1612/1968 ed abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.



per atti suscettibili di produrre effetti nella sfera familiare<sup>17</sup>. Se fino agli anni '90 l'uguaglianza tra sessi è stata intesa in senso strettamente economico, come pari dignità retributiva riconosciuta per un lavoro uguale o avente lo stesso valore, negli anni successivi essa si arricchisce di significati ulteriori, per trasferirsi dalla dimensione lavorativa e mercantile a quella della vita privata e familiare di ciascun cittadino europeo<sup>18</sup>. Dal pari trattamento ci si avvia dunque a passo rapido verso la pari opportunità, principio questo definitivamente suggellato con il Trattato di Amsterdam del 1997 e teso a promuovere azioni dirette a conciliare responsabilità lavorative e familiari, in ottemperanza ai nuovi obiettivi sanciti dall'articolo 2 del Trattato<sup>19</sup>.

In tale quadro, e più in generale in forza del principio di non discriminazione che ne è all'origine, è possibile collocare anche quegli interventi che di recente hanno fornito una prima risposta a livello europeo a problematiche quali il transessualismo, i diritti degli omosessuali, l'interruzione volontaria della gravidanza, la procreazione medicalmente assistita, il diritto al nome, la mediazione familiare, solo per citarne alcune.

Tali iniziative sfociano generalmente in atti non vincolanti, per lo più per volontà del Parlamento Europeo, che da sempre esercita un ruolo di impulso sull'attività normativa non solo dell'Unione, ma anche di ciascun Stato membro, nell'ottica del ravvicinamento delle legislazioni. Da diverso tempo, tale Istituzione mostra un evidente interesse nei confronti della materia familiare, che esplica sotto un duplice profilo, da un lato attraverso l'esame di singoli aspetti della vita familiare<sup>20</sup>, dall'altro con studi che sottendono un approccio più sistematico e generale<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> CARACCILO DI TORELLA E., MASSELOT A., *Under construction: EU family law*, in *European Law Review*, 2004, p. 36.

<sup>18</sup> Tale principio, oltre a ricomprendere l'identità di retribuzione normativamente richiesta dall'originario art. 119 del Trattato CE, viene esteso all'accesso e alle condizioni di lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, al settore della sicurezza sociale, non solo per i lavoratori salariati, bensì anche per i lavoratori esercitanti un'attività autonoma, compresa quella agricola. Si vedano in particolare: la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, in G.U.C.E., L 39 del 14 febbraio 1976 e la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, in G.U.C.E., L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16 ss.. In dottrina: POCAR F., VIARENGO I., *Diritto comunitario del lavoro*, 2a ed., Padova, 2001, p. 288 ss.

<sup>19</sup> Già con il Trattato di Maastricht, in effetti, viene mostrato un nuovo interesse per le politiche "sociali" che, sebbene sussidiarie rispetto a quelle economiche, ricevono un primo riconoscimento nel Protocollo n. 14 finalizzato a garantire migliori condizioni di vita per il tramite di migliori condizioni di lavoro.

<sup>20</sup> Si pensi in via meramente esemplificativa alla Risoluzione del Parlamento europeo sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata (P6-TA-PROV (2005) 228 dell'8 giugno 2005) in cui il Parlamento espressamente al punto 24 "invita la Commissione a presentare una comunicazione sugli ostacoli alla libera circolazione dell'Unione europea delle coppie omosessuali sposate o legalmente riconosciute.

<sup>21</sup> In questa seconda prospettiva, si considerino fra le altre, per la rilevanza e la generalità dei contenuti, Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 1983 sulla politica della famiglia nella Comunità europea, in G.U.C.E. C 184 dell'11 luglio 1983, p. 116 ss; Risoluzione del Parlamento

Sebbene non sia questa la sede per un'indagine dettagliata sul punto, sia consentito ancora una volta ricordare come tali azioni sono destinate ad incidere in modo solo indiretto sul diritto di famiglia, così come concepito e disciplinato dai singoli legislatori nazionali.

### **3.2. Il ruolo fondamentale della cooperazione giudiziaria in materia civile**

I soli interventi vincolanti incidenti sul diritto di famiglia sono, invece, gli atti adottati sulla base dell'odierno Titolo V, capo III del TFUE, concernente la cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>22</sup>, che rappresenta una competenza recente, e non originaria, attribuita all'Unione Europea.

In particolare, il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità Economica Europea, non conferiva alcuna competenza alle Istituzioni comunitarie in materia di diritto internazionale privato. L'articolo 220 del Trattato, divenuto l'articolo 293 ed oggi abrogato, concerneva la semplificazione delle procedure di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri e si limitava a sollecitare gli Stati membri a concludere Convenzioni internazionali in materia. Tale disposizione, pur se in termini cauti, contribuì in ogni caso ad incoraggiare una prima forma di cooperazione intergovernativa dalla quale trassero origine la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1968 concernente la competenza giudiziaria, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e, seppur in via indiretta, la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>23</sup>.

Successivamente, il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, seguendo con prudenza la medesima linea di condotta fino ad allora adottata, all'articolo K 3.2 c) accordava a sua volta al Consiglio dei Ministri la facoltà di stipulare Convenzioni,

---

europeo, 14 dicembre 1994 sulla protezione delle famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia, in G.U.C.E., C 18 del 23 gennaio 1995, p. 96.

<sup>22</sup> In generale sul punto: POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "european conflict of law revolution"?*, in *RDIPP*, 2000, fasc. 4, p. 873 ss.; KOHLER C., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 65; BASEDAW J., *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market law review*, 2000, p. 687 ss.; PAULINO PEREIRA F., *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives*, in *RCDIPP*, 2010, fasc. 1, p. 1 ss.; BARIATTI S., *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2003, da p. 1 a p. 16; STARACE V., *La comunitarizzazione del settore "cooperazione giudiziaria in materia civile"*, in *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*, Torino, 2004, p. 171 ss.

<sup>23</sup> Si veda in proposito la Relazione Giuliano-Lagarde alla Convenzione di Roma del 1980 in base alla quale questa può essere ricondotta all'art. 293 del Trattato solo indirettamente, in quanto prolungamento della Convenzione di Bruxelles del 1968

delle quali raccomandava l'adozione, ed inseriva nel terzo pilastro una procedura in parte istituzionalizzata di cooperazione. Solo con il Trattato di Amsterdam, tuttavia, si assistette ad una vera e propria "rivoluzione" del settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che, trasferita dal terzo al primo pilastro, determinò quella che è comunemente definita la "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato.

Con il precipuo scopo di concretizzare uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia unitario a livello europeo, in questo settore veniva attribuita alle Istituzioni la competenza concorrente con quella degli Stati membri, da esercitare in ottemperanza ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità: dalla cooperazione intergovernativa si passava così alla più stretta cooperazione comunitaria.

### 3.2.1. Ambito applicativo della cooperazione

La base giuridica posta a fondamento della cooperazione giudiziaria in materia civile era originariamente costituita dall'art. 61 lett. c) TCE, letto in combinato disposto con il successivo art. 65<sup>24</sup> (oggi rispettivamente sostituiti dagli articoli 67 ed 81 TFUE). La lettura simultanea delle norme conferiva al Consiglio la competenza ad adottare atti normativi vincolanti nel settore della cooperazione in materia civile, che veniva definita in termini assai ampi, seppur doppiamente condizionata i) alla "presenza di situazioni transfrontaliere" e ii) all'adozione di misure "per quanto necessarie al corretto funzionamento del mercato interno".

Mentre la prima limitazione trovava (e trova tuttora) giustificazione implicita nella stessa *ratio* del diritto internazionale privato, per sua natura rivolto ad una dimensione non meramente interna<sup>25</sup>, maggiori perplessità destava la "*necessaria*" finalizzazione delle misure "*al corretto funzionamento del mercato interno*". Fin dalla sua formulazione, l'espressione ha costituito l'oggetto di un vivace dibattito

---

<sup>24</sup> La procedura legislativa da seguire per l'adozione di atti di diritto internazionale privato era prevista in via transitoria all'art. 67. L'art. 67 poneva regole specifiche per un periodo di 5 anni nel quale veniva richiesta l'unanimità degli Stati membri, prevedendo invece che in seguito il Consiglio potesse adottare le misure nella materia in esame in base alla procedura dell'art. 251 TCE. Con il Trattato di Nizza, le decisioni del consiglio vengono previste a maggioranza qualificata, ad eccezione delle questioni inerenti al diritto di famiglia, da decidersi all'unanimità del Consiglio, a seguito del parere del Parlamento. L'unanimità nel settore del diritto di famiglia è stata riconfermata anche dal Trattato di Lisbona, che ha previsto una procedura legislativa speciale ai sensi dell'Art. 81 TFUE.

<sup>25</sup> Gli obiettivi enucleati nelle norme dei Trattati, da raggiungere attraverso il diritto internazionale privato europeo: a) il miglioramento e alla semplificazione del sistema per la notificazione transazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali, della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova, e del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese quelle extragiudiziali; b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale; c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario attraverso la promozione della compatibilità delle norme di procedura civile applicabili agli Stati membri.

dottrinale tra coloro che ne suggerivano un'interpretazione restrittiva, escludendo quei settori non direttamente attinenti agli obiettivi economici<sup>26</sup> - tra i quali la famiglia - e chi, invece, la intendeva più ampia, ricomprensiva di qualsiasi aspetto della cooperazione in materia civile<sup>27</sup>.

Tralasciando l'argomento letterale della formulazione normativa, considerata da molti già di per sé non sufficientemente specifica per permettere di escludere dal suo alveo alcune materie particolari, l'interpretazione data allo stesso concetto di mercato interno fu determinante per il prevalere della seconda linea di pensiero. In particolare, il mercato interno - nell'ambito del quale assicurare la libera circolazione delle persone oltre a quella delle merci, dei servizi, dei capitali - non si adattava ad essere concepito nella sua accezione esclusivamente economica, ma si componeva altresì di una dimensione sociale, necessariamente influente sulla vita privata e familiare dei cittadini europei. In quest'ottica, proprio la libera circolazione delle persone costituiva il perno sul quale far ruotare anche il diritto internazionale privato di origine europea, in quanto finalizzato a rimuovere le divergenze esistenti tra le normative nazionali sulla competenza giurisdizionale, sui conflitti di leggi e sul riconoscimento delle decisioni, ove si fraponessero al libero movimento degli individui all'interno dell'Unione<sup>28</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, anche le Istituzioni optarono fin da subito per l'accoglimento di una lettura estensiva dell'art. 65 TCE - come testimonia l'emanazione del copioso numero di Regolamenti dall'anno 2000 fino ai nostri tempi<sup>29</sup> - segnando un passo importante nell'armonizzazione del diritto

---

<sup>26</sup> Criticano la lettura estensiva della disposizione: LEQUETTE Y., *De Bruxelles à La Haye (Acte II), Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, p. 250 ss.; BASEDOW J., *op. cit.*, p. 699; KOHLER C., *op. cit.*, p. 27 ss.

<sup>27</sup> POCAR F., *op. cit.*, p. 878; VON HOFFMAN T., *The relevance of european community law*, in *European Private International Law*, 1998, p. 32.

<sup>28</sup> CARBONE S.M., TUO C., *op. cit.*, p. 306; ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 75.

<sup>29</sup> Si fa in particolare riferimento a: Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza; Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio 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; Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore delle prove in materia civile e commerciale; Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000; Regolamento (CE) n. 805/2004, del Parlamento e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento; Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità; Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla

internazionale privato e processuale, estesa anche alla materia familiare. Non a caso, tra le considerazioni preliminari ai Regolamenti europei, di recente emanazione, si trovano enunciati gli obiettivi della certezza del diritto, della prevedibilità delle soluzioni, dell'abolizione della pratica del *forum shopping*, della libera circolazione delle decisioni, tutti indici sintomatici di quel contesto di reciproca fiducia senza il quale certamente il libero circolare dell'individuo sarebbe grandemente sacrificato.

L'orientamento che amplifica la dimensione concettuale del mercato interno pare, peraltro, trovare conferma nel dato letterale dell'odierno art. 81 TFUE<sup>30</sup>, che a decorrere dal 1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è

---

legge applicabile alle obbligazioni extra contrattuali; Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale e che abroga il Regolamento (CE) n. 1348/2000; Regolamento 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; Regolamento (CE) n. 4/2009, del Consiglio, del 18 dicembre 2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; 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; Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

<sup>30</sup> Sembra opportuno riportare per intero il nuovo articolo 81 TFUE, inserito nel capo 3: Cooperazione giudiziaria in materia civile, a sua volta ricompreso nel Titolo V: Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. "1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; IT C 83/78 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 30.3.2010

g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;  
h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

3. In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione".

intervenuto a sostituire il corrispondente art. 65 TCE, riformulandolo in alcuni passaggi essenziali<sup>31</sup>. Oltre a riconoscere esplicitamente la vocazione della cooperazione in materia civile a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri - ciò che si muove a favore di un'armonizzazione del diritto internazionale privato europeo<sup>32</sup>- viene ulteriormente indebolito il "legame letterale" della norma con gli obiettivi mercantilistici posti a fondamento dell'Unione.

Il Consiglio e il Parlamento europeo, deliberando secondo le procedura legislative previste dal Trattato, adottano misure di cooperazione "in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno". La nuova dicitura, ed *in primis* l'avverbio "in particolare", sembra destituire il mercato del proprio valore di criterio esclusivo di valutazione, rispetto alla necessaria adozione di un determinato provvedimento e alla conseguente affermazione della relativa competenza dell'Unione<sup>33</sup>. Inoltre, le stesse competenze sembrano ampliarsi anche rispetto ad un altro versante: in quanto rivolte "in particolare" al mercato europeo, esse parrebbero superare la dimensione interna, o meglio intracomunitaria, per invadere il campo dei rapporti con gli Stati terzi<sup>34</sup>.

### 3.3. Il diritto internazionale privato europeo della famiglia: le origini

L'onnicomprendività *ratione materiae* della cooperazione giudiziaria in materia civile si mostra in tutta la sua utilità nel momento in cui conferisce all'Unione il potere di legiferare in settori anche estranei a quelli attribuiti alla competenza istituzionale diretta - in quanto non esplicitamente contemplati dai Trattati - ma comunque ritenuti necessari all'effettiva realizzazione degli obiettivi europei. Tra questi è stato collocato il diritto di famiglia che, inizialmente grazie alla lettura

---

<sup>31</sup> Sulle innovazioni che il Trattato di Lisbona introduce in generale nel settore della cooperazione in materia civile: CAFARI PANICO R., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in Baruffi M.C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, p. 81 ss; BARRIÈRE BROUSSE I., *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010, p. 3 ss.

<sup>32</sup> La precedente formulazione della norma, che si limitava a prevedere l'adozione di misure che facilitassero la compatibilità tra normative nazionali, era stata considerata alla stregua di un argomento contrario ad una possibile armonizzazione del diritto internazionale privato a livello europeo. LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 252.

<sup>33</sup> CUBEDDU M.C., PATTI S., *op. cit.*, p. 21 ss.

<sup>34</sup> Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. », p. 7 et 8. Il rapporto solleva la questione di un possibile ampliamento della competenza dell'Unione, non più limitata a situazioni intra-comunitarie ma estesa a ricomprendere situazioni internazionali, fornendo al quesito risposta affermativa.

estensiva fornita al concetto di mercato interno, è stato investito dall'attività normativa dell'Unione, impegnata ormai da una decina d'anni ad uniformarne il diritto internazionale privato su un piano europeo.

All'epoca di Tampere<sup>35</sup> - sede in cui venne adottato il primo Programma istituzionale di intervento pluriennale sulla cooperazione giudiziaria in materia civile - il neo-obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea fu primariamente perseguito attraverso il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, considerato come il cuore pulsante di un sistema giuridico unitario. Il Consiglio europeo chiese alla Commissione di presentare una proposta al fine di (i) ridurre ulteriormente le procedure intermedie di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni nello spazio europeo e (ii) di abolirle del tutto non solo per i titoli relativi alle cause di modesta entità in materia commerciale o consumeristica, ma anche per specifiche controversie familiari. Tra le misure da adottare veniva fatto esplicito riferimento al settore della famiglia: evidentemente, nonostante l'ancora incerta competenza comunitaria in sede di cooperazione giudiziaria, si percepiva in termini di urgenza l'esigenza di facilitare la libera circolazione di decisioni vertenti su diritti delicati, quanto importanti, quali il riconoscimento di obbligazioni alimentari ed il loro recupero, l'affidamento e la visita concessi ai genitori nei confronti dei figli, la sottrazione internazionale dei minori<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Il Programma di Tampere fu accolto in sede di riunione straordinaria del Consiglio europeo, tenutosi per l'appunto a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, all'occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Si riportano, qui, per esteso alcuni passi essenziali concernenti la creazione di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia: "VI RECIPROCO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE 33. Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie (...) relative ai consumatori e per determinate sentenze nel settore delle controversie familiari (per esempio quelle relative alle prestazioni alimentari e ai diritti di visita). Dette decisioni sarebbero automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione. A ciò potrebbe accompagnarsi la definizione di norme minime su taluni aspetti del diritto di procedura civile. VII MAGGIORE CONVERGENZA NEL SETTORE DEL DIRITTO CIVILE 38. Il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione a predisporre una nuova legislazione procedurale nelle cause transnazionali, in particolare sugli elementi funzionali ad una cooperazione agevole e ad un migliore accesso alla legislazione, ad esempio misure preliminari, raccolta delle prove, ordini di pagamento e scadenze. 39. Per quanto concerne il diritto materiale, occorre procedere ad uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili. Il Consiglio dovrebbe riferire in merito entro il 2001.

<sup>36</sup> Il Considerando 4 del Regolamento (CE) n. 1347/00, 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, ad esempio, manifesta chiaramente l'interesse diretto dell'Unione Europea per la

Così, la famiglia venne esplicitamente ricompresa tra i settori interessati dalla “comunitarizzazione” e fatta oggetto della cooperazione tra Stati, sebbene in questa prima fase limitatamente ai soli aspetti processuali della competenza giurisdizionale e del riconoscimento delle decisioni.

### 3.3.1. Il sistema di Bruxelles penetra nel diritto di famiglia

Non a caso, in attuazione del Programma citato, uno dei primi atti normativi a venire alla luce è stato il Regolamento (CE) n. 1347/2000 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<sup>37</sup>, oggi sostituito dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 (Bruxelles II-bis)<sup>38</sup>.

Rispetto al testo abrogato, la versione attuale del Regolamento mantiene l’iniziale sistema “doppio”, così inteso in un duplice senso. Da un lato, oltre a dettare norme sulla competenza giurisdizionale, disciplina il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni straniere; dall’altro, si occupa *ratione materiae* non solo dell’ambito matrimoniale - riprendendo testualmente le disposizioni contenute nel Regolamento 1347/00 - ma integra al contempo la disciplina attinente alla responsabilità genitoriale, attualmente estesa a tutte le controversie relative alla potestà sul minore,

---

persone e per la famiglia, prendendo atto che “le differenze tra alcune norme nazionali sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento ostacolano la libera circolazione delle persone nonché il buon funzionamento del mercato interno”

<sup>37</sup> Cfr. in dottrina: MUIR WATT H., ANCEL B., *La désunion européenne: le règlement dit “Bruxelles II”*, in *RCDIPP*, 2001, p. 403-457; GAUDEMONT TALLON H., *Le Règlement no. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, *Clunet*, 2001, pp. 381-445; CARBONE S.M., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il Regolamento n. 1347/2000*, in CARBONE S.M., FRIGO M., FUMAGALLI L., *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano, 2005, p. 51-86. BORRÀS RODRÍGUEZ A., *Le Règlement 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, in *Petites Affiches*, 2002, n. 248, p. 12 ss.

<sup>38</sup> Non essendo soffermarsi in questa sede, per una più attenta e dettagliata disamina della normativa predisposta dal Regolamento 2201/03 si rimanda ai numerosi commenti dottrinali apparsi sul punto. Cfr. ad es. BARATTA R., *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004; ID., *Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004 pp. 163-203; BARIATTI S., RICCI C. (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei Regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007; BARUFFI M.C., *Osservazioni sul Regolamento Bruxelles II-bis*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 218 ss.; SALERNO F., *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *RDIPP*, 2007, p. 75 ss.; BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *RDI*, 2004, p. 991-1035; FULCHIRON H., NOURISSAT C. (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Parigi, 2005.



non più solo a quelle insorte nel corso di un procedimento per lo scioglimento del vincolo coniugale, ma anche indipendentemente da esso, e soprattutto a prescindere dalla bigenitorialità dei soggetti che rivendicano diritti sul fanciullo<sup>39</sup>.

Limitandosi ad alcune considerazioni sulla materia matrimoniale, maggiormente attinente ai fini del presente lavoro, Bruxelles II-bis ricomprende nel suo campo di applicazione solo quei procedimenti volti ad incidere sullo status personale dei soggetti coinvolti. Vengono esclusi, al contrario, tutti gli effetti che direttamente discendono dallo scioglimento del vincolo coniugale, siano essi di natura patrimoniale - quali la definizione della liquidazione del patrimonio comune e la determinazione di obbligazioni alimentari - o di natura personale, come per esempio il diritto al nome.

Pur partendo dall'assunto della non universalità della competenza degli Stati membri e della necessaria prossimità tra fattispecie concreta e giudice adito, i titoli di giurisdizione sono individuati in termini estensivi, determinati da diversi (sei) fori alternativi ed esclusivi, fondati sui criteri della residenza abituale e della cittadinanza comune<sup>40</sup>. Rilievo del tutto marginale, al contrario, viene riservato alla volontà delle parti, in considerazione dell'indisponibilità dei diritti rientranti nel campo di applicazione del Regolamento, con la conseguenza che neppure la comparizione in giudizio del convenuto è atta a sanare il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Il sistema scelto per definire la giurisdizione va necessariamente messo in relazione con le soluzioni adottate in materia di circolazione delle decisioni. Innanzitutto, l'esclusività si spiega considerando che ai fini del riconoscimento non può essere effettuato alcun controllo sulla competenza dell'autorità decidente. Inoltre, è interessante rilevare che godono del regime privilegiato di riconoscimento, come disciplinato dal Regolamento, solo quelle decisioni che accolgono la domanda del ricorrente, non invece quelle che non consentono lo scioglimento del vincolo coniugale.

Poiché, dunque, la sentenza che rigetta una richiesta di separazione o di divorzio non viene automaticamente riconosciuta, la predisposizione di un nutrito ventaglio di titoli di giurisdizione permette nella maggior parte dei casi al soggetto soccombente di rivolgersi al giudice di un altro Paese, per ivi sentir riconoscere il proprio diritto alla soluzione del matrimonio, in ossequio a quel principio di *favor libertatis* che innerva il sistema normativo europeo del matrimonio.

---

<sup>39</sup> Per una disamina della disciplina relativa alla responsabilità genitoriale nel Regolamento Bruxelles II bis si rinvia a BARUFFI M.C., *Il diritto di visita nel diritto internazionale e comunitario*, CEDAM, 2005; ANCEL B., MUIR-WATT H., *L'intérêt supérieur de l'enfant dans les concert des juridiction: Le Règlement Bruxelles II-bis*, in *RCDIP*, 2005, p. 569 ss.

<sup>40</sup> A detta di molti, il Regolamento, adottando questo sistema, sembrerebbe istituzionalizzare il "forum shopping", permettendo alla parte che agisce per prima di scegliere tra i fori competenti, quello che presumibilmente adotterà la soluzione a lui maggiormente favorevole, sulla scorta della legge individuata come applicabile.

### **3.3.2. Successive evoluzioni: dal diritto internazionale privato processuale al diritto internazionale privato sostanziale**

Il Regolamento (CE) n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II-bis), pur rivestendo un ruolo fondamentale nell'ambito della cooperazione giuridica in materia civile, rappresenta solo la prima tappa di quel processo di armonizzazione che sta impegnando le Istituzioni nella creazione di un diritto internazionale privato europeo della famiglia.

Dopo Tampere, anche all'Aja nel 2004 il Consiglio europeo non mancava, infatti, di rinnovare la volontà di rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, considerato "elemento essenziale per garantire comunità sicure, reciproca fiducia, stato di diritto in tutta l'Unione" e, adottava un secondo progetto che fissava le principali linee di intervento per i successivi cinque anni.

Nel ribadire la prioritaria "costruzione" di una vera e propria cittadinanza europea, comprensiva del diritto di tutti i cittadini dell'Unione di circolare e risiedere liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>41</sup>, il Programma de L'Aja segnalava l'esigenza (i) di proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale e (ii) di eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere.

Si trattava di obiettivi da perseguire non più esclusivamente attraverso una cooperazione giudiziaria a carattere meramente processuale, ma anche grazie "al ravvicinamento delle disposizioni legislative e allo sviluppo di politiche comuni"<sup>42</sup>. In ambito europeo si avvia in concreto il nuovo processo di uniformazione delle norme di conflitto - ovvero del cosiddetto diritto internazionale privato sostanziale o in senso stretto - in forza del quale, indipendentemente dal Paese membro del giudice adito, ad una fattispecie concreta viene applicata la stessa legge, determinata in base ad un unico sistema di criteri di collegamento predisposto a livello europeo.

Si è osservato, infatti, che l'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente non è da sola sufficiente a garantire l'effettività degli obiettivi di fiducia

---

<sup>41</sup> L'importanza pratica della cittadinanza dell'Unione sarà rafforzata con la piena attuazione della direttiva 2004/38 che codifica la normativa comunitaria nel settore garantendo chiarezza e semplicità. La Commissione è invitata a presentare nel 2008 una relazione al Consiglio e al Parlamento europeo corredata, se del caso, di proposte intese a garantire la circolazione dei cittadini dell'UE all'interno dell'Unione europea a condizioni analoghe a quelle dei cittadini di uno Stato membro quando si spostano o cambiano residenza all'interno del loro paese, in conformità di principi sanciti dal diritto comunitario.

<sup>42</sup> Nel programma dell'Aia, adottato nel 2004, il Consiglio europeo ha osservato che, per rendere effettivo il principio di riconoscimento reciproco, è necessario rafforzare la fiducia reciproca sviluppando gradualmente una cultura giudiziaria europea basata sulla diversità degli ordinamenti giuridici e l'unità attraverso il diritto europeo. I sistemi giudiziari degli Stati membri dovrebbero poter funzionare insieme, in modo coerente ed efficace, nel rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali. IT 4.5.2010 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 115/11.

reciproca posti a fondamento del riconoscimento delle decisioni e compromette, di conseguenza, la piena realizzazione dello spazio giudiziario europeo.

### 3.3.3. Nuove norme di conflitto europee nel settore del diritto di famiglia

In tale cornice si inseriscono numerose iniziative, recentemente intraprese dalle Istituzioni europee e miranti ad uniformare le normative di conflitto tra Stati membri. Alcune si trovano ancora in fase embrionale, oggetto di studi comparatistici volti all'individuazione di possibili soluzioni uniformi<sup>43</sup>; altre, sotto forma di Proposte, attendono la definitiva approvazione in sede legislativa; le ultime, invece, sono già state cristallizzate in Regolamenti europei, di nuova emanazione.

Pare opportuno in questa sede menzionare le più rilevanti, non solo per l'importanza che esse rivestono nel processo di armonizzazione del diritto internazionale privato della famiglia, ma anche per i precipui fini di questo lavoro, considerato che la disciplina dei regimi patrimoniali tra coniugi e partner deve trovare con ciascuna di queste un necessario coordinamento, in ragione della reciproca contiguità *ratione materiae*.

Accanto alle Proposte di Regolamento sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia, l'una di regimi matrimoniali, l'altra di effetti patrimoniali derivanti dalle unioni registrate<sup>44</sup>, oggetto della presente ricerca, si segnala, innanzitutto, il Regolamento (UE) n. 1259/2010 (Roma III) del 20 dicembre 2010, entrato in vigore dal 21 giugno 2012, che a seguito di un *iter* normativo alquanto tormentato (di cui si avrà modo di riferire in seguito) ha dato il via alla cooperazione rafforzata sulla legge applicabile alla separazione legale e al divorzio<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Si pensi al Libro verde della Commissione europea del 14.12.2010 (COM(2010) 747 definitivo) dal titolo: "Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile", materia la cui incorporazione all'interno di un futuro Regolamento potrebbe comportare una svolta favorevole al riconoscimento degli status familiari all'interno dell'Unione Europea.

<sup>44</sup> Si tratta in particolare della Proposta di Regolamento COM(2011)126 def. del 16 marzo 2011, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e della Proposta di Regolamento COM (2011) 127 def. 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

<sup>45</sup> Per un primo commento si veda: SALORD M., *L'Europe divorce! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce*, in *AJFam, Dalloz*, 2011, n. 1, p. 97 ss.; NASCIMBENE B., *Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couplet mariés et non mariées: vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?* In *Revue des Affaires Européenne*, 2007-2008, n. 3, p. 601-609, HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettent en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine del la loi applicable au divorce et à la*

Applicabile già dal 18 giugno 2011 è, invece, il Regolamento (CE) n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari<sup>46</sup>. Si tratta, come da molti rilevato, di un progetto ambizioso e molto complesso che mira a racchiudere in un unico strumento normativo tutti gli aspetti internazionalprivatistici della materia rientrante nel suo campo di applicazione, al fine di garantire la rapida circolazione ed il sicuro recupero dei crediti alimentari sorti all'estero<sup>47</sup>.

Da ultimo, è stato emanato il Regolamento (UE) n. 650/2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni che crea, altresì, un certificato successorio europeo<sup>48</sup>, con il preciso scopo di facilitare in uno Stato membro diverso

---

*séparation de corps*, in *Rev. Crit. Droit int. Priv.*, 2011, vol. 2, p. 219 ss. Anche in materia di divorzio, come già accaduto in ambito contrattuale ed extracontrattuale, la regola principale sulla legge applicabile consiste nell'autonomia della volontà, da anteporre ai criteri di collegamento del luogo della residenza abituale comune, dell'ultima residenza comune, di cittadinanza comune, della *lex fori*, che si rendono applicabili in via sussidiaria, solo in mancanza di scelta e secondo la logica "a cascata". La *professio iuris*, tuttavia, resta qui condizionata a requisiti di forma, a limiti temporali e all'esistenza di un nesso che colleghi il rapporto di coppia in concreto sussistente e l'ordinamento sul quale la scelta ricade: ciò non solo a tutela del coniuge debole, ma anche per restringere la possibilità di scelta in una materia caratterizzata generalmente dall'indisponibilità dei diritti che la compongono. Sulle scelte adottate dal legislatore europeo in materia di legge applicabile al divorzio si vedano: CARRACOSA GONZALÉS J., SEATZU F., *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di Regolamento "Roma III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 49 ss.

<sup>46</sup> Regolamento (CE)n. 4/09 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *Rdipp* 2009, p. 1038 ss.

<sup>47</sup> MALATESTA A., *La Convenzione ed il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Rdipp*, 2009, n. 4, p. 829 ss.; POCAR F., VIARENGO I., *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *RDIPP*, 2009, p. 805 ss.; AA. VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, a cura di Baruffi M.C., Cafari Panico R., CEDAM, 2009. VANDEKERCKHOVE K., *Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe – Un nouveau cadre législatif*, in *RDUE*, 2010, n. 1, p. 57 ss. MARINO S., *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2010, n. 1, p. 363-389. ID., *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *NGCC*, 2009, p. 599 ss..

<sup>48</sup> Si tratta del Regolamento (Ue) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012

relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Questo strumento è diretto a consentire a chi risiede nell'Unione europea di organizzare in anticipo la propria successione e di assicurare in maniera efficace i diritti degli eredi e/o dei legatari e degli altri congiunti del defunto, nonché dei creditori della successione. Considerata l'importanza - per numero ed entità - che le successioni transnazionali rivestono nel contesto europeo<sup>48</sup>, la diversità delle norme che regolano la competenza internazionale o la legge applicabile, la molteplicità delle autorità che possono essere adite e la frammentazione provocata dalle divergenze dei diritti nazionali sono stati valutati quali gravi ostacoli alla libera circolazione delle persone nell'Unione, da contrastare attraverso la predisposizione di una normativa unitaria. Ne è

da quello di origine l'attestazione della qualità di erede e/o di legatario o la prova inerente ai poteri di esecutore del testamento o di amministratore terzo dei beni.

### 3.3.4. Lo scenario attuale e le prospettive future

E' possibile presagire che le misure citate, anche quelle fino ad ora contemplate a livello di studio o di Proposta, potranno trovare presto concretizzazione effettiva in nuovi Regolamenti europei volti ad uniformare le norme sulla competenza giurisdizionale, sull'individuazione della legge applicabile, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere.

Nonostante l'opposizione di parte della dottrina<sup>49</sup> e l'atteggiamento di cautela di cui si fanno promotori alcuni Stati membri, tale previsione non può di certo considerarsi azzardata se solo si tengono a mente le future priorità in materia di cooperazione giudiziaria sancite esplicitamente nel Programma di Stoccolma, ultimo piano di intervento pluriennale adottato dal Consiglio europeo nell'aprile 2010, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Obiettivo primario è ancora una volta quello di "facilitare la vita dei cittadini", che diviene vero e proprio filo conduttore della futura azione istituzionale tesa a "sfruttare tutte le possibilità offerte dal trattato di Lisbona per rafforzare lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia a beneficio dei cittadini dell'Unione". In materia civile, si auspica *in primis* la prosecuzione del processo di abolizione delle procedure di *exequatur*, da sviluppare di pari passo rispetto all'adozione di una serie di ulteriori garanzie inerenti non solo al diritto processuale, ma anche alle norme sul conflitto di leggi. Per espressa previsione del Consiglio europeo, in particolare, "*si dovrebbe estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate che tuttavia rivestono un ruolo centrale nella vita di tutti i giorni, quali [successioni e testamenti] i regimi patrimoniali tra coniugi e conseguenze patrimoniali delle separazioni, tenendo conto nel contempo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tra cui l'ordine pubblico, e delle tradizioni nazionali in questo settore e dovrebbe inoltre "proseguire l'armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi a*

---

scaturito un atto che uniforma il diritto internazionale privato e che contenutisticamente attribuisce particolare rilevanza al criterio dell'ultima residenza del *de cuius*, sia in sede di giurisdizione che di legge applicabile, pur lasciando ampio spazio alla libertà di scelta del soggetto della cui successione si tratta.

Viene altresì istituito nella stessa sede un certificato successorio europeo (CSE). Subordinato all'entrata in vigore del Regolamento, il CSE ha valore di piena prova, è sorretto dalla presunzione di veridicità in tutto il territorio europeo e costituisce titolo valido per la trascrizione o l'iscrizione dell'acquisto a causa di morte nei pubblici registri dello Stato membro in cui si trovano i beni.

<sup>49</sup> BARRIÈRE BROUSSE I., *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010, n. 1, p. 26.

*livello dell'Unione nei settori in cui risulta necessario, come la separazione e il divorzio (...)*<sup>50</sup>.

#### **4. I confini dell'azione dell'Unione nel diritto internazionale privato europeo della famiglia**

Dal quadro legislativo predisposto a livello europeo, disegnato qui nelle sue linee essenziali, sembra possibile ricavare alcune riflessioni di ordine generale nell'intento di definire i confini dell'azione dell'Unione nel diritto internazionale privato di famiglia.

Nonostante la forte spinta armonizzatrice degli ultimi anni proveniente dalle Istituzioni, non è possibile dimenticare le peculiarità che caratterizzano il riparto di competenze tra Unione e Stati Membri in questa materia, ben rappresentato da un immaginario "tiro alla fune" tra forze contrapposte in continua tensione.

##### **4.1. (Segue)..tra entusiasmi istituzionali..**

Da un lato, è forte l'interesse in sede europea dell'ultimo decennio: come si è cercato di evidenziare, sono all'ordine del giorno le iniziative che testimoniano la propensione verso un sistema internazionalprivatistico unitario, attraverso il quale fornire soluzioni omogenee e certe ai problemi imposti sempre più frequentemente dalle situazioni familiari transnazionali.

A dimostrazione di questa ferma volontà si colloca la scelta del legislatore europeo di utilizzare ai fini previsti dal Trattato lo strumento del Regolamento<sup>51</sup> che,

---

<sup>50</sup> Il Consiglio europeo rileva inoltre l'importanza che riveste l'avvio dei lavori di consolidazione degli strumenti adottati finora nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. In primo e principale luogo è necessario migliorare la coerenza della legislazione dell'Unione razionalizzando gli strumenti esistenti. Si dovrebbe mirare ad assicurare strumenti armonici e di facile impiego assicurandone così un'applicazione più efficace e uniforme.

Il Consiglio europeo invita la Commissione a:

- valutare quali garanzie occorranza a corredo dell'abolizione dell'exequatur e come possano essere semplificate,
- valutare se vi siano motivi di consolidazione e di semplificazione al fine di migliorare la coerenza della normativa in vigore nell'Unione,
- dare seguito al recente studio sui possibili problemi che si pongono in relazione agli atti di stato civile e all'accesso ai relativi registri.

Alla luce dei risultati, la Commissione potrebbe presentare opportune proposte che tengano conto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Si potrebbe prevedere a breve termine un sistema che consenta ai cittadini di disporre dei propri atti di stato civile in modo facile. Nel lungo periodo, si potrebbe valutare se il riconoscimento reciproco degli effetti connessi agli atti di stato civile sia appropriato, quanto meno in alcuni settori. In questo particolare settore occorre tener conto dei lavori svolti dalla Commissione internazionale per lo stato civile.

oltre ad avere portata generale, a differenza della direttiva genera diritto uniforme, è direttamente applicabile ed efficace all'interno di ciascun Stato membro. Esso, in particolare, si sostanzia in norme dettagliate, precise, incondizionate che non richiedono misure di recepimento interno - eludendo il rischio di adattamenti differenti o contrastanti - e che restano assoggettate all'interpretazione autonoma della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la cui funzione nomofilattica in materia di cooperazione è peraltro stata ampliata dal Trattato di Lisbona<sup>52</sup>. In ragione di queste caratteristiche ed in forza del principio di primazia del quale gode il diritto europeo, il Regolamento è lo strumento più idoneo per assicurare quelle garanzie di certezza giuridica che ne stanno alla base, in particolare rispetto alle Convenzioni internazionali, che pur rivestono un ruolo di tutto rilievo nel diritto di famiglia.

#### 4.2. (Segue).. e scetticismi nazionali

Tuttavia, è vero anche che l'atteggiamento del legislatore europeo nell'emanare gli stessi regolamenti in materia familiare si è sempre mantenuto cauto. E' stata riservata un'attenzione tutta particolare ad evitare l'elaborazione di nozioni comuni, frequentemente rinviando ai diritti nazionali per la specificazione dei relativi contenuti<sup>53</sup>: mancano allo stato attuale definizioni unitarie di famiglia, di vita familiare, di matrimonio, di divorzio - solo per citarne alcune - pur essendone rimarcata da più parti l'esigenza, quanto meno per circoscrivere l'ambito di applicazione delle normative in vigore, nonché per risolvere l'annoso problema della qualificazione<sup>54</sup>.

Uno degli ostacoli principali a tali fini è da sempre rappresentato dal timore che gli Stati membri nutrono nei confronti della "contaminazione" dei valori nazionali:

---

<sup>51</sup> Ciò, nonostante il Protocollo annesso al Trattato di Lisbona sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità disponga al punto 6 che "a parità di altre condizioni...le direttive dovrebbero essere preferite ai regolamenti".

<sup>52</sup> Del ruolo della Corte di Giustizia nell'opera di armonizzazione del diritto europeo della famiglia e dei poteri ad essa riservati nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile si avrà modo di trattare più approfonditamente in seguito al par. 6 del presente capitolo.

<sup>53</sup> Sul rinvio ai principi di diritto comuni agli Stati membri nella ricostruzione delle nozioni comunitarie in materia di famiglia si vedano: Corte di Giustizia, 17 aprile 1986, in causa 59/85, *Reed*, in Raccolta, 1986, p. 1283; LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in Van der Mensbrugge, *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, 2003, p. 151; ROTTOLA, *La valutazione internazionalprivatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in *DUE*, 2004, p. 329-346.

<sup>54</sup> TOMASI L., *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 49 rileva che "Un nucleo di nozioni condivise sembra tuttavia indispensabile, quanto meno al corretto funzionamento del diritto internazionale privato comunitario della famiglia e d'altronde una nozione di famiglia è a nostro avviso ricavabile dal sistema comunitario. Resta da vagliarne il grado di univocità nei diversi settori del diritto comunitario.."

la preoccupazione prevalente è che la legislazione europea possa creare, in una materia così delicata come il diritto di famiglia, attriti tra la disciplina da essa dettata ed i principi fondamentali cui si ispirano i rispettivi diritti. La stessa immissione di norme di diritto internazionale privato viene da più parti osteggiata, nella convinzione che l'introduzione dall'esterno di disposizioni di conflitto ispirate a valori non coincidenti e difficilmente armonizzabili con quelli del foro possa produrre distorsioni profonde negli ordinamenti civili, aventi ripercussioni sul diritto materiale di ciascuno di questi. La diffidenza degli Stati membri a spogliarsi delle rispettive competenze normative a discapito dell'introduzione di una disciplina unitaria europea - anche nel campo del diritto internazionale privato - ha, dunque, fortemente ed inevitabilmente condizionato le scelte espresse dal legislatore europeo durante le operazioni di revisione dei Trattati istitutivi.

Con il Trattato di Amsterdam, nel 1997, la prima comunitarizzazione delle procedure di cooperazione giudiziaria in materia civile prevedeva per i cinque anni successivi alla sua entrata in vigore la deliberazione all'unanimità del Consiglio (su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro, sentito il parere del Parlamento europeo) in via generalizzata, non solo dunque in ambito familiare, ma in qualunque altro settore di diritto. Di lì a poco, tuttavia, si assisteva ad un mutamento di prospettiva. Nell'ottica di agevolare la collaborazione tra Stati membri, il Trattato di Nizza stabiliva, infatti, che tutte le deliberazioni fondate sul Titolo IV TCE venissero adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata, in codecisione con il Parlamento europeo. Tutte, ad eccezione, di quelle vertenti sul diritto di famiglia, per le quali veniva ancora ed espressamente richiesta l'unanimità. Da un lato, l'esplicita presa di posizione del legislatore, che inseriva la materia familiare nell'ambito del Titolo IV, seppur al solo fine di identificare la relativa procedura di legiferazione, contribuiva a fugare i dubbi circa la sussistenza della competenza delle Istituzioni ad adottare misure di diritto internazionale privato uniforme in materia, prospettati in dottrina da coloro che interpretavano restrittivamente il significato del buon funzionamento del mercato interno<sup>55</sup>. D'altro canto, tuttavia, la novità procedurale introdotta dal Trattato di Nizza ed oggi confermata dal Trattato di Lisbona nell'art. 81 TFUE, ha reso meno agevole il percorso per definire soluzioni a livello europeo, che si raggiungono necessariamente attraverso l'accordo della totalità degli Stati membri, soprattutto in un'Europa a 27 ed in continua espansione.

## **5. Le recenti novità procedurali**

A testimoniare le attuali esitazioni dei Paesi membri a cedere il passo all'Europa in questa materia, la riforma del Trattato di Lisbona conferma l'assetto restrittivo del

---

<sup>55</sup> V. nota 23, p. 10 del presente Capitolo.



sistema previgente: all'art. 81 par. 3 TFUE viene statuito che, in deroga alla procedura legislativa ordinaria prevista negli altri campi, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono deliberate dal Consiglio secondo una procedura legislativa speciale, ovvero all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo. Tuttavia, si aggiunge al par. 4 che il Consiglio può adottare una decisione - sempre all'unanimità e su proposta della Commissione - per determinare gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali che possono costituire l'oggetto di atti da adottarsi secondo la procedura legislativa ordinaria<sup>56</sup>.

Il carattere innovativo e apparentemente ampliativo dell'ultima parte della disposizione citata viene immediatamente temperato dal potere di veto conferito a ciascun parlamento nazionale che, a fronte dell'obbligatoria informazione di cui è destinatario, può opporsi entro sei mesi alla decisione, bloccandone in via definitiva l'adozione da parte del Consiglio<sup>57</sup>.

L'entusiasmo mostrato dalle Istituzioni nell'ultimo decennio nei confronti di un diritto internazionale privato europeo della famiglia, da erigersi a garanzia della libera circolazione delle persone, viene quindi inevitabilmente arginato dallo scetticismo dei legislatori nazionali, che hanno caldeggiato il rafforzamento delle condizioni e dei limiti nel rispetto dei quali le stesse Istituzioni hanno il potere di intervenire. Anche a seguito della riforma intervenuta con il Trattato di Lisbona, infatti, si manifesta con chiarezza la volontà dei governi nazionali di sottoporre l'evoluzione ad un rigoroso controllo, che essi possono ora esercitare mediante un potere di "blocco" bifronte, da un lato in sede di Consiglio, dall'altro attraverso i rispettivi parlamenti nazionali.

### **5.1. L'esigenza di una cooperazione rafforzata**

Le complicazioni originate dalla richiesta di unanimità in sede di deliberazione del Consiglio non hanno tardato ad emergere, fornendo le basi per l'adozione di un primo atto normativo a "cooperazione rafforzata" nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea. Ai sensi dell'art. 20 del TUE, in particolare, la cooperazione rafforzata consente che un gruppo di Stati - equivalenti almeno ad un terzo dei Paesi membri<sup>58</sup> - possa intraprendere un'azione in un settore tra quelli di competenza non esclusiva dell'Unione, qualora non siano state raggiunte le maggioranze richieste dalle procedure di legiferazione in un tempo ragionevole. La sua instaurazione: (i) è sottoposta ad un vaglio di compatibilità con il raggiungimento dei fini dell'Unione,

---

<sup>56</sup> BARRIÈRE BROUSSE I, *op. cit.*, p. 24-26.

<sup>57</sup> Una norma dello stesso tenore si rinveniva all'interno del fallito Trattato costituzionale europeo, frutto del compromesso raggiunto tra coloro che volevano sottoporre l'adozione di atti in materia familiare alla procedura ordinaria e coloro che, invece, vi si opponevano a favore di quella speciale

<sup>58</sup> Base giuridica della cooperazione rafforzata è costituita dall'articolo 20 del Trattato sull'Unione europea e dagli articoli da 326 a 334 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

in ottemperanza ai Trattati e al diritto dell'Unione; (ii) deve rispettare le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati che non vi partecipino, senza pregiudicare il mercato interno, la coesione economica, sociale e territoriale; (iii) deve essere autorizzata dal Consiglio, che decide in ultima istanza, ovvero quando constata che gli obiettivi dell'UE non possono essere raggiunti in tempi ragionevoli secondo le modalità legislativamente previste<sup>59</sup>.

Ebbene, il primo esperimento concreto di tale forma di cooperazione - se si escludono quelli che hanno avuto luogo nell'ambito di Schengen e della zona euro<sup>60</sup> - è intervenuto di recente proprio in materia di diritto internazionale privato di famiglia, in particolare nella fase di elaborazione della normativa sulla legge applicabile alla separazione legale e al divorzio che, per il carattere di assoluta novità, vale la pena di ripercorrere nei passaggi essenziali. Trascorsi due anni dalla Proposta di Regolamento "Roma III", intervenuta nel 2006 per promuovere la modifica del Regolamento (CE) n. 2201/2003 sulla giurisdizione e per introdurre norme sulla legge applicabile in materia di separazione personale e di divorzio<sup>61</sup>, il Consiglio è stato costretto a constatare le "insormontabili difficoltà" esistenti al momento attuale e nel prossimo futuro per raggiungere l'unanimità richiesta dai Trattati e, di conseguenza, per adottare in concreto l'atto normativo definitivo<sup>62</sup>. Di qui, la manifestazione di volontà da parte di alcuni Stati membri - inizialmente sette e poi progressivamente aumentati, fino a 14 partecipanti - di pervenire ad una cooperazione rafforzata in materia, accompagnata dalla richiesta presentata alla

---

<sup>59</sup> Sulla cooperazione rafforzata in generale: CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari, 2005. Con specifico riferimento all'applicazione dell'istituto nel diritto internazionale privato, POCAR F., *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 2011, p. 297-306.

<sup>60</sup> DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, II ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 25 ss.

<sup>61</sup> Si tratta della Proposta COM(2006)399 def. Per alcuni approfondimenti si veda: NASCIBENE B., *La proposta di modifica del Regolamento n. 2201/03 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in Carbone S.M., Queirolo I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 207 ss., POCAR F., *Osservazioni a margine della Proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 267 ss.

<sup>62</sup> In particolare, tre ordini di motivazioni portano alcuni Stati membri ad opporsi all'adozione del Regolamento, tutti comunque riconducibili all'attuale disomogeneità normativa in materia di matrimonio e di divorzio, sia a livello materiale, che internazionalprivatistico. Innanzitutto, Malta che addirittura non conosce l'istituto del divorzio non accetta che i propri giudici possano essere obbligati a pronunciare una decisione che accolga lo scioglimento del vincolo coniugale, in forza del Regolamento. Stessa preoccupazione coglie gli Stati che non disciplinano le partnerships registrate o i matrimoni tra omosessuali, che potrebbero veder emessa da una propria autorità giurisdizionale una decisione di scioglimento di una di queste nuove forme di unione, considerata la libertà concessa alle parti nel determinare la legge applicabile. Infine, altri Paesi, come ad esempio quelli scandinavi, per evitare l'applicazione di una legge straniera, hanno reagito alla divergenze normative predisponendo un sistema di conflitto unilaterale fondato sulla sola *lex fori*, che verrebbe del tutto rovesciato ad opera del Regolamento, istitutivo al contrario dell'*optio iuris* come criterio di collegamento principale.

Commissione di sottoporre al Consiglio una formale proposta a tale fine<sup>63</sup>. In ottemperanza alle procedure previste dai Trattati, il 12 luglio 2010 il Consiglio autorizzava gli Stati membri ad avanzare nell'iniziativa intrapresa, considerando il suo alto valore nello sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>64</sup>, ed il 20 dicembre 2010 veniva emanato il Regolamento (UE) 1259/10, Roma III, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale<sup>65</sup>.

Già all'indomani dell'emanazione del nuovo Regolamento si è acceso il dibattito in Europa sull'opportunità dell'utilizzo della cooperazione rafforzata nel diritto

---

<sup>63</sup>Inizialmente, con lettere datate 18 luglio 2008, furono Grecia, Spagna, Italia, Lussemburgo, Austria, Romania e Slovenia gli Stati artefici della proposta. Progressivamente, ed in date diverse si unirono Bulgaria, Francia, Germania, Belgio, Lettonia, Malta, Portogallo.

<sup>64</sup>In un primo momento, non si era dato seguito a questa iniziativa, per paura di creare un'Europa a due velocità. Tuttavia, poiché ogni anno nell'Unione si registrano circa 140.000 divorzi transnazionali, ovvero quasi il 13 per cento di tutti i divorzi pronunciati, con costi che potrebbero raggiungere un totale di 205 milioni di euro e dato che nei nove Stati membri in questione, la cui popolazione rappresenta quasi la metà della popolazione dell'Unione (44 per cento), ogni anno circa 53.000 divorzi hanno un carattere transnazionale, la Commissione europea ha deciso invece di accogliere la richiesta degli Stati in questione, convinta che la cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio presenti numerosi vantaggi.

<sup>65</sup>Come rilevava lo stesso Consiglio in sede di approvazione, il Regolamento persegue gli obiettivi dell'Unione, protegge i suoi interessi e rinforza il processo di integrazione di cui all'art. 20(1) del Trattato sull'Unione europea in quanto non pregiudica il mercato interno, né crea barriere o misure discriminatorie all'esercizio del commercio transnazionale. Risponde, inoltre, a tutti i requisiti in concreto richiesti per il suo esercizio ad opera degli Stati membri in quanto rispettoso anche delle prerogative di quelli che non vi aderiscono. I Paesi non partecipanti mantengono in vigore le norme di conflitto nazionali e restano liberi di aderire alla cooperazione in ogni momento, secondo quanto dispone l'articolo 328 TFUE.

Il Regolamento (rectius la Proposta in sede di approvazione) risulta altresì conforme ai principi il cui rispetto permette all'Unione europea di intraprendere un'azione in settori che non rientrano nelle proprie competenze esclusive. Da un lato, viene soddisfatto il requisito della sussidiarietà in quanto, considerata la natura e la portata del problema riguardante i divorzi e le separazioni transnazionali, gli obiettivi identificati nella maggiore certezza del diritto, nella prevedibilità e nella flessibilità a beneficio dei cittadini, sono considerati non raggiungibili dagli Stati singolarmente, non disponendo questi di norme identiche tra loro. Dall'altro, non si supera quanto espressamente necessario per il raggiungimento degli stessi obiettivi, in conformità al principio di proporzionalità. A questo proposito si ricorda per inciso che, a differenza della proposta iniziale, il testo definitivo del Regolamento riguarda solamente la legge applicabile e non più anche la competenza giurisdizionale. Inoltre, non comprende la materia dell'annullamento del matrimonio, che resta disciplinata a livello europeo nei soli profili ricompresi nel regolamento (CE) n. 2201/2003. Invero, il Regolamento Roma III non avrebbe potuto in alcun modo incidere sulla portata del Regolamento Bruxelles II-bis: una cooperazione rafforzata non può, infatti, modificare un testo normativo già appartenente all'acquis comunitario ed applicabile in tutti gli Stati membri (ad eccezione della Danimarca). Sul punto: SALORD M., *op. cit.*, p. 98.

internazionale privato, che ha suscitato nel contempo alcuni consensi e notevoli perplessità<sup>66</sup>.

A favore, si sostiene la sua attitudine a far avanzare il processo di integrazione europea, attraverso la predisposizione di norme comuni che contribuiscono al superamento dell'incertezza giuridica, creata dalle divergenze riscontrabili tra le singole legislazioni nazionali, a livello internazionalprivatistico oltre che sostanziale, che pregiudica coloro i quali intendono sciogliere il proprio matrimonio caratterizzato da elementi di internazionalità. In particolare la disciplina adottata, nel dettare univocamente le norme di conflitto – per lo meno tra un numero considerevole di Stati membri - consente ai coniugi di conoscere in anticipo e con maggiore facilità la legge applicabile allo scioglimento del vincolo coniugale nell'eventualità di una controversia matrimoniale.

Il paventato rischio di interferenze europee in un'area del diritto così delicata come quella familiare, concepita in termini assai diversi negli ordinamenti nazionali, sarebbe poi scongiurato grazie alle scelte normative effettuate dal legislatore europeo. Da un lato, come di consueto, viene evitata un'esplicita presa di posizione sul significato di concetti quali il matrimonio e lo stesso divorzio, lasciati all'appannaggio nazionale<sup>67</sup>; dall'altro, trova accoglimento una disciplina che può definirsi di compromesso, poiché rinforza i limiti opponibili dall'autorità giurisdizionale di uno Stato alla penetrazione di istituti sconosciuti rispetto all'ordinamento del foro<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Sulle origini della cooperazione rafforzata: ELHERMANN C.D., *Différentiation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam*, in *Rev. Marché Unique Européen*, 1997, n. 3, pagg. 53 e ss. Con specifico riferimento alla materia della legge applicabile al divorzio: CALÒ E., VELLETTI M., *La disciplina europea del divorzio*, in *Il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 5, pag. 720; BOELE-WOELKI K., *For Better or For Worse: the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, p. 1 ss.; OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 113 ss.; CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 1053 ss.; BARUFFI M.C., *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 867 ss.; HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) no 1259/2010 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 *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 ss.; VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 601 ss.; AA. VV. *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 – Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1435 ss.; NASCIBENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Giuffrè, 2011.

<sup>67</sup> Non è un caso che l'art. 1 escluda la materia della validità e dell'esistenza del matrimonio dal campo di applicazione del Regolamento Roma III.

<sup>68</sup> Ci si riferisce non solo al limite dell'ordine pubblico, ma anche all'art. 10, che così recita "Qualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 non preveda il divorzio o non conceda a

In senso contrario, tuttavia, si evidenzia la fondata preoccupazione per la creazione di un'Europa a più velocità, in cui all'avanzamento di alcuni Stati corrisponde lo stallo di altri, con il sacrificio di quegli obiettivi di uniformità e di prevedibilità delle soluzioni, posti alla base della cooperazione giudiziaria in materia civile. È sufficiente, infatti, che venga radicata la competenza dell'autorità giurisdizionale di un Paese che non aderisce alla cooperazione – ipotesi non remota in considerazione dell'ampiezza dei titoli di giurisdizione previsti dal Regolamento Bruxelles II bis – affinché sia compromessa l'applicazione della normativa europea, con tutto ciò che ne consegue in termini di incertezza giuridica. A tale considerazione generale si accompagna poi, in relazione al divorzio, la specifica apprensione che i giudici nazionali si trovino in concreto a dover applicare una legge straniera differente per presupposti e condizioni rispetto alla *lex fori*, con il pericolo di contaminazione dei valori nazionali di riferimento in una materia caratterizzata principalmente da norme imperative e come tale tradizionalmente lasciata alla competenza esclusiva di ciascuno Stato membro.

## **5.2. Il ruolo delle Convenzioni internazionali: la c.d. sussidiarietà alla rovescia del Regolamento (UE) n. 4/2009**

Le stesse difficoltà causate dalle limitazioni procedurali previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione che impone l'unanimità dei consensi in materia di diritto internazionale privato di famiglia potrebbero poi suggerire, com'è avvenuto di recente in dottrina, il trasferimento dell'azione dal piano del diritto europeo a quello del diritto internazionale, al fine di raggiungere i medesimi risultati di armonizzazione, ma secondo una logica diversa, definita "sussidiarietà alla rovescia"<sup>69</sup>. Secondo questa interessante ricostruzione, cioè, qualora non sia raggiunto l'accordo tra i 27 Paesi membri, sarebbe possibile ripiegare su una tipologia di collaborazione intergovernativa, da riconvertire in sede europea solo a seguito dei negoziati intercorsi in sede internazionale. Il noto principio di sussidiarietà si renderebbe operativo non verso il basso, ovvero a favore degli Stati membri, ma al contrario verso l'alto, facendo migrare l'azione dalla dimensione istituzionale a quella convenzionale.

---

*uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro" e soprattutto all'art. 13 in base al quale "Nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro partecipante la cui legge non prevede il divorzio o non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio ad emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento stesso".*

<sup>69</sup> Sul tema della c.d. "reverse subsidiarity" si veda: BEAUMONT P., MOIR G., *Brussels Convention II, A new private law instrument in family matters for the European Union or the European Community*, in *European Law Rev.*, 1995, p. 268-288; MC ELEVY P., *The Brussels II Regulation, how the European Community has moved into family law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2002, p. 883.

Nell'impossibilità di addivenire ai risultati prefissati entro un ragionevole lasso temporale, infatti, l'Unione sarebbe posta di fronte ad un'alternativa obbligata: o lasciare campo libero ai legislatori statali, con tutti gli svantaggi conseguenti al persistere di una disomogeneità normativa nel contesto europeo, o cedere il passo ai più ampi negoziati internazionali. Nella seconda ipotesi prospettata, gli Stati manterrebbero saldo il proprio potere decisionale, ma questo verrebbe esercitato non individualmente, bensì collettivamente, in un contesto di trattative tese a favorire soluzioni di compromesso, le quali potrebbero facilitare accordi condivisi da buona parte dei Paesi membri.

La soluzione delineata trova corrispondenza in quanto si è verificato di recente con l'adozione del Regolamento (CE) n. 4/09 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari<sup>70</sup>. Sebbene la proposta di Regolamento fosse stata presentata dalla Commissione già nel 2005, ad un risultato effettivo si è potuto giungere solo a seguito delle scelte intervenute in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, una volta conclusi i negoziati per la nuova Convenzione sulle obbligazioni alimentari<sup>71</sup>. Evidenziata, infatti, l'impossibilità di raggiungere una valutazione unanime sull'uniformazione delle norme di conflitto in materia, si è deciso di adottare un separato Protocollo a livello internazionale, aperto alla firma degli Stati ad esso favorevoli e alla stessa Unione europea<sup>72</sup>.

Le trattative condotte nel contesto internazionale, più ampio rispetto a quello composto dai soli rappresentanti dei Paesi membri, si sono rivelate di grande utilità al fine di sbloccare la situazione di stallo in cui versava il processo di legislazione richiesto per l'approvazione del Regolamento in sede comunitaria, che ha potuto così concludersi positivamente nel dicembre 2008. In base a quanto statuito nel Regolamento, le disposizioni sulla legge applicabile sono vincolanti per i soli Stati che abbiano ratificato il Protocollo dell'Aja - cui rinvia espressamente l'articolo 15 - ed un distinto regime di circolazione opera con riguardo alle decisioni pronunciate all'interno degli ordinamenti, a seconda che essi abbiano aderito o meno al medesimo atto internazionale<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Su questo specifico punto si veda funditus BEAUMONT P., *International family law in Europe – The maintenance Project, The Hague Conference and the EC: A triumph of reverse subsidiary*, in *RabelsZ*, 2009, p. 509 ss. Lo stesso procedimento, in relazione alla materia della separazione personale e del divorzio è stato suggerito da GAERTNER V., *European choice of law rules in Divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments*, in *JPIL*, 2006, p. 99-136.

<sup>71</sup> CARBONE S.M., TUO C., *op. cit.*, p. 758.

<sup>72</sup> Si ricordi che l'Unione Europea è divenuta essa stessa parte contraente della Conferenza dell'Aja dal 2006.

<sup>73</sup> Cfr. sezioni 1 e 2, Capo III, del Regolamento (CE) n. 4/09. Si noti, comunque, che il Protocollo è stato ratificato dalla stessa Unione europea nel 2010 e pertanto vincola tutti gli Stati membri (ad eccezione di Regno Unito e Danimarca), non solo per quanto concerne la legge applicabile, ma anche per il regime facilitato della circolazione delle decisioni che consegue dalla sua applicazione. Sul

Viene in tal modo dimostrato che, rispetto a materie come quella in esame in cui l'unanimità è necessaria, ma allo stesso tempo difficilmente realizzabile, diviene possibile raggiungere comunque un certo livello di uniformazione normativa all'interno dell'Unione europea, attraverso il ricorso a scelte già condivise e all'accoglimento delle soluzioni adottate sul piano internazionale<sup>74</sup>.

### **5.3. Le altre Convenzioni internazionali in materia di diritto di famiglia**

Il ruolo che le Convenzioni di diritto sostanziale e, soprattutto, di diritto internazionale privato della famiglia rivestono in ambito internazionale assume pertanto un importante rilievo anche nell'ottica di una progressiva armonizzazione della materia nel contesto europeo. A questo riguardo, è significativo rilevare che gli atti normativi – ed in particolare i Regolamenti – fino ad ora adottati dalla Comunità (oggi Unione) in ottemperanza alle esigenze di cooperazione giudiziaria in materia civile sancite nel TFUE trovano tutti riscontro in strumenti internazionali già esistenti, ratificati negli anni dagli Stati europei (alcuni da molti, altri da pochi) e conseguentemente già oggetto di prassi più o meno consolidate.

Solo per citare quelli più strettamente connessi alla materia oggetto dell'attuale cooperazione e senza alcuna pretesa di esaustività, sia consentito ricordare: la Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi stranieri e delle separazioni personali; la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari, oggi sostituita dalla già citata Convenzione dell'Aja del 2007; la Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali; la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei fanciulli; la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale.

E' dunque possibile constatare che già in una fase antecedente a quella della vera e propria comunitarizzazione del diritto internazionale privato, intervenuta dal 1997 ad opera del Trattato di Amsterdam, erano state gettate solide basi all'uniformazione internazionalprivatistica della materia familiare, in particolare in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato<sup>75</sup>.

---

punto: CORRAO M. E., *Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari*, in *Cuadernos de derecho Transnacional*, 2011, vol. 3 n. 1., p. 136ss.

<sup>74</sup> Grazie alle soluzioni adottate convenzionalmente è stato possibile raggiungere un accordo in sede comunitaria su numerosi aspetti quali la cooperazione amministrativa e tra pubbliche autorità, il sussidio dello Stato alle controversie involgenti minori, scelta questa caldeggiata fortemente dalla rappresentanza statunitense.

<sup>75</sup> PAULINO PEREIRA F., *op. cit.*, p. 3; POCAR F., *op. cit.*, spec. p. 873-874

E se chiaramente questa oggi non è più l'unica sede di cooperazione sul piano internazionale, la sua utilità non è certamente venuta del tutto meno, dal momento che continua ad essere una preziosa fonte di supporto alle istanze di armonizzazione provenienti dall'interno del territorio europeo. Resta aperto di conseguenza il problema del coordinamento tra fonti, che non a caso i Regolamenti europei tendono a risolvere espressamente per cercare di porre rimedio alle diverse stratificazioni normative che complicano la soluzione di rapporti transnazionali, soprattutto qualora coinvolgano anche Stati terzi.

## **6. Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo**

Seppur in termini differenti rispetto a quelli appena esaminati, anche il sistema convenzionale predisposto a livello europeo per la tutela dei diritti dell'uomo contribuisce in maniera decisiva alla progressiva osmosi dei valori giuridici in materia dei rapporti di famiglia, soprattutto se si tiene conto dei mutamenti apportati dal Trattato di Lisbona, che hanno grandemente rivalutato la portata dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione.

In questo processo evolutivo, costituiscono parametri normativi di riferimento, dapprima, la sola Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU), promossa ed elaborata in seno al Consiglio d'Europa nel 1950 ed entrata in vigore il 3 novembre 1953, e successivamente, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata ufficialmente al Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000.

Storicamente, i diritti fondamentali enucleati nella CEDU rimasero per lungo tempo esclusi dall'ordinamento comunitario strettamente inteso: di questi non si trovava menzione alcuna nella versione originaria del Trattato CE, presumibilmente in considerazione del carattere prettamente economico che l'organizzazione presentava ai suoi albori. La stessa Corte di Giustizia nelle sue prime pronunce affermava l'irrilevanza dei diritti fondamentali – anche laddove garantiti da norme di rango costituzionale interne agli Stati membri – che ostacolassero in qualsivoglia modo gli obiettivi di diritto comunitario<sup>76</sup>. Tuttavia ben presto, e pur in assenza di una esplicita base normativa, la Corte sviluppò un primo meccanismo di tutela dei diritti fondamentali, riservandosi il ruolo di organo deputato a garantirne l'osservanza - conformemente alla CEDU e agli orientamenti della Corte europea

---

<sup>76</sup> Si veda, ad esempio, CGCE, 4 febbraio 1959, *Stork*, causa C-1/58,

in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61958CJ0001:IT:HTML>

Tale presa di posizione della Corte di Giustizia, che ammetteva la possibilità che le fonti comunitarie potessero essere valutate come legittime anche laddove andassero a colpire diritti fondamentali, fu all'origine della teoria dei controlimiti che le Corti Costituzionali di taluni Stati membri, tra cui l'Italiana, elaborarono per riservarsi il potere di vagliare la compatibilità del diritto comunitario rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana



dei diritti dell'uomo - in quanto parametri di legittimità dell'azione degli Stati e della Comunità (oggi Unione), rientranti tra i principi generali del diritto europeo<sup>77</sup>.

Nel tempo, pertanto, la Corte di giustizia iniziò ad affermare la sua giurisdizione anche con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, sia pure nei limiti della loro compatibilità con la struttura e le finalità della UE, individuando il fondamento del proprio intervento nei principi generali del diritto, ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni ai vari Stati membri nonché dai trattati internazionali che li vincolano, primo tra tutti la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale funzione interpretativa – e a volte creativa – della Corte di Giustizia si estese parallelamente rispetto al progressivo ampliamento degli obiettivi sanciti nei Trattati, fornendo un contributo decisivo alla crescita della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo, giunta ai nostri giorni ad una definitiva affermazione<sup>78</sup>.

Non solo con il Trattato di Maastricht il loro rispetto divenne fine primario della neonata Unione, espressamente sancito all'articolo 6 TUE<sup>79</sup>, ma successivamente si manifestò l'esigenza di elaborare in ambito comunitario un catalogo autonomo, sintesi dei valori condivisi tra i Paesi membri, scaturenti dalle tradizioni comuni e dai Trattati internazionali.

Pertanto, prima nel 2000 a Nizza e poi nel 2007 a Strasburgo veniva approvata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta)<sup>80</sup>, che costituiva la realizzazione di un fondamentale obiettivo nel percorso di trasformazione

---

<sup>77</sup> In giurisprudenza cfr. ad es. CGCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, causa C-29/69 e ERT, causa C-260/89; CGCE 13 luglio 1989, *Wachauf* causa C-5/88; CGCE 15 maggio 1986, *Johnston*, causa C-222/84.

In dottrina: COUSSIRAT-COUSTIÈRE, *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in *Internationalisation des droit de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, 1996, p. 45; BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t.283, p. 9 ss; PAPUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'homme sur l'evoluzione des modèles familiaux*, Bale, 2002, p. 452; BARATTA R., *Verso «comunitarizzazione»..cit.*, p. 593 ss.; ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro It.*, 2006, IV, c. 353 ss.

<sup>78</sup> Se già a metà degli anni '70, la Corte poneva le basi per l'individuazione di un riferimento normativo nella CEDU che affiancasse le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che assicurasse, a livello comunitario, la tutela effettiva dei diritti fondamentali (ad es. nella sentenza *Rutili* (C-36/75), successivamente la Corte si è spinta ben oltre il semplice rinvio normativo agli articoli della CEDU, fondandosi addirittura, in alcuni casi, sulla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo per rispondere ai giudici nazionali di rinvio, come fece per la prima volta nella sentenza *Roquette Frères* (C-94/00, si veda il paragrafo 29).

<sup>79</sup> L'articolo 6 TUE, fino alle modifiche intervenute con Lisbona, stabiliva che: "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri

<sup>80</sup> Rispetto alla Convenzione, della quale mutua in buona parte il contenuto, la Carta riconosce espressamente che i diritti in essa sanciti devono essere intesi secondo il significato e la portata attribuita loro dalla CEDU, alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

dell'Unione da organizzazione intergovernativa a entità federale, nella quale il ruolo dei cittadini, intesi non più come lavoratori ma come persone, impone di focalizzare l'attenzione su aspetti non necessariamente legati alla stretta realizzazione del mercato unico<sup>81</sup>. La Carta appronta una codificazione dei principi generali del diritto europeo condivisi da tutti gli Stati membri dell'Unione ed al suo interno contiene tutti quei diritti che la Corte di Giustizia aveva fino a quel momento riconosciuto in via giurisprudenziale come, ad esempio, il diritto alla libertà di espressione e di informazione ed il rispetto della vita privata e familiare. In un testo unico, che nel preambolo si ispira naturalmente alle tradizioni comuni risultanti dalle Costituzioni degli Stati Membri e alla CEDU, nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia della UE e di quella sui diritti dell'uomo di Strasburgo, si trovano enunciati i diritti civili, politici, sociali ed economici, suddivisi in sei categorie - Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza e Giustizia - riconosciuti ai cittadini dell'Unione ed a ogni cittadino di paese terzo che risiede legalmente all'interno del suo territorio.

Sebbene fin da subito siano risultate evidenti le potenzialità di tale strumento predisposto a livello europeo<sup>82</sup>, dal momento della sua proclamazione e fino ad un recente passato, la Carta – al pari della CEDU – è rimasta priva di valore normativo diretto, fungendo da strumento interpretativo privilegiato, al quale parametrare la legittimità degli atti legislativi adottati tanto a livello nazionale (qualora di derivazione europea), quanto europeo<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> PATTI S., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 540 ss.

<sup>82</sup> Si pensi che già nelle conclusioni generali dall'AG Léger nella causa Hautalala (C-353/99) ciò risultava a chiare lettere: "Certamente non si deve ignorare la volontà chiaramente espressa dagli autori della Carta di non dotarla di forza giuridica obbligatoria. Ma, a parte qualsiasi considerazione relativa alla sua portata normativa, la natura dei diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali vieta di considerarla come una semplice elencazione senza conseguenze di principi meramente morali. Occorre ricordare che tali valori hanno in comune il fatto di essere unanimemente condivisi dagli Stati membri che hanno scelto di renderli visibili trascrivendoli in una Carta, al fine di rafforzarne la tutela. La Carta ha innegabilmente collocato i diritti che ne costituiscono l'oggetto al più alto rango dei valori comuni agli Stati membri" [paragrafo 80]. E analogamente l'AG Tizzano, nel caso *BETCU* (C-173/99), rilevava che: "in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale [e cioè il diritto alle ferie annuali che è un diritto sociale fondamentale in quanto espressione del diritto di lavoro a condizioni eque e giuste] non si possono ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche, della scena comunitaria." [paragrafo 28]. Successivamente, anche la Corte di Giustizia inizia a citare la Carta, senza tuttavia fare riferimento alle specifiche disposizioni normative di riferimento. Un esempio è costituito dalla sentenza *Parlamento europeo/Consiglio* (C-540/03, paragrafo 38), in cui il Parlamento chiedeva l'annullamento di alcune disposizioni della direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, perché tali disposizioni non rispettavano i diritti fondamentali ed in particolare il diritto alla vita familiare e il diritto di non discriminazione.

<sup>83</sup> DANIELE L., *op. cit.*, p. 128 ss.

Tuttavia, il quadro delineato è mutato radicalmente a seguito delle modifiche che il Trattato di Lisbona ha apportato ai Trattati istitutivi dell'Unione, a partire dal 1° dicembre 2009<sup>84</sup>. Come sancito dall'art. 2 TUE, infatti, tra i valori fondanti dell'ordinamento europeo rientra a pieno titolo il principio del «rispetto dei diritti umani», mentre l'art. 6 TUE, (i) oltre a ribadire che i diritti fondamentali, in quanto garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono parte integrante del diritto dell'Unione, collocandoli tra i suoi principi generali, (ii) attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE forza giuridica pari a quella dei trattati e (iii) obbliga l'Unione ad aderire alla CEDU.

Il rispetto dei diritti fondamentali figura, inoltre, per espressa disposizione dell'art. 67 TFUE, tra i parametri di legittimità delle misure che l'Unione europea è chiamata ad introdurre nel settore del diritto internazionale privato e processuale, la cui strumentalità al conseguimento di obiettivi puramente mercantilistici appare ora assai attenuata e solo eventuale.

Alla luce di questo nuovo assetto giuridico, le previsioni contenute nella Carta cessano di rappresentare principi generali del diritto da ricavarsi in via interpretativa e diventano diritto positivo cogente, con conseguenze di tutto rilievo sotto diversi profili. Senza poter in questa sede verificare le complesse dinamiche innescate dall'attribuzione del valore normativo alla Carta nel sistema dell'Unione, anche in rapporto al sistema convenzionale della CEDU<sup>85</sup>, pare comunque necessario chiarire

---

<sup>84</sup> Si riporta per esteso il contenuto dell'art. 6 TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

<sup>85</sup> L'adesione – prevista ma non ancora avvenuta - dell'Unione alla CEDU, se da un lato rafforza il vincolo al suo rispetto e nel contempo permette un controllo esterno del diritto dell'Unione, rischia tuttavia di provocare problemi di coordinamento non facili, per la sovrapposizione di due diversi sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, la soluzione dei quali non può che essere demandata all'accordo di adesione. Problemi di coordinamento, invero, non mancano di porsi già allo stato attuale – quanto meno in Italia - se solo si consideri il rango che alla CEDU è stato attribuito dalla Corte Costituzionale, a partire dalle note sentenze n. 348 e 349 del 2007. Stante l'assenza del riconoscimento di un suo valore normativo diretto, per il tramite dell'art. 117 Cost. – così come riformulato a seguito della recente riforma del Titolo V della Costituzione – i diritti tutelati dalla Convenzione assurgono a parametri interposti ai quali sottoporre la legittimità delle norme nazionali. Ne discende che, mentre rispetto alla CEDU è lo stesso giudice delle leggi a riservarsi il potere di un controllo accentrato per il contrasto dell'ordinamento interno con i principi sanciti a livello convenzionale; al contrario, il nuovo e accresciuto valore normativo attribuito alla Carta consente ai

che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze già sancite, «né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (come previsto dall'art. 52 n. 1), e che le sue disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Risulta, poi, dall'art. 52, n. 3 della Carta che, laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti loro dalla suddetta convenzione. Detta disposizione non preclude, tuttavia, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa, atteso che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantisce la soglia minima di tutela, non derogabile *in peius*.

Cambia, inevitabilmente, anche il ruolo della Corte di Giustizia, chiamata su più fronti a pronunciarsi sulla compatibilità del diritto dell'Unione ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta. In estrema sintesi, da un lato, la loro violazione da parte delle Istituzioni europee può ora determinare l'invalidità dei relativi atti e - se del caso - la responsabilità dell'Unione; dall'altro, il loro rispetto è vincolante anche per gli Stati membri i quali, in tutti i settori di legislazione di derivazione europea, possono essere chiamati a rispondere di inadempimento nel caso di violazione. Infine, anche l'opera interpretativa della Corte esercitata in funzione pregiudiziale ne risulta fortemente condizionata, nel necessario e delicato bilanciamento tra libertà fondamentali - obiettivi dell'Unione - e diritti fondamentali - parametri di legittimità dell'azione delle Istituzioni.

---

giudici nazionali di esercitare un sindacato diffuso sulla compatibilità tra i principi in essa sanciti e le norme nazionali di derivazione europea. Senza poter ulteriormente indagare quali siano in concreto le conseguenze - qui solo accennate - che discendono dai mutamenti normativi e giurisprudenziali in corso, queste considerazioni preliminari paiono necessarie per giungere a constatare che la tutela dei diritti fondamentali si manifesta su più livelli, essendo garantita dalle Costituzioni nazionali, dalla Convenzione europea ed oggi anche dal Trattato sull'Unione, per il tramite della Carta. La conseguenza più rilevante del sistema è che sul loro rispetto vigilano simultaneamente la Corte europea per i diritti dell'uomo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le Corti Costituzionali degli Stati membri ed ora anche i singoli giudici nazionali.

Sembra allora del tutto condivisibile la preoccupazione di interferenze di tutela a più livelli tale per cui in primis, un medesimo comportamento potrebbe integrare gli estremi di una violazione a diversi piani, con la conseguente applicazione delle relative sanzioni; inoltre, sembrano inevitabili le "contaminazioni" e le reciproche influenze che le Corti deputate alla loro difesa possono addurre e subire in sede di interpretazione di tali diritti" Sui problemi di coordinamento causati dal nuovo sistema giuridico: SORRENTINO F., *I diritti fondamentali dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere Giuridico*, 2010, n. 2, p. 145 ss. e pre-riforma: VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss.; IVALDI P. TUO C., *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rdipp*, 2012, fasc. 1, p. 7-37.

## 6.1. I diritti dell'uomo veicoli di armonizzazione del diritto di famiglia?

Tra i diritti fondamentali rientrano quelli inerenti alla vita familiare - sanciti nella CEDU e nella Carta di Nizza ed interpretati dagli organi giurisdizionali deputati al loro controllo - dei quali si impone il rispetto all'interno di ciascuno Stato membro, anche a costo di dover adattare le normative nazionali che con essi si pongano in contrasto. È, dunque, questo il modo in cui la tutela dei diritti fondamentali finisce per incidere - direttamente o indirettamente - sui modelli giuridici familiari interni, favorendo il processo di uniformazione di valori e di principi in materia di diritto di famiglia<sup>86</sup>.

Significativa dimostrazione in tal senso è fornita dall'opera interpretativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che gli Stati aderenti alla Convenzione si sono impegnati a rispettare, pena la sottoposizione a sanzioni, anche pecuniarie, in caso di violazione. Si pensi, solo in via esemplificativa, che essa nel tempo ha sancito il principio di uguaglianza tra figli legittimi e naturali in applicazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione<sup>87</sup>, ha giudicato in contrasto con tali norme il diniego opposto da un'autorità nazionale alla richiesta di affidamento del figlio minore a causa dell'orientamento omosessuale del genitore richiedente<sup>88</sup>, ha imposto la correzione degli atti di stato civile a favore dei transessuali - in ragione dei disagi e delle discriminazioni che discendono dall'assenza di siffatta garanzia<sup>89</sup> - ed ha esteso loro il diritto al matrimonio<sup>90</sup>, ha riconosciuto la qualificazione familiare alle unioni tra omosessuali<sup>91</sup> e ancora più recentemente ha sancito il diritto

---

<sup>86</sup> STALFORD H., *EU Family Law: a Human Rights perspective*, in *International Family law for the European Union*, cit., p. 103 ss.

<sup>87</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marckx*, 13 marzo -13 giugno 1979, in *Publications de la Cour européenne des droit de l'homme*, Série A, vol. 31, p. 4 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Inze*, 28 ottobre 1987, vol. 126 p. 3 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mazurek c. Francia*, in *ECHR Reports of judgements and decisions*, 2000, vol. II, p. 2

<sup>88</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96 in *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999-IX, p. 309 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *B. c. Francia*, 25 marzo 1992, in *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Série A, vol. 232-C, p. 28 ss.

<sup>90</sup> Si afferma contrastare con l'articolo 12 CEDU la normativa (in questo caso inglese) che impediva alle persone che si fossero sottoposte ad interventi chirurgici per modificare il proprio sesso di unirsi in matrimonio a persone del proprio sesso originario. In particolare, si veda Corte europea diritti dell'uomo, *X, Y, Z, c. United Kingdom*, Ricorso n. 9369/81, deciso il 22 aprile 1997, in *Reports of judgments and decisions*, 1997, p. 619: la Corte ritiene che le relazioni tra transessuali, a differenza di quelle tra omosessuali, possono essere ricomprese nella nozione di "vita familiare" e che alla luce delle conoscenze scientifiche e mediche in ordine al transessualismo, dal riconoscimento del diritto alla conversione sessuale debba logicamente discendere il diritto al riconoscimento giuridico del sesso acquisito e con esso il diritto al matrimonio.

<sup>91</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kopf and Schalk vs. Austria*, 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04.

di un partner omosessuale ad adottare il figlio del proprio (o della propria) compagno (a)<sup>92</sup>.

## **6.2. (Segue) In particolare il diritto al matrimonio e il rispetto alla vita familiare**

Alla luce del valore normativo attribuito alla Carta dei diritti fondamentali ed in considerazione dell'opera interpretativa esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla CEDU, sorge il dubbio che la stessa concezione di "famiglia" possa ancora considerarsi prerogativa esclusiva dei legislatori nazionali.

In particolare, ci si domanda se sulla scorta del diritto fondamentale al matrimonio e del diritto di costituire una famiglia - così come delineati dagli artt. 7 e 9 della Carta e, sebbene in termini parzialmente diversi, dagli artt. 8 e 12 della CEDU - può essere imposto agli Stati membri di ampliare la propria nozione di famiglia, fino a ricomprendervi (i) il matrimonio tra omosessuali e (ii) le unioni diverse dal matrimonio che intercorrono tra soggetti del medesimo sesso.

Quanto al primo quesito la risposta è senz'altro (e allo stato attuale) negativa. Il testo della CEDU recepisce all'art. 12 una nozione tradizionale del matrimonio - l'uomo e la donna hanno possono sposarsi e fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto - e l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo ha per lungo tempo riservato tale diritto alle sole coppie eterosessuali, qualificando il matrimonio come pilastro sul quale si fonda il concetto di famiglia e la fonte legittima dei suoi rapporti, non assimilabile a nuove tipologie di realtà familiari<sup>93</sup>.

Solo di recente, in considerazione dei mutamenti intervenuti nei Paesi contraenti che hanno esteso il matrimonio agli omosessuali, e di una lettura combinata dell'art. 12 della CEDU con l'art. 9 della Carta di Nizza (che sancisce il diritto di sposarsi senza alcuna distinzione di sesso), la Corte è giunta a sostenere che non vi è, in linea di principio, alcun ostacolo a ricomprendere le relazioni omosessuali nel contesto del matrimonio. Ciò non toglie che tale istituto ha connotazioni sociali e culturali

---

<sup>92</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *X et Al. v. Austria*, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07 reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116735>

<sup>93</sup> La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, da parte sua, ha sempre confermato questi orientamenti, pur con alcune recenti aperture verso le nuove realtà familiari. Per quanto riguarda l'art. 12, in due decisioni dell'11 luglio 2002, viene confermata la concezione del matrimonio tradizionale tra un uomo ed una donna, dalla quale discende che non si debbano ritenere in contrasto con la norma le disposizioni nazionali che, anche solo implicitamente, escludono per le persone dello stesso sesso la possibilità a contrarre il matrimonio. Si tratta delle decisioni: Corte europea dei diritti dell'uomo, *I. c. Regno Unito e Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002; Corte europea diritti dell'uomo, *Rees c. United Kingdom*, 17 ottobre 1986, Series A, vol. 106 p. 49; Corte europea diritti dell'uomo, *Cassey*, 27 settembre 1990, Series A, n. 184; Corte europea diritti dell'uomo, *Johnston c. Ireland*, 18 dicembre 1986 consultabile su <http://www.echr.coe.int/chr>.

radicate, che possono differire molto da un Paese ad un altro, per cui spetta in via esclusiva ai legislatori nazionali, che meglio possono valutare e rispondere alle esigenze delle rispettive società, decidere se concederne o meno l'accesso ad una coppia omosessuale.

Si perviene, invece, a conclusioni diverse con riferimento alle unioni non matrimoniali, che trovano oggi protezione nel diritto al rispetto alla vita familiare sancito all'articolo 8 della CEDU<sup>94</sup>, indipendentemente dal sesso dei componenti. Se tradizionalmente la Corte europea riservava tale diritto alle relazioni tra eterosessuali fondate su un impegno reciproco<sup>95</sup> - risultante da elementi di varia natura, come una convivenza stabile o la presenza di figli<sup>96</sup> - restando al contrario le unioni omosessuali tutelate sotto il mero profilo del rispetto alla "vita privata", di recente si è assistito ad un *révirement* giurisprudenziale con il quale viene attribuito carattere familiare anche alle relazioni tra soggetti dello stesso sesso<sup>97</sup>. Sulla scorta di questa estensione interpretativa, la Corte giunge a sostenere che si pone in contrasto con i principi fondamentali della CEDU (ed in particolare con l'articolo 8, in combinato disposto con l'articolo 14 che vieta qualsiasi forma di discriminazione<sup>98</sup>) la legislazione di uno Stato contraente che non garantisce tutela giuridica e riconoscimento adeguato delle coppie omosessuali all'interno del suo ordinamento. Tale assetto più liberale trova conferma nella stessa Carta di Nizza, avente oggi valore normativo, che nel delineare il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia all'art. 9, da un lato interpone tra i due la congiunzione "e", conferendo al secondo un valore autonomo rispetto al primo, dall'altro, sopprime qualsivoglia specificazione relativa al sesso dei legami familiari<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> L'art. 8 CEDU, in base al quale: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza" va necessariamente correlato con l'art. 14 che sancisce: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione".

<sup>95</sup> Corte europea diritti dell'uomo, *Markx c. Belgium*, 13 giugno 1979, Series A, Vol. 31, p. 31; Corte europea diritti dell'uomo, *Kroon c. The Netherlands*, 27 ottobre 1994, Series A, vol. 297-C p. 30 e 37.

<sup>96</sup> F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rdipp*, vol. 2, 2005, p. 307; C. FOLDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 109.

<sup>97</sup> Corte Europea Diritti dell'Uomo, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. United Kingdom*, serie A, n. 42; Corte europea diritti dell'uomo, *Norris*, 26 ottobre 1988, Series A vol. 142; Corte europea diritti dell'uomo, *Modinos*, 22 aprile 1993, Series A, n. 259; più recentemente 9 gennaio 2003, *S. L. c. Austria*, consultabile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, in *Recueil*, 2002, I.

<sup>98</sup> Gli articoli 8, 12 e 14 della Convenzione trovano corrispondenza rispettivamente negli articoli 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali che, pertanto, vanno interpretati sulla base dei primi (i quali predispongono secondo il sistema convenzionale il minimum di tutela garantito)

<sup>99</sup> MC GLYNN, *Families and the european union charter of fundamental rights: Progressive change or entrenching the status quo?* in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 582 ss., MENGOZZI P., *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 643 ss.

Il rinvio espresso dalla Carta verso gli ordinamenti nazionali riguarderebbe, così, non il godimento del diritto, il quale dovrebbe essere sostanzialmente garantito all'interno di tutto il territorio europeo, ma le sue specifiche modalità di esercizio, che resterebbero determinate discrezionalmente dai singoli legislatori nazionali.

## **7. La funzione armonizzatrice della Corte di Giustizia**

Accanto e sulla scorta delle linee evolutive seguite dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea esercita un'influenza di notevole rilievo nel processo di progressiva armonizzazione delle nozioni e dei valori familiari, attraverso la funzione svolta in via pregiudiziale, posta a presidio dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea, nonché del rispetto di quest'ultimo ai diritti fondamentali, così come sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU<sup>100</sup>.

Nei limiti di competenza sanciti dai Trattati, in materia di famiglia la Corte di Giustizia ha sempre mantenuto un atteggiamento cauto, ciò nondimeno riuscendo a dare contributi significativi sia nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, sia in relazione a quei settori influenzati dalle politiche sociali dell'UE, nei quali l'incidenza sul diritto di famiglia è solo indiretta.

Con riferimento al diritto internazionale privato europeo, in primo luogo si evidenzia l'importanza di ricostruire definizioni uniformi, quantomeno per determinare l'ambito applicativo degli strumenti a disposizione e per risolvere il problema della qualificazione. Pare allora interessante notare che il potere interpretativo della Corte in questo settore è stato ampliato dal Trattato di Lisbona: se prima l'art. 68 TCE limitava alle sole giurisdizioni nazionali di ultima istanza la possibilità di promuovere un rinvio pregiudiziale, oggi questa criticata restrizione è venuta meno<sup>101</sup>. Pertanto, ancor più che in passato, è ampliata la possibilità di

---

<sup>100</sup>La mancata competenza diretta dell'Unione in materia di famiglia, interpretata rigidamente, non può comunque portare a conclusioni alternative rispetto a quella, già in precedenza messa in luce, dell'impossibilità per le Istituzioni di condizionare le politiche nazionali degli Stati membri nel settore del diritto di famiglia. Si intende dire che anche laddove l'Unione, nei settori di competenza esclusiva o concorrente, adotti atti che si ripercuotono necessariamente in via indiretta sul diritto materiale della famiglia, questi non dovrebbero comportare modifiche significative né pregiudicare le politiche nazionali.

<sup>101</sup> Per una critica all'ormai rinnovato articolo 68, si veda ad esempio: CORTESE PINTO, *Trattato di Amsterdam e competenze della Corte di giustizia in materia di giustizia e affari interni*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 106; CONDINANZI M., *La nozione di "giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso nel diritto interno" nel titolo IV del Trattato CE. Osservazioni a margine del caso Dem'Yanenko*, in Lenza (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*. IX Convegno Sidi – Roma 17-18 giugno 2004, Napoli, 2005, p. 435 ss.; NASCIMBENE B., *Community Courts in the area of judicial cooperation*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2005, p. 496.



formulare interpretazioni autonome relativamente a concetti che finiscono per incidere sul diritto materiale di ciascun Stato membro<sup>102</sup>. Viene, in questo ambito, evitata una presa di posizione esplicita sugli istituti presupposti di “famiglia” o di “matrimonio”, lasciati alla discrezionalità dei legislatori nazionali, ma trovano al contempo accoglimento nozioni univoche di obbligazioni alimentari, di rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>103</sup>, di residenza abituale dei minori<sup>104</sup>, solo per citarne alcune, che contribuiscono al corretto funzionamento dei Regolamenti europei in vigore<sup>105</sup>.

Ma, ancor più incisivamente, la Corte è chiamata a parametrare la legittimità della legislazione internazionalprivatistica di origine europea – anche in materia di famiglia – al complesso dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza ed interpretati in base alla CEDU e agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo. In particolare, la Corte può essere adita in via pregiudiziale dalle autorità giudiziarie nazionali, in veste di giudici naturali del diritto dell’Unione, al fine di assicurare un’applicazione del diritto internazionale privato europeo realmente conforme ai diritti primari, anche esigendo che si apportino restrizioni, a seconda dei casi, ora al godimento delle libertà di circolazione sancite dai trattati, ora ai meccanismi in virtù dei quali operano le stesse norme uniformi di diritto internazionale privato e processuale poste dal legislatore dell’Unione. A questo riguardo, in via esemplificativa, si segnala quanto la Corte ha di recente statuito nell’emblematico caso *Mc. B.* del 5 ottobre 2010<sup>106</sup>. La questione, in particolare, verteva sull’interpretazione del più volte richiamato Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni, in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale. Nella fattispecie, una madre aveva lasciato il tetto coniugale con i suoi tre figli all’insaputa del padre

---

<sup>102</sup> Sulle competenze progressivamente acquisite dalla Corte di Giustizia nelle diverse fasi dell’integrazione europea, prima di Lisbona, si veda: BERTOLI G., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato*, Milano, 2005.

<sup>103</sup> CGCE, sentenza 6 marzo 1980, *De Cavel*, causa 120/79, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>104</sup> CGCE, sentenza 2 aprile 2009, *A*, C-523/07, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>105</sup> In materia di cooperazione giudiziaria in materia civile sono le stesse Istituzioni a mostrarsi decisamente caute nei confronti dell’adozione di nozioni uniformi dei concetti di diritto di famiglia presupposti. Nel Programma dell’Aja (Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia dell’Unione Europea: Allegato I alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 4-5 novembre 2004, doc. n. 1492/1/04 REV 1, in G.U.U.E., C 53 del 3 marzo 2005), ad esempio si legge che gli atti di diritto internazionale privato “non dovrebbero essere basati su concetti armonizzati di famiglia, matrimonio e altri, dovendosi varare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di accompagnamento qualora fossero necessarie per procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile”. Tuttavia, un nucleo di nozioni condivise sembra indispensabile, ancor più dal momento in cui vengono adottate norme di conflitto uniformi

<sup>106</sup> CGUE, sentenza 5 ottobre 2010, *Mc. B.*, Causa C-400/10 PPU, in Raccolta della giurisprudenza 2010 pagina I-08965.

naturale che ne aveva contestato l'abbandono, rivolgendosi al giudice nazionale irlandese. Atteso che la legge del foro accordava, di pieno diritto, la potestà genitoriale sul minore alla sola madre e non al padre, il giudice del rinvio irlandese chiedeva alla Corte se l'ottenimento di una decisione del giudice nazionale sul diritto di affidamento, richiesto dal padre naturale di un minore, fosse in contrasto con il regolamento (CE) n. 2201/2003, interpretato alla luce dei diritti fondamentali. Nel pronunciarsi sulla questione pregiudiziale, la Corte ha avuto modo di chiarire che occorre tener conto della Carta di Nizza - ed in particolare del diritto al rispetto della vita familiare in essa sancito - ai meri fini dell'interpretazione del Regolamento di origine europea, senza procedere ad una valutazione del diritto nazionale in quanto tale. Infatti, ribadito che le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51, n. 1, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, la Corte si proclama chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite. Ciò non di meno, sulla base di queste considerazioni di principio, la Corte verifica se le disposizioni della Carta ostino all'interpretazione del regolamento, anche tenuto conto del rinvio al diritto nazionale che tale interpretazione implica. Essa giunge ad affermare che il padre naturale deve avere il diritto di rivolgersi al giudice nazionale competente per chiedere che gli venga conferito un diritto di affidamento del figlio, poiché tale facoltà costituisce l'essenza medesima del diritto di un padre naturale ad una vita privata e familiare in un tale contesto. La Corte ricava tale principio direttamente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha statuito come una normativa nazionale, la quale non accorda al padre naturale alcuna possibilità di ottenere l'affidamento del figlio se la madre non acconsente, costituisce una discriminazione ingiustificata ai danni del padre e viola l'art. 14 della CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 della medesima convenzione<sup>107</sup>. Per contro, il fatto che il padre naturale non sia, a differenza della madre, automaticamente titolare di un diritto di affidamento del minore ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 2201/2003 non pregiudica il contenuto essenziale del suo diritto alla vita privata e familiare.

Se, dunque, è pur vero che la competenza della Corte di Giustizia è limitata all'interpretazione del diritto dell'Unione, già alla luce di queste brevi considerazioni risulta evidente lo spazio di incidenza sempre maggiore che essa è destinata ad esercitare di riflesso sui diritti nazionali dei singoli Stati membri, al fine di garantire il rispetto di quei principi fondamentali, che oggi costituiscono diritto primario dell'Unione Europea.

La Corte di Giustizia esercita poteri interpretativi ancor più penetranti nel contesto della cosiddetta comunitarizzazione indiretta dove, seppur trasversalmente, accede al

---

<sup>107</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Zaunegger c. Germania del 3 dicembre 2009, ricorso n. 22028/04, §§ 63 e 64.

merito delle relazioni familiari cui si riferiscono varie disposizioni, sparse nella normativa europea derivata<sup>108</sup>, sulla libera circolazione delle persone (compresi asilo e immigrazione), sulla sicurezza sociale e sul divieto di discriminazioni sessuali, anche e soprattutto nell'ambiente lavorativo<sup>109</sup>. In questo contesto, la Corte di Giustizia entra nel vivo delle questioni e ha modo di esprimersi sui concetti di famiglia, di matrimonio, di coniuge, di unione civile, alternando l'elaborazione di definizioni autonome (laddove possibile)<sup>110</sup> al rinvio effettuato a favore delle legislazioni degli Stati membri<sup>111</sup>.

Ancora una volta, la verifica della compatibilità del diritto nazionale di derivazione europea con i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, dedotti fino ad un recente passato sulla sola base del cosiddetto "metodo comparatistico"<sup>112</sup> - che permette di desumere dagli ordinamenti nazionali regole e principi comuni a tutti gli Stati membri, anche di rango costituzionale<sup>113</sup> - ed oggi

---

<sup>108</sup> Per una completa disamina degli orientamenti che la Corte di giustizia ha adottato in materia di famiglia, al di fuori dell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile si rinvia a: RICCI C., *La famiglia nella giurisprudenza comunitaria*, in Bariatti S. (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.

<sup>109</sup> Si tratta in particolare della cosiddetta sex equality law. Cfr. FORDER C., *(R)evolution in Family law relationships*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2000, p. 5 ss., BONINI BARALDI M., *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prerogative comunitarie*, in *Familia*, 2003, p. 821, BOGDAN, *Registered partnerships and EC law*, in Boele Woelki-Fucks (eds.), *Legal recognitions of same sex couples in Europe*, Oxford, Intersentia, 2003, p. 171 ss. In giurisprudenza, da ultimo, CGUE, sentenza 10 maggio 2011, *Römer*, C-147/08 in *Raccolta*, 2011, pagina I-03591.

<sup>110</sup> Sulla preferenza per l'interpretazione autonoma del diritto comunitario si vedano: CGCE, 29 aprile 1982, in causa 17/81, *Pabst e Richarz*, in *Raccolta*, 1982, p. 1331, punto 18; 2 aprile 1998, C-295/95, *EMU Tabac e s.*, in *Raccolta*, 1998, p. I-1605, punto 30; 22 maggio 2003, in causa C-103/01, *Commissione v. Germania*, in *Raccolta*, p. I-5369, punto 33.

<sup>111</sup> Il primo approccio è generalmente preferito dalla Corte poiché assicura un'applicazione uniforme del diritto europeo e rispetta il principio di equità. Laddove risulti praticabile (per vero non sempre in materia di famiglia in cui sono gli stessi atti normativi di riferimento a rinviare alle legislazioni nazionali) esso opera facendo riferimento "al sistema e agli scopi" dell'atto in cui la nozione è considerata e, di conseguenza, ricorrendo al metodo comparatistici. Si desumono, così, dai diversi sistemi nazionali, regole e principi comuni, anche di rango costituzionale, o sviluppatasi grazie al necessario rispetto di Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo e Carta di Nizza.

<sup>112</sup> In dottrina: LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in Van der Mensbrugge (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, 2003, p. 111 ss.

<sup>113</sup> In base alla formula coniata nella sentenza *ERT* (C-260/89, in *Raccolta*, 1991, p. I-2925, punto 41, "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato ed aderito (v. sentenza 14 maggio 1974, *Nold*, punto 13 della motivazione, in causa 4/73, in *Raccolta* p. 491). La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste a questo proposito, un particolare significato (v. in particolare sentenza 15 maggio 1986, *Johnston*, punto 18 della motivazione, in causa 222/84, *ibidem*, p. 1651) Ne consegue che (...) nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo

invece direttamente fissati all'interno della Carta di Nizza, gioca un ruolo di estrema importanza nel processo di progressiva osmosi dei valori in materia di diritto di famiglia. In particolare, il rispetto della vita familiare - sancito dall'art. 7 della Carta e dall'art. 8 della CEDU - e il principio di non discriminazione - di cui all'art. 14 della Carta e all'art. 21 della CEDU -, letti in combinazione, divengono i parametri di correzione dei diritti nazionali verso l'uguaglianza delle situazioni familiari, seppur entro i limiti di competenza imposti dai Trattati alle Istituzioni europee in materia di diritto di famiglia. A questo riguardo, sotto un primo profilo, la Corte in alcune recenti pronunce ha avuto modo di ribadire che il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali può venire a sostegno nel caso concreto solo in applicazione del diritto europeo e non può fungere da viatico di per sé sufficiente a far rientrare una situazione completamente interna sotto la sfera di tutela di quest'ultimo<sup>114</sup>. Infatti, *“conformemente all'art. 51, n. 2, di detta Carta, quest'ultima non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità europea e per l'Unione, né modifica le competenze nonché i compiti definiti nei Trattati. Inoltre, conformemente all'art. 52, n. 2, della stessa Carta, i diritti riconosciuti dalla stessa che trovano il loro fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti”*. In relazione ad un secondo profilo, invece, la Corte per il momento si è limitata a decidere in presenza di discriminazioni dirette, ovvero laddove, a fronte della situazione di assimilazione giuridica tra modelli familiari (ad esempio tra un'unione solidale e un rapporto di coniugio), verificata sulla base del diritto nazionale applicabile al caso concreto, consegue uno specifico trattamento diverso in ragione della tendenza sessuale della coppia. Significativo, a questo proposito, è il caso *Römer*<sup>115</sup> nel quale la Corte di Giustizia, sulla base delle considerazioni appena espresse, è giunta a sostenere<sup>116</sup> che viola la direttiva n° 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, letta alla luce dei diritti fondamentali dell'Unione europea - ed in particolare del principio di non discriminazione -, la normativa nazionale che attribuisce ad un partner di un'unione civile una pensione complementare di vecchiaia inferiore, a parità di altre condizioni, a quella concessa ad una persona sposata. Al fine di addivenire a tale conclusione, la Corte attua un doppio controllo: da un lato, accerta in concreto che il caso rientri sotto l'applicazione del diritto dell'Unione; dall'altro, verifica la situazione di analogia

---

riconosciuti e garantiti”. In dottrina: JACOBS, *Human Rights in the European Union: The role of the Court of Justice*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 331.

<sup>114</sup> CGCE, ordinanza 17 marzo 2009, *Mariano*, C-217/08, in Raccolta della giurisprudenza 2009 I-00035\*Pubblicazione sommaria.

<sup>115</sup> CGUE, sentenza, 10 maggio 2011, *Romer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, causa 147/08, cit.

<sup>116</sup> La Corte di Giustizia Europea ha confermato la propria linea giurisprudenziale già espressa nella precedente sentenza *Maruko* (causa C- 267/06 del 1° aprile 2008 ).

giuridica tra le fattispecie familiari messe a confronto, quale condizione essenziale per l'affermazione di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.

La pronuncia della Corte, pertanto, esplicherà i suoi effetti solo verso quei Paesi che disciplinano in termini analoghi il matrimonio e le altre forme di unioni familiari, non invece in quelli nei quali, al contrario, tale assimilazione sia solo parziale o manchi del tutto. In tali situazioni, dunque, le ipotesi di discriminazione troveranno una tutela molto più rarefatta e rimessa alla sensibilità ed alle capacità interpretative del giudice nazionale<sup>117</sup>.

Nonostante la presenza di queste limitazioni, pare comunque evidente che la penetrazione dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento dell'Unione determina sotto diversi fronti una progressiva erosione della sovranità nazionale nel determinare i principi di riferimento in materia di modelli familiari, cui si contrappone una crescente spinta verso la condivisione di valori comuni di riferimento. Particolarmente significativa è, in tal senso, l'opera interpretativa esercitata dalla Corte di Giustizia che, anche sulla scorta degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, costituisce un fattore di notevole influenza sui sistemi giuridici nazionali, adeguandoli ai principi di uguaglianza e di vita familiare sottesi al diritto dell'Unione<sup>118</sup>. Se ne desume che, sebbene il modello familiare assunto come punto di partenza è sempre stato quello tradizionale, riferito alla famiglia fondata sul matrimonio contratto da persone di sesso opposto, poiché è a questo che per ora resta fedele la maggioranza degli Stati membri<sup>119</sup>, a fronte delle aperture sempre più evidenti verso il riconoscimento delle nuove realtà familiari, non solo da parte di numerosi legislatori nazionali ma, da ultimo, anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, non si esclude un progressivo mutamento di rotta della Corte di Giustizia, peraltro già in corso. In tale eventualità, anche gli Stati attestati

---

<sup>117</sup> Con riferimento all'ordinamento italiano, per esempio, la direttiva 2000/78 riguardo al divieto di discriminazione per motivi di orientamento sessuale ha trovato sinora rarissime applicazioni e passa, comunque, attraverso la fattispecie delle convivenze more uxorio ( v. in tal senso Tribunale di Milano 15.12.2009 che ha riconosciuto, ad un partner convivente omosessuale, l'assicurazione sanitaria complementare estesa dal datore di lavoro anche ai conviventi more uxorio )

<sup>118</sup> Molto rilevante in tal senso è la giurisprudenza della Corte, quando è chiamata ad interpretare le disposizioni sul ricongiungimento familiare, in particolare sulla conformità al rispetto della vita privata e familiare dei provvedimenti nazionali di espulsione. Da ultimo, per tutte, CGUE, 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, in GU, C 130 del 30/04/11, p. 2.

<sup>119</sup> Ad esempio, nella sentenza *Reed* (CGCE, sentenza 17 aprile 1986, in causa 59/85, *Stato dei Paesi Bassi c. Reed*, in *Raccolta* 1986, p. 1283), al punto 15 la Corte afferma che “in mancanza di qualsiasi indizio di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva, e in mancanza di qualsiasi indizio in senso contrario nel regolamento (1612/68) si deve dire che usando la parola coniuge l'art. 10 si riferisce unicamente al rapporto fondato sul matrimonio. Un approccio più estensivo pare tenere la Corte nella sentenza *Eyup* (CGCE, 22 giugno 2000, in causa C-65-98), in cui viene riconosciuto il valore giuridico della convivenza tra soggetti già sposati, probabilmente, però, in ragione della peculiarità della fattispecie. MOSCONI F., *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2008, n. 2, p. 360.

su una linea tradizionale, come ad esempio l'Italia, sarebbero costretti a riconoscere le famiglie non tradizionali nate altrove, o addirittura a consentirne la fondazione al proprio interno<sup>120</sup>.

## 8. Verso un diritto della famiglia europeo?

In conclusione è possibile affermare che, seppur entro i limiti imposti dal principio di attribuzione e con scopi che prescindono dall'unificazione legislativa, l'azione esercitata dall'Unione in materia familiare si è grandemente sviluppata, andando ad influenzare radicalmente diversi aspetti di disciplina, fino a rendersi determinante per l'attuale configurarsi del diritto di famiglia, non più sottratto alla progressiva opera unificatrice della legislazione europea.

Da un lato, una prima forma di armonizzazione, classificabile come "deliberata"<sup>121</sup>, si è praticata attraverso l'emanazione di atti normativi vincolanti e non vincolanti, che trovano principalmente legittimazione nella creazione di uno spazio giudiziario comune che favorisca l'effettivo realizzarsi della cittadinanza europea, vuoi attraverso la cooperazione giudiziaria in materia civile, vuoi in forza del principio di libera circolazione della persone.

Accanto ad essa, si è assistito al progressivo affermarsi di un'armonizzazione spontanea<sup>122</sup> che ha preso piede negli ultimi anni attraverso l'operare di fattori concorrenti, quali il recepimento a livello nazionale delle numerose Convenzioni internazionali che offrono modelli giuridici in materia di famiglia ed il processo di adeguamento agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Lecito è chiedersi se possa allora parlarsi di un vero e proprio "diritto europeo della famiglia". La progressiva erosione della competenza esclusivamente statale in materia familiare appare come una realtà di fatto, difficilmente contestabile. Tuttavia, l'utilizzo di questa espressione sembra ancora prematuro, se non altro di

---

<sup>120</sup> Quanto all'Italia, come noto la Corte Costituzionale nell'ammettere la primauté del diritto comunitario ha riservato a se stessa l'ultima parola nell'eventualità che il diritto comunitario entri in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento così come garantiti dalla Costituzione. Resterebbe dunque aperta la possibilità di fare ricorso alla teoria dei controlimiti per evitare la penetrazione di istituti configgenti con i valori fondanti il nostro ordinamento.

<sup>121</sup> Utilizzano tali espressione ANTOKOLSKAJA M., *The armonization of family law: old and new dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003, p. 34 e HONORATI C., *Verso una competenza della Comunità Europea in materia di diritto di famiglia*, in BARIATTI S. (a cura di) *La famiglia nel diritto internazionale private comunitario*, Milano, 2007, p. 4.

Fanno invece riferimento ad un'opera di unificazione normativa del diritto di famiglia europeo ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia* 2003, p. 439 e DE CESARI P., *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in PASCUZZI G. (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006, p. 506.

<sup>122</sup> MARTINY D., *Is Unification of family law feasible or even desirable? Towards a European Civil Code*, 2<sup>nd</sup>ed. The Hague, London, Boston, 1999, p. 63.

fronte all'ostacolo dell'incompetenza esplicita delle Istituzioni europee di agire in via diretta nell'ambito del diritto sostanziale.

### **8.1. Armonizzazione del diritto di famiglia in Europa: un problema di competenza**

Anche a seguito delle modifiche sopravvenute con il Trattato di Lisbona resta, infatti, confermata l'incompetenza dell'Unione ad uniformare il diritto sostanziale della famiglia e delle successioni. In generale, la base legale che permette alle Istituzioni di intervenire sul diritto privato di ciascuno Stato membro è costituita dagli articoli 114 e 115 dell'attuale TFUE (già 94 e 95 TCE), in forza dei quali vengono adottate misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, qualora abbiano per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Nel rispetto di tale esigenza imperativa, ormai da tempo sono state intraprese, per volontà della Commissione europea, iniziative volte a favorire l'unificazione di ampi settori del diritto civile in vista della creazione di un codice unitario<sup>123</sup> - ad esempio in materia di obbligazioni contrattuali e non contrattuali - che incidono direttamente sugli obiettivi economici dei Trattati. Senza potersi soffermare oltre sui progressivi sviluppi di questa attività, pare invece necessario rilevare che in relazione al diritto sostanziale della famiglia le disposizioni menzionate non sembrano richiamabili, neppure a fronte della lettura ampia attribuita - come si è avuto modo di rilevare altrove - al concetto di mercato interno<sup>124</sup>.

Mentre la cooperazione in materia civile è stata estesa alla materia in esame a fronte dell'utilità mostrata rispetto alla realizzazione piena della libera circolazione

---

<sup>123</sup> Dal 1998, lo Study Group on a European Civil Code è stato costituito da una rete di accademici originari da tutta Europa, per condurre ricerche comparative relative al diritto privato di ciascuno Stato membro al fine di redigere principi comuni in materia di obbligazioni, contrattuali e non, e di diritti reali, che costituiscano la base di un progetto di Codice Civile Europeo. Al fianco di questo organismo vale la pena di citare la Commissione sul diritto europeo dei contratti, meglio conosciuta come Commissione Lando dal nome del suo Presidente, la quale lavora dal 1982 alla codificazione dei principi comuni europei, sotto forma di restatements, in base al modello statunitense. In proposito, per tutti, LANDO O., *Principles of European Contract Law. Part III*, Kluwer Law International, The Hague, 2003. I lavori di questi gruppi di studio hanno di recente condotto all'emanazione del Libro verde della Commissione, del 1° luglio 2010, sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese [COM(2010) 348 definitivo - Non pubblicato sulla Gazzetta ufficiale].

<sup>124</sup> La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto privato dei contratti dell'11 luglio 2001, COM (2001) 398 final (GUCE 13 settembre 2001, n. C255) esclude esplicitamente il diritto della famiglia dal campo di applicazione del diritto europeo dei contratti. E la risposta del Parlamento europeo non fa neppure menzione dell'esigenza di armonizzare questo settore (v. Risoluzione del Parlamento europeo concernente il ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri COM(2001) 398- C5- 0471/2001 – 2001/2187 (COS).

delle persone<sup>125</sup>, un ragionamento analogo non può valere sotto il profilo del diritto privato, a meno di non voler pervenire ad una eccessiva forzatura del dato normativo.

Neppure l'art. 352 TFUE (già 308TCE) viene in aiuto in questo caso: anche questa disposizione<sup>126</sup>, infatti, subordina l'azione europea alla rigorosa prova della finalizzazione necessaria al buon funzionamento del mercato interno, estranea, almeno direttamente, alla materia familiare.

Ciò non ha comunque impedito il fiorire di importanti movimenti dottrinali, che da un decennio a questa parte sono impegnati nell'individuare i principi comuni di diritto della famiglia, adeguandosi a quella progressiva inversione di tendenza che sta conducendo alla creazione di un diritto civile europeo<sup>127</sup>.

### **8.1.1. I lavori della Commission on European Family Law**

Ruolo primario svolge in tal senso la Commission on European Family Law (CEFL), istituita a Utrecht il 1° settembre 2001 ad opera di un gruppo di studiosi provenienti da diversi Stati europei, il cui obiettivo principale consiste nello sviluppare la riflessione sulla problematica questione dell'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa<sup>128</sup>.

Si tratta di un'organizzazione del tutto indipendente dalle Istituzioni europee, nonché dagli Stati membri in essa rappresentati<sup>129</sup>, composta da un Comitato organizzativo che coordina e promuove gli studi di un Comitato di esperti, in vista dell'elaborazione di principi comuni. I temi di discussione vengono scelti, di volta in volta, sulla base della loro idoneità ad essere sottoposti ad un'opera di armonizzazione - vuoi perché aventi carattere prettamente economico, vuoi per una

---

<sup>125</sup> MARTINY D., *Objectives and values of (private) international law in family law*, in *International family law for the European Union*, p. 81

<sup>126</sup> BASEDAW, *Acp*, 2000, p.478, sostiene invece che l'art. 308 può fornire una adeguata base giuridica per l'elaborazione di un regime matrimoniale europeo o per un testamento europeo.

<sup>127</sup> Oltre alla Cefl, di cui si avrà modo di approfondire nel paragrafo successivo, vale la pena ricordare anche i Regensburg Symposien, organizzati sotto la guida dei Professori Henrich e Schwab al fine di sviluppare l'integrazione europea anche in materia di famiglia, attraverso lo studio comparatistico e l'individuazione di principi comuni relativi a numerosi aspetti giuridici quali: filiazione, tutela della casa familiare, comunione coniugale, convivenza e patrimonio, diritto successorio familiare ed autonomia testamentaria, divorzio e mantenimento post-coniugale. I risultati delle ricerche si trovano pubblicati nella collana Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bielefeld, a cura di Hofer-Schwab-Henrich.

<sup>128</sup> In dottrina: BOELE WOELKI K., *The principles of European family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review* Vol. 1, Issue 2, (2005), [www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org). Per maggiori informazioni: [www.ceflonline.net](http://www.ceflonline.net)

<sup>129</sup> Gli Stati membri rappresentati sono 22, in particolare: Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Inghilterra e Wales, Irlanda, Italia, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Russia, Scozia, Svezia, Svizzera, Spagna e Ungheria.



sostanziale omogeneità di soluzioni riscontrata a livello europeo - e fino ad ora sono stati individuati in “Divorzio e mantenimento tra coniugi”<sup>130</sup>, “responsabilità genitoriale”<sup>131</sup> e da ultimo “i regimi patrimoniali della famiglia”<sup>132</sup>.

Il metodo di lavoro prescelto si struttura in diverse fasi: in risposta ad un questionario predisposto dalla stessa Commissione, ciascun esperto elabora una relazione sulla disciplina adottata nell’ordinamento del Paese che rappresenta. Ne segue un’analisi comparativa che permette di stabilire il grado di armonizzazione, o al contrario di eterogeneità, riscontrabile dal confronto tra ordinamenti. E alla luce dei risultati raggiunti, la fase conclusiva e decisiva si sostanzia nell’elaborazione dei Principi, attraverso l’approccio conosciuto come “*common core and better law approach*”<sup>133</sup>.

Esso consiste nell’estrarre, laddove possibile, un nucleo di regole condivise dalla maggioranza degli ordinamenti presi in considerazione, il cosiddetto “*common core*”. Solo ove la disomogeneità normativa non lo consenta, subentra in via sussidiaria il c.d. *better law approach*: sulla base del confronto tra scelte condotte a livello nazionale, cioè, si giunge alla creazione o all’accoglimento di un modello, che meglio degli altri sembra proteggere gli interessi meritevoli di tutela.

I principi così individuati rappresentano, in larga parte, l’espressione di norme vigenti nella maggioranza dei Paesi europei e tendono a favorire la libera circolazione delle persone, attraverso una formulazione che rispetta le diversità esistenti tra i sistemi nazionali ma che al contempo mira ad un loro ravvicinamento: non si propongono, cioè, di elaborare una disciplina unitaria, quanto semmai di armonizzare quelle esistenti a livello nazionale<sup>134</sup>.

Al momento attuale i principi non hanno – né potrebbero avere - alcun valore vincolante, e come tali non possono neppure fungere da modelli opzionali a scelta delle parti in sostituzione della disciplina nazionale, ma costituiscono un importante parametro di riferimento per i legislatori statali nel momento in cui intendano emendare o riformare la propria legislazione<sup>135</sup>. Si tratta, come visto, di un

---

<sup>130</sup> BOELE WOELKI K. et al. (eds) *Principles of European family Law regarding Divorce and maintenance between former spouses*, EFL series, Nr. 7, Intersentia, Antwerp, 2004.

<sup>131</sup> BOELE-WOELKI K., F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, EFL series, Intersentia, Antwerp, 2007.

<sup>132</sup> BOELE WOELKI K., BRAAT B., CURRY-SUMNER I., *European Family Law in Action. Volume IV - Property Relations between Spouses*, Intersentia, EFL series, Antwerp, 2005.

<sup>133</sup> Specificamente sul punto: BOELE WOELKI K. (ed.), *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005.

<sup>134</sup> Sulla differenza tra armonizzazione e uniformazione si veda: BOELE-WOELKI K., *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden/Boston, 2010, p. 65 ss.

<sup>135</sup> J. MEEUSEN-M. PERTEGÁS-G. STRAETMANS-F. SWENNEN, *General Report*, in *International Family Law for the European Union*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2007, p. 4.; BOELE WOELKI K., *The principle of european family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, Vol. I, issue 2, 2005...; CUBEDDU M. G., PATTI S., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p.

fenomeno recente ed in fase di rapida crescita, sebbene sull'opportunità e sull'effettività della sua realizzazione si discuta da tempo animosamente in dottrina<sup>136</sup>.

## **9. Riflessioni conclusive: Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner nell'Unione Europea**

Alla luce delle considerazioni svolte è interessante constatare che la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi e partner si trova allo stato attuale integralmente immersa nel processo di armonizzazione delineato, a tutti i livelli presi in considerazione<sup>137</sup>. Le notevoli difficoltà riscontrate nella prassi a causa dell'eterogeneità tuttora esistente tra discipline nazionali - sostanziali come internazionalprivatistiche - sono, infatti, considerate oggi non più accettabili in un contesto come quello europeo, dove la certezza del diritto e la libera circolazione delle persone sono divenute priorità da perseguire con determinazione.

L'Unione Europea si sta muovendo su più fronti, attenta a non travalicare i limiti imposti dalle proprie competenze, ma determinata al contempo a facilitare la vita dei propri cittadini attraverso l'emanazione di una disciplina il più possibile omogenea.

In quest'ottica, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, *in primis*, ha provveduto a definire autonomamente la fattispecie "rapporti patrimoniali tra coniugi", contribuendo a risolvere il problema della qualificazione della fattispecie. Le Istituzioni, dal canto loro, hanno gettato le basi per due nuovi Regolamenti, da un lato, nell'intento di assicurare una normativa internazionalprivatistica unitaria alla materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi la quale, sebbene sia stata fino ad ora sottratta dall'azione armonizzatrice europea, necessita urgentemente di essere raccordata con quei Regolamenti, già in vigore, che disciplinano settori ad essa contigui ed interconnessi; dall'altro, prendendo ufficialmente atto delle nuove realtà familiari diverse dal matrimonio, fenomeno in continua espansione a livello sociale ma ancora privo di riconoscimento giuridico in un numero non modesto di Stati membri.

---

11 ss.; ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 15 ss.

<sup>136</sup> BOELE-WOELKY K., *Comparative research-Based drafting of Principles of european family law*, ERA-Forum, 2003, p. 143. Sulla differenza tra uniformazione e armonizzazione del diritto in ambito internazionale si veda BOELE WOELKI K., *Unifying and Harmonising substantive law and the role of conflict of laws*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

<sup>137</sup> AGELL B., *Towards uniforming spouses property rights especially in international marriages*, in *Council of Europe, proceeding of the 3rd European Conference on family law, Strasbourg 1996*, p. 63 ss. e ID., *The division of property upon divorce from a European perspective*, in *Liber Amicorum Meulders-Klein*, Brussels, 1998, p. 1 ss.

Infine, anche la dottrina, da sempre attenta alle problematiche insorgenti dai rapporti economici della coppia, si è impegnata nel processo di formulazione dei principi civilistici comuni della materia in esame, conclusosi nel 2010 nel solco dell'elaborazione di un codice civile unitario europeo.

Certo, l'esito di questa intensa attività di armonizzazione, esercitata allo stesso tempo sui fronti legislativo, giurisprudenziale e di ricerca è ancora incerto e probabilmente inizierà a dare i suoi frutti in là nel tempo. Tuttavia, dall'analisi della materia oggetto del presente lavoro, può evidenziarsi, fin d'ora, l'opportunità di un intervento a livello europeo.

## CAPITOLO II:

### **I regimi patrimoniali tra coniugi e partner nel diritto comparato: vecchi problemi e nuove prospettive**

#### **1. Premessa**

A fronte delle recenti iniziative europee intervenute in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e partner, che sembrano costituire un notevole passo avanti in direzione del raggiungimento degli scopi perseguiti dalle Istituzioni, il presente capitolo si propone di analizzare in ottica comparata il panorama legislativo attuale all'interno del contesto europeo, al fine di porre in luce le maggiori criticità derivanti dalle disomogeneità normative riscontrate tra Paesi Membri. Solo una volta comprese le effettive complicazioni giuridiche che ostacolano i coniugi e i partner transfrontalieri, si ritiene di poter affrontare più compiutamente l'esame delle due Proposte di Regolamento, che verranno analizzate rispettivamente nel capitolo III, quella in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e nel capitolo IV, quella sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Coerentemente con le soluzioni adottate in sede europea, le due aree di indagine vengono mantenute distinte anche nel presente capitolo, dedicato nelle sezioni I e II alle problematiche concernenti i rapporti tra coniugi e nella sezione III alle peculiari questioni della disciplina dei legami familiari non tradizionali.

Il ricorso al diritto comparato si rivela necessario per mettere in evidenza le difficoltà che a tutt'oggi dipendono dalle discordanze tra ordinamenti nazionali e dunque imprescindibile per una migliore comprensione delle scelte compiute in sede europea.

Ovviamente, il confronto tra legislazioni non può avvenire che in forma del tutto sintetica e con l'attenzione rivolta ad individuare le principali linee di convergenza e di divergenza, in una prima fase, tra sistemi di diritto sostanziale e, in una seconda, tra ordinamenti internazionalprivatistici predisposti dai singoli legislatori<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 161 ss.; BIANCA M., *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001; BOCCHINI F., *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 432; FUSARO A., *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in Alpa e Capilli (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, p. 53; GABRIELLI G. E CUBEDDU M.G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997; HENRICH D., *Sul futuro del regime patrimoniale in Europa*, in Patti (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, 2002, Milano, 2003, p. 29; ID, *Comunione dei beni e comunione degli incrementi, un confronto critico*, in *Famiglia* 2004, I, p. 813, QUADRI E., *I rapporti patrimoniali tra coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia* 2006, p. 21;

Per ciascuna delle due materie prese in considerazione, da un lato i rapporti patrimoniali tra coniugi, dall'altro gli effetti patrimoniali delle unioni non tradizionali, viene comunque seguito il medesimo approccio di ricerca: da un preliminare sguardo comparato alle normative offerte dai principali sistemi giuridici europei<sup>139</sup>, si passa successivamente ad esaminare le risposte che la Commissione europea ha proposto al fine di risolvere il problema della disomogeneità, in modo da cogliere vantaggi e svantaggi derivanti dall'armonizzazione del diritto internazionale privato.

## Sezione I:

### I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto sostanziale comparato

#### 1. Considerazioni introduttive

In relazione alla materia dei regimi patrimoniali tra coniugi, all'interno del contesto europeo le principali difficoltà che i consorti "transfrontalieri" si trovano a fronteggiare in concreto appaiono comparativamente del tutto equiparabili dal punto di vista pratico - indipendentemente dagli ordinamenti coinvolti - ma giuridicamente risolte in termini assai differenti da Stato a Stato.

Esse si manifestano più frequentemente nel corso di controversie familiari, soprattutto durante la fase di scioglimento del matrimonio, a causa delle problematiche connesse al mantenimento e a quelle relative alla liquidazione-partizione del patrimonio, innescate da una separazione o da un divorzio. Tuttavia, possono presentarsi anche al di fuori del contenzioso, nella fase fisiologica del rapporto, a fronte di eventuali incertezze sulla gestione patrimoniale: (i) quando gli sposi sono chiamati a scegliere il regime patrimoniale applicabile al loro matrimonio

---

QUADRI E., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir. Fam.*, 2006, p. 1803; RESCIGNO P., *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2006. PATTI S., *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando G., 2007, p. 230 ss.

<sup>139</sup> Si accoglie in questa sede il metodo già adottato da: Consortium ASSER-UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union Européenne, effectuée à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale Justice et Affaires intérieures, (Offre n° JAI/A3/2001/03)* nonché dall'Annesso al Libro Verde {COM (2006) 400 final}, *Document de travail des services de la Commission, Annexe au Livre Vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle*, p. 5 e da *Union internationale du notariat latin (UINL), Commission des affaires européennes et de la méditerranée, Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 2003, p. 380 ss.; nonché in dottrina da BONOMI A., STEINER M., *Les Régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2006.

o a modificarlo nel corso del tempo attraverso convenzioni; (ii) qualora uno dei coniugi voglia procedere a trasferimenti immobiliari o a investimenti mobiliari di una certa entità; (iii) nel momento in cui si verificano donazioni di beni, stipulazioni di contratti di assicurazione sulla vita o di rendita vitalizia da un coniuge o da terzi, a favore dell'altro coniuge o di terzi, etc.

Altrettante complicazioni sorgono, naturalmente, al momento del decesso di uno dei componenti la coppia, in cui diviene indispensabile determinare l'attivo e il passivo patrimoniale in capo ad un defunto i cui beni fino ad allora sono stati messi a disposizione della vita comune<sup>140</sup>.

Già alla luce di questa breve rassegna, si rende evidente la contiguità ontologica che la fattispecie dei rapporti patrimoniali tra coniugi presenta rispetto ad altri settori del diritto, quali i rapporti contrattuali, le obbligazioni alimentari, i diritti successori, dai quali tuttavia essa va tenuta necessariamente distinta.

In ottica comparata diventa, allora, prioritario stabilire il significato attribuito a livello nazionale alla categoria dei "regimi patrimoniali tra coniugi", per circoscrivere adeguatamente l'ambito della ricerca.

## **2. La fattispecie dei «Regimi patrimoniali tra coniugi» nel diritto comparato**

Da un primo e superficiale confronto si nota che gli ordinamenti dell'Europa continentale conoscono una terminologia (*régimes matrimoniaux*, regimi patrimoniali, *Güterstand*..) che sintetizza in un'unica espressione la disciplina appositamente dedicata alla materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi, talora attraverso una legge o un codice *ad hoc*<sup>141</sup>, talaltra - e più sovente - attraverso un capo specifico del codice civile. In questi Paesi, la fonte di disciplina è dunque di origine legale<sup>142</sup>.

Al contrario, gli ordinamenti di derivazione anglosassone ignorano del tutto la nozione a causa dell'assenza di un *corpus legislativo* sistematico, che viene di volta in volta sostituito da fonti di origine giurisprudenziale o consuetudinaria<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Consortium ASSER-UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union Européenne, effectuée à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale Justice et Affaires intérieures*, (Offre n° JAI/A3/2001/03), p. 22.

<sup>141</sup> Ad esempio si veda il Codice Svedese del matrimonio del 1987.

<sup>142</sup> *Annexe Livre Vert*, cit., p. 5

<sup>143</sup> Sembra così registrarsi una soluzione opposta rispetto a quanto avvenuto con il fenomeno del trust, con riguardo al quale i sistemi di common law si sono dotati di un unico istituto polifunzionale, al contrario degli ordinamenti continentali che a identiche domande hanno fornito soluzioni varie e diversificate. Le ragioni di tale differenza vengono variamente ricercate nell'origine prettamente rimediabile della Common Law, tali da impedire il formarsi di un settore del diritto laddove manchi il contenzioso. Nel caso dei rapporti patrimoniali, infatti, la controversia insorge nella stragrande

A prescindere dai problemi di qualificazione che possono insorgere a causa di tale discordanza, cui sarà prestata maggiore attenzione nella parte dedicata al diritto internazionale privato<sup>144</sup>, più interessante in questa sede è rilevare che la letteratura comparatistica è concorde nell'utilizzare una serie di catalogazioni condivise, che aiutano ad addentrarsi nella materia in esame<sup>145</sup>.

I rapporti patrimoniali tra coniugi vanno in primo luogo distinti dai rapporti personali, che designano una serie di diritti e doveri nascenti per effetto del matrimonio, fondati almeno in Europa sui valori di uguaglianza, di condivisione, di assistenza reciproca tra coniugi. A differenza di questi, i rapporti patrimoniali consistono nell'insieme delle attribuzioni e dei poteri spettanti ai coniugi in ordine agli acquisti, alla gestione, alla proprietà dei beni di cui sono titolari, congiuntamente o separatamente<sup>146</sup>, modulati diversamente a seconda del grado di incidenza che il legislatore ha inteso esercitare sul patrimonio di ciascuno in ragione dell'instaurazione del vincolo matrimoniale.

A loro volta, anche sulla scorta di correnti dottrinali che hanno fortemente influenzato le evoluzioni legislative, essi si distinguono (implicitamente o esplicitamente) in: regimi primari, costituiti da un nucleo di norme imperative che fissano i diritti ed i doveri di contribuzione reciproca tra coniugi per il bene della famiglia; e secondari, costituiti da quel complesso di regole che presiedono alla distribuzione della ricchezza, sulla base di modelli differenti da Stato a Stato.

In relazione ai regimi secondari, o in senso stretto, è poi ancora necessario scindere tra regimi in costanza di matrimonio, in cui l'attenzione è rivolta ai poteri di gestione e di amministrazione, ed effetti della dissoluzione del matrimonio, in sede divorzile o ereditaria, nel cui ambito prendono consistenza gli aspetti distributivi, di liquidazione e spartizione del patrimonio<sup>147</sup>.

A quest'ultima categoria appartengono altresì le obbligazioni alimentari, che per orientamento condiviso dalla totalità dei legislatori europei, nonché pacificamente in dottrina e giurisprudenza, identificano una fattispecie autonoma, esclusa dai "regimi patrimoniali tra coniugi", propriamente intesi.

---

maggioranza dei casi in coincidenza con la crisi coniugale, durante la fase patologica del matrimonio.

<sup>144</sup> Nel caso di specie due sono i maggiori problemi di qualificazione che il legislatore europeo, nell'opera di armonizzazione, si trova ad affrontare: il primo consiste nella chiara definizione della nozione di regimi matrimoniali, che deve essere tenuta distinta da istituti contigui quali obbligazioni contrattuali, successioni, obbligazioni alimentari; il secondo, invece, riguarda la possibilità di dedicare uno strumento europeo, ed in particolare un Regolamento, ad un istituto classificabile come sconosciuto in alcuni Paesi.

<sup>145</sup> FUSARO A., *op. cit.*, p. 70.

<sup>146</sup> BIANCA M., *Diritto civile 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 75.

<sup>147</sup> Invero nella stabilità della condizione coniugale non rileva tanto la titolarità dei beni, quanto la possibilità di disporre, e soprattutto il godimento; mentre al momento dello scioglimento del matrimonio viene in gioco la loro appartenenza. Sul punto: FUSARO A., *op. cit.*, p. 70

## 2.1. L'evoluzione storica in Europa: similitudini e divergenze

L'assetto patrimoniale facente capo ai coniugi, e più in generale all'intera famiglia, segue e si modella storicamente sulla struttura interna e sul ruolo economico e sociale che la comunità familiare riveste in epoche ed in culture differenti<sup>148</sup>. Gli ordinamenti giuridici sono una perfetta testimonianza di questa evoluzione parallela.

Nelle prime codificazioni moderne europee, risalenti agli inizi del XIX secolo, vigeva un modello patriarcale che rispecchiava una concezione plurisecolare e tradizionale di famiglia, intesa come centro esclusivo di produzione e di consumo che ruota intorno alla proprietà fondiaria. La disciplina dei regimi matrimoniali era tutta protesa a riconoscere la piena autorità del marito, esclusivo titolare dei diritti connessi alla gestione del patrimonio comune (a livello di regime secondario) e contemporaneamente degli obblighi primari di mantenimento familiare<sup>149</sup>.

Tuttavia, tale quadro giuridico oltre che sociale, fu fortemente scosso dalla rivoluzione industriale, momento di rottura definitivo rispetto al passato, verso la creazione della società moderna e contemporanea. Progressivamente mutava il ruolo della donna, cambiavano le funzioni assolve dai due sessi, si indeboliva il principio di indissolubilità del matrimonio, rafforzandosi per converso quello dell'esistenza di un contesto familiare al di fuori del vincolo coniugale. Dal punto di vista strettamente economico, poi, la famiglia perdeva il proprio ruolo di cellula fondamentale della società e si affermava nel contempo la primazia della ricchezza mobiliare, fondata sui flussi di reddito, cui la proprietà fondiaria necessariamente cedeva il passo.

Di fronte al concorso delle esigenze imposte dai radicali cambiamenti che modificano lo stesso concetto di matrimonio e di famiglia, anche i regimi patrimoniali vengono progressivamente adeguati attraverso riforme legislative, che interessano trasversalmente il continente europeo dalla seconda metà del Novecento.

Intorno agli anni '70, in particolare, il movimento di riforma condiviso dalla maggior parte dei legislatori europei<sup>150</sup> delinea quegli assetti che ancora nel presente

---

<sup>148</sup> Sembra interessante riportare ai fini di questo lavoro il pensiero di GAROFALO L., *op. cit.*, p. 14: «...se la famiglia è un'istituzione universale, pur nella profonda diversità delle sue manifestazioni, anche il diritto di famiglia e, in particolare, il diritto patrimoniale della famiglia, poiché opera nei confronti di un'istituzione pre-giuridica universale, è una costante storica, anche se le concrete discipline positive si sono presentate in forme diversificate»

<sup>149</sup> Per una compiuta analisi storico-comparatistica si vedano PATARIN ET ZAJTAY (EDD.), *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1974 e RHEINSTEIN - GLENDON, *Interspousal relations*, in *Int. Enc. Comp. Law*, Vol. IV, Persons and family, Chapter 4, Tubingen, 1980, p. 190 ss.;

<sup>150</sup> Negli anni 70 la gran parte degli ordinamenti giuridici a base codicistica modificano le proprie disposizioni sul regime patrimoniale della famiglia, sia primario che secondario. Anche se in termini diversificati, possono essere ricompresi in questo quadro di riforma: le leggi spagnole 24 aprile 1958, 22 luglio 1961 e soprattutto 2 maggio 1975 n. 14; il nuovo codice civile portoghese entrato in vigore



reggono la disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, sviluppandosi lungo direttrici che a volte avvicinano situazioni di partenza anche molto distanti ed altre, viceversa, sottolineano scelte normative assai differenziate.

## **2.2. Le principali linee di convergenza tra legislazioni europee**

La tendenza universalmente accolta consiste, in particolare, nel sopprimere la posizione giuridica di supremazia assunta dal marito e contestualmente nell'affermare la parità di diritti e doveri in capo ai coniugi. Sia con riferimento all'obbligo di contribuzione, sia in relazione ai poteri di titolarità e di amministrazione dei beni comuni, ad un modello di famiglia di tipo gerarchico, improntato ad istanze pubblicistiche, si sostituisce un modello paritario, che mira a tutelare gli interessi privatistici dell'individuo, anche in qualità di coniuge<sup>151</sup>.

A livello primario, si afferma l'obbligo reciproco di provvedere ai bisogni della famiglia, in proporzione alla capacità contributiva di ciascuno, secondo quella logica solidaristica del mantenimento che è fatta propria in termini analoghi da ciascun legislatore nazionale.

Quanto al regime secondario, vengono disciplinati regimi legali – cui si affiancano regimi convenzionali - che, da un lato, affermano il principio di gestione consensuale dei beni in cui si sostanzia la ricchezza accumulata durante il matrimonio, dall'altro ne garantiscono una redistribuzione equa in caso di scioglimento. Sulla base di interessi diversi, tenuti a mente da ciascun legislatore, la disciplina viene ispirata a modelli contrapposti.

Il primo consiste nella separazione dei beni, prevista inizialmente in un numero più ampio di Stati, poi gradualmente sostituita in Europa da nuovi schemi proprietari<sup>152</sup> che determinano, secondo diverse modalità, forme di compartecipazione patrimoniale. Ciò al precipuo scopo di garantire l'eguaglianza sostanziale tra coniugi, favorendo la moglie, che nell'immaginario collettivo è ancora dedita alle incombenze familiari e alla educazione dei figli, e quindi non in grado di accrescere autonomamente il proprio patrimonio.

## **2.3. Il principio di uguaglianza tra norme imperative ed autonomia privata**

Il principio di uguaglianza, dunque, diviene in epoca contemporanea il perno sul quale ruota l'intera disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi (e più in generale

---

il 1° giugno 1967; In Lussemburgo, le leggi 12 dicembre 1972 e 4 febbraio 1974; in Belgio, la legge 14 luglio 1976; In Italia la legge 19 maggio 1975, n. 151.

<sup>151</sup> RESCIGNO P., *op. cit.*, 109.

<sup>152</sup> Per la prima volta in Germania, con la legge di riforma del 1957.

il diritto di famiglia) sancito non solo da fonti interne – il più delle volte di rango costituzionale – ma anche a livello internazionale, in *primis* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Letto in questa prospettiva, esso è certamente incorporato nel regime primario, in veste di norma imperativa ed inderogabile che obbliga i coniugi a soddisfare i bisogni familiari in termini paritari.

Tuttavia, anche a livello secondario, il principio medesimo riveste un ruolo di fondamentale importanza. Se la disparità coincideva con assenza di autoregolamentazione<sup>153</sup>, proprio il riconoscimento della parità tra coniugi ha permesso al contrario la piena affermazione dell'autonomia privata: venuta meno la supremazia giuridica dell'uomo/marito, si è fatto strada il libero determinarsi del consenso effettivo e bilaterale per la regolamentazione degli interessi patrimoniali discendenti dal matrimonio.

L'uguaglianza, cioè, presuppone necessariamente l'autodeterminazione dei soggetti che pongono in essere l'atto e la possibilità loro riconosciuta di fare ricorso agli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico nel caso di mancata osservanza di quanto pattiziamente stabilito.

La libertà di scelta delle parti diviene regola fondamentale in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, sia nel diritto sostanziale sia, come si avrà modo di rilevare in seguito, nel diritto internazionale privato, tale per cui proprio sulla differente ampiezza devoluta all'autonomia privata all'interno di ciascun ordinamento si modula differentemente la disciplina di riferimento.

### **3. I regimi in costanza di matrimonio: Regimi primari**

Sulla base di queste considerazioni preliminari, a livello europeo è possibile riscontrare interessanti similitudini sul piano del regime primario, con tale intendendosi lo statuto fondamentale degli sposi posto a tutela di interessi pubblici statali, fissato in una serie di disposizioni a carattere imperativo, che lasciano uno spazio del tutto esiguo alla libera scelta delle parti. Come accennato, esso è composto da un nucleo di diritti e doveri imprescindibili, che i coniugi decidono di assumersi l'uno nei confronti dell'altro dal momento del matrimonio, e che si esplica nelle esigenze di assistenza materiale e di contribuzione reciproca all'interesse della famiglia, da realizzarsi secondo i parametri di eguaglianza e solidarietà.

In ottica comparata, poco importa che in merito sia utilizzata l'espressione «regime primario», che la relativa disciplina sia inclusa in un corpo normativo unitario, delocalizzata all'interno di leggi diverse o solo riconosciuta in via giurisprudenziale. Rileva, invece, che la maggior parte dei legislatori nazionali ha condiviso l'esigenza di tutelare imperativamente alcuni aspetti della vita familiare, tra i quali: il reciproco apporto ai bisogni familiari, la disciplina dei debiti contratti

---

<sup>153</sup> QUADRIE., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir., Fam e pers.*, 2006, p. 1803.

per la famiglia, la protezione della casa coniugale, il diritto ad esercitare liberamente una professione, la rappresentanza tra coniugi, la tutela contro gli atti abusivi a danno degli interessi familiari, etc.

Tuttavia, a fronte della condivisione di principi comuni, ciascuno Stato ha modulato diversamente il sistema di tutela approntato concretamente nel proprio ambito nazionale. Ecco, allora, l'evidenziarsi delle prime differenze normative, che vanno a scontrarsi con gli interessi di coloro che organizzano la propria vita comune al di fuori di un unico ordinamento nazionale.

Si pensi, in via meramente esemplificativa, al differente tenore che può rivestire il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia, pur universalmente riconosciuto. Nel caso in cui gli sposi, cittadini di un ordinamento che sancisce in via imperativa il principio di contribuzione proporzionale alle facoltà proprie dei coniugi, vadano a risiedere in un Paese che li lascia liberi di regolare discrezionalmente le modalità della partecipazione di ciascuno, diventa fondamentale verificare in base a quale legge è tutelato colui che fornisce un apporto sproporzionato e all'inverso sanzionato colui che non adempie agli obblighi di assistenza.

Tutti gli ordinamenti europei, poi, riservano attenzione particolare alla disciplina della casa familiare, ma le modalità scelte per la sua protezione sono talvolta così diverse che le legislazioni in astratto applicabili alle coppie miste potrebbero apparire inconciliabili. In diversi ordinamenti europei, sebbene non in quello italiano, la tutela di siffatto bene primario ha assunto un rilievo tale da superare la distinzione tra comunione e separazione dei beni, giungendo ad imporre regole e principi di rispetto negli atti di disposizione sull'immobile adibito a residenza familiare, a prescindere dal regime patrimoniale prescelto<sup>154</sup>.

Allo stesso modo, vengono ovunque predisposti rimedi contro gli atti compiuti illegittimamente da un coniuge a detrimento dell'economia familiare ma le discipline sono spesso discordanti tra loro<sup>155</sup>.

#### **4. I Regimi secondari legali e convenzionali**

Le differenze normative più evidenti, tuttavia, si riscontrano sul piano dei regimi

---

<sup>154</sup> BOULANGER E., *Droit civil de la famille, I. Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, 1997, p. 288 ss. La protezione della casa familiare non può che essere assicurata attraverso regole che attribuiscono al coniuge non proprietario il diritto di opporsi ad atti dispositivi ed eventualmente di impugnarli, in un'ottica propria della comunione, che inevitabilmente finisce per avvicinare ad essa anche il regime di separazione.

<sup>155</sup> Si consideri, ad esempio che in base ad alcuni ordinamenti, tra i quali quello belga, un coniuge può domandare al tribunale l'annullamento delle garanzie concesse da parte sua a favore dell'altro coniuge, qualora la situazione di fatto possa pregiudicare gli interessi della famiglia. Una simile clausola, tuttavia, non esiste in altri sistemi giuridici, primo fra tutti quello italiano. Come si risolve allora il caso in cui un italiano, residente in Belgio, abbia concesso una cauzione a sua moglie di nazionalità belga?

secondari, disciplinati nella maggior parte degli ordinamenti da norme dispositive che regolano sistematicamente i poteri spettanti ai coniugi in ordine agli acquisti e alla gestione dei beni, a tutela degli interessi privati.

Mutuando dal *Code Napoleon*, i legislatori dell'Europa continentale hanno tutti previsto, secondo un identico schema, un regime che trova applicazione *ex lege* e che opera in mancanza di una diversa decisione dei coniugi, affiancato da uno o più regimi - cosiddetti convenzionali - che possono essere scelti dagli stessi coniugi al momento della stipulazione o successivamente al matrimonio.

In altre parole, il regime legale è la regola ma non viene imposto dal legislatore come unico ed irrinunciabile, poiché normalmente è derogabile ad opera delle parti a favore di regimi alternativi, vuoi determinati dal legislatore, vuoi aventi carattere atipico.

Per sommi capi, la distinzione fondamentale si ha tra ordinamenti che adottano come regime legale la separazione dei beni e quelli - la maggior parte - che al contrario privilegiano per legge un assetto di tipo comunitarista, attraverso forme di partecipazione di un coniuge nel patrimonio dell'altro. Generalmente, poi, il regime convenzionale coincide con quello, tra comunione e separazione, che non viene disciplinato *ex lege*.

Può, tuttavia, accadere che il modello considerato legislativamente preferibile in alcuni ordinamenti, non sia altrove contemplato e neppure offerto come possibile alternativa a scelta degli interessati. Occorre, poi, rammentare che gli ordinamenti di cultura anglosassone, i quali non conoscono l'istituto dei regimi matrimoniali, ovviamente neppure dispongono di un regime legale, e tantomeno di uno convenzionale che deroghi al primo tramite un accordo delle parti.

Attualmente, questa grande varietà di scelte porta inevitabilmente ad affermare che *“la materia in esame rappresenta uno dei settori del diritto di famiglia in cui sono più marcate le differenze e probabilmente maggiori saranno le difficoltà per pervenire ad una armonizzazione”*<sup>156</sup>.

#### **4.1. Principali modelli di separazione dei beni**

Il regime di separazione dei beni rispetta pienamente, ma solo formalmente, il principio di eguaglianza poiché ciascuno dei coniugi rimane esclusivo proprietario dei beni di cui è titolare al momento della conclusione del matrimonio e di quelli che acquista successivamente. In altre parole, il patrimonio di entrambi resta assolutamente indifferente all'instaurazione del vincolo coniugale.

Allo stesso tempo, tuttavia, esso non tiene conto delle possibili differenze di ruoli e di funzioni svolte dalla coppia, al cui interno è possibile che una parte, cosiddetta

---

<sup>156</sup> Così ANCELL A., *Vers l'uniformation des droits patrimoniaux des époux, en particulier dans les mariages internationaux?*, in *Actes de la troisième conférence européenne sur le droit de la famille*, Cadix, Espagne, 20-22 avril 1995, p. 66.

debole, non abbia la possibilità di produrre un reddito autosufficiente, senza per questo venir meno al proprio dovere di contribuire agli interessi primari della famiglia<sup>157</sup>. Per tale ragione fondamentale, la separazione legale è stata progressivamente abbandonata a favore di forme diverse di comunione<sup>158</sup>.

La separazione resta, tuttavia, il regime convenzionale per eccellenza, adottato dalla maggior parte degli ordinamenti europei. Nel momento in cui proviene dalla libera scelta operata dalle parti, infatti, il regime riacquista la conformità ai principi costituzionali di uguaglianza sostanziale tra coniugi.

In regime di separazione dei beni, legale o convenzionale, normalmente non esistono beni “comuni”. A condizione che siano rispettati gli obblighi derivanti dal regime primario, ciascun sposo è libero di amministrare e di disporre liberamente di quelli di cui è titolare. In caso di acquisti effettuati insieme, invece, si applica la fattispecie della comunione ordinaria, che si differenzia sotto vari profili da quella coniugale, e che esige il consenso di entrambi i coniugi per qualunque atto dispositivo, esclusi quelli di normale amministrazione<sup>159</sup>.

Alla separazione totale, definita pura, sono stati apportati nel tempo correttivi diversi a tutela del coniuge debole, che consentono una seppur minima compenetrazione tra patrimoni disgiunti<sup>160</sup>. Basti pensare a quanto avviene nei Paesi anglosassoni, che non conoscendo la fattispecie dei regimi matrimoniali, si affidano esclusivamente alla separazione. Al giudice inglese ad esempio, viene attribuita la facoltà di operare in sede di crisi coniugale una “reallocation of property by issuing property adjustment orders upon divorce” in base alla quale si determina per via giudiziale un trasferimento di proprietà dall’uno all’altro dei consorti, avuto riguardo alle circostanze del caso, inclusi il reddito attuale o potenziale, le necessità finanziarie e l’entità del contributo reciproco fornito al benessere della famiglia<sup>161</sup>. Ma anche in altri ordinamenti, nei quali la separazione è contemplata a livello legale o convenzionale, analoghi poteri equitativi, talvolta anche molto ampi, vengono conferiti al giudice al momento dello scioglimento del matrimonio in modo che sia

---

<sup>157</sup> CUBEDDU M. G., PATTI S., *op. cit.*, p. 199.

<sup>158</sup> La separazione è attualmente prevista come regime legale in: Inghilterra, Galles, Irlanda del Nord, Scozia, Repubblica d’Irlanda. Altri ordinamenti separatisti, seppur con alcuni correttivi, sono considerati l’Austria, la Grecia, la Lettonia ed il Portogallo, sebbene in quest’ultimo Stato limitatamente ad alcune ipotesi eccezionali, vale a dire quelle di un matrimonio celebrato da chi abbia oltre sessanta anni di età o da chi non abbia rispettato il disposto in tema di pubblicazioni. In caso contrario vale il principio della comunione degli acquisti.

<sup>159</sup> *Annexe*, cit., p. 11

<sup>160</sup> Anche il Consiglio d’Europa, nella risoluzione (78) 37 sull’eguaglianza degli sposi in diritto civile, raccomanda ai Governi degli Stati membri “di assicurarsi che in regime legale si separazione dei beni, in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, uno sposo abbia il diritto di ottenere un conguaglio equitativo da parte dell’altro ex-sposo o una somma forfettaria che risolva il problema dell’ineguaglianza finanziaria creatasi a seguito del matrimonio”. Sul punto, ANCELL A., *op. cit.*, p. 76.

<sup>161</sup> AL MUREDEN E., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole, Funzione perequativa dell’assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsosa, 2007.

ristabilito l'equilibrio sotto il profilo patrimoniale<sup>162</sup>.

Il rischio che un'incontrollata autonomia della volontà porti a scelte poco consapevoli o soprattutto che non tengono conto di possibili mutamenti sul lungo periodo, inducono dunque quasi tutti gli ordinamenti giuridici a prevedere rimedi che in caso di divorzio intervengono a favore del coniuge debole che ha vissuto in regime di separazione. Tuttavia, ci si chiede quali poteri e corrispettivi limiti incontri il giudice di uno di questi ordinamenti chiamato a dover applicare una legge che tali correttivi non contempla, in particolare al fine di temperare le rigidità dell'ordinamento straniero.

#### 4.2. (Segue) e di comunione dei beni

A fronte della penetrazione delle idee sottese alla comunione nei regimi separatisti, fa riscontro, per converso, una altrettanto evidente infiltrazione dei principi di separazione negli ordinamenti a comunione legale<sup>163</sup>.

Solo la legislazione dei Paesi Bassi prevede un regime di comunione universale che non risente di tale contaminazione e comprende al suo interno i beni presenti e futuri dei coniugi - ad eccezione di quelli donati o legati all'uno o all'altro, sotto l'espressa condizione di restare personali - oltre che la totalità dei debiti contratti dagli sposi sia prima che dopo le nozze<sup>164</sup>.

La maggior parte dei Paesi membri, al contrario, adotta come legale il regime della comunione degli acquisti e degli incrementi secondo cui la contitolarità dei beni va ad interessare a grandi linee solo i diritti acquistati, a qualunque titolo, dopo la celebrazione delle nozze, nonché redditi e proventi provenienti dalle attività professionali dei coniugi ed i frutti su beni personali e comuni percepiti nel medesimo periodo. I coniugi, invece, restano proprietari esclusivi dei beni di cui erano titolari al momento della celebrazione del matrimonio, così come di altri cespiti, pervenuti in costanza di regime, quali ad esempio quelli ricevuti per successione o donazione e quelli di uso strettamente personale o professionale<sup>165</sup>. Nonostante la nozione di "acquisti" e di "incrementi" sia variabile e non

---

<sup>162</sup> Già Droz osservava che «Quant à la fameuse séparation de biens connue dans les pays anglo-américaines, elle n'est plus qu'un légende...». DROZ G., *L'activité notariale internationale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, t. 280, 1999, p. 69. L'Italia è uno dei pochi Paesi che non prevede analoghi correttivi al regime di separazione, preso in considerazione nel Codice Civile, Libro I, Titolo VI, Capo VI, articoli 215 ss., come regime convenzionale.

<sup>163</sup> OBERTO G., *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2008, p. 368 ss.

<sup>164</sup> Sull'argomento, *funditus*, VAN DER PLOEG, in UINL, op. cit., p. 244 ss.

<sup>165</sup> A dispetto della sua estraneità al diritto romano, come rileva OBERTO G., op. cit., p. 371, la comunione degli acquisti costituisce il regime legale degli ordinamenti di matrice romanistica: Italia, Francia, Belgio, Lussemburgo, Portogallo, Spagna e da altri ordinamenti dell'Europa dell'Est: Paesi Baltici, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Ungheria, Romania, Bulgaria.

univocamente intesa, con possibili discordanze al passaggio da uno Stato all'altro, possono tuttavia riscontrarsi analogie importanti nella disciplina dedicata alla fattispecie della comunione tra le varie legislazioni nazionali.

L'amministrazione del patrimonio è ormai improntata, ovunque in Europa, a criteri di parità, con concessione ad ogni singolo coniuge del potere di agire disgiuntamente, tranne che per gli atti di straordinaria amministrazione o per determinati atti singolarmente considerati. Inoltre, un consorte è chiamato a partecipare nel patrimonio dell'altro già al momento delle nozze e ad essere interpellato in tutte le decisioni che riguardino atti dispositivi dei beni comuni, rimanendo al contrario libero di disporre dei propri beni personali.

### **4.3. Il regime della partecipazione agli acquisti**

La necessaria compartecipazione nella gestione del patrimonio comune, se da un lato è principio ispirato al nobile fine di tutelare il coniuge più debole, tuttavia costituisce il principale svantaggio del regime di comunione, poiché si pone ad ostacolo della libera circolazione dei beni, andando a scoraggiare i traffici commerciali.

Per tale motivo, la comunione degli acquisti, pur restando il modello legale principale condiviso dalla maggioranza degli ordinamenti europei, viene spesso derogata dalla libera scelta delle parti (ad esempio in favore della separazione convenzionale) ed in alcuni ordinamenti assume sfumature e caratteri autonomi che la distanziano dallo schema tradizionale.

Varianti particolari si possono riscontrare, ad esempio, in alcuni Paesi scandinavi, ove il profilo comunitario emerge solo al momento dello scioglimento del matrimonio e soprattutto in Germania, dove la compartecipazione dei coniugi è esclusivamente differita e limitata al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias*.

In particolare, la *Zugewinnngemeinschaft* tedesca, disciplinata agli articoli 1363 ss. BGB, viene ritenuta da molti la soluzione più equilibrata, poiché risponde meglio alle esigenze della circolazione dei beni e allo stesso tempo di tutela del coniuge debole, cumulando in sé i vantaggi della separazione e della comunione<sup>166</sup>.

Il regime, in costanza di matrimonio, funziona come separatista per cui ciascun coniuge rimane proprietario ed esclusivo amministratore anche dei beni acquistati dopo il matrimonio. Solo al momento dello scioglimento del vincolo coniugale, si costituisce non una situazione di vera e propria contitolarità, ma sorge in capo ad uno dei coniugi un credito del valore corrispondente alla metà della differenza risultante dagli incrementi della massa patrimoniale di ciascun coniuge, calcolata

---

<sup>166</sup> PATTI S., *op. cit.*, p. 197 e *Annexe*, cit., p. 8.

sulla base di diversi parametri, a partire dal momento delle nozze<sup>167</sup>.

Anche tale regime non è tuttavia esente da svantaggi: si pensi alle difficoltà che insorgono al momento di determinare con esattezza i beni che formeranno oggetto della spartizione finale, così come di articolare con precisione i rimedi in grado di impedire da un lato, azioni in danno ai creditori, dall'altro, operazioni fraudolente che pregiudichino, soprattutto in vista dell'insorgere della crisi coniugale, il coniuge più debole.

#### **4.4. Regimi convenzionali e autonomia della volontà**

In presenza di tali discordanze tra discipline nazionali è lecito domandarsi se i coniugi "transfrontalieri", insoddisfatti del regime predisposto da uno degli ordinamenti con cui presentano un collegamento (ad esempio quello di celebrazione del matrimonio), siano liberi, e se sì con quali limiti, di derogarvi a favore di un modello scelto di comune accordo.

Come già rilevato, tutti i sistemi giuridici dotati di un regime legale non ne impongono l'adozione ma lasciano agli sposi la possibilità di scegliere alternativamente un regime secondario convenzionale. Tuttavia, in questa sede si intende verificare se l'autonomia della volontà in campo matrimoniale rimanga vincolata all'alternativa proposta *ex lege*, o possa estendersi fino a creare regimi atipici, magari corrispondenti a quelli legislativamente disciplinati all'estero.

Nel contesto europeo, molto diffusa è l'idea secondo cui l'autonomia della volontà non si esplica con la medesima estensione e portata che raggiunge in campo contrattuale, ma divergenze di opinioni si riscontrano circa i limiti che vincolano in questo senso i coniugi<sup>168</sup>. A fronte di un orientamento recessivo secondo cui possono essere stipulate solamente le convenzioni matrimoniali disciplinate nei codici, prevale ormai la concezione contraria, pur non unanimemente condivisa<sup>169</sup>, che attribuisce piena facoltà agli sposi di accordarsi liberamente sul proprio regime, *ante o post nuptias*.

In tale prospettiva, il contenuto dell'accordo può anche corrispondere ad un regime straniero, a norme consuetudinarie o modellarsi sugli specifici interessi

---

<sup>167</sup> Il coniuge che ha avuto l'incremento maggiore, deve versare la metà della differenza all'altro coniuge

<sup>168</sup> Il contrasto è riscontrabile all'interno dello stesso ordinamento italiano: secondo alcuni l'atipicità del contenuto è limitata agli schemi prefigurati dal legislatore; per altri, invece, anche in materia di convenzioni matrimoniali trova applicazione il principio di autonomia contrattuale di cui all'art.1322 c.c.. Per il primo orientamento, per tutti, BIANCA M., *Diritto civile, 2 La famiglia, Le successioni*, Milano 2001, p. 76; per il secondo: SACCO R., *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 17.

<sup>169</sup> La Slovacchia, ad esempio, non ammette la stipulazione di contratti prematrimoniali che vanno a regolare pattiziamente i rapporti patrimoniali dei futuri sposi.



privati, purché nel rispetto dei requisiti di forma richiesti, nonché delle norme imperative, dell'ordine pubblico, del buon costume dello Stato di stipulazione.

Resta tuttavia aperto il problema del valore e del riconoscimento che tale convenzione riceve all'estero, ad esempio in un Paese che non ammette l'esercizio dell'autonomia negoziale in ambito matrimoniale, o in un altro che lo consente, ma a condizioni decisamente più restrittive.

#### 4.5. Convenzioni matrimoniali

Le convenzioni matrimoniali, che in alcuni ordinamenti prendono il nome di contratti di matrimonio, permettono quindi di adattare il regime matrimoniale alla situazione individuale dei coniugi. I pochi dati statistici disponibili dimostrano che la prassi di stipulare siffatti accordi è poco sviluppata all'interno dei Paesi dell'Unione Europea e che la sua diffusione varia considerevolmente da Stato a Stato.

Se la disciplina inerente interessa una cerchia di soggetti più ristretta rispetto a quella di coloro che sottopongono, *ex lege* o *ex voluntatis*, i propri rapporti patrimoniali a regimi regolati dai legislatori, ciò non toglie che le profonde differenze esistenti tra i vari ordinamenti presentano nella prassi seri e complessi risvolti problematici.

Come l'Europa continentale, così i Paesi anglosassoni<sup>170</sup> conoscono analoghe fattispecie contrattuali, stipulate in vista della celebrazione del matrimonio o a seguito della stessa, al fine di regolare la vita patrimoniale della coppia. In linea di massima, tutti concordano sulla consacrazione del principio di autonomia delle parti, pur con alcuni accorgimenti a protezione degli sposi e dei terzi, quali la sottomissione del negozio alle condizioni generali di validità dei contratti e la richiesta di requisiti di forma e di capacità dei contraenti<sup>171</sup>, nonché di pubblicità.

Tuttavia, a fronte di queste apparenti similitudini, ad un attento esame è possibile scorgere divergenze di natura profonda relative agli effetti che tali contratti possono produrre, quando l'internazionalità del caso concreto impone il confronto tra più ordinamenti.

Si pensi alla forma: molti Paesi esigono una certa solennità ed impongono l'intervento del notaio<sup>172</sup> mentre altri preferiscono forme semplificate<sup>173</sup> o si accontentano di scritture private. Quale riconoscimento può ottenere all'estero

---

<sup>170</sup> Nei Paesi anglosassoni, dove non si conosce la distinzione tra regimi legali e convenzionali, il ruolo rivestito dall'autonomia delle parti assume intuitivamente ancora maggior rilievo.

<sup>171</sup> Per la sua conclusione è necessario che gli sposi abbiano la stessa capacità richiesta per contrarre matrimonio

<sup>172</sup> Per esempio, la Germania (1410 BGB), l'Austria (1 al. 1 litt a., NotZwG), il Belgio (art. 1394 C. civ), la Francia (art. 1397 al. 1), l'Italia (art. 162 c.c.), la Polonia (art. 47), l'Olanda (art. 110 N.B.W.)

<sup>173</sup> La Svizzera richiede l'atto autenticato, art. 184.

l'accordo stipulato senza il rispetto delle condizioni imposte da uno Stato più restrittivo, richiesto di riconoscimento? Un esempio può aiutare a comprendere meglio: la vedova italiana di un cittadino italiano eredita il patrimonio dal marito defunto. Cinque anni dopo il decesso, la donna si risposa con un uomo americano, domiciliato in California ma sovente in Europa per affari. Essendo il matrimonio celebrato a Vienna, alla vigilia la sposa esige che davanti ad un notaio austriaco venga stipulato un contratto di matrimonio in favore della separazione dei beni. In ossequio alle disposizioni legislative nazionali il professionista compila una convenzione all'uopo predisposta, che viene diligentemente sottoscritta dalle parti contraenti e dal notaio, ma non trascritta. Tuttavia, qualche mese più tardi, la moglie si trova di fronte alla contestazione da parte del marito circa la validità formale dell'accordo in Italia, luogo dov'è situata la maggior parte dei beni patrimoniali e dove il regime legale, in assenza di valida convenzione trascritta nei registri di stato civile, è la comunione<sup>174</sup>.

Problemi analoghi possono presentarsi a causa delle divergenze normative in relazione alle condizioni di validità intrinseca del negozio, di capacità delle parti, degli effetti modificativi, etc. Si consideri, a quest'ultimo riguardo, che se un giudice continentale non potrà mai di sua iniziativa modificare il contenuto della pattuizione validamente conclusa, al giudice inglese viene al contrario conferito il potere di adattare il contenuto dell'accordo alle nuove condizioni patrimoniali che la coppia si trova a fronteggiare nel corso della vita insieme<sup>175</sup>. E per questa ragione, la stessa autorità britannica potrà faticare a riconoscere all'interno del suo ordinamento la validità di un accordo di carattere immutabile concluso all'estero.

#### **4.6. La modificazione volontaria del regime matrimoniale in costanza di matrimonio**

Problema strettamente connesso all'ampiezza da attribuire all'autonomia dei coniugi nell'organizzazione dei propri interessi patrimoniali concerne la possibilità loro concessa di modificarne il tenore in costanza di matrimonio. La disciplina di tale aspetto varia notevolmente da Stato a Stato ma converge verso un punto d'arrivo comune: all'immutabilità dei regimi matrimoniali si è progressivamente sostituito il principio opposto, che rende liberi i coniugi di modificare il proprio regime in costanza di matrimonio<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> L'esempio è tratto da CONSORTIUM ASSER, cit., p. 31.

<sup>175</sup> Art. 35 Matrimonial Causes Act 1973.

<sup>176</sup> Soli il Portogallo (art. 1714 cod.civ.), in Europa, sembra conservare il principio dell'immodificabilità: sul punto cfr. COHELO P. E DE OLIVEIRA G., *Curso de direito da familia, I, Introduçao ao direito matrimonial*, Coimbra, 2001, p. 493. In altri ordinamenti, invece, compreso il nostro, questo è stato a poco a poco abolito (ad es. si veda l'art. 162 c.c., come risultante dalla riforma di cui alla l. 10 aprile 1981, n. 142, su cui si veda per tutti OBERTO G., *L'autonomia negoziale nei*

L'antico concetto di immodificabilità, nato alla fine del XVI secolo, si basava sull'idea del matrimonio come un "patto tra famiglie"<sup>177</sup>, che coinvolgeva i genitori degli sposi, interessati a tutelare ciascuno il patrimonio appartenente al proprio nucleo familiare. Tuttavia, ancora una volta è il passaggio all'epoca industriale a segnare profondi cambiamenti nella dimensione sociale e giuridica della famiglia, tali da ribaltare il precedente orientamento. Per ciò che qui interessa, dall'abbandono del principio di indissolubilità del matrimonio consegue la maggior ampiezza concessa alla volontà consensuale dei coniugi, che essendo liberi di disporre liberamente del proprio status personale, a maggior ragione lo sono ai fini della regolamentazione degli aspetti patrimoniali ad esso sottesi<sup>178</sup>.

Il potere di mutare convenzionalmente il regime patrimoniale durante il matrimonio crea non poche difficoltà pratiche già a livello interno, che tuttavia sono inasprite esponenzialmente in tutti i casi di conflitti di legge. Dal necessario confronto tra due o più ordinamenti si ricava, infatti, che assai diverse sono in concreto le condizioni di ammissibilità, di forma, di procedura e le modalità richieste per il suo esercizio in concreto.

In particolare, non tutti gli ordinamenti hanno abolito l'intervento del Tribunale, sebbene ciò sia accaduto, in forma totale<sup>179</sup> o parziale<sup>180</sup>, in un numero considerevole di Paesi. Contrariamente ad un indirizzo originariamente prevalente, l'omologazione giudiziaria viene oggi considerata anacronistica e non rispondente all'effettivo interesse della famiglia, in quanto inevitabilmente fondata su parametri incerti, ancorati ad un apprezzamento inevitabilmente discrezionale del giudice.

Inoltre, solo in alcuni Paesi la validità della pattuizione è condizionata alla prova dell'assenza di pregiudizio rispetto agli interessi della famiglia e dei terzi e altresì non da tutti condivisa è l'esigenza di inventariare i beni della coppia al momento della variazione di regime<sup>181</sup>.

## 5. Regimi di pubblicità

Il principio di mutabilità, posto a garanzia dell'autonomia delle parti, non può comunque trasformarsi in un mezzo fraudolento messo a disposizione di un coniuge a danno dell'altro o, soprattutto, di entrambi a pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi. E' per tale ragione che intorno ai regimi matrimoniali la maggior parte dei

---

*rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, p. 643.

<sup>177</sup> COLOMER A., *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> ed., Litec, Paris, 2000, p. 157.

<sup>178</sup> AA. VV., *Le problème de la mutabilité du régime matrimonial*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, VII, Paris, 1952

<sup>179</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto accaduto in Germania, Austria, Gran Ducato di Lussemburgo, nel 1985

<sup>180</sup> Ad esempio in Belgio, nel 1998.

<sup>181</sup> Sul punto, *funditus*, REVILLARD M., *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7 ed., Défrenois, 2010, p. 163 ss..

legislatori non si accontenta di esigere formalità specifiche al momento della scelta o della modifica convenzionale, ma ad esse affianca un regime di pubblicità, *condicio sine qua non* dell'opponibilità<sup>182</sup>.

Ogni scelta espressa dai coniugi in ordine al proprio regime matrimoniale, sia in fase iniziale - al momento della celebrazione -, sia in costanza di matrimonio, viene sottoposta ad un regime di registrazione che ne assicura la conoscibilità. La maggior parte degli ordinamenti richiede a tal fine l'intervento del notaio allo scopo di finalizzare l'iscrizione del contratto nei registri di stato civile che riportano a margine dell'atto di matrimonio il relativo regime patrimoniale, la data dell'eventuale contratto di matrimonio, il nome ed il domicilio del notaio ricevente. Quest'ultimo ha, inoltre, la funzione di conservare l'originale della pattuizione contrattuale.

In altri Paesi, la pubblicità è soddisfatta attraverso la trascrizione in giornali ufficiali<sup>183</sup> o mediante l'iscrizione in registri specifici di categoria. Si pensi al caso in cui uno degli sposi sia o divenga in seguito commerciante: egli dovrà avere cura di far pubblicare il contratto di matrimonio di cui è parte nel registro del commercio in Austria ed in Belgio, nel registro pubblico conservato presso il Tribunale di primo grado in Grecia, o in un registro matrimoniale, su richiesta presentata in forma autentica, in Germania.

Sono, poi, previsti sistemi di coordinamento tra registri di stato civile e libri fondiari, in modo che sia salvaguardato il diritto di informazione in capo ai terzi, soprattutto in caso di divisione o di liquidazione del patrimonio comune dei coniugi.

La stessa esigenza di conoscibilità riguarda in linea generale tutto il sistema dei regimi matrimoniali, ivi comprese le ipotesi in cui si verifichi un conflitto di legge, come si avrà di rilevare più approfonditamente altrove.

## **6. Gli effetti della dissoluzione del matrimonio**

Anche altre circostanze, ultronee rispetto alla libera scelta dei coniugi, possono provocare la modificazione o il venir meno di un determinato regime matrimoniale. Ci si riferisce, in particolare, a morte, assenza, divorzio, separazione personale o dei beni, secondo il diritto interno proprio di ciascuno Stato membro.

Esclusa dalla presente trattazione la materia successoria, ci si intende soffermare sugli effetti che la rottura del vincolo personale esercita sugli assetti patrimoniali derivanti dal matrimonio. Come l'acquisizione dello *status* di coniuge incide notevolmente sul patrimonio, attraverso la sua sottoposizione ad uno specifico regime, altrettanto accade a causa della sua perdita, nel momento in cui lo stesso regime viene meno. Numerosi sono gli aspetti giuridici da prendere in considerazione durante questa fase.

---

<sup>182</sup> UINL, op. cit., p. 428.

<sup>183</sup> E' il caso della Francia e della Svezia

Innanzitutto, occorre far fronte alla divisione del patrimonio comune, in quanto esistente, ed in ogni caso alla spartizione dei beni, nel rispetto del principio di equità tra coniugi. Le diverse modalità di liquidazione dipendono dal regime patrimoniale in costanza di matrimonio, ma anche, generalmente, dalla causa di dissoluzione del rapporto e dall'esistenza o meno di un accordo specifico tra coniugi. Inoltre, occorre tener conto: (i) dell'entità degli apporti devoluti da parte di ciascuno alla soddisfazione dei bisogni familiari, (ii) dell'interesse superiore dei figli, (iii) della divisibilità in natura dei beni che, se costituisce la regola, non impedisce la vendita pubblica in caso di difficoltà oggettive.

Sotto il profilo processuale poi, è possibile che la domanda di liquidazione sia assoggettata<sup>184</sup> ad un termine di decadenza, la cui durata peraltro, può variare da Stato a Stato. È interessante, inoltre, notare che le regole di prova sulla titolarità dei beni variano a seconda del regime patrimoniale cui sono sottoposti i coniugi. Ovunque in Europa, vigente la comunione, i beni si presumono appartenere al patrimonio comune, eccezion fatta per il caso in cui un singolo ne provi la personalità. In caso di separazione, al contrario, i beni si presumono personali, non esistendone generalmente di comuni, ma è possibile che i coniugi istituiscano su alcuni di questi una contitolarità volontaria, o specificino all'interno di un eventuale contratto di matrimonio presunzioni di proprietà congiunta. In tali ipotesi, salvo diversa indicazione, la divisione dei beni avviene in parti uguali.

### **6.1. L'autonomia negoziale in fase di crisi coniugale**

Anche in fase patologica riveste un ruolo di tutto rilievo lo spazio lasciato all'autonomia delle parti, con particolare riguardo all'ammissibilità di accordi volti a regolamentare in anticipo gli assetti economici derivanti dall'eventualità di una rottura del rapporto matrimoniale. In ottica comparata, anche a questo riguardo è possibile riscontrare ampie discordanze che certamente non contribuiscono a infondere certezza ai coniugi transfrontalieri.

In linea generale, non creano problemi quegli accordi presi temporalmente in sede di procedimento - in questo caso appunto consensuale - di separazione o di divorzio. Nella maggior parte degli ordinamenti, resta comunque affidata ad un'autorità pubblica (vuoi un giudice, vuoi un notaio) la funzione di verificare la compatibilità della convenzione privata rispetto ai principi di equità e di solidarietà imperativamente imposti dal regime primario, in considerazione di tutta una serie di fattori, quali il regime matrimoniale adottato, l'entità dei debiti contratti per l'interesse della famiglia da ciascuno dei coniugi, l'interesse dei figli, etc.

Lo stesso non può dirsi per i cosiddetti *pre o post nuptial agreements*, che consistono negli accordi conclusi tra coniugi in un momento anteriore alla crisi -

---

<sup>184</sup> Ad esempio in Spagna non è previsto alcun termine di decadenza, né di prescrizione.

addirittura prima del matrimonio o durante la sua fase fisiologica - ma volti già a definire il contenuto patrimoniale del suo scioglimento.

A differenza degli ordinamenti di common law, fin da tempi risalenti aperti ad una così ampia libertà contrattuale<sup>185</sup>, maggiori resistenze alla sua ammissione si incontrano nei Paesi dell'Europa continentale. La principale ragione si rinviene nella riconosciuta attitudine di accordi siffatti a condizionare il comportamento dei soggetti coinvolti durante lo scioglimento matrimoniale, rispettivamente a favore o contro il mantenimento dello *status* di coniuge.

Sotto le spinte di dottrina e giurisprudenza maggioritarie<sup>186</sup>, un'apertura verso il riconoscimento della validità dei *nuptial agreements* si registra solo in tempi recenti in alcuni Paesi di *civil law*, che pur non hanno predisposto nella maggior parte dei casi una normativa *ad hoc*. Tuttavia, altri – tra i quali l'Italia- sono ancora fermi nel

---

<sup>185</sup> Anche oltre i confini degli *States*, (dove da svariato tempo riscuote ampio successo il *prenuptial agreements in contemplation of divorce*) analoga evoluzione in senso favorevole alla validità delle intese in discorso s'è manifestata in altri ordinamenti di *common law*. Così in Gran Bretagna sembrano ormai definitivamente superate le difficoltà emerse nel corso del XX secolo, collegate all'idea che tali contratti, in quanto diretti in qualche modo a favorire il divorzio, fossero «against public policy and void» anche alla luce della considerazione secondo cui i giudici d'oltre Manica sembrano oggi assai più restii d'un tempo a procedere ad una allocazione e divisione del patrimonio accumulato durante la convivenza o alla previsione di assegni o attribuzioni patrimoniali d'altro genere in presenza di precisi accordi, i quali vengono intesi come «evidence of the parties intentions», di cui la corte non può non tenere conto.

<sup>186</sup> Un atteggiamento favorevole verso la validità di intese preventive sulle conseguenze del divorzio è riscontrabile ormai pure in numerosi sistemi dell'Europa continentale. Il caso più significativo è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza da sempre avallano la costante pratica dei coniugi di predeterminare, in sede di stipula degli Eheverträge, gran parte degli effetti di un possibile divorzio tra le parti, ad esempio dettando i criteri per la determinazione del nachehelicher Unterhalt (vale a dire dell'assegno divorzile), o disponendo la sua rinuncia. Interessante risulta, poi, il raffronto con altre esperienze geograficamente e culturalmente più vicine alla nostra: dal Codi de familia catalano, che disciplinando il contenuto dei capitols matrimonials (art. 15), espressamente stabilisce che in essi «hom pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial», all'opinione condivisa dalla dottrina austriaca, sulla base del disposto del § 80 EheG secondo cui gli accordi sulla Unterhaltspflicht in caso di divorzio non debbono necessariamente essere stipulati in sede di procedura di scioglimento dell'unione, ma ben possono essere conclusi «sogar schon vor der Eingehung der Ehe». Alcuni segnali d'apertura si intravedono da tempo anche nel sistema francese, da sempre piuttosto chiuso alla possibilità di predeterminare tramite accordi conclusi in via preventiva an e quantum di prestazioni postdivorzili. Viene comunque permessa ai coniugi, sul versante dei regimi patrimoniali, un'ampia gamma di intese tramite le quali costoro possono, tra l'altro, aménager il regime legale di comunione in contemplazione di un possibile divorzio prevedendo l'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata, o la facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito o, ancora, la possibilità di prestabilire la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali, o, infine, l'attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario.

dichiarare la loro invalidità<sup>187</sup>, per contrarietà ai principi generali dell'ordinamento, quali l'indisponibilità dello status personale nonché la valida formazione del consenso negoziale, necessariamente libera da condizionamenti.

Quale riconoscimento possono allora ottenere in questi Paesi gli agreements validamente stipulati all'estero? Si può arrivare a paventare il rischio di una loro contrarietà all'ordine pubblico? E in caso di risposta affermativa, quale situazione devono fronteggiare i coniugi, privati del riconoscimento del loro accordo?

## **Sezione II: I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comparato**

### **7. Dal diritto sostanziale al diritto internazionale privato comparato**

Come si è cercato di mettere in evidenza nel corso della sintetica analisi comparativa che precede, l'eterogeneità delle discipline sostanziali che regolano i rapporti patrimoniali tra coniugi produce conseguenze di grande rilievo problematico in tutti i casi concreti che presentano elementi di internazionalità.

I coniugi originari di diversi Paesi o che trasferiscono all'estero la propria vita comune sono costretti a pagare lo scotto della disomogeneità normativa attraverso l'incertezza nella quale vedono ricadere i propri rapporti matrimoniali, la cui configurazione giuridica resta in balia di interpretazioni e di requisiti formali e sostanziali differenti in ciascuno Stato membro. Il quadro tratteggiato con riferimento al diritto sostanziale, tuttavia, è destinato a colorarsi di ulteriori complicazioni nel momento in cui si volga lo sguardo, sempre in ottica comparatistica, al panorama offerto dai sistemi di diritto internazionale privato di ciascun ordinamento europeo, certamente non meno variegato.

Accanto alla peculiare questione della qualificazione della fattispecie "regimi patrimoniali tra coniugi", che verrà compiutamente affrontata nel capitolo seguente, si riscontra che solo poche legislazioni prevedono norme sulla competenza specificamente dedicate alla materia in esame e, quanto alla legge applicabile, esiste una molteplicità di criteri di collegamento che pare, in alcuni casi, addirittura evidenziare un'incompatibilità tra sistemi. I requisiti di validità e di riconoscimento

---

<sup>187</sup> In Italia, ad esempio, ne è stata riconosciuta la nullità per illiceità della causa.

delle convenzioni matrimoniali, inoltre, sono rimessi alle scelte dei legislatori nazionali e, in mancanza di coordinamento, rischiano di rendere claudicanti atti validamente conclusi in un ordinamento, ma non riconoscibili all'estero.

Le difficoltà pratiche aumentano in via direttamente proporzionale alla crescente internazionalizzazione della famiglia ed evidenziano la sempre più pressante esigenza di un'armonizzazione europea che garantisca a coloro che esercitano la propria libera circolazione un livello di certezza giuridica, tale da conciliarsi con gli obiettivi posti a fondamento dell'Unione, più volte evidenziati<sup>188</sup>.

E' per questo che, senza potersi soffermare sui caratteri peculiari propri di ciascuna legislazione di diritto internazionale privato, pare ancora una volta necessario partire da una breve disamina delle più rilevanti convergenze e divergenze normative, al fine di evidenziare meglio i caratteri delle soluzioni predisposte a livello europeo.

### **7.1. Cenni storici di diritto internazionale privato in materia di regimi matrimoniali**

Le problematiche nascenti dai regimi matrimoniali interessano da sempre gli internazionalprivatisti: già in tempi assai risalenti la materia fu definita «famosissima quaestio»<sup>189</sup> ed ancora oggi viene considerata uno dei settori più importanti e complessi di tutto il diritto internazionale privato moderno<sup>190</sup>.

All'origine della questione viene storicamente indicata una controversia che, in via preliminare rispetto alla decisione principale, imponeva l'individuazione del

---

<sup>188</sup> ANCELL A., *op. cit.*, p. 72.

<sup>189</sup> Si tratta di una nota controversia tra i due più celebri statutisti del XVI secolo, Domoulin e D'Argentré sull'efficacia extraterritoriale del regime patrimoniale legale stabilito dalla lex domicilii dei coniugi rispetto ai beni situati in territorio ove vige un altro regime. In particolare, la questione ebbe origine da un parere dato dal Domoulin nell'affaire De Ganey in cui si discuteva se il regime di comunione dei beni previsto dal *coutume* di Parigi potesse avere efficacia anche per i beni immobili acquistati da uno dei coniugi in un luogo ove vigeva, per operare del diritto comune, un diverso regime. Il Domoulin sosteneva l'efficacia extraterritoriale del regime previsto dalla consuetudine di Parigi corrispondente alla lex domicilii dei coniugi, in base alla presunzione che i coniugi l'avessero adottata per convenzione, ancorché tacita, al fine di regolare l'intero regime patrimoniale, a prescindere dal luogo di statuizione dei beni. Il D'Argentré, al contrario, ricollegava il regime patrimoniale legale dei coniugi allo statuto reale, secondo le concezioni vigenti in Francia prima del XVI sec., da cui derivava la soggezione dei beni immobili alla lex rei sitae, anche in una causa vertente sul regime tra coniugi.

<sup>190</sup> Già ANZILOTTI, nei suoi Corsi di diritto internazionale privato rilevava che “Pochi argomenti hanno, al pari di questo, dato luogo a controversie così persistenti e profonde nella storia del diritto internazionale privato”. ANZILOTTI D., *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di SALERNO F., 1996, p. 260. Nello stesso senso: DROZ G., *op. cit.*, p. 1; GAUDEMONT TALLON H., *Le conflicts de loi en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles de droit comparé*, Travaux Comité fr., DIP, 1969-1971, p. 205; REVILLARD M., *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Défrenois, 2010, p.143.



regime legale applicabile ai beni immobili situati in un territorio diverso da quello in cui i coniugi avevano fissato il loro domicilio.

Si tratta dell'affaire, conosciuto come De Ganey, risalente al XVI secolo e risolto da due celebri statutisti francesi del tempo, secondo linee interpretative radicalmente opposte.

Il Doumulin, muovendo dalla considerazione che il regime legale disciplinato dalla legge del domicilio altro non fosse se non una convenzione tacita<sup>191</sup>, giungeva alla conclusione che lo stesso fosse applicabile extra-territorialmente, anche agli immobili siti altrove, come se fosse stato oggetto di un contratto espresso. D'Argentré, al contrario, vedeva nel regime patrimoniale un effetto immediato e diretto della legge e ne desumeva l'applicabilità del diritto del luogo di situazione dei beni, anche se esterno al territorio del domicilio coniugale<sup>192</sup>.

Gli influssi dei due orientamenti<sup>193</sup> si mantennero vivi nel corso dei secoli, fino ad incidere profondamente sulle scelte effettuate, anche in tempi di molto successivi, dai legislatori europei: da un lato, gli ordinamenti di *civil law*, in particolare quello francese, accolsero il criterio della *lex voluntatis*; dall'altro, i Paesi anglo-americani, si posero a favore della *lex rei sitae*, in ossequio alla tradizionale prevalenza data allo statuto dei diritti reali<sup>194</sup>.

Solo con l'avvento delle soluzioni di conflitto a carattere personalistico nel XIX secolo, si realizzò una sintesi tra le due correnti di pensiero, attraverso l'elaborazione di soluzioni di compromesso particolarmente significative. Con lo sguardo rivolto all'ordinamento tedesco, dove più chiara fu questa evoluzione, *la lex domicilii* perse la sua natura di criterio di individuazione della volontà presunta dei coniugi e tese ad imporsi come criterio di collegamento autonomo ed onnicomprensivo, riferito ai rapporti personali e patrimoniali, vertenti indifferentemente su beni mobili o immobili.

La legge del domicilio venne, poi, di lì a poco sostituita da quella nazionale, quando l'affermarsi del principio della cittadinanza si impose in generale per tutte le materie rientranti nello statuto personale.

A voler proporre una catalogazione, a seguito di tali cambiamenti facilmente si ricava che nei Paesi di Common law, che non conoscono l'istituto dei regimi

---

<sup>191</sup> Il regime legale, in quest'ottica, si renderebbe applicabile per volontà dei coniugi, che hanno inteso adottarlo non prevedendo con diverse pattuizioni un regime diverso.

<sup>192</sup> In base al principio *immobilia reguntur lege loci*.

<sup>193</sup> Invero, come rileva Garofolo L., *op. cit.*, p. 20, la controversia tra i due orientamenti assume caratteri più apparenti che reali. Già alla sua origine, essa si riferiva unicamente alla legge applicabile al regime legale, poiché indiscussa da sempre è l'applicabilità della *lex voluntatis* in presenza di convenzioni matrimoniali. Inoltre, le due teorie raggiungono risultati analoghi per quanto attiene i beni mobili, perché la *lex domicilii* dei coniugi, in questo caso, trova applicazione sia in forza di una volontà presunta, sia in forza del principio *mobilia sequuntur personam*.

<sup>194</sup> Sul punto ANZILOTTI D., *Sui mutamenti dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Tip. Banducciana, A. Meozzi, 1899, p. 2. GAUDEMONT-TALLON H., *op. cit.*, p. 197, DROZ G., *op. cit.*, p. 11; GAROFOLO L., *op. cit.*, p. 50.

matrimoniali, si verificò una scissione tra i criteri di collegamento cui assoggettare i beni mobili, retti dalla *lex domicilii*, e immobili, affidati alla *lex rei sitae*; nei Paesi dell'Europa continentale, al contrario, prevalsero criteri unitari, a carattere personalistico. In entrambi i sistemi, poi, si inserì il criterio dell'autonomia della volontà nella scelta della legge applicabile, che in materia di regimi matrimoniali assunse una rilevanza sempre maggiore nel tempo.

Si riproduce, insomma, nel diritto internazionale privato quanto si è già constatato a livello sostanziale, dove la disciplina dei regimi patrimoniali tra coniugi si è sviluppata in termini differenti a seconda che sia stata conferita loro maggiore aderenza alla categoria dei diritti reali, a quella dei rapporti personali o infine a quella rapporti obbligatori.

## **8. Le norme di conflitto alla luce dell'evoluzione delle fonti di riferimento**

L'influenza che il diritto sostanziale esercita sul diritto internazionale privato in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi si manifesta con evidenza anche attraverso le scelte che i legislatori europei hanno compiuto nell'individuare i relativi criteri di collegamento, così come fissati nel tempo dalle principali fonti di riferimento.

In via incidentale si ricorda che, allo stato attuale, tali fonti sono ancora principalmente nazionali - se si escludono le due Convenzioni multilaterali stipulate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato<sup>195</sup> - , per la maggior parte di origine scritta, e in alcuni ordinamenti elaborate o modificate di recente<sup>196</sup>.

Tuttavia, nei Paesi di Common law il diritto, anche internazionale privato, resta preminentemente di fonte giurisprudenziale. Analogamente, si rileva in effetti che anche nei Paesi Scandinavi, affidati in materia di regimi matrimoniali alla Convenzione di Stoccolma del 6 febbraio 1932, non codificano le inerenti problematiche internazionalprivatistiche. Situazione simile si rinviene ancora nei Paesi Bassi, in Francia ed in Lussemburgo, dove le fonti di origine dottrinale e

---

<sup>195</sup> Si tratta della Convenzione del 17 luglio 1905 concernente i conflitti di legge relativi agli effetti del matrimonio, ratificata da Italia e Portogallo, e la Convenzione del 14 marzo 1978, più volte menzionata, sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali in vigore nei rapporti tra Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo.

Esistono, poi, numerose altre Convenzioni bilaterali elaborate al fine di regolamentare i conflitti tra autorità giurisdizionali e non, in materia di regimi matrimoniali. Per un elenco completo delle Convenzioni in vigore cfr. *Annexe*, cit., p. 50 ss.

<sup>196</sup> Si pensi ad esempio alla Slovacchia, la cui legge 4 dicembre 1993 è stata riformulata dalla l. n. 36/2005; o al Belgio che ha riformato la materia dei regimi patrimoniali tra coniugi nel nuovo codice di diritto internazionale privato, in vigore dal 10 ottobre 2004, o ancora alla Polonia, che ha modificato il Codice di diritto di famiglia anch'essa nel 2004.

giurisprudenziale, costruite sulla base di disposizioni sparse del codice civile, restano predominanti<sup>197</sup>.

Ebbene, a prescindere dall'origine della fonte, i legislatori nazionali sembrano essersi mossi lungo la stessa direzione nel predisporre i criteri di collegamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi.

Parimenti a quanto statuito a livello di diritto materiale, in corrispondenza all'epoca delle prime codificazioni, le norme di conflitto fecero inizialmente riferimento alla sola persona del marito e, a seconda dei casi, alla sua nazionalità, al suo domicilio, alla sua volontà unilaterale, in ossequio a quella concezione plurisecolare di famiglia patriarcale tipica del periodo preindustriale. Solo passando per l'evoluzione sociale e culturale che ha investito l'Europa tra il XIX e il XX sec., si giunse anche nel diritto internazionale privato al progressivo affermarsi del principio di parità uomo-donna, che portò in molti casi<sup>198</sup> alla sostituzione dei criteri menzionati, ormai anacronistici, con quelli di cittadinanza comune, di residenza abituale, di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, a seconda del diritto considerato.

Solo i Paesi di Common Law, che non conoscono fonti scritte di diritto internazionale privato, sembrano rimanere ancorati al passato mantenendo applicabile, per ciò che concerne i beni mobili, la legge del domicilio del marito all'epoca del matrimonio<sup>199</sup>. Analogamente si attestano sulla medesima posizione alcuni Paesi scandinavi, tra i quali Danimarca e Finlandia, che attribuiscono la priorità alla legge maritale, questa volta per tutti i rapporti discendenti dal matrimonio.

Nel solco di questa tendenza evolutiva, che vede coniugare il diritto sostanziale alle scelte di diritto internazionale privato, è possibile altresì ricondurre il criterio di collegamento adottato come principale in numerosi ordinamenti europei, vale a dire l'autonomia della volontà nella scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi.

Sebbene non esista concordanza di opinioni in merito ad una possibile derivazione del principio in campo internazionalprivatistico dal diritto civile interno - in base cioè allo spazio da quest'ultimo concesso all'autonomia contrattuale in campo matrimoniale - tuttavia può sostenersi che anche nel diritto internazionale privato, dall'affermarsi dell'eguaglianza uomo donna in prospettiva giuridica, oltre che sociale, dipende il valore attribuito al volere consensuale esercitato

---

<sup>197</sup> Ma si ricordi che in questi Paesi vige la richiamata Convenzione dell'Aja del 1978.

<sup>198</sup> Solo Danimarca e Finlandia restano fedeli ai criteri tradizionali di nazionalità del marito

<sup>199</sup> Questa soluzione deriva da un'antica regola di common law secondo la quale alla donna, una volta sposata, viene attribuito un domicile of dependance, coincidente con quello del marito. Tuttavia, la dottrina maggioritaria è ormai cosciente che la soluzione adottata rischia di violare il principio di uguaglianza tra uomo e donna, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. E' per questa ragione che nella giurisprudenza sembra ormai da tempo far breccia il riconoscimento del criterio di collegamento del matrimonial domicile.

congiuntamente da entrambi i coniugi nella scelta della legge applicabile ai loro rapporti.

### **8.1. Il criterio di collegamento principale: l'autonomia della volontà nella scelta di legge**

In materia di conflitti di leggi, lo spazio concesso all'autonomia della volontà dei coniugi di scegliere la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali è di fondamentale rilievo. In ragione delle differenti soluzioni materiali adottate nelle discipline interne che, come evidenziato, possono ispirarsi agli opposti principi di comunione o separazione, concedere agli sposi la facoltà di un'*optio iuris* risulta di notevole importanza, poiché riduce il rischio che il regime sia sottoposto ad un diritto diverso, a causa del semplice attraversamento di una frontiera. E' per questa ragione che la maggior parte degli ordinamenti europei riconosce ai coniugi la facoltà di scegliere – in vista o durante il matrimonio - la legge che intendono applicare ai rapporti patrimoniali tra essi intercorrenti<sup>200</sup>.

Tuttavia, come ormai di consueto, si riscontra un'ampia eterogeneità di soluzioni anche su questo punto: solo un numero modesto di ordinamenti – tra i quali Grecia e Portogallo - rigettano *in toto* la possibilità di una scelta; ed all'opposto, altrettanto poco numerosi sono quelli che consacrano una libertà senza limiti<sup>201</sup>.

Più frequentemente, invece, le norme di conflitto nazionali ammettono un'autonomia limitata, condizionata alla sussistenza di un nesso di prossimità tra fattispecie concreta e sistema giuridico prescelto. La *ratio* sottesa è ovviamente quella di tutelare il coniuge debole e meno informato, che potrebbe restare pregiudicato da una scelta effettuata in malafede dal coniuge forte, a proprio favore e a danno dell'altro.

Tuttavia, anche tra i sistemi che prevedono l'*optio legis*, è possibile ulteriormente distinguere in diverse sotto-categorie. Innanzitutto, relativamente alla forma, alcune legislazioni subordinano l'esercizio della scelta alla stipulazione di un vero e proprio *contrat de mariage*<sup>202</sup>, mentre altre ne prescindono totalmente, ritenendo sufficiente che la scelta sia espressa per iscritto o che rispetti determinati requisiti<sup>203</sup>.

Diversa è poi la rilevanza attribuita al momento nel quale deve avvenire l'*electio iuris*: solo raramente si pretende una scelta necessariamente antecedente alla

---

<sup>200</sup> Fanno eccezione Grecia, Malta, Polonia, Slovacchia, Lettonia che non permettono l'esercizio dell'autonomia delle parti nella scelta della legge da applicare ai regimi matrimoniali.

<sup>201</sup> in ossequio al principio di libertà contrattuale riconosciuto a livello interno che a fortiori, dovrebbe ammettere in presenza di elementi di estraneità la scelta di una legge che non presenta alcun nesso di collegamento oggettivo con la situazione concreta.

<sup>202</sup> E' quanto previsto, oltre che nei sistemi di common law, anche in Belgio, in Portogallo, in Spagna.

<sup>203</sup> E' quanto accade in Italia, in forza dell'art. 30 l. 218/95, oltre che nei Paesi che hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali (Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo), Germania, Austria.

celebrazione del matrimonio, restando al contrario la maggioranza degli Stati europei indifferente rispetto ad un'autonomia esercitata *ante o post nuptias*<sup>204</sup>.

Le divergenze normative, ancora una volta, possono determinare gravi incertezze a pregiudizio degli sposi transfrontalieri. In caso di controversia, per esempio, questi potrebbero presentarsi davanti all'autorità giurisdizionale di un Paese che non conferisce validità alcuna alla libertà di scelta, o che ne condiziona l'esercizio a requisiti che non sono stati rispettati in concreto perché non richiesti dalla *lex loci actus*. Di conseguenza, i coniugi potrebbero veder applicare ai loro rapporti la legge individuata attraverso criteri di collegamento oggettivi, a prescindere dalla scelta effettuata, in assoluta contraddizione rispetto alle aspettative.

O ancora, essi potrebbero trovarsi in concreto privati del diritto di adattare la regolamentazione della propria situazione giuridica patrimoniale alle mutate circostanze della vita comune, rimanendo vincolati contro la propria volontà ad una legge ormai assai lontana alla realtà coniugale.

## **8.2. La legge applicabile in mancanza di scelta**

In mancanza di scelta, la legge applicabile ai regimi matrimoniali viene determinata sulla base di criteri di collegamento oggettivi, variamente predisposti dai singoli legislatori. Innanzitutto, mentre certi ordinamenti applicano una medesima legge agli effetti sia personali che patrimoniali discendenti dal matrimonio<sup>205</sup>, altri li separano, sottomettendoli a diritti differenti<sup>206</sup>.

### **8.2.1. Sistemi giuridici scissionisti**

Alcuni sistemi giuridici, poi, adottano una disciplina di conflitto scissionista anche all'interno dello stesso settore patrimoniale, in forza del quale la legge applicabile viene individuata non in virtù di una fattispecie giuridica generale ed

---

<sup>204</sup> Così in Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, dove si applica la Convenzione de L'Aja del 1978; in Germania (§15 al. 2 EGBGB); Austria (§ 19 IPRG); Italia (Art. 30 l. 218/95). Tale soluzione è criticata in dottrina, rimarcandosi in particolare che le restrizioni previste nel diritto interno alla modificazione del regime matrimoniale ben potrebbero essere aggirate sul piano del diritto internazionale privato, attraverso la scelta di applicare una legge straniera. Cfr. sul punto REVILLARD M., *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, p. 151.

<sup>205</sup> Tra questi rientrano Spagna, Germania, Polonia, Malta, Slovacchia, Repubblica Ceca, Lettonia.

<sup>206</sup> Utilizzano criteri di collegamento distinti in ragione della personalità o della patrimonialità del rapporto: Belgio, Francia, Svezia, Portogallo. L'Italia (così come l'Austria) si colloca invece a metà strada: l'art. 30 della l. n. 218/95, sottomette i rapporti patrimoniali alla stessa legge individuata per i rapporti personali ma, a differenza dei primi, per i secondi non può essere esercitata alcuna forma di autonomia della volontà. Per questo, quando interviene una scelta delle parti sulla legge applicabile, nonostante l'uniformità dei criteri di collegamento oggettivi, rapporti personali e rapporti patrimoniali potrebbero risultare in concreto retti da due leggi differenti.

astratta, ma del tipo di bene in concreto controverso. Con particolare riferimento ai Paesi di common law, gli immobili restano sottoposti alla *lex rei sitae*, al contrario dei mobili, che sono generalmente retti dalla legge del domicilio comune al momento dell'acquisizione<sup>207</sup>.

Si paventa, in tali casi, il rischio di *depeçage*, tale per cui ad una stessa lite si rendono applicabili necessariamente due o più leggi, con tutto ciò che ne consegue in termini di difficoltà di coordinamento tra ordinamenti e, conseguentemente, di certezza giuridica<sup>208</sup>.

In ogni caso, soccorre anche nei Paesi di Common Law il rispetto accordato alla libera scelta delle parti. Anche laddove l'accordo sulla legge applicabile non sia espresso, sarà il giudice nella maggior parte delle ipotesi a ricercare una sorta di volontà tacita, sulla scorta di elementi di connessione tra fattispecie concreta e diritto applicabile.

### **8.2.2. Sistemi unitaristi: dalla cittadinanza alla residenza abituale**

I Paesi dell'Europa continentale, al contrario, possono essere a grandi linee classificati come unitaristi in quanto prevedono norme di conflitto onnicomprensive che individuano - generalmente attraverso criteri di collegamento "a cascata" - la legge applicabile ai regimi matrimoniali intesi nel loro complesso, indipendentemente dal tipo di beni coinvolti nella controversia<sup>209</sup>.

Tuttavia, al di là dell'analogia di sistema, si contrappongono due soluzioni differenti: una prima e maggioritaria ispirata al principio della nazionalità

---

<sup>207</sup>e ciò anche con riferimento alla materia dei rapporti tra coniugi che, come si è avuto modo di ricordare, non è fatta oggetto di unitaria disciplina neppure a livello materiale in questi ordinamenti. Anche l'Estonia adotta un regime scissionista: per i beni immobili si applica la *lex rei sitae*, per i mobili registrati quella del luogo dell'iscrizione nei pubblici registri.

<sup>208</sup> In Scozia ed in Irlanda, la scissione dei criteri di collegamento applicabili a beni mobili o immobili porta con sé la possibilità che alla stessa controversia, vertente su beni situati in Paesi diversi, si applichino leggi diverse, restando indifferente che ciò derivi da un accordo espressamente previsto dalle parti o che derivi dalla norma di conflitto designata in mancanza di scelta. In Inghilterra e nei Paesi del Galles, invece, la soluzione è più incerta, poiché la dottrina sembra favorire la legge del matrimonial domicile sia per gli immobili che per i mobili, in modo da evitare che il patrimonio degli sposi si trovi "judicially fragmented".

<sup>209</sup> Invero, la Convenzione dell'Aja del 1978 concede alle parti la possibilità di esercitare per loro espressa volontà un certo *depeçage*. In particolare l'art. 3 enuncia una norma di conflitto applicabile all'intero patrimonio degli sposi, ma aggiunge che questi possono sottoporre gli immobili rientranti nella massa comune alla legge del luogo in cui tali beni si trovano. Così anche in Germania, dove l'art. 15 II EGBGB permette agli sposi di sottomettere ciascun immobile alla legge del luogo in cui si trova situato. E lo stesso vale per l'Austria, che sembra ammettere un *depeçage* senza limitazioni, allorché la legge applicabile risulti dalla volontà delle parti: in tale caso gli sposi possono sottomettere liberamente differenti aspetti della loro relazione a leggi differenti, o limitare gli effetti dell'*optio iuris* solo ad alcune parti del proprio patrimonio.

comune<sup>210</sup>, una seconda ancorata al domicilio o alla residenza abituale dei coniugi.

Il fattore di collegamento della cittadinanza, in particolare, è previsto a titolo principale in Italia<sup>211</sup>, Germania<sup>212</sup>, Austria<sup>213</sup>, Spagna<sup>214</sup>, Grecia<sup>215</sup>, Portogallo<sup>216</sup>. Come noto, si tratta di un criterio di diritto, che non lascia spazio ad apprezzamenti discrezionali dell'autorità giurisdizionale adita. Presenta, inoltre, il notevole vantaggio della stabilità, cui tuttavia si contrappone l'evidente limite di una possibile carenza di prossimità rispetto alla fattispecie concreta<sup>217</sup>. Nel caso in cui i coniugi abbiano diversa nazionalità, tali ordinamenti rendono applicabili in via sussidiaria i criteri di collegamento della residenza abituale o del domicilio comune<sup>218</sup>. Questi ultimi sono criteri di collegamento cosiddetti "di fatto", che si presentano rispetto al primo certamente più effettivi, ovvero maggiormente prossimi e legati alla fattispecie concreta, nonché rispondenti alle aspettative dei soggetti coinvolti nella controversia.

Per le caratteristiche enunciate, numerosi Stati membri dispongono di un sistema esattamente invertito rispetto a quello appena descritto, e si affidano in via principale ai criteri di tipo domiciliare, e solo in via gerarchicamente subordinata alla cittadinanza comune<sup>219</sup>.

Tuttavia, non può sottacersi che il criterio della residenza cela al suo interno difficoltà di grande rilievo in tutti i casi nei quali, a fronte del trasferimento all'estero dei coniugi, è necessario stabilire se si determini o meno un mutamento automatico della legge applicabile, ed in caso di risposta affermativa, a partire da quale momento.

---

<sup>210</sup> In Danimarca il criterio di collegamento adottato è sì quello della cittadinanza, ma solo del marito.

<sup>211</sup> Art. 30 l. 218/95

<sup>212</sup> Art. 15 e art. 14 EGBGB

<sup>213</sup> § 19 e 18 al. 1 ch.1 IPRG

<sup>214</sup> Art. 9.2 CCE

<sup>215</sup> Art. 15 CCG

<sup>216</sup> Art. 53 CCP

<sup>217</sup> Si pensi, semplicemente, al caso di due sposi di origine francese che trasferiscano stabilmente la propria vita comune in Italia e che dopo molti anni necessitino dell'intervento del giudice per regolare la controversa gestione di un bene comune. L'applicazione della legge di nazionalità comune, in questo caso francese, potrebbe rivelarsi inadeguata alle esigenze del caso di specie.

Il criterio della nazionalità comune pone poi un ulteriore problema nel caso in cui uno o entrambi i coniugi presentino una doppia cittadinanza: in questo caso, alcuni Stati conferiscono la priorità alla propria nazionalità, mentre altri impongono al giudice la delicata verifica di determinare rispetto a quale Paese il soggetto presenti il collegamento più stretto.

<sup>218</sup> ad eccezione dell'Italia, che rende applicabile le legge del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

<sup>219</sup> Si tratta di Francia, Paesi Bassi e Lussemburgo, Parti della Convenzione dell'Aja del 1978. Laddove residenza o domicilio siano previsti in via principale, soccorrerà quale parametro sussidiario la cittadinanza comune dei coniugi. Ai sensi della Convenzione, poi, se anche questo criterio di collegamento si riveli inutile, si applicherà la legge del luogo con il quale la fattispecie concreta presenti il collegamento più stretto. Anche la Lettonia utilizza la residenza come criterio di collegamento principale.

### 8.3. Il problema del conflitto mobile della legge applicabile

Si tratta dell'annosa questione del "conflitto mobile", alla quale i legislatori nazionali hanno dato risposta diversa, nella ricerca della soluzione più adeguata alla complessità del problema.

Pare necessario evidenziare che la legge applicabile al regime matrimoniale va a regolare una relazione giuridica che prende vita al momento del matrimonio e che si prolunga considerevolmente nel tempo, fino alla dissoluzione del vincolo coniugale, ad esempio per morte o per divorzio. Durante questo (si auspica) lungo periodo, i fattori di collegamento rispetto ad un determinato diritto possono modificarsi, in seguito al cambiamento di residenza, di nazionalità da parte di uno o di entrambi i coniugi o anche a seguito di una riforma normativa.

L'incidenza che tali modificazioni possono produrre sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali è assai incerta e permette di prospettare differenti opzioni. Si tratta, in particolare, dei principi della pietrificazione, della mutabilità e della variabilità della legge applicabile.

#### 8.3.1. L'immutabilità della legge applicabile alla fattispecie

La maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea si pone a favore del principio dell'immutabilità, per cui la legge applicabile al regime patrimoniale degli sposi, che non hanno stipulato un contratto o una convenzione matrimoniale *ad hoc*, è definitivamente fissata al momento del matrimonio<sup>220</sup>.

Secondo questo concetto, il trasferimento di residenza, di domicilio o di nazionalità, da un Paese ad un altro, non va ad incidere meccanicamente sul regime che regge i rapporti patrimoniali. Viene, cioè, attribuito prioritario rilievo al principio di certezza del diritto, che richiede l'applicazione nel tempo di un'unica legge, a garanzia degli stessi consorti e dei terzi che con essi intrattengano relazioni giuridiche.

La legge applicabile può risultare, dunque, modificabile solo per libera scelta dei coniugi, purché si tratti di una decisione comune ed espressa, stipulata alle condizioni di ammissibilità richieste dalla *lex causae* e in conformità alle forme previste dalla legge del luogo di conclusione dell'accordo.

---

<sup>220</sup> Questa soluzione trova riscontro in Belgio (elaborata in via giurisprudenziale da Cass. 25 maggio 1992), in Austria (§ 7 IPRG), in Germania (art. 15 al. 1 EGBGB), in Spagna (art. 9.2 CCE), in Portogallo (art. 53 CCP), in Grecia (art. 15 CCG) La situazione è invece più incerta nei Paesi di Common law nei quali pare che la giurisprudenza sembri sensibile alla modificazione nel tempo del domicilio coniugale, salvo che la legge del primo domicilio comune si renda applicabile per volontà espressa o tacita dei coniugi.



### 8.3.2. (Segue) La variabilità della legge applicabile

Secondo il diritto internazionale privato di altri ordinamenti, tra i quali l'Italia<sup>221</sup> ed i Paesi ratificanti la Convenzione dell'Aja del 1978<sup>222</sup>, il semplice trasferimento del domicilio coniugale da uno Stato ad un altro può produrre effetti automatici sul diritto applicabile ai rapporti patrimoniali. Si può supporre, ad esempio, che inizialmente sottoposti alla comunione legale, i coniugi si trovino subordinati dopo un certo periodo di tempo al regime di separazione previsto *ex lege* dall'ordinamento di residenza attuale, indipendentemente da una loro volontà e consapevolezza espressa in tal senso al momento del trasferimento<sup>223</sup>.

È chiaro che il mutamento involontario potrà produrre un effetto sorpresa sui coniugi - che non si siano preoccupati di stabilizzare la situazione attraverso accordi contrattuali - e sui terzi - si pensi ad esempio al creditore di un coniuge in regime di separazione che, nel momento di far valere il suo credito, potrebbe vedersi opposto il nuovo regime di comunione, che riserva una quota del patrimonio personale del proprio debitore ai bisogni comuni della famiglia e, di conseguenza, lo rende aggredibile *in primis* dai creditori della comunione.

Per questa ragione, l'operatività della cosiddetta variabilità della legge applicabile si fonda normalmente sulla premessa che vengano fatti salvi i diritti acquisiti dai coniugi o dai terzi, in base alla legge applicabile al tempo in cui tali diritti sono stati conseguiti.

L'unica via per scongiurare le conseguenze negative dell'automatismo pare esclusivamente quella di cautelarsi attraverso la predisposizione di convenzioni negoziali prima o a seguito del matrimonio<sup>224</sup>. Tuttavia, ciò non elimina *in toto* le

---

<sup>221</sup> In Italia, l'art. 30 l. 218/95 sottopone i rapporti patrimoniali dei coniugi che non hanno comune nazionalità alla legge del luogo di prevalente localizzazione matrimoniale. La dottrina maggioritaria è, però, concorde nel temperare gli effetti negativi della flessibilità di tale criterio (dal quale consegue in primo luogo un'ampia discrezionalità valutativa in capo al giudice), sottolineando che, nonostante il mutamento di legge applicabile, restano impregiudicati i diritti acquisiti da coniugi e terzi sotto la vigenza della precedente legge.

<sup>222</sup> La Convenzione all'art. 7 accoglie espressamente il principio della mutabilità del diritto applicabile, suscettibile di prodursi quando le circostanze rilevano l'esistenza del suo collegamento più prossimo rispetto al precedente. Inoltre, il diritto dello Stato in cui i coniugi hanno fissato la propria residenza abituale diviene applicabile solo se i coniugi hanno acquisito la cittadinanza di tale Stato o vi abbiano vissuto per un periodo minimo di dieci anni. Gli effetti della variazione automatica si producono nel tempo con efficacia *ex nunc*.

<sup>223</sup> E non è un caso che, come noto, proprio questo aspetto sia stato alla base della mancata adesione di numerosi Paesi alla medesima Convenzione. Sul punto cfr. ad es. CRONE R., *Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial: une bombe à retardement*, in *Deffrénois*, 2001, p. 1026 ss.; ID., *Changements de la loi applicables au régime matrimonial: précautions à prendre, observations et formules*, in *Deffrénois*, 2007, p. 1213; REVILLARD M., *à propos de la mutabilité du rattachement prévu à l'article 7 de la Convention de la Haye*, in *Cahiers du CRIDON de Lyon*, n° 27/2000.

<sup>224</sup> Nel caso in cui gli sposi abbiano stipulato un *contrat de mariage*, generalmente prevale il principio

incertezze sottese all'eterogeneità delle scelte normative, in particolare se si considera che tale soluzione potrebbe non essere percorribile se la legge interna della nuova residenza abituale non permette l'esercizio dell'autonomia contrattuale in campo matrimoniale<sup>225</sup>.

Inoltre, la soluzione sembra attribuire un affidamento troppo ampio sulle capacità e sulle conoscenze giuridiche delle persone comuni, non sempre attente ai problemi derivanti dall'internazionalità dei propri *ménages* familiari.

### 8.3.3. (Segue) La mutabilità volontaria della legge applicabile

In virtù del rispetto della volontà delle parti, in tutti i casi in cui sia intervenuta una scelta dei coniugi tesa ad individuare la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, questa prevale sui criteri di collegamento oggettivi e sulla loro eventuale variabilità, sempre che sia non solo ammessa dall'ordinamento in cui intendono farsi valere i suoi effetti, ma anche conforme ai requisiti di validità e di forma dallo stesso richiesti.

Se, come visto, la generalità degli ordinamenti europei assume un atteggiamento favorevole alla libertà di scelta, tuttavia occorre qui considerare il diverso problema derivante dal potere di modificare tale scelta nel corso del matrimonio.

La mutabilità volontaria risponde alla concreta esigenza degli sposi di adattare nel tempo il loro regime matrimoniale alle mutate circostanze della vita comune. Una volta concessa dall'ordinamento la facoltà di scegliere la legge applicabile al rapporto, non pare esserci ragione per impedirne il successivo mutamento.

In questo caso, tuttavia, non può sfuggire il complesso problema di determinare se l'efficacia del cambiamento si produca *ex tunc* o *ex nunc*<sup>226</sup>. Negli ordinamenti aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1978 ed in Austria, ad esempio, la legge designata dai coniugi diviene, per esplicita previsione, applicabile retroattivamente dal momento della celebrazione del matrimonio, fatti salvi la diversa volontà delle parti ed i diritti acquisiti dai terzi; in Germania la soluzione adottata è quella esattamente opposta, poiché l'*optio iuris* produce i suoi effetti *ex nunc*, se gli

---

della persistenza della volontà delle parti sia che esse abbiano designato esplicitamente la legge applicabile al contratto, sia nel caso in cui l'espressa indicazione manchi.

<sup>225</sup> Nella stessa Convenzione dell'Aja la soluzione è controversa. L'art. 6 precisa che gli sposi possono, nel corso del matrimonio, sottomettere il loro regime matrimoniale ad un'altra legge rispetto a quella che si rende *ex lege* già applicabile. Tale formulazione è sembrata ad alcuni interdire la designazione di una legge già competente, come quella della prima residenza abituale. Così affermando, tuttavia, la scelta effettuata risulterebbe invalida, lasciando i coniugi sottoposti all'arbitrio della variabilità automatica. La soluzione, pertanto, non convince la dottrina maggioritaria che rileva come la priorità riservata alla volontà delle parti nella scelta di una nuova legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali deve valere a maggior ragione nel caso in cui gli stessi coniugi confermino una legge già resa applicabile per volontà del legislatore.

<sup>226</sup> BONOMI A., *op. cit.*, p. 65.

interessati non si sono pronunciati in senso contrario; in Italia ed in altri Paesi ancora la norma di riferimento tace sul punto, lasciando aperti notevoli dubbi dal punto di vista pratico.

## **9. Problemi di competenza in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi**

A causa delle profonde divergenze riscontrate in materia di legge applicabile, è evidente che un soggetto, cosciente degli elementi di estraneità propri del suo matrimonio, abbia tutto l'interesse ad informarsi in anticipo in ordine a quali siano le autorità competenti, da un lato a risolvere le eventuali controversie giurisdizionali, dall'altro ad occuparsi di questioni *extra-litem*, vertenti sulla gestione del regime patrimoniale coniugale.

A seconda del giudice - o comunque dell'autorità pubblica- aditi, infatti, cambia il diritto internazionale privato di riferimento e, in ragione delle differenze tra criteri di collegamento utilizzati a livello nazionale, molto presumibilmente muta anche la legge materiale applicabile alla situazione concreta. E, come si è cercato più volte di evidenziare, l'applicazione del diritto dell'uno o dell'altro ordinamento comporta, nella materia in esame, conseguenze di grande rilievo.

### **9.1. La competenza giurisdizionale**

Restringendo momentaneamente l'indagine alla sola competenza giurisdizionale, si può constatare come le diverse scelte legislative nazionali possono influire enormemente sulle istanze di certezza facenti capo ai coniugi transfrontalieri.

In Europa, solo pochi ordinamenti si sono dotati di normative specifiche in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, frequentemente fondando la giurisdizione sul titolo della residenza coniugale abituale<sup>227</sup>, alcune volte sostituito da quello della cittadinanza<sup>228</sup>. Tutti gli altri sistemi giuridici si affidano, invece, ai

---

<sup>227</sup> Ad esempio, in Austria la competenza esclusiva appartiene al giudice dell'ultima residenza abituale comune e, in mancanza, di residenza abituale dell'attore e, in mancanza, di quella del convenuto. Se in base a questi criteri non è possibile individuare l'autorità competente, la giurisdizione ricade sul Tribunale di Vienna. In Spagna, la competenza è fondata sulla residenza abituale degli sposi ma il giudice spagnolo è competente anche nel caso in cui i coniugi, residenti all'estero ma di nazionalità comune spagnola, compaiano di comune accordo davanti a lui. In materia di rapporti patrimoniali, poi, il giudice è altresì competente se l'attore è di nazionalità spagnola e risiede abitualmente in Spagna.

<sup>228</sup> In Grecia, ad esempio, il giudice è competente se uno dei due coniugi ha (o aveva al momento del matrimonio) la nazionalità greca. Il tribunale è ancora competente se la legge nazionale comune degli sposi lo ammette o se il diritto greco è l'unico a riconoscere la validità del matrimonio.

titoli di giurisdizione generali, spesso formulati in termini assai ampi e tendenti a riconoscere la competenza del foro adito.

Tuttavia, occorre ancora distinguere tra controversie insorte in costanza di matrimonio - per le quali vale quanto appena affermato - e quelle instaurate in occasione dello scioglimento del vincolo coniugale. È noto, infatti, che i titoli di giurisdizione relativi alle cause di separazione, divorzio, annullamento sono predisposti uniformemente a livello europeo, dal Regolamento Bruxelles II-bis<sup>229</sup>. Tuttavia, è lo stesso Regolamento ad escludere dal suo campo di applicazione i rapporti patrimoniali tra coniugi, che restano disciplinati autonomamente da ciascuno Stato. Non essendo previsto uno specifico coordinamento tra le due materie, può accadere che il giudice della causa matrimoniale, individuato sulla base dei titoli di giurisdizioni europei, sia ugualmente competente a conoscere del regime di liquidazione dei beni (in forza dei titoli previsti dal proprio ordinamento, normalmente ampi); ma può altresì verificarsi che, in base alle norme nazionali sulla giurisdizione, lo stesso giudice non possa pronunciarsi sugli assetti economici derivanti dalla rottura del rapporto coniugale.

In questa ipotesi occorrerà, dunque, attendere la conclusione del primo procedimento, vertente sullo *status* coniugale, per instaurare una nuova controversia sulla liquidazione patrimoniale davanti al giudice competente di un altro Stato, con tutto ciò che ne consegue, dal punto di vista processuale, in termini di duplicazione di tempi e di costi e, sotto il profilo sostanziale, nel rischio di applicare allo *status* e alle questioni patrimoniali che ne discendono leggi diverse.

Dalle considerazioni che precedono si deduce che anche in un contesto integrato come quello europeo, le controversie relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi possono essere portate davanti ad una molteplicità di fori, con gravi incertezze quanto al luogo di situazione del processo e alla legge che sarà applicata in concreto. Possono paventarsi principalmente due rischi: da un lato, l'espandersi di un

---

<sup>229</sup> Ad eccezione della Danimarca, in cui non si applica, il Regolamento predispone, tra l'altro una disciplina uniforme a livello europeo per ciò che concerne la competenza giurisdizionale, individuando sette fori alternativi ed esclusivi fondati sui criteri di residenza abituale o di nazionalità comune dei congiunti. In particolare, in forza dell'art. 3 del Regolamento (CE) n. 2201/03 è competente il giudice dello Stato: a) sul cui territorio 1. Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio si trova: a) la residenza abituale dei coniugi, o l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o la residenza abituale del convenuto, o in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicile"; b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicile" di entrambi i coniugi. 2. Ai fini del presente regolamento la nozione di "domicile" cui è fatto riferimento è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda.

incontrollato *forum shopping*, in tutti i casi in cui il coniuge più astuto si rivolga per primo al giudice più favorevole alla sua posizione; dall'altro, l'emissione di decisioni contrastanti all'interno di Stati membri diversi.

Quest'ultimo problema è reso ancora più reale dalla mancanza, in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, di una regolamentazione unitaria del fenomeno della litispendenza o della connessione, che resta affidato alle singole – e più restrittive – discipline nazionali. Le difficoltà pratiche si evidenziano soprattutto nell'ipotesi di procedure di liquidazione e di spartizione del regime matrimoniale conseguente ad un divorzio.

Non è azzardato pensare che due decisioni contrastanti, emesse in Stati differenti, possano dar vita ad una situazione di stallo, che non giova ai coniugi, e tantomeno a quello tra essi considerato il più debole.

## **9.2. La competenza in sede non contenziosa**

Se dalla competenza giurisdizionale, poi, si estende lo spettro d'indagine alla competenza in materia non contenziosa il quadro si complica ulteriormente. Ancora una volta è la mancanza di coordinamento tra legislazioni a provocare le maggiori difficoltà.

Si pensi alla citata omologazione di un *contrat de mariage*, ovvero a quella del suo mutamento. In questi casi, l'incertezza per due coniugi, magari di nazionalità diversa, o che trasferiscono la propria residenza all'estero, riguarda la stessa autorità alla quale rivolgersi. Ad un notaio o ad un avvocato? Ad un'amministrazione pubblica o ad un tribunale? E soprattutto in quale Paese? In mancanza di norme chiare ed uniformi che determinino in modo prevedibile e certo l'autorità competente a trattare il caso concreto, le probabilità di rimanere disorientati sono davvero alte. Può accadere, ad esempio, che i coniugi si rivolgano contemporaneamente ad autorità di natura differente, appartenenti a loro volta ad ordinamenti differenti. In tal caso, non solo il loro *contrat* può produrre effetti diversi a seconda dell'organo adito, ma è altresì possibile che esso venga riconosciuto valido in uno Stato, invalido nell'altro.

## **10. Problemi relativi al riconoscimento delle convenzioni matrimoniali**

Proprio uno degli impedimenti maggiori alla libera circolazione dei coniugi nell'ambito europeo consiste nella possibilità che una convenzione avente ad oggetto il regime matrimoniale, stipulata secondo la legge di uno Stato membro (poniamo quello in cui i coniugi risiedevano abitualmente al momento della conclusione del contratto o della celebrazione del matrimonio) non trovi riconoscimento all'estero (ad esempio nello Stato in cui è stata trasferita la vita

matrimoniale). Ciò può accadere, ad esempio, quando il primo Stato ammetta l'esplicarsi dell'autonomia della volontà come in concreto esercitata, mentre il secondo la rifiuti, sulla base delle diverse regole di forma e di validità alle quali sottopone tali patti.

Basti pensare che la giurisprudenza inglese interrogata sul punto – in un caso nel quale due cittadini tedeschi, sposatisi in Germania, avevano spostato la loro residenza comune nel Regno Unito – non ha esitato a definire il contratto di matrimonio stipulato antecedentemente al trasferimento “of very limited significance before british courts”.

Inoltre, il più delle volte le convenzioni matrimoniali rivestono necessariamente, per volontà della legge nazionale, la forma solenne dell'atto pubblico. In mancanza di un'armonizzazione di disciplina, resta devoluta agli ordinamenti nazionali la definizione della forza esecutiva riconosciuta a tali atti in uno Stato diverso da quello di origine. In altri termini, sulla base delle norme nazionali occorre verificare se essi vadano qualificati come decisioni straniere, e conseguentemente sottoposti alle relative regole su riconoscimento ed esecuzione predisposte a livello nazionale<sup>230</sup>, o al contrario costituiscano semplici atti di autonomia privata<sup>231</sup>, la cui validità è vagliata sulla base della normativa di conflitto predisposta. In mancanza di uniformità sul punto si paventa, dunque, un elevato rischio di mancato riconoscimento delle convenzioni matrimoniali in un Paese diverso da quello in cui sono state stipulate.

## **11. (Segue) e delle decisioni straniere.**

Il problema da ultimo evidenziato è strettamente connesso a quello del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere, soprattutto in quanto relative alla liquidazione o alla spartizione di un patrimonio comune, comprendente beni situati in Stati diversi.

Può accadere che l'autorità giurisdizionale, richiesta di sciogliere la comunione coniugale, per esempio nel corso di un processo di divorzio, ordini ad un soggetto (persona fisica o giuridica) di nazionalità straniera e residente all'estero, di fornire informazioni all'autorità incaricata di procedere alle operazioni di liquidazione o di divisione. Si pensi, per esempio, all'ordine ingiunto da un magistrato di uno Stato membro ad una banca straniera di informare il notaio-liquidatore relativamente all'esistenza e alla quantificazione dei conti bancari facenti capo ad uno dei coniugi.

Che succede se l'Istituto di credito rifiuta di adempiere? Considerato il principio

---

<sup>230</sup> Tale sembra essere l'orientamento accolto da Francia, Lussemburgo, Belgio.

<sup>231</sup> Tale è la posizione assunta in particolare da Germania, Austria, Portogallo, nei quali gli atti pubblici stranieri valgono come convenzioni private, sottoposte alle regole sui conflitti di legge, indipendentemente dalla funzione pubblica esercitata dall'autorità davanti alla quale le parti hanno espresse la propria volontà.

internazionalmente riconosciuto per cui ogni Stato ha il potere esclusivo sugli atti di natura coattiva da eseguire sul proprio territorio nazionale - essendone al contrario del tutto privo al di fuori questo - l'ordine può facilmente rimanere disatteso, in mancanza di consenso spontaneo degli interessati.

Può altresì succedere che il giudice di uno Stato membro decida su una controversia relativa a diversi beni, tra cui uno o più immobili, nonostante che questi siano localizzati all'estero. Inoltre, sulla base della propria legislazione può incaricare un notaio di procedere all'inventario, alla contabilità, alla liquidazione e alla divisione dei medesimi beni. In tale ipotesi, due sono i motivi di mancato riconoscimento cui la decisione emessa si sottopone. Da un lato, quello di contravvenire ai principi giurisdizionali del Paese richiesto di riconoscere il provvedimento, che sancisce la competenza in via esclusiva del giudice del luogo di situazione dei beni. Dall'altro, le ampie competenze attribuite al notaio ad effettuare le operazioni di cui è stato incaricato dall'autorità giurisdizionale del Paese di origine della controversia possono risultare in contrasto con i principi generali dell'ordinamento chiamato a vagliare la riconoscibilità della sentenza.

Qualora, poi, lo stesso immobile non sia agevolmente divisibile sopravviene la necessità di provocarne la vendita al fine di spartirne il ricavato tra i comunisti, secondo le quote determinate in forza della legge applicabile alla divisione. E se il bene è sito all'estero, insorgono complicazioni che provocano inevitabilmente ritardi e sovra-costi, certamente amplificati dall'assenza di armonizzazione normativa che semplifichi l'iter di *exequatur* delle decisioni straniere.

## **12. Pubblicità e opponibilità ai terzi**

Allo stato attuale, dunque, le divergenze normative pongono ostacoli insormontabili alle istanze di certezza dei coniugi che intendano esercitare il proprio diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione, e ciò non solo nei rapporti reciproci tra essi intercorrenti, ma anche qualora vogliano opporre il proprio regime matrimoniale ai terzi, ed in particolare ai creditori di uno o di entrambi.

Solo per fare alcuni esempi rispetto alle problematiche da ultimo richiamate, si consideri la possibilità che il diritto dello Stato di residenza comune, nel quale i coniugi gestiscono anche i propri affari, preveda per alcuni atti una pubblicità necessaria che, tuttavia, andrebbe necessariamente adempiuta all'estero, nello Stato di celebrazione del matrimonio o in quello dove è stata stipulata la prima convenzione matrimoniale. Quali potrebbero essere le conseguenze se quest'ultimo Stato non prevedesse un regime altrettanto rigoroso per i medesimi atti, ad esempio non assoggettandoli ad alcuna forma di registrazione?

O ancora, può evidenziarsi un problema di conflitto di leggi: se la legge del luogo di conclusione del contratto di matrimonio prevede un certo regime di pubblicità, si può certamente affermare che il rispetto dei requisiti di forma richiesti, in forza del

principio *locus regit actum*, favorirà l'efficacia internazionale di tale atto. Ma come procedere se lo Stato nel quale è concluso l'accordo non prevede alcuna specifica forma di pubblicità? L'atto redatto in mancanza di questa può essere opponibile ai terzi in un Paese che la pubblicità richieda? E se sì, a quali condizioni?

### **Sezione III: Le unioni non matrimoniali nel diritto comparato**

#### **13. Il fenomeno delle nuove realtà familiari**

Il complesso quadro delineato con riferimento ai rapporti patrimoniali tra coniugi nel contesto europeo, già di per sé caratterizzato da un'evidente disomogeneità disciplinare tra legislazioni nazionali, costituisce tuttavia solo uno spaccato della più ampia realtà delle vicende economiche della coppia.

Nel mutato contesto storico, connotato dai caratteri del pluralismo culturale, della diversità sociale, dell'autonomia degli individui, è ormai assodato che il legame familiare legittimo non costituisce più l'esclusiva forma di strutturazione della società, ma risulta oggi affiancato da modelli alternativi di aggregazione individuale, definiti nel loro insieme come "famiglie non tradizionali", o più imprecisamente come "famiglie di fatto".

Nel corso degli ultimi decenni, al continuo espandersi del fenomeno dal punto di vista sociale, ha fatto eco la progressiva presa di coscienza del mondo giuridico, attraversato a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, da una costante riflessione sulle istanze di riconoscimento delle nuove tipologie familiari, nonché degli effetti di natura personale e patrimoniale da queste prodotte.

In ambito europeo, gli ordinamenti nazionali si sono mossi parallelamente - nella maggioranza dei casi - verso la progressiva apertura nei confronti di forme di "famiglia" slegate dal tradizionale legame del matrimonio. Tuttavia, ancora una volta, essi hanno reagito in termini e con modalità assai diversificati, riflettendo a livello normativo la disomogeneità caratterizzante la dimensione sociale della realtà<sup>232</sup>.

Lo *status* familiare delle coppie non sposate attualmente ricomprende al suo interno fattispecie eterogenee, diversamente classificate non solo nella struttura e

---

<sup>232</sup> MOSCONI F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 2, 2005, p. 305.



nella disciplina, ma anche in quanto riferite alcune esclusivamente alle coppie omosessuali, altre indifferentemente a quelle di sesso diverso o dello stesso sesso<sup>233</sup>.

Mentre alcuni ordinamenti prendono in considerazione solo marginalmente il fenomeno della famiglia di fatto, lasciando la possibilità ai soggetti che ne fanno parte di regolare i propri rapporti secondo l'autonomia privata e fuori da schemi legali; altri forniscono la possibilità alle coppie omosessuali, in alcuni casi estesa anche agli eterosessuali, di formalizzare la propria unione in modo da attribuirle determinati effetti giuridici stabiliti dalla legge (ad esempio *pacs* e *Registered partnership*); altri ancora danno alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre veri e propri matrimoni.

### **13.1. Status e rapporti patrimoniali delle coppie non tradizionali nelle legislazioni europee**

Al fine di comprendere il progetto di armonizzazione legislativa predisposta a livello europeo in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, appare preliminarmente necessario operare una fondamentale distinzione tra i diversi istituti da tenere in considerazione, con particolare attenzione ai risvolti economici inerenti a ciascuno di questi. È possibile riferirsi principalmente a: convivenza “libera” (cd. Non-marital cohabitation), convivenza registrata (*pacs* e *registered partnership*), matrimoni tra persone dello stesso sesso<sup>234</sup>.

#### **13.1.1. L'unione libera**

L'unione libera, che comprende tutte le forme di unioni non tradizionali avulse da ogni formalizzazione legale, si contraddistingue per la sua “irriducibile multiformità”, ovvero per il fatto di non essere disciplinata in alcuno Stato in modo

---

<sup>233</sup> Per una rassegna delle varie legislazioni europee si vedano in particolare: ALONSO PEREZ J.I., *Unioni civili, unioni di fatto e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica*, n. 2, 2003, p. 343 ss; FORDER C., assisted by S. H. LOMBARDO, *Civil aspects of emerging forms of registered partnership, Report presented at the fifth European Conference of Family Law*, the Hague, 1999, p. 23; JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., *Registered partnerships, paces and private international law, some reflections*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 290 ss.; CALÒ E., *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 1272 ss.; CURRY-SUMNER I., *All's well that ends registered? The substantive and private international laws aspects of non-marital registered relationships in Europe. A comparison of the laws of Belgium, France, The Netherlands, Switzerland and the United Kingdom*, Intersentia-Antwerp, 2005.

<sup>234</sup> P. SARCEVIC, *Private international law aspects of legally regulated forms of non marital cohabitation and registered partnership*, in *Year Book of private international law*, vol. 1, 1999, p. 38.

omogeneo rispetto ad un altro<sup>235</sup>. Per fare alcuni esempi in ambito europeo, si osserva che in Slovenia<sup>236</sup> essa viene equiparata quanto agli effetti legali al matrimonio, in Portogallo è tutelata da una normativa specifica che ne definisce un regime legale unitario<sup>237</sup>; in Italia, Svezia, Norvegia<sup>238</sup> è prevista solo da norme di settore che ne disciplinano gli aspetti ritenuti più rilevanti dai rispettivi legislatori<sup>239</sup>.

D'altronde, è la definizione stessa di unione libera a mancare in Europa a livello uniforme, sebbene di recente si rinvenga una tendenza condivisa ad identificarla come comunione di vita residenziale, economica, sessuale, caratterizzata da una certa stabilità e fondata esclusivamente sulla volontà dei *partners*, che restano liberi di porla in essere e di scioglierla in qualsiasi momento, senza alcuna formalizzazione.

Laddove previsto, il modello fondato sull'unione libera sembra orientato al principio dell'assimilazione tra la famiglia di fatto e la famiglia unita in matrimonio: segue, cioè, la propensione di estendere - *in toto* o più frequentemente solo per singoli aspetti definiti dal legislatore - il trattamento riservato alle coppie sposate anche a quelle costituite da conviventi che presentano alcuni requisiti di tipo e di durata sanciti dalla legge. Inoltre - spesso per sollecitazione della giurisprudenza - le disposizioni dei vari Paesi equiparanti coniuge e convivente sono interpretate o modificate nel senso di potervi ricomprendere anche i *partners* dello stesso sesso<sup>240</sup>.

Dal punto di vista economico, i conviventi sono generalmente liberi di stipulare fra loro accordi che regolano variamente gli assetti patrimoniali tra essi intercorrenti,

---

<sup>235</sup> FOLDER C., assisted by S. H. LOMBARDO, *Civil aspects of emerging forms of registered partnership, Report presented at the fifth European Conference of Family Law*, the Hague, 1999, p. 23.

<sup>236</sup> Art. 12 of the Slovenian Law on marital and other Family Relation, 1976.

<sup>237</sup> Legge n. 7/2001, 11 maggio 2001 (misure di protezione delle unioni di fatto).

<sup>238</sup> Si fa qui riferimento, rispettivamente a Swedish Cohabitees (Joint Home) Act e Norway Joint Household Act.

<sup>239</sup> E' interessante notare a riguardo che, mentre in Europa la fattispecie dell'unione libera - rimasta per molto tempo unico modello di riferimento della famiglia di fatto - ha subito un notevole ridimensionamento d'interesse a causa del recente orientamento dei legislatori statali nel senso della formalizzazione delle unioni; in ambito extra-europeo essa continua ad esercitare notevole influenza rispetto a numerose discipline nazionali. Il modello fondato sull'unione libera (cd. modello interpretativo), si è sviluppato nel corso del tempo soprattutto nei Paesi anglosassoni di Canada, Australia, Nuova Zelanda ed in alcuni Stati dell'America Latina. In particolare: in seguito all'adozione della *Canadian Charter of rights and freedom* del 1982 ed alle numerose sentenze che hanno sancito l'obbligo per il legislatore (provinciale e federale) di adeguare l'ordinamento ai principi ivi previsti, l'esperienza canadese si è evoluta secondo il modello interpretativo, estendendo il significato di *spouse* anche al convivente e progressivamente ampliandolo fino a ricomprendervi (grazie soprattutto ai numerosi interventi giurisprudenziali) anche i soggetti omosessuali.

<sup>240</sup> Si vedano ad esempio: ELLIOT D., *The Canadian earthquake: same-sex marriage in Canada*, in *New England Law Review*, 2004, p. 591 ss.; BONINI BARALDI M., *op. cit.*, p. 131 ss.; CHRISTIE N., *The New Zealand Same-sex marriage Case: from Aotearoa to the United Nations*, in *Legal Recognition of same sex partnerships. A study of national, European, international law*, a cura di Wintemute, Andenaes, Oxford-Portland, Oregon, 2001, p. 319.

ma solo entro i limiti imposti dalla legge all'autonomia contrattuale delle parti. Ciò significa che nella maggior parte degli ordinamenti, la validità e gli effetti di pattuizioni stipulate tra conviventi sono assoggettati alla disciplina comune prevista per le obbligazioni contrattuali, restando estromesse da quella matrimoniale<sup>241</sup>.

Generalizzando, nessuno Stato membro assimila il regime patrimoniale tra conviventi a quello intercorrente tra i coniugi: non sono previsti, ad esempio, obblighi di assistenza morale e materiale durante la relazione, né obbligazioni alimentari al momento della rottura; e sono unanimemente esclusi i diritti successori in capo al coabitante superstite. Sono, invece, presenti nella maggior parte degli ordinamenti misure specifiche poste a tutela dei diritti primari derivanti da una convivenza: viene assicurata l'applicazione della normativa sulla protezione contro le violenze domestiche, anche in Paesi nei quali la fattispecie è appena riconosciuta; spesso la casa familiare può essere assegnata al coabitante anche non proprietario o non locatario a seguito dello scioglimento del rapporto, avvenuto per causa di morte o di semplice rottura; numerose sono, poi, le legislazioni che ammettono il convivente ad essere designato come beneficiario di un contratto di assicurazione sulla vita, purché questo sia revocabile dal momento dello scioglimento della relazione.

### 13.1.2. L' unione registrata

Al contrario di quella appena analizzata - che trova origine e maggior riconoscimento all'esterno del territorio europeo<sup>242</sup> - la fattispecie "unione registrata" si è sviluppata soprattutto in ambito europeo ed è stata regolamentata da molti ordinamenti secondo due principali direttrici distinte, aventi caratteristiche proprie<sup>243</sup>.

Da una parte, i Paesi dell'Europa centro-settentrionale riservano la registrazione alle unioni tra persone omosessuali e nella sostanza assimilano il rapporto nascente da tale registrazione al matrimonio<sup>244</sup>; dall'altra, i Paesi dell'Europa neolatina prevedono la registrazione delle unioni tra persone di sesso opposto o dello stesso

---

<sup>241</sup> Così ad esempio in Inghilterra, Germania, Italia, Scozia (ma solo se la convivenza è eterosessuale), Lussemburgo, Danimarca, Finlandia, Francia, Belgio. Fa eccezione l'Irlanda, dove i contratti tra conviventi sono considerati ex se invalidi e contrari all'ordine pubblico.

<sup>242</sup> SESTA M., *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 350.

<sup>243</sup> Attualmente, solo 9 Stati membri non disciplinano nella legislazione interna le unioni registrate: Bulgaria, Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Romania, Slovacchia.

<sup>244</sup> In questi ordinamenti, momento fondamentale è considerato quello della celebrazione che tiene luogo del matrimonio, cioè di una dichiarazione effettuata di fronte all'ufficiale dello stato civile, che viene ad assumere, anche nei profili esteriori, non il significato di consegna di un documento contenente la volontà delle parti, ma di una vera e propria celebrazione, a seguito della quale i due compagni assumono gli stessi diritti e doveri rispetto alle persone coniugate, pur con alcune eccezioni diverse in ciascun Paese. Anche gli impedimenti sono ricalcati sulla disciplina matrimoniale.

sesso ed organizzano la relazione susseguente sottolineandone il carattere contrattuale, attraverso forme prestabilite dalla legge che escludono in generale l'acquisto di uno *status* assimilabile a quello di coniuge<sup>245</sup>.

#### a) Il modello scandinavo

Nello specifico, i Paesi Scandinavi sono tutti orientati verso il riferimento alla normativa in materia di matrimonio: i legislatori di Danimarca<sup>246</sup>, Norvegia<sup>247</sup>, Svezia (fino al 2009)<sup>248</sup>, Finlandia<sup>249</sup>, Islanda<sup>250</sup> richiamano espressamente la normativa matrimoniale, limitandosi ad escludere da tale rinvio alcune disposizioni, come quelle relative alla filiazione. Nella stessa direzione è orientata anche la legge tedesca<sup>251</sup> che prevede l'apertura alla registrazione solo per le unioni tra persone dello stesso sesso ed inserisce tale istituto nel diritto di famiglia.

La nascita dell'atto, la disciplina del rapporto ed il suo scioglimento sono direttamente regolati dalla legge, che prevede forme di celebrazione vera e propria, sancisce diritti e doveri predeterminati, individua i modi di scioglimento, dando vita ad un nuovo istituto giuridico che modifica lo stato civile delle persone.

La *partnership* registrata secondo il diritto di questi ordinamenti (cosiddetta *partenariat enregistré* o *enregistrement de partenariat*) non può, quindi, essere considerata solo un contratto fra le parti, in quanto riveste i caratteri di una fattispecie giuridica di diritto di famiglia, che individua posizioni precise alle quali i soggetti coinvolti possono derogare solo in parte, così come avviene per il vincolo coniugale.

L'essenza prettamente familiare dell'istituto si ripercuote inevitabilmente in campo economico, seppur con alcune differenze tra un ordinamento e l'altro. Nei Paesi Scandinavi, dove il partenariato è concepito come un'alternativa al matrimonio

---

<sup>245</sup> In questi ordinamenti, il *prius* è costituito dal contratto e dunque da una manifestazione di volontà principalmente diretta a disciplinare i rapporti patrimoniali, ancorché in alcuni casi estesa a ricomprendere profili di carattere personale; il negozio viene inserito in un meccanismo pubblicitario tendente ad apprestare forme di opponibilità ai terzi, e si perfeziona con una sorta di celebrazione che si sostanzia nella registrazione dell'accordo.

<sup>246</sup> E' in vigore il Danish Registered *Partnership* Act n. 372, 7 giugno 1989. Questa legge ha dato per la prima volta la possibilità a due soggetti anche dello stesso sesso di registrare la propria unione conseguendo gli stessi effetti del matrimonio.

<sup>247</sup> Bill on Registered *Partnership* n. 40, 30 aprile 1993.

<sup>248</sup> Registered *Partnership* Act n. 1117, 23 giugno 1994. Questa legge è stata abrogata nel 2010, al momento dell'approvazione della legge sul matrimonio tra soggetti del medesimo sesso..

<sup>249</sup> Registered *Partnership* Act n. 250, 9 novembre 2001.

<sup>250</sup> Act on Registered *Partnership* n. 87, 12 giugno 1996.

<sup>251</sup> E' stata introdotta il 16 febbraio 2001 la *Lebenspartnerschaftsgesets* che dà la possibilità a persone dello stesso sesso di registrare l'unione. La registrazione sottopone l'unione ad una minuziosa regolamentazione in materia patrimoniale e allo stesso tempo opera numerosi parallelismi con la disciplina matrimoniale (anche per ciò che concerne gli impedimenti)

aperta alle persone del medesimo sesso, i partners che decidono di registrare la propria unione sono economicamente parificati ai coniugi, e ciò sia nel corso dell'unione – quanto ad esempio ai regimi patrimoniali, alla proprietà e alla gestione dei beni, alle obbligazioni alimentari, alle pensioni, alle imposte, alle assicurazioni – sia a seguito del suo scioglimento. Nell'ordinamento tedesco, invece, la situazione dei *partners*, sostanzialmente equiparata a quella dei coniugi nel corso del rapporto, se ne distanzia al momento dello scioglimento, poiché non è prevista la spartizione equa degli incrementi, istituto tipico del regime patrimoniale comunista del diritto tedesco matrimoniale, di cui si è già avuto modo di trattare.

## **b) Il modello francese**

La seconda linea di tendenza riscontrata a livello europeo segue, invece, una direzione opposta a quella appena delineata. Ordinamenti quali Francia<sup>252</sup> e Belgio<sup>253</sup> disciplinano le unioni registrate come contratti<sup>254</sup> sottolineando la loro non equiparabilità all'istituto del matrimonio. Di conseguenza, attenzione quasi esclusiva è dedicata agli aspetti di natura patrimoniale ed i legami personali non trovano specifica disciplina a livello normativo, restando nella disponibilità, seppur parziale, dei soggetti coinvolti.

Non può trascurarsi, comunque, la presenza di elementi che sembrano avvicinare le unioni legalizzate, più che ai contratti, a istituti di diritto familiare volti ad organizzare principalmente la vita in comune della coppia<sup>255</sup>: a questo fine, di

---

<sup>252</sup> Loi relative au Pact Civil de Solidarité n. 99/994 del 15 novembre 1999, in *Journal Officiel* n. 265 del 16 novembre 1999.

<sup>253</sup> Loi instaurant la cohabitation légale del 23 novembre 1998: la “cohabitation légale” ha natura contrattuale, si limita ad affrontare gli aspetti patrimoniali della convivenza e viene collocata nel libro del codice civile inerente alla proprietà.

<sup>254</sup> Esse, infatti, non sono definiti come veri e propri partenariats, ma come “contrats enregistrés o enregistrements de contrat. Sul punto, Annexe, cit., p. 200.

<sup>255</sup> Sembra opportuno, a questo riguardo, aggiungere alcune considerazioni sul modello francese di Pact civil de solidarité. La legge francese sui pacs, l. n. 944 del 15 novembre 1999, offre una definizione sia del patto civile di solidarietà (intendendolo come un contratto tra due persone fisiche, maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita in comune), sia, per la prima volta, del concubinato (definito come unione di fatto caratterizzata da comunione di vita, che presenta un carattere di stabilità e continuità, tra due persone, indipendentemente dal loro sesso, che conducono vita di coppia).

Il pacs non dà vita ad un'unione matrimoniale, ma è un contratto, e come tale è retto dalle disposizioni del code civil relative ai contratti e alle obbligazioni.

Per essere valido esso necessita di quattro condizioni: la capacità di contrarre (i minori e gli incapaci non possono sottoscriverlo); il consenso (può essere annullato per errore, dolo, violenza); l'oggetto (che deve riguardare l'organizzazione della vita in comune); una causa lecita.

Le parti devono rendere la relativa dichiarazione presso la cancelleria del Tribunale del luogo ove fissano la residenza comune, dichiarazione che viene poi iscritta in apposito registro e che conferisce al patto data certa e opponibilità ai terzi. Il patto si scioglie per dichiarazione comune o anche unilaterale.

notevole interesse sono le previsioni riguardanti obblighi reciproci di aiuto morale e materiale - le cui modalità vengono però determinate nel patto stesso e non dalla legge -; o ancora i divieti di stipulazione di un *pacs* francese, come di una “*cohabitation legal*” belga, in capo a soggetti tra i quali sussistono vincoli di parentela o di coniugio.

A differenza di quanto accade con la celebrazione del matrimonio o con la registrazione dei cd. “*partenariats*”, però, lo stato civile degli interessati resta inalterato e non impedisce un eventuale successivo matrimonio che coinvolga uno o entrambi i soggetti già legati dalla stipulazione di un contratto civile di solidarietà.

Dal punto di vista economico, l’ordinamento francese adotta un sistema definito “embrionale” rispetto a quello dedicato al matrimonio: la proprietà dei beni acquistati nel corso di una relazione sigillata da un PACS si presume comune ad entrambi i conviventi, così come solidale è la responsabilità verso i terzi per le obbligazioni assunte. Al contrario, in Belgio vige il regime di separazione dei beni - salva espressa disposizione contraria contenuta nell’accordo registrato - ma i partner

---

Oggetto ne sono gli obblighi reciproci di assistenza durante la convivenza o in seguito alla rottura: in questo caso il giudice interviene solo se vi è conflitto. La proprietà dei beni acquistati, salvo patto contrario, si presume comune, così come è solidale la responsabilità verso i terzi per le obbligazioni assunte. Non è prevista la successione ab intestato.

Il patto spiega inoltre numerosi effetti in materia fiscale, delle locazioni, dell’accesso ad altre prestazioni nel campo dei servizi sociali .

Di notevole interesse è la previsione dell’articolo 515-4 che sancisce l’obbligo per i compagni di apportarsi reciprocamente un aiuto mutuo e materiale, le cui modalità vengono determinate nel patto stesso. A parere di alcuni autori, questa norma costituirebbe il chiaro indice che il *pacs*, pur rimanendo classificato dalla legge come contratto, non si limiti a regolare gli aspetti patrimoniali del rapporto ma possa invece addentrarsi nell’ambito dei rapporti personali .

Allo stesso modo, la disposizione che vieta la stipulazione dei *pacs* ai soggetti tra i quali sussistono vincoli di parentela, o sposati, sembra costituire, secondo alcuni, la prova che l’istituto in questione possa essere avvicinato al matrimonio, più che ad un contratto . Tuttavia, il patto non modifica lo stato civile degli interessati, non imponendosi ad impedimento di un eventuale successivo matrimonio che coinvolga uno o entrambi i soggetti già legati dalla registrazione.

Nei *pacs*, dunque, si assiste ad una soluzione di tipo ibrido: mentre i rapporti fra le parti (ma solo quelli di natura patrimoniale) possono e debbono essere oggetto di pattuizione contrattuale, i rapporti delle stesse nei confronti dei terzi sono invece predeterminati tassativamente dalla legge.

Da ciò risulta che i diritti ricollegati alla qualità di parte di un *pacs* costituiscono una serie finita espressamente menzionata dalla legge, tale che laddove la legge stessa non sia intervenuta, la coppia registrata è *tamquam non esset* . Sul Patto Civile di Solidarietà si vedano: AMBANELLI A., *La disciplina del “pact civil de solidarité”*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/2001, p. 70; CALÒ E., *Sul progetto di disciplina degli accordi di convivenza*, in *Corriere Giuridico*, n. 12/2000, p. 1674; IEVA M., *Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 37; FERRANDO G., *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 163; DEL PRATO E., *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 970; PICCALUGA F., *Famiglia di fatto e concubinage: la recente disciplina del patto civile di solidarietà*, in *Famiglia e diritto*, n. 41/2000, p. 418: la legge modifica il libro primo del codice civile francese (delle persone); VITUCCI P., “*Dal di che nozze...*”. *Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Famiglia*, 2001, p. 713.

devono contribuire ai bisogni della famiglia in misura proporzionale ai propri redditi e restano solidalmente responsabili per i debiti contratti a tali fini nei confronti di terzi.

### 13.1.3. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso

Nell'ultimo decennio, un numero crescente di Stati membri ha ammesso le coppie omosessuali a contrarre il matrimonio - si tratta di Olanda<sup>256</sup>, Belgio<sup>257</sup>, Spagna<sup>258</sup>, Svezia<sup>259</sup>, Portogallo<sup>260</sup>, Danimarca<sup>261</sup> - ed in altri Paesi sono attualmente al vaglio delle istituzioni legislative nazionali progetti di legge in materia<sup>262</sup>.

A differenza che per le unioni registrate, le riforme normative intervenute a novellare la legislazione di ciascuno di questi ordinamenti non hanno introdotto un istituto giuridico *ad hoc*, ma hanno semplicemente soppresso dall'istituto matrimoniale già conosciuto, e tradizionalmente riservato alle coppie eterosessuali, il requisito della differenza di genere sessuale<sup>263</sup>. Pertanto, la disciplina dedicata ai regimi patrimoniali vale per i coniugi, tanto di sesso opposto, quanto del medesimo sesso.

Se, da un lato, pare dunque impreciso riferirsi a questo istituto riconducendolo genericamente alle unioni diverse dal matrimonio, che per definizione non

---

<sup>256</sup> Act of 21 December 2000 amending Book 1 of the Civil Code, concerning the opening up of marriage for persons of same sex, in *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2001, n. 9.

<sup>257</sup> Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code Civil, del 13 febbraio 2003, in *Moniteur Belge*, 28 febbraio 2003.

<sup>258</sup> Con la legge 13/2005 approvata dal parlamento spagnolo il 30 giugno 2005 ed in vigore dal 3 luglio 2005 la Spagna ha cambiato il proprio diritto di famiglia, estendendo la possibilità di contrarre matrimonio civile anche alle coppie di omosessuali. La riforma è stata realizzata modificando l'articolo 44 del codice civile spagnolo, nel quale si è specificato che il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso o di diverso sesso. Tale modifica ha esteso ai coniugi omosessuali il diritto di adottare congiuntamente, oltre che quello di adottare l'uno i figli dell'altro, biologici o adottivi che siano.

<sup>259</sup> Dove l'estensione al matrimonio per coppie dello stesso sesso è stata introdotta a far data dal 1° maggio 2009.

<sup>260</sup> L. n. 9/2010 del 31 maggio 2010

<sup>261</sup> Il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso dal 15 giugno 2012. La Danimarca ha approvato definitivamente il 7 giugno 2012 una legge che cancella il requisito di essere un uomo e una donna per poter contrarre matrimonio e quindi permette anche alle coppie dello stesso sesso di sposarsi.

<sup>262</sup> Si pensa in particolare in Francia, dove l'Assemblea nazionale il 13 febbraio 2013 ha approvato il progetto di legge che ora passa al vaglio del Senato; e in Gran Bretagna, dove la Camera dei Comuni ha il 6 febbraio 2013 ha approvato il disegno di legge, che ora passa alla Camera dei Lords.

<sup>263</sup> In forza sia del divieto di discriminazione in base al sesso, sia del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sancito dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, viene sancita a livello legale dai Paesi adottanti tale modello la cosiddetta irrilevanza sessuale dei nubendi o *gender neutrality*. Tuttavia, dalla registrazione prevista in tali Stati derivano, tuttavia, conseguenze differenti: mentre in Olanda

riguardano persone tra loro sposate, dall'altro, si evidenzia che, al di fuori dei Paesi che ne ammettono la celebrazione, il vincolo coniugale contratto tra omosessuali non viene attualmente riconosciuto come matrimonio. Al riguardo, si pone il problema di comprendere la posizione giuridica rivestita da quelle coppie considerate sposi in alcuni Paesi, conviventi o addirittura estranei in altri, e di definirne la disciplina applicabile<sup>264</sup> in uno Stato diverso da quello di celebrazione, anche per ciò che concerne gli aspetti economici della vita comune.

#### 14. Le coppie non sposate nel diritto internazionale privato

Dal punto di vista del diritto internazionale privato, le realtà familiari non tradizionali introducono problematiche del tutto diverse e peculiari rispetto a quelle analizzate in materia matrimoniale, che dipendono principalmente dall'assenza di un sostrato normativo di riferimento, solo in parte sanata dai legislatori nazionali che disciplinano tali istituti a livello di diritto materiale. In primo luogo, non tutti ordinamenti degli Stati membri sono attualmente dotati di norme di conflitto dedicate specificamente alle unioni registrate<sup>265</sup> ed ai matrimoni tra omosessuali<sup>266</sup>,

---

<sup>264</sup> Occorre, poi, rilevare che a livello normativo, gli ordinamenti che hanno previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso non hanno comunque rinunciato a disciplinare l'opzione dell'unione registrata sia per le coppie omosessuali che per quelle eterosessuali in modo da non diversificare in alcun modo il trattamento tra esse. Tuttavia, dalla registrazione prevista in tali Stati derivano, tuttavia, conseguenze differenti: mentre in Olanda (Act of 5 July 1997, inserita nel libro primo del Codice Civile Olandese). in Belgio essa produce effetti analoghi a quelli del matrimonio eccetto nei riguardi del rapporto con i figli e nelle province autonome spagnole che disciplinano le unioni di fatto (come ad esempio Catalonia ed Aragona), invece, essa mantiene natura di tipo contrattuale e si limita ad affrontare principalmente gli aspetti patrimoniali di convivenza. E. CALÒ, *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Rivista del notariato*, LVI, 2000, p. 1274 ss.

<sup>265</sup> Vedi su questo aspetto *L'étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé*, effettuato su domanda della Commissione Europea (Direction general Justice et Affaires intérieures Unité A3 Cooperation judiciaire en matière civile, offre n° Jai/A3/2001/03)) dal Consortium ASSER-UCL (association momentanée des Universités) e consultabile al sito:

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/regimes/report\\_regimes\\_030703\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf). E più di recente: WAUTELET P. W., *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe - Divided we stand?* in *Legal recognition of same sex relationships in Europe*, Intersentia, 2012. Con riferimento al diritto internazionale privato, da ultimo, SCAFFIDI RUNCHELLA L., *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 2012.

<sup>266</sup> In generale, nei Paesi che hanno introdotto il matrimonio omosessuale, anche le norme di conflitto in materia di matrimonio sono state estese al nuovo istituto mutatis mutandis. In tal senso, ad esempio, si sono mossi Olanda (art. 2 del Wet Conflictenrecht Huwelijk), Belgio (art. 46 del Codice di diritto internazionale privato) e Svezia. Il Portogallo, invece, non ha per il momento esteso la normativa di conflitto matrimoniale al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per approfondimenti sul punto cfr. FIORINI A., *New Belgium Law on Same Sex Marriage and its PIL Implications*, in *Intl. Comp. Law. Quart.*, 2003, pp. 1039-1049; BOGDAN M., *Private International*



mentre nessun sistema si interessa all'unione libera (o non marital cohabitation). La mancanza di soluzioni uniformi è dovuta soprattutto ad una caratteristica essenziale delle nuove forme di unioni familiari, vale a dire la loro "non universalità"<sup>267</sup>, intesa qui secondo due significati precisi che mostrano risvolti problematici rilevanti sotto il profilo del diritto internazionale privato.

Il primo consiste nella multiformità di approccio con cui tali unioni sono state affrontate nei diversi ordinamenti. Dal punto di vista della qualificazione e della legge applicabile tale condizione comporta numerosi problemi in ragione dell'eterogeneità delle fattispecie che vengono ricomprese entro la stessa categoria: la convivenza libera, interpretata come realtà di mero fatto; gli accordi di convivenza, fundamentalmente classificati come contratti; le registered *partnerships* ed i matrimoni dello stesso sesso, assimilati nella sostanza alla disciplina matrimoniale<sup>268</sup>. Primo problema da affrontare nella prassi è dunque, evidentemente, quello di determinare quali norme di diritto internazionale privato si applicano alle relazioni familiari non matrimoniali, definendo, cioè, come queste vadano qualificate.

Il secondo significato si riferisce, invece, alla diversa tutela giuridica che le unioni non tradizionali hanno ottenuto nei Paesi europei: formalizzate e regolamentate in alcuni Stati, ma del tutto ignorate in altri. Ne consegue inevitabilmente un serio ostacolo dal punto di vista del riconoscimento, in quanto è assai probabile il rischio di creazione di situazioni "claudicanti"<sup>269</sup>, valide in alcuni Stati, ma considerate non esistenti in altri. A tacer d'altro, se solo si pensa che alcuni ordinamenti disciplinano esclusivamente le relazioni tra omosessuali, altri quelle tra eterosessuali, altri ancora entrambe le tipologie, è chiaro il risvolto problematico che ciò può comportare sotto il profilo dell'ordine pubblico, quale limite al riconoscimento di unioni sorte all'estero con presupposti diversi e contrari a quelli ammessi nell'ordinamento del foro.

Infine, sotto il profilo della legge applicabile, l'assenza di norme di conflitto predisposte *ad hoc* determina il rischio che, sulla base di criteri di collegamento oggettivi, altamente diffusi, quali la residenza abituale o la nazionalità

---

*Law Aspects of the Introduction of Same-Sex Marriages in Sweden*, in *Nordic Journal of International Law*, 2009, pp. 253-261

<sup>267</sup> ROSSOLILLO G., *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 370.

<sup>268</sup> FULCHIRON H., *Reflections sur les unions hors mariage en droit international privé*, in *Journal de droit international*, 2000, p. 891. L'autore propone una breve panoramica dei problemi connessi alle differenze tra le varie normative interne degli ordinamenti, in particolare: quale valore dare ad un partenariato concluso in Danimarca o nei Paesi Bassi tra due soggetti dello stesso sesso che si stabiliscono in Francia; quali saranno gli effetti di un *pacs* francese concluso tra due soggetti, uno francese ed uno straniero, che si trasferiscono all'estero; in base a quali norme essi regoleranno le conseguenze della rottura della loro relazione.

<sup>269</sup> BARATTA R., *Verso la comunitarizzazione...*, cit., p. 574.

dell'individuo, si renda applicabile alla fattispecie concreta una legge che non disciplina gli istituti delle unioni non tradizionali.

#### 14.1. La qualificazione

Logicamente prioritario rispetto ad ogni altro è il problema della qualificazione che, come noto, consiste genericamente nell'operazione interpretativa, tipica di ciascun settore del diritto, grazie alla quale è possibile incasellare una determinata fattispecie concreta all'interno di una norma astrattamente predisposta dal legislatore, al fine di colorarla giuridicamente in base ad essa<sup>270</sup>.

Nel diritto internazionale privato la qualificazione assume intuitivamente una rilevanza tutta particolare poiché di fronte a situazioni aventi elementi di estraneità, che dal punto di vista giuridico possono non corrispondere del tutto o in parte a quelle contemplate dalle norme interne, essa consente l'inquadramento della fattispecie concreta in una determinata norma di conflitto, al fine di determinarne la legge applicabile<sup>271</sup>. Tuttavia, se in presenza di istituti giuridicamente accettati a livello universale, come ad esempio il matrimonio o i rapporti che ne discendono, la qualificazione risulta agevole, poiché permette di individuare senza alcuna perplessità un riferimento normativo corrispondente al caso concreto, così non è quando occorre interpretare una fattispecie non conosciuta o non regolata uniformemente nei diversi ordinamenti giuridici.

Questo è il caso delle nuove realtà familiari che il più delle volte vengono ignorate dai sistemi internazionalprivatistici europei o che, anche se tenute in considerazione, sono ricostruite in termini propri e peculiari da ciascun ordinamento.

Può accadere, cioè, che la medesima fattispecie concreta sia qualificata giuridicamente in modo diverso a seconda dell'ordinamento di riferimento, per esempio da quello in cui essa ha avuto origine a quello il cui giudice viene adito. Anche a volersi concentrare sulle sole unioni registrate, risulta dubbia l'applicabilità di una norma pensata con riferimento ad una partnership registrata secondo il modello contrattuale (ad esempio francese), ad unioni formalizzate secondo i crismi matrimoniali, che implicano un vincolo di *status* (come ad esempio in Scandinavia). O ancora, ci si può domandare se una relazione formalizzata all'estero tra soggetti di sesso opposto possa rientrare all'interno delle "registered partnerships" esclusivamente rivolte alle unioni tra omosessuali, o vada al contrario qualificata come matrimonio.

---

<sup>270</sup> BARILE G., *Qualificazione (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 1.

<sup>271</sup> Sulla qualificazione nel diritto internazionale privato si vedano: WENGLER W., *Réflexions sur la technique de qualification en droit international privé*, in *Revue crit. Droit. Int. Privé*, 1954, p. 662 e BARTIN E., *La doctrine de qualification et ses rapports avec le caractère national de règles du conflit de loi*, in *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1930, p. 565.

### 14.1.1. La qualificazione di istituti sconosciuti

Ancora più insidiosa, d'altra parte, è la qualificazione delle unioni registrate quando mancano nel sistema giuridico chiamato a misurarsi con la fattispecie concreta norme di conflitto *ad hoc*, predisposte al fine di individuare la legge applicabile alle nuove tipologie familiari e ai rapporti che ne discendono. Al riguardo, viene in rilievo la nota questione della qualificazione di istituti "sconosciuti", cioè di istituti che sono contemplati da uno degli ordinamenti in conflitto, ma privi di un corrispondente all'interno dell'ordinamento nel quale devono ricevere la qualificazione<sup>272</sup>.

Il problema, in siffatto caso, non è tanto quello di paragonare istituti nazionali e stranieri per stabilire fino a che punto essi collimino (operazione questa che potrà considerarsi solo successivamente), quanto piuttosto di chiedersi se sia possibile trovare una norma di conflitto nell'ambito della quale far rientrare la fattispecie, essendo del tutto indifferente in quale precetto straniero i fatti stessi rientrino<sup>273</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>274</sup>, la domanda riceve risposta positiva in base, innanzitutto, alla considerazione della rilevante comprensività delle norme di conflitto, che rende più agevole la riconduzione di una fattispecie al suo interno, rispetto a quanto avviene nel diritto materiale<sup>275</sup>; inoltre, al fatto che le cosiddette "lacune" dell'ordinamento debbono essere in ogni caso colmate dal giudice, essendo considerata inammissibile una decisione di *non liquet*<sup>276</sup> fondata sul vuoto normativo.

A questo proposito è significativa la concezione secondo la quale costituirebbe un errore procedere prima alla qualificazione dei fatti secondo il diritto materiale, salvo poi riassegnare i fatti stessi, così qualificati, alle norme di conflitto corrispondenti appunto al diritto materiale<sup>277</sup>. La qualificazione deve avvenire in una sola fase, di modo che le fattispecie siano direttamente attribuite alle norme di conflitto appropriate, senza prima passare per il diritto sostanziale, che renderebbe l'operazione macchinosa, falsandone il risultato<sup>278</sup>.

---

<sup>272</sup> VITTA E., *Diritto internazionale privato*, Torino, 1972, p. 319.

<sup>273</sup> Determinare invece in quali norme gli istituti in questione saranno classificati negli ordinamenti stranieri avverrà nella c.d. seconda qualificazione cioè nell'operazione che permette di individuare, dopo aver classificato la fattispecie in una norma, la legge applicabile in base a tale norma.

<sup>274</sup> Per il problema delle lacune nel diritto internazionale privato si veda AGO R., *Teoria*, p. 173 ss., e *Reglès*, p. 342 ss. l'autore presenta anche una rassegna d'opinioni a riguardo.

<sup>275</sup> VITTA E., *op. cit.*, p. 320.

<sup>276</sup> BARILE, G. *op. cit.*, p. 14: il *non liquet* costituisce in questo caso diniego di giustizia.

<sup>277</sup> VITTA E. e MOSCONI F., *Corso di diritto internazionale privato*, 1995, p. 144.

<sup>278</sup> VITTA E., *op. cit.*, p. 320 e BARILE G., *op. cit.*, p. 15: secondo quest'ultimo autore, la lacuna sarà colmata dando la preferenza a norme materiali interne solo quando queste ultime, e non altre straniere, possano garantire il miglior raggiungimento di tale scopo. Anche gli studi comparatistici possono fornire un contributo nell'accertamento e nella comprensione degli elementi costitutivi di quelle istituzioni straniere che non trovano corrispettivo in altre legislazioni, rendendo più agevole

Ma una volta data risposta positiva al quesito di base, per cui anche gli istituti non conosciuti devono ricevere comunque una qualificazione, occorre chiedersi quale tipo di operazione il giudice dell'ordinamento del foro debba porre in essere a tale scopo. Non potendo applicare automaticamente una norma di conflitto del proprio ordinamento, in quanto nessuna di esse corrisponde alla fattispecie concreta, l'interprete è chiamato a compiere uno sforzo maggiore, procedendo ad un esame dei caratteri dell'istituto straniero per individuarne affinità e differenze rispetto alle categorie previste dal diritto del foro che siano ad esso assimilabili<sup>279</sup>. Secondo l'orientamento consolidato di dottrina e giurisprudenza, il giudice deve considerare non tanto la "forma" degli istituti, quanto la loro funzione (c.d. qualificazione funzionale)<sup>280</sup>. In particolare, l'indagine sulla *ratio* sottesa alla disciplina straniera consente di avvicinare l'istituto sconosciuto alle fattispecie di diritto interno aventi le medesime finalità, permettendo l'individuazione della norma di conflitto più confacente<sup>281</sup>.

Tuttavia, anche tale sforzo non pare dirimente nel caso in esame, dove gli istituti di riferimento sono stati disciplinati diversamente dai singoli legislatori avendo a mente scopi diversi, talvolta al fine di permettere la creazione di rapporti di natura familiare trascendenti dal modello tradizionale fondato sul matrimonio, talaltra per dare la possibilità a due soggetti uniti da un rapporto di coppia di regolare contrattualmente gli aspetti più significativi della vita insieme. Di conseguenza, anche i rapporti economici che ne discendono possono rientrare rispettivamente nella disciplina dei regimi patrimoniali tra coniugi, come in quella predisposta per le obbligazioni contrattuali, con l'evidente rischio che la circolazione delle unioni provochi tra i Paesi interessati un conflitto di qualificazione, cioè un contrasto tra le classificazioni che essi operano rispetto al medesimo istituto<sup>282</sup>.

Può accadere, così, che i criteri di collegamento individuati in uno Stato all'esito di una determinata qualificazione degli accordi di convivenza (si supponga familiare) rimandino per la loro disciplina ad una legge in cui gli stessi ricevono una

---

l'inserimento nell'una o nell'altra norma di conflitto. A questo proposito, si veda ad es. P. BERNARDI, *Il trust nel d.i.pr.*, in *Studi Pavia*, 1957, p. 67-159: secondo quest'autore la qualificazione andrebbe effettuata ricorrendo ai concetti comuni dei diritti dei diversi Stati che conoscono e disciplinano l'istituzione sconosciuta.

<sup>279</sup> ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 373.

<sup>280</sup> BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p. 41 ss.; KHAIRALIAH G., *Le "partenariats organises" en droit international privé*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2000, p. 321 ss.

<sup>281</sup> Nel caso poi la comunanza di scopi tra le due istituzioni, straniera e del foro, risulti essere solo parziale, il giudice dovrà valutare in che misura tale comunanza possa giustificare effettivamente la riconduzione ad una norma di conflitto del foro di un istituto previsto dal diritto straniero. Su questi aspetti, ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 374; BATIFFOL H., *op. cit.*, p. 44; KHAIRALIAH G., *op. cit.*, p. 322.

<sup>282</sup> BONINI BARALDI M., *op. cit.*, p. 183.

diversa classificazione (ad esempio contrattuale) che rileva di conseguenza ai fini dell'applicabilità delle norme di conflitto ivi previste.

Se, infatti, anche si suppone che le regole di diritto internazionale privato di due Stati diversi corrispondano in materia di contratti e di rapporti di famiglia - disponendo ad esempio che i primi siano sottoposti al Regolamento Roma I e i secondi al criterio di collegamento della nazionalità comune - si rinviene che la diversa qualificazione operata dalle autorità giudiziarie dei due Stati membri può dare, comunque, luogo all'applicazione di leggi diverse<sup>283</sup>.

#### 14.1.2. La qualificazione delle unioni registrate

Alla luce delle considerazioni svolte, l'analisi comparata permette di riscontrare che negli ordinamenti privi di una normativa di conflitto in materia, la dottrina maggioritaria è giunta a sostenere la qualificazione delle unioni non tradizionali all'interno della categoria astratta del matrimonio, sia a causa della parzialità delle altre soluzioni proposte, in particolare quella contrattuale<sup>284</sup> e quella societaria<sup>285</sup>, sia

---

<sup>283</sup> TONOLO S., *op. cit.*, p. 172.

<sup>284</sup> Una prima proposta consisteva nel ricondurre le unioni registrate all'interno delle norme di conflitto predisposte in ambito contrattuale. In senso favorevole: REVILLARD M., *Le pact civil de solidarité in droit international privé*, in *Repertoire defrenois*, n. 6, marzo 2000, p. 340; BONINI BARALDI M., *op. cit.*, p. 202; FRUEWALD S., *Choice of Law and Same sex Mariages*, in *Florida Law Review*, 1999, p. 823 ss.. In senso contrario HENNERON S., *New forms of cohabitation: private international law aspects of registered partnerships*, in *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, 2003, p. 468; Tale tesi, elaborata in particolare con riguardo alle unioni registrate secondo il modello dell'Europa meridionale, si fonda sulla constatazione che proprio gli ordinamenti aderenti a tale modello, nell'instaurare schemi legali volti a regolamentare le unioni fuori dal matrimonio, abbiano voluto qualificare come contrattuali i vincoli nascenti da esse per sottolinearne in particolare le differenze rispetto al matrimonio. L'esempio sicuramente più confacente è costituito dalla legge francese che, nel definire nella l. 944/99 il *pact civil de solidarité* come contratto, comporta, a parere di autorevole dottrina (rimasta però minoritaria) l'ineluttabile conseguenza dell'applicabilità ad esso il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Questa prospettiva comporterebbe come effetto di fondamentale importanza la possibilità di superare gli inconvenienti derivanti dall'applicazione alle unioni tra coppie omosessuali dei criteri di collegamento in materia di matrimonio poiché il regime contrattuale permetterebbe l'applicabilità della legge scelta dalle parti e, in mancanza, del criterio del collegamento più stretto (art. 4). La soluzione proposta, tuttavia, è stata presto abbandonata per diversi ordini di ragioni. Innanzitutto, la disciplina contrattuale, per quanto fondata sul rilievo attribuito alla volontà delle parti negli accordi di convivenza, non corrisponde pienamente alle finalità dell'istituto in questione a causa delle evidenti differenze tra l'intenzione di regolare una relazione prettamente economica e quella di instaurare una vita comune. Per tornare all'esempio precedente, lo stesso *pacs* francese, che ha come obiettivo l'organizzazione della vita di coppia e cioè una causa molto più vicina al diritto di famiglia che al diritto delle obbligazioni e dei contratti, viene considerato dalla dottrina maggioritaria ed anche da orientamenti uniformi del Conseil Constitutionnel, come un matrimonio minore, seppur avente alcune caratteristiche peculiari che lo distinguono da esso (tra cui spiccano in particolare la snellezza di costituzione e soprattutto di scioglimento e la

in ragione della comunanza di finalità e di funzione tra i due istituti<sup>286</sup>. Pertanto, anche i rapporti patrimoniali derivanti da tali unioni vengono ricomprese nella norma di conflitto dedicata ai regimi matrimoniali.

Al contrario, nei Paesi che hanno disposto norme conflittuali di settore emerge, nonostante la grande eterogeneità dei sistemi utilizzati, la generale intenzione di voler evitare di ricondurre la categoria delle unioni registrate all'interno di quella matrimoniale<sup>287</sup>.

#### a) La qualificazione matrimoniale

Negli ordinamenti che non prevedono norme di conflitto *ad hoc*, in particolare, la soluzione che sembra forzare meno la norma di conflitto del foro consiste nell'applicare alle unioni registrate le disposizioni internazionalprivatistiche in materia di matrimonio. Tale categoria è stata già più volte adattata in modo da

---

previsione di convivenze omosessuali). L'assimilazione all'istituto matrimoniale, infatti, permeerebbe tutta la disciplina del nuovo istituto ed in particolare, emergerebbe con particolare evidenza nella previsione della presunzione di comunione dei beni immobili (anche acquistati all'estero) in mancanza di disposizione contraria e soprattutto nella indicazione di impedimenti alla registrazione come la presenza di legami di parentela tra i due partners o la mancanza di stato libero dato dalla sussistenza di un precedente vincolo matrimoniale o della precedente registrazione di un'unione con un terzo. Inoltre, ulteriore difficoltà proviene dalla dubbia operatività del criterio della scelta di legge secondo il modello disposto dal Regolamento Roma I che potrebbe teoricamente comportare un frazionamento o una modifica della regolamentazione degli accordi di convivenza, in maniera chiaramente contraria alla natura unitaria di tale istituto. Infine, anche il criterio del collegamento più stretto, individuato in via sussidiaria dall'art. 4, pare creare problemi sia in considerazione della difficoltà di determinare tra i contraenti del patto il debitore della prestazione caratteristica dovuta al fatto che nell'istituto in esame le prestazioni dei contraenti risultano essere identiche; sia in quanto, nel caso in cui il legame dei partners con lo Stato di registrazione risulti essere attenuato, tale criterio potrebbe comportare nuovamente il rischio dell'applicazione di una legge alla quale gli istituti delle unioni registrate o dei matrimoni tra persone dello stesso sesso risultano essere sconosciuti.

<sup>285</sup> Un'ulteriore proposta, per vero più isolata, tendeva a far rientrare le unioni legalizzate nella categoria societaria, come enti sui generis. La soluzione presentava il notevole vantaggio di sottoporre le unioni registrate alla legge del luogo di costituzione, corrispondente per analogia alla legge del luogo di celebrazione o di registrazione. Essendo questo un criterio di collegamento costante, esso potrebbe garantire ai partners registrati la continuità di status ed il superamento dei problemi connessi alle differenze normative tra i vari Stati, in modo da consentire la libera circolazione delle partnerships registrate intercorrenti indifferentemente tra etero o omosessuali, anche nei Paesi in cui l'istituto è sconosciuto. La soluzione, suggerita principalmente dalla dottrina svizzera, non ha tuttavia ricevuto consensi a causa delle troppo marcate differenze ontologiche tra gli istituti presi in considerazione. KREN KOSTKHEWICHZ, *Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus der Sicht des IPR*, in *SZIER*, 2001, p. 104 ss.

<sup>286</sup> In particolare si vedano su tale aspetto ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 370 ss.; BARATTA R., *op. cit.*, p. 49 ss.; GONZALES BEILFUSS C., *op. cit.*, p. 445.

<sup>287</sup> Si vedano ad esempio FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 890 ss.; SARCEVIC P., *op. cit.*, p. 43 ss.

ricomprendere istituti non propriamente rispondenti ai suoi caratteri essenziali<sup>288</sup>, per cui viene considerata da buona parte della dottrina idonea ad includere nel suo ambito di applicazione rapporti di tipo familiare, personali e patrimoniali, diversi da quelle tradizionali previsti dall'ordinamento del foro<sup>289</sup>.

La tesi si fonda in primo luogo sul fatto che tutte le unioni legalizzate perseguono finalità simili o identiche a quelle matrimoniali e, in particolare, la creazione di una comunione di vita fondata su doveri di assistenza morale e materiale ed incompatibile con l'esistenza di altri vincoli della stesse natura<sup>290</sup>.

Inoltre, è rilevante che tutte le legislazioni regolanti le unioni registrate (sia quelle improntate al regime matrimoniale, sia quelle improntate a quello contrattuale) hanno previsto in relazione ad esse impedimenti che si possono giustificare solo sostenendo l'attinenza dell'istituto allo *status* personale e che invece non avrebbero senso nel caso di un vincolo di natura contrattuale<sup>291</sup>.

Per quanto la proposta in questione presenti l'indubbio vantaggio di estendere alle unioni registrate le norme di un istituto di carattere universale riconosciuto in tutti gli ordinamenti, essa pone allo stesso tempo non pochi problemi<sup>292</sup>.

Innanzitutto, in ambito generale, apparirebbe illogico a parte della dottrina assimilare, anche dal punto di vista della qualificazione, l'istituto del matrimonio alle unioni registrate che per loro natura intrinseca intendono distinguersi da esso, proprio in quanto create - il più delle volte - con lo scopo o di evitare di estendere la categoria tradizionale a unioni omosessuali, o di dare una tutela alle coppie eterosessuali che rifiutino il matrimonio<sup>293</sup>. Inoltre, l'applicazione di criteri di

---

<sup>288</sup> Il riferimento va qui in primo luogo al matrimonio poligamico. Vedi in questo senso: MARTIN J., *English Polygamy Law and the Danish Registered partnership Act: a case for the consistent treatment of foreign Polygamous Marriages and Danish same sex marriages in England*, in *Cornwell International law Journal*, 1994, p. 419 ss.

<sup>289</sup> Ad esempio si vedano: BONAUTO M., *The freedom to marry for same sex Couplet in the United States of America*, in WINTEMUTE, ANDENAES, *Legal recognition of same sex partnerships. A study of national, European, International law*, Oxford, 2001, p. 177 ss.

<sup>290</sup> In tal senso: JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., *op. cit.*, p. 297 ss.; KHAIRALIAH G., *op. cit.*, p. 322; MIGNOT M., *Le partenariat enregistré en droit international privé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, pp. 615 ss.. Alle stesse conclusioni, ma solo in relazione alle *partnerships* registrate di modello nord-europeo, perviene BONINI BARALDI M., *op. cit.*, p. 202.

In particolare, tale tesi si articola seguendo due argomentazioni principali : innanzitutto, per le unioni legalizzate sono richiesti nella maggior parte dei Paesi requisiti di certezza e stabilità che contraddistinguono il matrimonio ; inoltre, dalla registrazione discendono automaticamente per la coppia diritti e doveri reciproci di natura personale e patrimoniale che coincidono in larga parte con quelli previsti per i coniugi.

<sup>291</sup> In questo senso KHAIRALIAH G., *op. cit.*, p. 322; DE CICCO M.C., *Cenni alle esperienze straniere*, in *Trattato*, diretto da P. ZATTI, vol. 1, parte I, p. 807 ss.

<sup>292</sup> ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 384.

<sup>293</sup> FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 901. L'assimilazione in questione non sarebbe neppure giustificata dal fatto che già altre volte l'istituto matrimoniale sarebbe stato esteso a figure ad esso non del tutto corrispondenti e non conosciute nell'ordinamento del foro: in particolare il riferimento alla poligamia

collegamento oggettivi quali la nazionalità o la residenza, di uso comune per l'istituto matrimoniale, non appaiono altrettanto appropriati in materia di unioni registrate, considerato che potrebbero condurre all'applicazione di una legge che non conosce gli istituti in esame.

Infine, ampliare la categoria matrimoniale fino a ricomprendervi le unioni omosessuali contrasterebbe con il sentire di quegli ordinamenti che mantengono una visione tradizionalista del matrimonio, come vincolo intercorrente tra un uomo ed una donna.

#### **b) La creazione di una nuova categoria**

Le evidenti difficoltà riscontrate a fronte della riconduzione della fattispecie delle unioni legalizzate all'interno delle categorie astratte dei rapporti matrimoniali hanno condotto dapprima la dottrina, soprattutto straniera, e successivamente i legislatori nazionali che conoscono l'istituto, ed in particolare Belgio<sup>294</sup>, Germania<sup>295</sup>, Francia<sup>296</sup>, Danimarca<sup>297</sup> e Austria<sup>298</sup>, ad accogliere la proposta di creare una norma di conflitto *ad hoc*, imperniata sul criterio di collegamento della *lex loci registrationis*.

Tale soluzione, sulla quale si avrà modo di soffermarsi più avanti<sup>299</sup>, pare la più idonea a garantire una tutela effettiva ai partner registrati, superando in primis le difficoltà di qualificare la fattispecie sulla base di categorie astratte non assimilabili ad essa, ed inoltre sottoponendo le unioni registrate ad una legge applicabile che sicuramente contempla l'istituto.

### **14.2. La legge applicabile alle unioni registrate nel contesto europeo**

Una volta superato il problema di individuare la norma di conflitto maggiormente idonea a ricomprendere la fattispecie concreta attraverso l'operazione di qualificazione, si profila l'ulteriore rischio di rendere applicabile una legge che non disciplina, né riconosce a livello giuridico, gli istituti in questione. Tale rischio è quanto mai concreto se si pensa che, in assenza di soluzioni di conflitto *ad hoc*, i criteri di collegamento predisposti in materia matrimoniale o contrattuale dagli

---

viene considerato non opportuno in quanto la poligamia è comunque una forma di matrimonio a differenza delle unioni registrate.

<sup>294</sup> Art. 60 del Codice di diritto internazionale privato.

<sup>295</sup> Art. 17 lett. b) EGBGB

<sup>296</sup> Art. 515-7-1 Code Civil

<sup>297</sup> Art. (2) Danish Act

<sup>298</sup> Art. 27 a) della legge austriaca di diritto internazionale privato, come modificata dal Eingetragene Partnerschaft-Gesetz del 2009

<sup>299</sup> In particolare, cfr. cap. IV par. 5.3.



ordinamenti europei hanno prevalentemente carattere oggettivo, e si fondano su una prospettiva tradizionalmente bilaterale della norma di conflitto.

#### **14.2.1. I differenti modelli di disciplina in Europa**

Una breve panoramica sui principali modelli internazionalprivatistici adottati dagli Stati membri si rivela nuovamente utile ad evidenziare le problematiche emergenti dalla disomogeneità normativa, qui più ancora che nella materia matrimoniale.

Il carattere della non universalità, proprio delle unioni registrate, traccia una profonda impronta nella legislazione dei Paesi europei che si sono dotati di norme di conflitto specifiche a riguardo. Preoccupati della non riconoscibilità all'estero delle situazioni giuridiche sorte all'interno del proprio territorio, la maggior parte degli ordinamenti ha assunto una prospettiva unilaterale, cercando di limitare il più possibile l'intervento di giudici stranieri ed il ricorso a norme di conflitto bilaterali<sup>300</sup>. L'approccio maggiormente seguito dai legislatori è pertanto "unilateralistico", al fine di sottoporre le *partnerships* registrate aventi elementi estraneità quanto più possibile al diritto interno, in modo da evitare che a tali unioni venga applicata una legge straniera che non conosce l'istituto. Alcuni ordinamenti, come quello olandese o quelli Scandinavi, muovono da tale prospettiva al fine di forgiare l'intera disciplina internazionalprivatistica della materia in esame, altri, come la Germania, pur partendo da una visione bilateralistica di sistema, apportano ad essa quei necessari correttivi che riducono i rischi connessi alla non universalità della fattispecie.

##### **a) Il modello olandese**

Il modello olandese, che si preoccupa di fornire una disciplina internazionalprivatistica (oltre che materiale) specificamente dedicata alle unioni registrate, richiama il diritto interno in relazione a tutti gli aspetti giuridici che investono le unioni registrate in territorio nazionale - pur aventi elementi di internazionalità - in particolare in ordine alla regolamentazione della capacità dei *partners* a concludere tali unioni ed ai rapporti personali intercorrenti tra essi. Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, viene sancita l'assimilazione al regime matrimoniale, la cui disciplina si basa sulla "*Convention on the law applicable to matrimonial property regimes*" del 1978. Tuttavia, rispetto ad essa, esiste una

---

<sup>300</sup> ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 380; S. TONOLO, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, Milano, 2003, p. 162; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., *Registered partnerships, paces and private international law, some reflections*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 299.

differenza fondamentale riguardante la scelta di legge applicabile al regime patrimoniale. L'applicazione della Convenzione, che prevede per i coniugi un'ampia libertà di scelta, comporterebbe, infatti, seri problemi se i *partners* non sposati decidessero di sottoporre i propri rapporti ad una legge in cui non è disciplinata l'unione registrata. Di conseguenza, la facoltà di *electio iuris* viene limitata per i conviventi alla scelta di una legge che preveda tale istituto e che quindi non ponga limiti al suo riconoscimento. In caso contrario, o in mancanza di scelta, viene richiamata la legge olandese<sup>301</sup>. Per quanto riguarda le unioni registrate all'estero si adotta il criterio di collegamento del *locus celebrationis*<sup>302</sup>, facendo riferimento alla legge dello Stato di registrazione dell'unione per determinare la disciplina della medesima. Nel caso in cui la legge di quest'ultimo Stato accetti come validamente costituite le relazioni registrate, anche in Olanda esse troveranno riconoscimento<sup>303</sup>.

## b) Il modello scandinavo

I Paesi Scandinavi, regolati in modo pressoché identico tra loro, si collocano anch'essi sulla linea dell'unilateralità, secondo la quale il diritto di registrare un'unione è sancito in base alle rispettive norme interne, restando del tutto irrilevante la circostanza che lo Stato di nazionalità o di domicilio del *partner* straniero riconosca o meno tale istituto. Tuttavia, diversamente da quanto accade nell'ordinamento olandese, essi hanno evitato di predisporre per le unioni registrate una disciplina *ad hoc*, preferendo rendervi applicabile l'intero complesso delle norme di conflitto dedicato all'istituto del matrimonio, caratterizzate già di per sé da un ampio unilateralismo<sup>304</sup>.

Altra caratteristica comune agli ordinamenti nord-europei è la mancata previsione esplicita del riconoscimento delle unioni registrate all'estero, il che comporta non solo incertezza riguardo alla sorte delle registrazioni avvenute in altri Stati, ma anche l'assenza di un riconoscimento reciproco tra registrazioni avvenute all'interno degli stessi Paesi Scandinavi<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> TONOLO S., *op. cit.*, p. 162.

<sup>302</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., *op. cit.*, p. 304.

<sup>303</sup> Tale previsione riprende totalmente l'art. 5 del Dutch act on the conflict of law concerning marriage. Come avviene per il matrimonio, l'intento della disposizione appare dunque quello di instaurare il pieno riconoscimento di *partnerships* registrate all'estero, purché sia presente come condizione necessaria e sufficiente la valida costituzione di esse nel Paese di registrazione.

<sup>304</sup> Sono previste solo alcune eccezioni riguardo alle condizioni per la registrazione dell'unione, disciplinate in base alla legge interna in modo da riuscire a sottoporre alcuni aspetti delle unioni formalizzate nel foro al diritto del foro stesso JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., *op. cit.*, p. 308 ss.

<sup>305</sup> Solo nel 1995 il Ministro della Giustizia ha auspicato, peraltro oralmente, il riconoscimento reciproco delle rispettive registered *partnerships*. Su questo punto si veda JENSEN S., *Scandinavian "marriages" recognized by each other*, in *ILGA Bulletin* 1995, 3, p. 16. Si consultino:

- Danish Registered Partnership Act, n. 372 del 1 giugno 1989, consultabile nella versione inglese al sito: [www.denmarkemb.org/regipart2.html](http://www.denmarkemb.org/regipart2.html) Così, nella legge danese del 1 giugno 1989, la sezione 2 richiama in generale il Danish marriage (formation and dissolution) act, prevedendo però quale

### c) Il modello tedesco

L'ordinamento tedesco codifica le regole generali relative all'individuazione della legge applicabile agli accordi di convivenza e al riconoscimento delle convivenze registrate all'estero in una prospettiva prettamente bilaterale. Vigè, cioè, l'applicabilità oggettiva del criterio del *locus celebrationis* sia per i rapporti personali che per quelli patrimoniali, indipendentemente dal fatto che l'unione sia stata registrata in Germania o all'estero, eliminando al contempo il rischio che si renda applicabile la legge di uno Stato che non conosce l'istituto in questione. Viene comunque tenuto in considerazione in più parti il problema della non universalità dell'istituto.

In ambito giurisdizionale è stato modificato l'art. 606 n. 4 ZPO<sup>306</sup>: accanto ai criteri generali previsti per il matrimonio in base ai quali i tribunali tedeschi sono sempre competenti anche in relazione alle *partnerships* registrate in Germania ed in ordine a quelle registrate all'estero, quando almeno uno dei *partners* abbia la residenza abituale in Germania, si dispone un'eccezione. Viene, cioè, dichiarata inapplicabile alle unioni registrate la regola secondo la quale in materia di divorzio i tribunali nazionali non sono competenti se la sentenza da essi pronunciata non può essere riconosciuta dai tribunali dello Stato al quale almeno uno dei coniugi appartiene. Data la non universalità dell'istituto della *partnership*, l'applicazione di una regola di questo tipo avrebbe comportato una notevole compressione della competenza dei tribunali tedeschi. Inoltre, in senso contrario alla bilateralità è la disciplina dettata dal comma 4 dell'art. 17b, secondo la quale gli effetti di un'unione registrata all'estero non possono essere maggiori di quelli previsti dalle disposizioni

---

condizione di registrazione della convivenza la collocazione della residenza o della nazionalità in Danimarca di una delle parti.

-Registered *Partnership* act, n. 1117, del 23 giugno 1994, in *Svensk Forlatt ningssamling*, 1994, emendato nel 2000. Nella sezione 9 della legge svedese del 23 giugno 1994 si fa espresso riferimento alle sezioni 4-9 dell'Act concerning certain Legal Relationships relating to Marriage and Guardianship, ad eccezione delle condizioni richieste ai fini della registrazione della convivenza (cittadinanza o domicilio in Svezia), secondo quanto dispone la sezione 2 della legge stessa.

- Bill on Registered *Partnership* n. 40, 30 aprile 1993, la cui versione inglese è consultabile al sito : [www.ub.uio.no/ulovdata/lov-19930430-040-eng.pdf](http://www.ub.uio.no/ulovdata/lov-19930430-040-eng.pdf) Nella sezione 2 della legge norvegese 1992-93, si richiamano i capitoli 1 e 2 del Marriage Act, stabilendo però per la registrazione della convivenza le condizioni del domicilio e della cittadinanza norvegesi.

- Act on Registered *partnership* n. 87 del 12 giugno 1996, la cui versione inglese è consultabile al sito :

[http://government.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/eng\\_partnership](http://government.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/eng_partnership) . Infine, la legge islandese del 12 giugno 1996 fa espresso rinvio nelle sezioni 2 e 3 al Marriage Act, ponendo però le condizioni della cittadinanza o del domicilio islandesi per la registrazione della convivenza.

<sup>306</sup> ZPO: Zivilprozeboordnung.

WAGNER G., *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *IPRax*, 2001, p. 287.

del codice civile tedesco e dalla legge sulle unioni registrate<sup>307</sup>. Tale precisazione vale, ovviamente, anche per gli effetti patrimoniali che discendono dalla registrazione della partnership. Ultimo rilevante aspetto, sancito dal terzo comma, è che qualora due persone siano legate da più unioni registrate in Stati differenti, solo quella registrata per ultima avrà effetti nell'ordinamento tedesco.

#### 14.2.2. L'assenza di norme di conflitto *ad hoc*

Infine, non pochi sono gli ordinamenti ancora privi di norme di conflitto in materia: oltre ad alcuni tra quelli che hanno regolato le unioni di fatto in forma contrattuale<sup>308</sup>, quali Francia<sup>309</sup> e Spagna<sup>310</sup>, anche l'ordinamento italiano, che neppure a livello materiale disciplina la fattispecie in esame, non ha a maggior ragione predisposto norme di conflitto *ad hoc*.

L'assenza di disciplina non esclude, tuttavia, la possibilità che il giudice di uno di tali Stati membri si trovi ad affrontare problemi di rilevanza giuridica di fronte ad unioni registrate o ad accordi di convivenza con elementi di estraneità. Ciò in quanto rapporti di tal tipo sono ormai diffusi e disciplinati in molti Paesi di *civil e common law* e, come noto, i criteri di giurisdizione nazionali sono frequentemente definiti in termini ampi in ordine alle controversie internazionali<sup>311</sup>.

Oltre alla complessa operazione di qualificare istituti non conosciuti all'interno delle norme internazionalprivatistiche già esistenti, l'applicazione di criteri di collegamento non appropriati, ancorati a fattori oggettivi bilaterali, lascia aperto e irrisolto il problema che si renda applicabile alla fattispecie concreta una legge che non conosce gli istituti in esame. In mancanza di norme materiali relative a tali forme di unione, infatti, l'alternativa sarebbe tra l'esclusione di qualsiasi effetto alla registrazione effettuata all'estero, che sia tra persone dello stesso sesso o di sesso differente, e l'applicazione della disciplina sostanziale in materia di matrimonio,

---

<sup>307</sup> Per una critica a tale disposizione: GEBAUER, *op. cit.*, p. 275.

<sup>308</sup> Nel senso che la mancata previsione di specifiche norme di conflitto sia collegata al carattere contrattuale di certe forme di unione: MARKUS V., *Registrierte Partnerschaften-Handlungsbedarf und Handlungsmoglichkeiten im IPR*, in *Schweizerische Zeitschrift int. Eur. Recht*, 2001, p. 109 e 116.

<sup>309</sup> Per quanto riguarda la prospettiva francese si veda ad esempio: KHAIRALIAH G., *Les partenariats organisés en droit international privé*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2000, p. 320.

<sup>310</sup> Sulla mancanza di una normativa internazionalprivatistica in materia, relativamente alla prospettiva spagnola si veda: GONZALES BEILFUSS C., *Non-marital cohabitation, Registered partnerships and same sex marriage in private international law: the Spanish prospective*, in *Yearbook of private international law*, 2004, vol. 6, p. 186 ss.

<sup>311</sup> S. TONOLO, *op. cit.*, p. 164. In particolare, la giurisdizione del giudice italiano sussiste, secondo l'art. 3 della legge 218/95, quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Secondo l'art. 4 della stessa legge, la giurisdizione italiana sussiste anche quando sia stata convenzionalmente accettata dalle parti o non sia stato eccepito il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

soluzione quest'ultima che, soprattutto per quanto riguarda le registered partnerships, potrebbe portare all'attribuzione all'unione in questione di effetti maggiori e più penetranti di quelli che essa è destinata a produrre nell'ordinamento di origine.

Infine, problema altrettanto spinoso è quello del riconoscimento che un'unione non tradizionale può ricevere in un ordinamento diverso da quello d'origine. Siccome non tutti gli Stati disciplinano gli istituti in esame, infatti, è assolutamente possibile che il riconoscimento stesso venga negato, con la conseguenza del crearsi di situazioni claudicanti, valide solo in alcuni Stati, non invece in altri.

### **Capitolo III:**

## **Verso un diritto internazionale privato europeo in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi**

### **1. Considerazioni introduttive**

Nel capitolo che precede, sono state messe in luce le problematiche più rilevanti che i coniugi o i conviventi transfrontalieri sono costretti a porsi, sia nell'ambito della gestione quotidiana del patrimonio familiare, sia al momento della liquidazione dello stesso, in seguito a separazione personale o a morte.

Tali difficoltà rappresentano tuttora un grave intralcio alla libertà di movimento all'interno dell'Unione Europea, ove il fenomeno delle coppie internazionali acquista un'importanza sempre maggiore, a fronte della crescente mobilità delle persone in uno spazio senza frontiere interne. Come si è avuto modo di rilevare, gli inconvenienti più ostici da risolvere, dal punto di vista giuridico, oltre che pratico, sono per lo più riconducibili alle innumerevoli difformità e disomogeneità tra normative applicabili - tanto a livello di diritto sostanziale, quanto di diritto internazionale privato - che si pongono in netto contrasto con quelle esigenze di certezza del diritto e di uniformità delle soluzioni, perseguite a livello europeo attraverso la cooperazione giudiziaria in materia civile.

È, dunque, l'esigenza di creare uno spazio unitario di libertà, sicurezza, giustizia, nel quale la libera circolazione delle persone viene assicurata nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti giuridici, il motore che ha spinto il legislatore europeo nella direzione di un'armonizzazione della disciplina internazionalprivatistica della materia in esame, attraverso l'emanazione di atti normativi predisposti a livello europeo.

Attualmente, sono al vaglio delle Istituzioni due distinte Proposte di Regolamento: la prima, relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; la seconda, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni degli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Già ad un primo sguardo, è possibile identificare almeno tre caratteri di rilevante innovatività propri degli strumenti normativi *in fieri*, dei quali sin d'ora sembra necessario dare conto: da un lato, mirano ad uniformare una materia che per complessità ed eterogeneità era finora rimasta espressamente esclusa dai Regolamenti esistenti; dall'altro, essi si collocano tra quegli strumenti cosiddetti di "nuova generazione", aventi per oggetto non solo un singolo aspetto, ma l'intera disciplina internazionalprivatistica della materia che hanno ad oggetto. Tuttavia, è un terzo aspetto quello che colpisce maggiormente, ovvero la decisione della

Commissione di non presentare un unico atto, bensì due distinte Proposte di Regolamento, in modo tale da scindere il settore dei regimi matrimoniali da quello concernente gli effetti patrimoniali conseguenti ad una partnership registrata. Si tratta della prima occasione in cui le Istituzioni europee prendono formalmente atto di nuove forme di unione, esterne al matrimonio, ma collocandole esplicitamente all'interno del diritto di famiglia<sup>312</sup>.

Coerentemente rispetto alla scelta compiuta dal legislatore europeo, anche la presente analisi mantiene distinte le due materie disciplinate dalle Proposte di Regolamento, dedicando rispettivamente il presente capitolo ai regimi patrimoniali tra coniugi, ed il successivo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

## **2. L'iter della Proposta di Regolamento in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi**

Già da tempo si è resa chiara l'esigenza di un'azione europea in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, nella convinzione che la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni possano essere garantite solo attraverso la predisposizione di norme comuni di riferimento.

La previsione di una disciplina unica a livello europeo era già stata inserita tra le priorità del piano di azione di Vienna del 1998<sup>313</sup> ed era altresì presentata nel progetto di programma del Consiglio sulle misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, risalente al 30 novembre 2000<sup>314</sup>. In particolare, quest'ultimo anticipava l'esigenza di elaborare uno strumento "sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e conseguenze patrimoniali della separazione di coppie non sposate", inserendolo all'interno di quell'area di comunitarizzazione del diritto processuale civile internazionale, appena inaugurata, proprio in ambito familiare, dal Regolamento (CE) n. 1347/2000.

Da allora, l'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia civile a livello europeo, presto estesi al diritto internazionale privato sostanziale oltre che processuale, ha interessato anche la materia dei regimi matrimoniali tra coniugi, riflettendosi sullo spettro applicativo dei progetti in divenire.

---

<sup>312</sup> Si veda in particolare la Relazione allegata alla Proposta di Regolamento, p. 9.

<sup>313</sup> Come ricorda la Relazione alla recente Proposta di Regolamento, p. 2.

<sup>314</sup> Si tratta del Consiglio di Tampere, che ha definito un programma quinquennale (1999-2004) di interventi prioritari per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, riconducendo in tale ambito materie che fino a quel momento erano state lasciate ai margini, quali, ad esempio, quella dei regimi patrimoniali tra coniugi, delle successioni o la materia della famiglia di fatto. Cfr. il punto n. 39 delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, in [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm)

Primo indice di tale evoluzione si rinviene nel Programma dell'Aja<sup>315</sup>, adottato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre del 2004, che, nell'attribuire priorità fondamentale al raggiungimento dell'obiettivo di reciproco riconoscimento, già sancito nel 2000, invita la Commissione a presentare un libro verde "sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale tra coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco" e sottolinea la necessità di addivenire a risultati concreti entro il 2011. Successivamente, nel Programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2009<sup>316</sup>, viene rinnovata la necessità di "estendere il riconoscimento reciproco ai regimi patrimoniali tra coniugi e alle conseguenze patrimoniali delle separazioni", ed ancora nella Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione – Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione<sup>317</sup>, adottata il 27 ottobre 2010, viene ribadita con chiarezza la necessità di pervenire ad una disciplina comune, che convogli in unico *corpus* normativo le problematiche internazionalprivatistiche della materia. Nel contesto attuale, infatti, l'incertezza in merito ai diritti di proprietà delle coppie internazionali viene considerata dalle Istituzioni uno dei principali ostacoli che incontrano i cittadini europei nell'esercizio dei diritti loro riconosciuti dall'UE oltre le frontiere nazionali.

Per risolvere questo problema, la Commissione ha annunciato "l'adozione, nel 2011, di una proposta di strumento legislativo che consenta alle coppie internazionali di sapere con maggiore facilità qual è l'autorità giurisdizionale competente e quali le leggi applicabili ai loro diritti di proprietà".

La Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi è stata pubblicata il 16 marzo 2011, dopo che il Libro verde della Commissione, risalente al giugno 2006, aveva dato il via ad un'ampia consultazione tra Stati Membri, Istituzioni e cittadini europei, che si protrae fino ai giorni nostri in vista dell'emanazione del futuro Regolamento<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, n. C 53, del 3 marzo 2005.

<sup>316</sup> Programma di Stoccolma, "Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini" adottato dal Consiglio europeo, in data 10/11 dicembre 2009 (2010/C 115/01), in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. C 115, del 4 maggio 2010. Nei fatti si tratta del nuovo programma pluriennale per lo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014", a conclusione del precedente e sopra citato Programma dell'Aja

<sup>317</sup> COM(2010) 603.

<sup>318</sup> Al fine di elaborare la Proposta, la Commissione ha istituito un gruppo di esperti, denominato PRM/III, composto da membri dei diversi ambiti professionali interessati in rappresentanza delle diverse culture giuridiche europee. Tra il 2008 ed il 2010 il gruppo si è riunito 5 volte e, a seguito della conferma dell'esigenza di uno strumento dell'Unione in materia, il 23 marzo 2010 si è proceduto a discutere le grandi linee della proposta in preparazione alla presenza di tutti gli esperti nazionali.



## **2.1. La base giuridica della Proposta**

La Proposta trova fondamento normativo negli articoli 67 ed 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex artt. 61 e 65 TCE riformulati a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona). Come si è già avuto modo di rilevare, il primo prevede che l'Unione realizzi uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché degli ordinamenti giuridici e delle tradizioni dei diversi Paesi Membri. Al fine di raggiungere l'obiettivo, viene in primo luogo facilitato l'accesso alla giustizia attraverso l'istituzione di una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transfrontaliere, da realizzarsi non solo per mezzo del reciproco riconoscimento delle decisioni straniere - principio sancito all'art. 67 par. 4 -, ma anche con l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, ai sensi dell'art. 81 par.1 TFUE.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per l'armonizzazione internazionalprivatistica delle altre materie civilistiche, sottoposte a procedura legislativa ordinaria, la predisposizione di misure in ambito familiare implica l'adozione di un procedimento legislativo speciale, definito all'art. 81 par.3. In particolare, è conferita al Consiglio la competenza a legiferare nel settore, previa consultazione del Parlamento europeo e con deliberazione all'unanimità.

Le problematiche imposte da tale limite procedurale sono già state messe in luce: si tratta di ottenere il consenso dei 27 Paesi membri dell'Unione europea che, paradossalmente, proprio in una materia come quella familiare in cui è richiesta l'unanimità, hanno posizioni completamente differenti, a volte addirittura inconciliabili, come di recente chiaramente testimoniato in materia di divorzio<sup>319</sup>.

Il primo - e forse maggiore - ostacolo che la Proposta si troverà ad affrontare prima di sfociare nell'adozione definitiva di un Regolamento sarà dunque quello di ottenere l'approvazione di tutti gli Stati facenti parte dell'Unione. Non può, infatti, porsi in dubbio che la materia dei regimi patrimoniali tra coniugi, presupponente per sua stessa natura la sussistenza di un rapporto di famiglia tra gli interessati, rientri a pieno titolo nella sfera familiare e, in quanto tale, sia assoggettata alle procedure previste per questa materia.

## **3. Gli ambiti applicativi del futuro Regolamento**

La Proposta della Commissione offre un'importante base di partenza per cercare di delineare i caratteri distintivi del futuro strumento normativo, e al contempo per tentare alcune riflessioni sulle diverse scelte compiute a livello europeo, al fine di

---

<sup>319</sup> Si tratta del già citato Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile al divorzio.

valorizzarne gli aspetti positivi, nonché di farne emergere le criticità.

Il legislatore europeo si prefigge l'obiettivo ambizioso di predisporre la disciplina internazionalprivatistica della materia dei regimi patrimoniali tra coniugi, attraverso l'adozione di un sistema completo ed autosufficiente, che vada a sostituirsi alle normative locali relative alla competenza giurisdizionale, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie. In quest'ottica, la Proposta ha un ambito applicativo molto ampio, sia dal punto di vista spaziale, sia in relazione alla portata *ratione personae*.

Innanzitutto, il futuro Regolamento si rende applicabile *erga omnes*, in forza del carattere universale sancito all'art.21. Non si distingue, cioè, a seconda che la fattispecie sia interna al territorio dell'Unione o contenga, al contrario, una proiezione esterna che denoti contatti con Stati terzi, fino a rendere applicabile, sulla base della normativa di conflitto comune, il diritto di Paesi che non rientrano nell'Unione europea.

Pare interessante sottolineare a questo riguardo che l'utilizzo -anche per fattispecie non intraeuropee - di identiche norme di conflitto tra gli Stati membri, si rivela altresì funzionale al raggiungimento dell'obiettivo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, espressamente perseguito dall'articolo 81 del TFUE, poiché facilita la circolazione anche di quei provvedimenti emessi dai giudici di Stati membri con riferimento a situazioni parzialmente estranee all'Unione Europea<sup>320</sup>. Tuttavia, resta fermo che il regime privilegiato approntato dalla Proposta interessa le sole decisioni emanate dalle autorità giurisdizionali interne ai Paesi membri, residuando l'applicabilità delle normative internazionalprivatistiche nazionali, qualora la decisione richiesta di riconoscimento o di esecuzione provenga da uno Stato terzo.

Ancora, al fine di mettere in luce l'ampiezza della portata applicativa del il futuro Regolamento, è interessante sottolineare che il suo campo operativo non contiene limiti all'applicazione *ratione personae*, estendendosi a tutti i soggetti che si trovano sul territorio dell'Unione, a prescindere dal possesso della cittadinanza, o del domicilio di uno Stato Membro. Ciò rileva, in particolare, per le norme sulla competenza giurisdizionale che, in assenza di limiti soggettivi, si sovrappongono integralmente a quelle predisposte a livello nazionale, alle quali non viene lasciata alcuna residuo margine di applicazione. Pertanto, qualunque giudice adito all'interno dell'Unione Europea statuirà sulla propria competenza giurisdizionale in base ai soli titoli di giurisdizione definiti dal Regolamento. Ne consegue, inevitabilmente, un maggiore ed elevato livello di semplificazione e di prevedibilità, sia per i coniugi, sia per gli operatori del diritto.

---

<sup>320</sup> MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale, parte generale e contratti*, V ed., UTET, 2010, p. 374.

#### 4. L'ambito di applicazione *ratione materiae*

La definizione del campo di applicazione *ratione materiae* del futuro Regolamento richiede particolare attenzione, poiché presenta alcuni profili di estrema delicatezza, derivanti dalla stessa peculiarità ontologica della materia cui è dedicato. In particolare, la Proposta da un lato, all'art. 2, si preoccupa di fornire definizioni autonome di taluni istituti, al fine di garantire l'uniforme applicazione della normativa nel contesto europeo; dall'altro, all'art.1, esclude dal suo campo di applicazione alcune materie, circoscrivendo il proprio ambito di operatività.

Oltre alle nozioni di atto pubblico<sup>321</sup>, di decisione<sup>322</sup>, di Stato membro di origine<sup>323</sup>, di Stato membro richiesto<sup>324</sup>, di autorità giurisdizionale<sup>325</sup>, di transazione giudiziaria<sup>326</sup>, meritano maggiore attenzione ai nostri fini i concetti di “regime patrimoniale tra coniugi” e di “contratto di matrimonio”, esplicitati rispettivamente alle lettere a) e b) dell'art. 2 della Proposta in esame.

L'esigenza di una chiara definizione dell'istituto “regimi patrimoniali tra coniugi”, in particolare, si rivela di prioritaria importanza per una corretta comprensione dell'ambito di applicazione del futuro Regolamento. A questo riguardo, occorre subito domandarsi – così come è stato già fatto in passato<sup>327</sup> - se

---

<sup>321</sup> Ai sensi della lett. c) dell'art. 2 della Proposta di Regolamento è atto pubblico qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico nello Stato membro di origine e la cui autenticità: i) riguardi la firma ed il contenuto dell'atto pubblico, e ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da un'altra autorità a tale fine autorizzata.

<sup>322</sup> Ai sensi della lett. d) dell'art. 2 della Proposta è decisione, a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione in materia di regime patrimoniale tra coniugi emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, quale ad esempio decreto, ordinanza, sentenza o mandato di esecuzione, nonché la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere.

<sup>323</sup> Ai sensi della lett. e) dell'art. 2 della Proposta è Stato membro d'origine lo Stato membro in cui, a seconda dei casi, è stata emessa la decisione, è stato concluso il contratto di matrimonio, è stato formato l'atto pubblico, è stata approvata la transazione giudiziaria o è stato effettuato l'atto di divisione del patrimonio comune o qualunque altro atto effettuato dinanzi o ad opera dell'autorità giudiziaria o altra autorità da quella delegata o designata.

<sup>324</sup> Ai sensi della lett. f) dell'art. 2 della Proposta è Stato membro richiesto lo Stato membro in cui vengono richiesti il riconoscimento e/o l'esecuzione della decisione, del contratto di matrimonio, dell'atto pubblico, della transazione giudiziaria, dell'atto di divisione del patrimonio comune o di qualunque altro atto effettuato dinanzi o ad opera dell'autorità giudiziaria o altra autorità da quella delegata o designata.

<sup>325</sup> Ai sensi della lett. g) dell'art. 2 della Proposta è autorità giurisdizionale l'autorità giudiziaria competente degli Stati membri che eserciti una funzione giurisdizionale in materia di regime patrimoniale tra coniugi o altra autorità non giudiziaria o persona che, su delega o designazione di un'autorità giudiziaria degli Stati membri, eserciti funzioni di competenza delle autorità giurisdizionali ai sensi del presente regolamento.

<sup>326</sup> Ai sensi della lett. g) dell'art. 2 della Proposta è transazione giudiziaria la transazione in materia di regime patrimoniale tra coniugi approvata dall'autorità giurisdizionale o conclusa dinanzi all'autorità giurisdizionale nel corso di un procedimento.

<sup>327</sup> In sede di adesione del Regno Unito e dell'Irlanda alla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile

sia addirittura pensabile la predisposizione in ambito europeo di uno strumento normativo avente ad oggetto un istituto non conosciuto e non disciplinato in quanto tale da alcuni Stati membri<sup>328</sup>. Si è già detto, infatti, che particolarmente nei Paesi di origine anglosassone non esiste definizione alcuna della fattispecie “regimi patrimoniali tra coniugi”, né una disciplina ad essa dedicata nello specifico. Il dibattito sulla questione, ormai sopito, è stato risolto positivamente in considerazione del fatto che l’espressione «regimi matrimoniali» non solo si trova consacrata nel diritto positivo della maggior parte degli Stati membri, ma figura altresì esplicitamente in diversi testi normativi di diritto derivato europeo, quali i Regolamenti in materia di invalidità e scioglimento del matrimonio, di obbligazioni alimentari, di successioni – che la escludono espressamente ciascuno dal proprio ambito di applicazione -, in Convenzioni internazionali - anch’esse preparate sotto l’egida del Consiglio Europeo<sup>329</sup>- ed infine, risulta oggetto di specifica interpretazione da parte della Corte di Giustizia<sup>330</sup>.

Sempre sotto il profilo definitorio, non vanno poi trascurate ulteriori difficoltà. La principale risiede nel fatto che la materia in esame ha evidenti legami di prossimità con altri settori del diritto, quali separazione, divorzio, obbligazioni alimentari, obbligazioni contrattuali, successioni, di tal che risultano assai sfumati i confini tra lo statuto patrimoniale e, da un lato, lo statuto personale, dall’altro, quello successorio. Le linee di demarcazione, già sottili ove si volga lo sguardo ad un singolo ordinamento, divengono ancora più labili se dalla prospettiva nazionale ci si apre verso l’esterno, al confronto con altri sistemi normativi, nei quali una medesima situazione di fatto ben potrebbe essere interpretata in termini giuridicamente differenti.

La mancanza di una lettura univoca dell’istituto “regimi patrimoniali tra coniugi” produce, infatti, conseguenze di tutto rilievo sul piano pratico se solo si consideri che, a seconda del giudice adito, allo stato attuale ben può divergere la qualificazione giuridica della fattispecie all’interno della normativa di conflitto predisposta da ciascun ordinamento. Ne discende, ancora una volta, una paradossale incertezza giuridica, poiché la soluzione data al caso concreto potrebbe essere

---

e commerciale, fin dai primi momenti di discussione le delegazioni Inglese ed Irlandese sottolinearono il problema suscitato dall’utilizzo dell’espressione convenzionale «regimi matrimoniali», a proposito dell’ art. 1, trattino 2, che la menziona.

<sup>328</sup> Sul punto, cfr. il sommario della Commissione europea alle risposte del Libro Verde, *Summary of replies to the green paper on the conflict of laws in matter concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition*, Bruxelles, 5 febbraio 2008.

<sup>329</sup> Si pensi, oltre che alla Convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali, anche alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

<sup>330</sup> Consortium ASSER-UCL, *Etude sur les regimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l’Union Européenne*, effectuée à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale Justice et Affaires intérieures, (Offre n° JAI/A3/2001/03), p. 24.

diversa, o addirittura opposta, anche laddove i sistemi giuridici apprestino per le medesime categorie astratte, identiche norme di conflitto<sup>331</sup>.

#### 4.1. La definizione dei regimi patrimoniali tra coniugi

Nella prospettiva di un'armonizzazione ad opera del prossimo Regolamento, si condivide dunque la scelta del legislatore europeo di prendere una posizione univoca sulla nozione e sul contenuto da attribuire all'istituto "regimi patrimoniali tra coniugi".

Si è già detto che in materia di famiglia l'atteggiamento delle Istituzioni all'elaborazione di definizioni comuni si è sempre mostrato cauto, in ragione del necessario rispetto delle differenze normative e socio-culturali proprie di ciascun Paese membro. Tuttavia, in ossequio al principio di certezza del diritto, posto a fondamento della creazione di uno spazio giuridico europeo, un'interpretazione autonoma della fattispecie oggetto di disciplina pare necessaria, attesi, da un lato la suscettibilità della materia a mutare considerevolmente il proprio contenuto da uno Stato ad un altro; dall'altro - e soprattutto - la sua rilevata contiguità rispetto a istituti già espressamente disciplinati in atti di legislazione derivata<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup>Si tratta di una classica questione di qualificazione, certo non nuova al diritto, ma qui connotata di caratteristiche tutte particolari, che la arricchiscono di notevole rilevanza pratica ancorché teorica, soprattutto nell'ottica di una futura armonizzazione a livello europeo.

E' noto, infatti, che nel diritto internazionale privato la qualificazione, operazione di interpretazione in base alla quale viene individuata la norma di conflitto più idonea ad incasellare ciascuna fattispecie concreta, va compiuta alla luce della *lex fori* e può condurre a risultati diversi da Stato a Stato, soprattutto quando si tratti di casi border line, posti al confine tra due o più categorie generali contemplate da singole norme di conflitto. Non stupisce, allora, che proprio una questione in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi sia stata all'origine delle complesse «teorie della qualificazione» che trovano in Bartin (BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, in *Journal du droit international privé*, Clunet, 1897, 225-255; 466-495; 720-738; Id., *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois*, RC, 1930, 565-621) il proprio capostipite e nel caso Bartholo il proprio leading case. Il caso Bartholo è oggetto della sentenza della Corte di Appello di Algeri, 24 dicembre 1889 di cui vale la pena ricordare i termini essenziali. Si trattava di decidere se la signora Maria Aquilina, vedova di François Bartholo, avesse diritto ad una parte dei beni del marito. I coniugi, originari di Malta, dove si erano sposati, si erano poi trasferiti in Algeria e algerina (cioè allora Francese) era l'ultima cittadinanza del marito. Il diritto di Malta considerava la questione successoria mentre quello francese come attinente ai rapporti patrimoniali tra coniugi. Fu osservato che, se pure il diritto internazionale privato maltese e quello algerino fossero stati identici ed avessero previsto entrambi che per le questioni successorie si applicasse la legge nazionale del defunto al momento della morte e per quelle matrimoniali la legge nazionale comune al momento della celebrazione del matrimonio, gli esiti sarebbero stati differenti a seconda che a deciderlo fossero stati chiamati i giudici di Malta o di Algeri.

<sup>332</sup> UINL, op. cit., p. 381.

## 4.2. L'interpretazione autonoma della Corte di Giustizia

La Proposta di Regolamento accoglie in linea generale la definizione ampia proposta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che già molti anni addietro aveva segnalato la necessità di pervenire ad una nozione condivisa della fattispecie in esame, fornendone un'interpretazione autonoma.

L'occasione di pronunciarsi sul punto si è presentata a più riprese. Infatti, sebbene ancora allo stato attuale non esista una normativa uniforme che disciplini la materia a livello europeo, più di un atto di diritto derivato dell'Unione – ed in particolare, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1968, il Regolamento (CE) n. 44/2001 (Bruxelles I), il Regolamento (CE) n. 2201/03 (Bruxelles II-bis), il Regolamento (CE) n. 593/08 (Roma I), il Regolamento (UE) n. 650/2012 – si è preoccupato nel tempo di escludere dal proprio ambito di applicazione la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi. L'utilità della definizione autonoma, pertanto, è apparsa evidente tutte le volte in cui si è reso necessario determinare l'ambito applicativo *ratione materiae* degli strumenti già esistenti, non solo attraverso le definizioni in essi contenute ma anche, come il più delle volte accade, *a contrario*, per mezzo delle esclusioni ivi contemplate.

È in particolare nel caso *De Cavel*<sup>333</sup>, concernente misure provvisorie – nella fattispecie, l'apposizione dei sigilli e il sequestro di beni dei coniugi, richieste in pendenza di una domanda di divorzio - che la Corte ha avuto modo di chiarire autonomamente la nozione «regime patrimoniale fra coniugi». Alla luce della lettura fornita dalla giurisprudenza europea, essa comprende non solo il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in vista del matrimonio, ma pure tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo. Al contrario, i rapporti giuridici economici sorti in costanza, ma indipendenti dal matrimonio, non vengono ricompresi nell'alveo della definizione e possono rientrare, o meglio non essere esclusi, dal campo d'applicazione della normativa europea citata (nella specie, la Convenzione di Bruxelles del 1968). Ancora, senza contraddire il proprio precedente, nella sentenza *De Cavel II*<sup>334</sup>, la Corte rende applicabile la medesima Convenzione all'esecuzione di un provvedimento provvisorio emesso in un procedimento per lo scioglimento del matrimonio e con il quale si attribuisce ad una delle parti un assegno mensile per alimenti, ed una prestazione compensativa provvisoria da pagarsi mensilmente.

Come successivamente ribadito nel caso *Van den Boogaard*<sup>335</sup>, infatti,

---

<sup>333</sup> CGCE, sentenza 27 marzo 1979, *De Cavel*, Causa C-163/78, in *Raccolta*, 1979, p. 1055 ed in *Revue Critique droit international privé*, 1980, p. 614 e *Clunet*, 1979, p. 681, con nota di HUET A.

<sup>334</sup> CGCE, sentenza del 6 marzo 1980, *De Cavel*, Causa C-120/79, in *Raccolta* 1980, p. 731.

<sup>335</sup> CGCE (Quinta Sezione) sentenza del 27 febbraio 1997, *van den Boogaard*, Causa C-220/95, in *Raccolta*, 1997 pagina I-01147.

nell'ambito di una sentenza di divorzio, se la prestazione è diretta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso, o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilire l'ammontare della prestazione, la decisione riguarda un'obbligazione alimentare, rientrando nella sfera d'applicazione dell'allora Convenzione di Bruxelles. Quando, invece, la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, la decisione concerne il regime patrimoniale e quindi non può essere resa esecutiva in base alla Convenzione stessa.

### **4.3. La necessità di una definizione univoca a livello europeo**

Prendendo le mosse dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, all'art. 2 la Proposta di Regolamento propone una definizione ampia, che identifica testualmente il regime patrimoniale tra coniugi nell'"insieme di norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e con i terzi". Si tratta, di per sé, di una nozione incompleta e poco esplicitiva, che non aiuta a delineare le caratteristiche fondamentali dell'istituto, lasciando all'interprete e ai diritti locali il potere di definire il contenuto dei rapporti di natura economica tra marito e moglie.

Tuttavia, il provvisorio considerando n. 11 - il cui contenuto si auspica venga trasposto nella futura definizione - contribuisce a chiarire che il campo di applicazione del futuro Regolamento deve estendersi a tutti gli aspetti civili dei regimi patrimoniali tra coniugi, riguardanti tanto la gestione quotidiana dei beni, quanto la liquidazione del regime patrimoniale in seguito a separazione personale o a morte di uno dei coniugi.

La precisazione estingue, almeno parzialmente, alcuni dei dubbi che l'interpretazione giurisprudenziale - dedicata ai soli aspetti direttamente discendenti dal vincolo matrimoniale - aveva lasciato aperti in ordine a quei rapporti sorti in vista della celebrazione del matrimonio o al contrario, in seguito al suo scioglimento.

#### **4.3.1. I rapporti patrimoniali a seguito di scioglimento del matrimonio**

Concentrandosi per il momento solo sui rapporti che conseguono allo scioglimento del matrimonio, è evidente che con la pronuncia che dichiara l'annullamento o il divorzio viene meno il vincolo coniugale, cosicché le statuizioni relative ai rapporti economici propri di tale fase risultano slegate dallo *status* di coniugi e, piuttosto, attinenti a quello di divorziati<sup>336</sup>. La difficoltà nel qualificare

---

<sup>336</sup> Diverso è, invece, il discorso per quanto riguarda la separazione che, negli ordinamenti in cui trova disciplina, lascia sussistere il vincolo matrimoniale. Pertanto, gli effetti patrimoniali da essa

tali rapporti si ripercuote sulla determinazione della legge applicabile, nonché del giudice competente a regolarli, poiché affiora il dilemma se renderli assoggettati alla normativa sul divorzio o, al contrario, a quella sui regimi matrimoniali. Nel primo caso, si verificherebbe l'inconveniente di sottoporre a leggi diverse la procedura divorzile (e con essa l'affidamento della prole, l'assegnazione della casa coniugale, etc.) e la definizione degli assetti economici ad essa conseguenti<sup>337</sup>; nel secondo, la stessa situazione coinvolgerebbe i rapporti sorti in costanza e a seguito dello scioglimento matrimoniale.

Il legislatore chiarisce il punto, facendo rientrare nell'ambito applicativo del futuro Regolamento anche le conseguenze economiche derivanti dallo scioglimento del legame coniugale - peraltro coerentemente già escluse dal Regolamento UE n. 1259/10 sulla legge applicabile al divorzio - e ad eccezione delle obbligazioni alimentari, già disciplinate dal Regolamento (CE) n. 4/09.

Analogamente, viene ricompresa nella Proposta anche la liquidazione del regime patrimoniale in seguito a morte di uno dei coniugi, cosicché le autorità chiamate a pronunciarsi in merito ad una determinata successione dovrebbero tener conto, in funzione della situazione, del futuro regolamento per determinare il regime patrimoniale tra coniugi, ai fini di decidere in merito all'asse ereditario del defunto e alle rispettive quote dei beneficiari<sup>338</sup>.

A fugare il rischio, in concreto esistente, che la pronuncia in materia di divorzio o di diritto successorio da un lato, e gli assetti economici derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale dall'altro, vengano devoluti a due giurisdizioni differenti ovvero sottoposti a due leggi diverse, la Proposta risponde conferendo un ampio margine di operatività all'autonomia della volontà delle parti, determinante sia in campo giurisdizionale, sia nell'ambito della legge applicabile, come si avrà modo di rilevare più avanti.

#### **4.3.2. I rapporti patrimoniali in vista del matrimonio**

Quanto ai rapporti di natura patrimoniale sorti prima ed in previsione della

---

prodotti (quali lo scioglimento della comunione dei beni) possono certamente ancora ricondursi al matrimonio, ed essere di conseguenza sottoposti alla disciplina dettata dal Regolamento.

<sup>337</sup> BARIATTI S., VIARENGO I., *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Rdipp*, 2006, p. 603 ss.

<sup>338</sup> Coerentemente, il Regolamento (UE) n. 650/2012 dispone che *“Il presente regolamento non si dovrebbe pertanto applicare alle questioni inerenti ai regimi patrimoniali tra coniugi, comprese le convenzioni matrimoniali riconosciute in alcuni sistemi giuridici, nella misura in cui non trattino questioni di successione, e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che si considera abbiano effetti comparabili al matrimonio. Le autorità che, a norma del presente regolamento, sono competenti per una determinata successione dovrebbero tener conto, in funzione della situazione, dello scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi o del regime patrimoniale assimilabile del defunto ai fini della determinazione dell'eredità del defunto e delle rispettive quote dei beneficiari”*.



celebrazione del matrimonio, la Proposta di Regolamento resta silente. La natura contrattuale delle convenzioni stipulate tra i nubendi al fine di regolamentare le loro future relazioni economiche potrebbe condurre ad assoggettare tali rapporti alla disciplina comune prevista per le obbligazioni contrattuali, ed in particolare al Regolamento (CE) n. 593/08. Se è pur vero, infatti, che l'efficacia di un accordo siffatto resta necessariamente subordinata alla celebrazione del matrimonio, tuttavia è altresì innegabile che anteriormente a tale evento la pattuizione produce obbligazioni in capo a soggetti estranei l'uno all'altro, o meglio, non ancora legati da alcun vincolo di coniugio. È possibile, pertanto, ipotizzare l'esclusione dei cosiddetti *prenuptial agreement* dal futuro Regolamento, all'interno del quale i rapporti patrimoniali tra coniugi presuppongono l'esistenza di un rapporto di famiglia tra gli interessati. A ben riflettere, lo stesso contratto di matrimonio, definito all'art. 2 della Proposta, viene inteso come qualsiasi accordo con cui i *coniugi* organizzano i rapporti patrimoniali tra loro e con i terzi, per cui sembra estromettere dal campo di applicazione qualsivoglia pattuizione intercorsa tra soggetti che coniugi, per l'appunto, non sono ancora.

Tuttavia, accanto ad una lettura così rigorosa, è possibile prospettare un diverso scenario, tale per cui a seconda che se ne ritenga prevalente il carattere contrattuale o, piuttosto, il fatto-matrimonio che ne condiziona l'efficacia, la convenzione prematrimoniale sarà riconducibile alla disciplina europea dedicata ai rapporti patrimoniali tra coniugi o viceversa risulterà esclusa dalla stessa.

A fronte di questa incertezza, si ritiene che meglio farebbe il legislatore europeo a prendere una posizione chiara sul punto, anche in considerazione della controversa validità di tali convenzioni, ammesse in alcuni Paesi e non in altri, che ne condiziona inevitabilmente la produzione uniforme degli effetti nell'ambito dello spazio europeo.

### **4.3.3. I rapporti personali**

La Proposta di Regolamento non si pronuncia neppure sull'applicabilità del futuro strumento normativo ai rapporti personali tra coniugi, fatta eccezione per l'aspetto della capacità soggettiva, che resta espressamente devoluto alle legislazioni nazionali, ai sensi dell'art. 2. La contiguità tra sfera personale e patrimoniale all'interno del matrimonio, tuttavia, avrebbe richiesto un orientamento maggiormente certo, anche dal punto di vista definitorio, non solo per le difficoltà connesse a distinguere tra aspetti che ricadono nell'uno o nell'altro ambito, ma anche per il rischio di rendere applicabili leggi differenti a situazioni complesse che inscindibilmente vedono legate tra loro la sfera soggettiva a quella patrimoniale.

Per perseguire l'obiettivo di una semplificazione concreta, sarebbe invece necessario, o quanto meno opportuno, che per espressa previsione normativa i rapporti personali e patrimoniali tra coniugi fossero sottoposti alla medesima legge o

che venisse predisposta una soluzione di omogeneità tra le due discipline, nel caso di connessione tra loro<sup>339</sup>. Tuttavia, muovendosi in tale prospettiva non è possibile trascurare che l'obiettivo prefigurato potrebbe essere raggiunto solo in parte attraverso il regolamento, stante l'impossibilità di ricondurre tutti gli effetti personali derivanti dal matrimonio all'interno del suo futuro ambito di applicazione. La resistenza dei legislatori nazionali nei confronti di tale soluzione troverebbe fondamento da un lato, in linea di principio, nella già citata insofferenza a devolvere alle competenze dell'Unione europea aspetti che tradizionalmente costituiscono appannaggio esclusivo statale; e dall'altro, nelle conseguenze derivanti da una scelta di omogeneità, che ineludibilmente renderebbe applicabile anche ai rapporti personali il criterio dell'autonomia della volontà adottato prevalentemente per i rapporti patrimoniali, ma non ammesso nella maggior parte degli Stati Membri con riferimento ai diritti della personalità.

A fronte di tali preoccupazioni, resta però ingiustificatamente irrisolto il problema di definire l'applicabilità o meno del futuro Regolamento ai cosiddetti regimi primari<sup>340</sup>, costituiti da quel nucleo fondamentale di diritti e doveri di assistenza e contribuzione reciproca che i coniugi assumono al momento del matrimonio e che vedono inscindibilmente legati fra loro aspetti di natura personale e patrimoniale.

#### **4.3.4. I rapporti tra coniugi e terzi**

Pare, invece, di fondamentale rilievo la definizione normativa di cui all'art. 2, laddove, nel delineare i regimi patrimoniali tra coniugi, vi ricomprende non solo le norme che regolano i rapporti tra marito e moglie reciprocamente, ma anche quelle che regolano i loro rapporti con i terzi.

È questa una lettura che trova riscontro nelle tradizioni giuridiche della maggior parte degli Stati membri - tra i quali l'Italia - e che si ritiene di accogliere con favore. L'introduzione di norme uniformi concernenti l'opponibilità ai terzi del regime matrimoniale, che da sempre costituisce uno degli aspetti di maggior delicatezza e complessità nell'ambito delle controversie di natura transnazionale, rappresenta un importante passo avanti nel percorso finalizzato a raggiungere una maggiore certezza giuridica e a semplificare i rapporti tra soggetti, in ambito europeo. Tuttavia, si avrà modo di constatare più avanti le difficoltà incontrate dalla Proposta in tale ambito.

---

<sup>339</sup> Si pensi all'art. 30 della legge di riforma del diritto internazionale privato italiana (n. 218/95) che fa coincidere in linea di principio la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi e quella che ne regola i rapporti personali, attraverso il collegamento a quest'ultima previsto all'art. 30.

<sup>340</sup> Cfr. cap. II, par. 3.

#### 4.4. Le materie escluse dalla Proposta di Regolamento

L'art. 1 della Proposta contribuisce a circoscrivere l'ambito applicativo *ratione materiae*, attraverso l'elencazione di una serie di settori che restano esclusi dal futuro Regolamento. Oltre alla usuale estromissione delle materie fiscali, doganale ed amministrativa, vengono esclusi ulteriori aspetti del diritto familiare, che paiono avere con la materia in esame stretti legami di prossimità disciplinare, quali: la capacità dei coniugi, le obbligazioni alimentari, le liberalità tra coniugi, i diritti successori del coniuge superstite, le società tra coniugi e la natura dei diritti reali, compresa la pubblicità di tali diritti.

Innanzitutto, risulta chiara la *ratio* di escludere materie che già formano oggetto di normative *ad hoc*, rimanendo tuttavia aperto il problema del coordinamento tra fonti di pari rango. Ci si riferisce, in particolare, alle obbligazioni alimentari, disciplinate oggi a livello europeo dal Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni ed alla cooperazione in materia; così come agli aspetti relativi alla validità e agli effetti delle liberalità, che per espressa ammissione della Commissione trovano disciplina all'interno del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I); ed infine ai diritti successori, di recente convogliati in un Regolamento europeo, (UE) n. 650/2012, relativo 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.

D'altra parte, può giustificarsi anche la scelta del legislatore europeo di escludere dall'ambito applicativo del Regolamento una materia come quella della capacità giuridica dei coniugi, nell'intento di riservare alla competenza di ciascuna legislazione nazionale gli aspetti concernenti la sfera personale dell'individuo.

Ancora, viene estromessa la disciplina della natura dei diritti reali, lasciata alla legislazione di ciascun Stato membro. Il regolamento, pertanto, non pregiudica la qualificazione dei beni, dei diritti connessi ad essi, nonché la determinazione delle prerogative di tali diritti. Viene esclusa anche la pubblicità dei diritti reali, in particolare il funzionamento dei registri immobiliari e gli effetti dell'iscrizione ovvero della mancata iscrizione in tali registri, che rimangono attualmente appannaggio dei legislatori nazionali. Pertanto, in considerazione dell'importanza che i beni immobili rivestono nel patrimonio familiare, occorre rilevare che alle disposizioni previste dal futuro Regolamento in materia di pubblicità dei regimi matrimoniali, si innestano necessariamente le regole che la quasi totalità degli ordinamenti impone in tema di pubblicità immobiliare, poste a presidio della tutela dei coniugi e dei terzi.

#### 4.5. L'esclusione della definizione di matrimonio

Resta prerogativa dei legislatori nazionali la definizione di matrimonio, esclusa ad opera del considerando 10 della Proposta dal futuro Regolamento<sup>341</sup>. Tale scelta si pone in linea con l'atteggiamento del legislatore europeo che, nel rimandare ai singoli ordinamenti l'interpretazione del concetto di matrimonio, mantiene da sempre una posizione cauta in relazione ad un istituto che, se da un lato è universale, ovvero conosciuto nella totalità dei sistemi legislativi esistenti, dall'altro viene concepito in termini differenti da Stato a Stato. La stessa mancanza di competenza europea in materia di diritto sostanziale di famiglia non consente, invero, una presa di posizione univoca sulla definizione autonoma del matrimonio, anche quando questo si rende presupposto giuridico per il riconoscimento di diritti di origine europea.

Tuttavia, chiarire il concetto di coniugi, e conseguentemente quello dei rapporti economici tra essi intercorrenti, sembrerebbe utile al fine di delimitare lo stesso campo di applicazione dello strumento normativo di prossima emanazione. Da un lato, pare condivisibile restringere lo spettro d'indagine a quei rapporti di contenuto economico che dipendono dal matrimonio o dall'instaurazione di una vita comune, ad esclusione di quelli che coinvolgono altri membri della famiglia rispetto ai coniugi, ivi compresi i figli, regolati da una disciplina autonoma<sup>342</sup>.

Dall'altro, il riferimento ai rapporti patrimoniali tra coniugi, contenuto nella Proposta di Regolamento, impone una riflessione sull'applicabilità o meno dello strumento a soggetti legati vuoi da forme di unioni non tradizionali che non siano state registrate<sup>343</sup>, vuoi da un vero e proprio matrimonio, qualora sia contratto tra individui del medesimo sesso. In particolare, rispetto a tali situazioni, ci si può domandare se sia necessaria una loro equiparazione rispetto ai regimi matrimoniali o se debba essere lasciata in questo ambito la più piena autonomia alle parti<sup>344</sup>; ovvero

---

<sup>341</sup> Il considerando 10 così recita: *“il presente Regolamento disciplina le questioni correlate ai regimi patrimoniali tra coniugi e non riguarda la nozione di matrimonio che è definita dal diritto interno degli Stati membri”*.

<sup>342</sup> GAROFALO L., *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cacucci Editore, Bari, 1987, p. 6.

<sup>343</sup> Per le unioni registrate opererebbe, infatti, il futuro Regolamento dedicato specificamente alla materia, del quale si tratterà compiutamente nel capitolo che segue.

<sup>344</sup> Tale estensione è stata effettuata da Consortium ASSER-UCL, *Etude sur les regimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union Européenne*, effectuée à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale Justice et Affaires intérieures, (Offre n° JAI/A3/2001/03), non invece da UINL, op. cit., p. 382 che limita la ricerca alla famiglia legittima. Evitando di specificare la necessaria diversità di sesso tra coniugi, la Commissione sembra aprire all'applicazione del futuro Regolamento anche ai matrimoni tra omosessuali. Tuttavia, considerando che l'istituto è riconosciuto in un numero limitato di Stati membri, si profila il rischio di un'applicazione non uniforme della normativa europea. Mentre, infatti, all'interno degli Stati che hanno esteso la possibilità di sposarsi anche a soggetti dello stesso sesso, molto probabilmente il

se nel contesto europeo, abbia ancora senso allo stato attuale invocare il limite dell'ordine pubblico al fine di opporsi alla produzione di eventuali effetti di tali forme di unione all'interno dell'ordinamento di uno Stato membro<sup>345</sup>.

## 5. La competenza giurisdizionale nella Proposta di Regolamento

Le vicende patrimoniali che interessano i coniugi in costanza di matrimonio si risolvono fisiologicamente in sede non contenziosa - per cui al più l'autorità non giurisdizionale interpellata da una coppia transfrontaliera si trova a dover affrontare le problematiche sollevate dal conflitto di legge - ma ciò non esclude che l'intervento del giudice si renda indispensabile, ad esempio se risulta controversa tra i coniugi la proprietà, condivisa o esclusiva, di un cespite; ovvero qualora difetti il consenso di uno dei coniugi a disporre o a donare un bene comune; o ancora laddove i rapporti tra un coniuge e un terzo intacchino parte del patrimonio della coppia. Inoltre, occorre considerare che alcuni dei momenti cruciali della vita matrimoniale, quali la rottura del rapporto o il decesso di uno dei coniugi, possono essere caratterizzati da contrasti tali da rendere necessaria l'instaurazione di un giudizio. Ne discende l'evidente utilità di dettare norme armonizzate che definiscano criteri comuni di competenza giurisdizionale, a tutto vantaggio delle istanze di prevedibilità e di certezza giuridica in capo alle parti del processo.

Allo stato attuale, la competenza giurisdizionale in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi resta devoluta alle legislazioni statali, che solo raramente si sono dotate di titoli predisposti *ad hoc*, affidandosi nella maggior parte dei casi alle regole generali dettate in tema di competenza. Nessun ordinamento, inoltre, detta una disciplina di coordinamento nelle ipotesi in cui la contestazione sugli assetti patrimoniali si innesti in una controversia relativa allo scioglimento del matrimonio, o alla determinazione del plesso ereditario. D'altro lato, la problematica resta estranea alla stessa normativa europea poiché, come noto, il Regolamento (CE) n. 2201/03 si applica ai soli procedimenti che specificamente incidono sul vincolo

---

Regolamento in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi troverà applicazione anche per i matrimoni omosessuali, così non sarà negli Stati che non riconoscono l'istituto, nell'ambito dei quali il riconoscimento degli effetti patrimoniali sarà ostacolato dalla possibilità stessa di qualificare come matrimonio l'unione sottostante.

<sup>345</sup> Il problema della ricomprensione delle unioni omosessuali nell'alveo applicativo dei Regolamenti europei in materia matrimoniale si è già posto con riferimento al Regolamento Roma III, sulla legge applicabile al divorzio. Sull'applicabilità del Regolamento alle unioni registrate e al matrimonio tra persone dello stesso sesso cfr. ROSSILLO G., *Art. 1*, in *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*. Commentario a cura di Franzina P., in *NLCC*, 2011, p. 1451. A favore di una nozione ampia di matrimonio, idonea a ricomprendere anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso si veda FRANZINA P., *The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) n. 1259/2010 of 20 december 2010*, in *Cuadernos Der. Trans.*, 2011, pp. 85 ss..

coniugale, escludendo tutte le questioni relative agli effetti patrimoniali derivanti dalla rottura del rapporto, così come quelle inerenti alle obbligazioni di mantenimento che ne possono derivare; ed analogamente il Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni rinvia alla disciplina specifica in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, escludendola dal suo ambito di applicazione.

A causa della disomogeneità del panorama normativo attuale, nel momento in cui insorga una controversia tra coniugi transfrontalieri, essi si trovano ad affrontare diverse difficoltà, legate all'assenza di certezza circa l'autorità giudiziaria competente a decidere, a fronte del ventaglio assai variabile di possibilità che incontrano a seconda della legislazione statale di riferimento. Si pensi in via esemplificativa alla probabilità che vengano incardinati più giudizi davanti ad autorità giurisdizionali di diversi Paesi, tanto più accentuata in mancanza di norme uniformi sulla litispendenza o sulla connessione, o ancora a quella derivante dall'esercizio del *forum shopping* ad opera del coniuge più forte, in pregiudizio di quello più debole. Si pensi, ancora, al pericolo che ad occuparsi dello scioglimento del vincolo matrimoniale e delle conseguenze patrimoniali che ne discendono siano giudici differenti, che presumibilmente applicheranno alla fattispecie concreta leggi diverse.

### **5.1. Gli obiettivi perseguiti dall'armonizzazione della disciplina**

Con l'intento di assicurare una maggiore prevedibilità e di accentuare la certezza giuridica dei coniugi che instaurino un giudizio in ambito europeo, la Proposta di Regolamento predispone una disciplina uniforme sulla competenza giurisdizionale, dedicandovi il Capo II, dall'art. 3 all'art.14.

Al riguardo, è possibile osservare in termini generali che due sono le direttrici principali seguite dalla Commissione: da un lato, si preoccupa di rispondere all'esigenza primaria di operare scelte coerenti rispetto a quelle già compiute in materia di divorzio e di successioni; dall'altro mira a favorire la coincidenza tra *forum* e *ius*, mediante il raccordo tra titoli di giurisdizione e soluzioni espresse in tema di conflitti di legge. Elemento di rilevante novità è costituito, inoltre, dalla portata applicativa del sistema di competenza giurisdizionale approntato, poiché la Proposta offre un sistema completo ed autosufficiente che, in mancanza di limitazioni *ratione personae* alla sua applicazione, non lascia margini all'applicazione residuale dei diritti nazionali. La Proposta impone, cioè, una norma uniforme che non soffre eccezioni, in modo tale da garantire l'accesso alla giustizia anche ai coniugi che risiedono in uno Stato terzo pur mantenendo legami stretti con uno Stato membro, di cui sono cittadini, o nel quale risiedono per un certo periodo di

tempo<sup>346</sup>.

Tuttavia, occorre tenere presente che viene definita la sola giurisdizione internazionale, mentre la delimitazione della competenza territoriale resta disciplinata dalla legislazione processuale interna di ciascun Paese membro. I criteri di giurisdizione indicati, quali la residenza abituale o la cittadinanza, si limitano cioè a determinare un legame tra la fattispecie concreta e lo Stato membro considerato nel suo complesso, per cui esprimono il solo interesse all'esercizio della giurisdizione da parte dell'autorità giurisdizionale di tale Paese<sup>347</sup>.

### **5.1.1. Le esigenze di coordinamento tra sistemi giurisdizionali europei**

La maggior parte dei procedimenti giudiziari aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali tra coniugi vengono instaurati al momento della liquidazione del regime patrimoniale conseguente alla cessazione della vita matrimoniale, vuoi per l'interruzione volontaria del vincolo, vuoi per il sopravvenuto decesso di uno dei coniugi. L'esigenza di evitare la frammentazione di cause connesse e di consentire al giudice competente per lo scioglimento del matrimonio o per le questioni successorie di pronunciarsi anche in merito alla liquidazione del regime patrimoniale viene, pertanto, opportunamente considerato uno degli obiettivi principali della Proposta di Regolamento. A tal fine, il legislatore europeo dispone: (i) all'art. 3, che l'autorità giurisdizionale competente in materia di successioni e testamenti ai sensi della Proposta di Regolamento (ora Regolamento (UE) n. 650/2012) relativo 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, sia competente anche per la liquidazione del regime patrimoniale tra coniugi derivante dall'apertura della successione o del testamento; e (ii) all'art. 4, che l'autorità giurisdizionale competente a conoscere del divorzio, dell'annullamento del matrimonio o della separazione personale ai sensi del Regolamento (CE) n. 2201/03 potrà, se i coniugi lo concordano, conoscere anche della liquidazione del regime patrimoniale correlata al procedimento di separazione e di altre questioni inerenti al regime patrimoniale sorte a seguito di tale

---

<sup>346</sup> Tale sistema era già stato proposto in seno alla Revisione al Regolamento (CE) n. 2201/2003, ma non ha trovato accoglimento a causa delle critiche mosse alla completa soppressione del rinvio al diritto nazionale. Si è osservato che l'adozione di norme uniformi in materia di giurisdizione che si impongono agli Stati membri nelle situazioni che riguardano le loro relazioni con gli Stati terzi, porta ad escludere la competenza degli Stati membri non solo a emanare proprie norme di giurisdizione ma anche a concludere convenzioni internazionali con Stati terzi in questo campo. La soluzione prospettata, pertanto, non terrebbe adeguatamente in conto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che l'Unione è tenuta a rispettare. Sul punto: POCAR F., *Osservazioni a margine della Proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in BARIATTI S., *La famiglia*, op. cit., p. 269.

<sup>347</sup> Si fa riferimento principalmente a quanto previsto dall'art. 5 del Regolamento 44/01.

procedimento.

L'analisi testuale delle norme permette di mettere in luce una differenza sostanziale tra la prima e la seconda previsione, che occorre prendere in considerazione.

**a) L'art. 3: il foro in caso di morte di un coniuge**

Il foro di cui all'art. 3 conferisce competenza esclusiva al giudice della successione, tutte le volte in cui sia competente a decidere su questioni patrimoniali correlate alla domanda riguardante la successione di un coniuge, senza individuare possibili alternative. La norma non ammette l'elezione del foro ad opera delle parti, né richiama il successivo art. 5, che determina la competenza qualora non si rientri in uno dei casi previsti dagli articoli precedenti.

**b) L'art. 4: il foro in caso di scioglimento del matrimonio**

L'art. 4, invece, è strutturato diversamente, poiché la competenza dell'autorità giurisdizionale, investita di una domanda di divorzio, di separazione personale o di annullamento del matrimonio, a conoscere delle questioni patrimoniali correlate, resta subordinata all'accordo tra i coniugi, da concludersi in forma necessariamente espressa se anteriore al procedimento, o anche tacitamente nel corso dello stesso.

È ragionevole prevedere che la facoltà di proroga in favore del giudice competente a conoscere sullo *status* verrà presumibilmente esercitata con maggiore frequenza nei casi di scioglimento congiunto del matrimonio, mentre troverà rara applicazione nelle ipotesi di separazione, divorzio, annullamento non consensuali. Tuttavia, non possono essere sottovalutati i notevoli effetti positivi che potenzialmente tale apertura nei confronti dell'autonomia delle parti in ambito giurisdizionale spiegherà rispetto al rischio di frammentazione dei processi, attualmente assai elevato. Ben può accadere, infatti, che il giudice competente a decidere sul divorzio sulla base del Regolamento (CE) n. 2201/2003 - che non lascia spazio alcuno all'elezione del foro da parte dei coniugi - non coincida con quello chiamato a pronunciarsi sulla liquidazione del patrimonio derivante dallo scioglimento del vincolo matrimoniale, necessariamente individuato dalle legislazioni nazionali che generalmente non prevedono facoltà di proroga della giurisdizione in materia familiare. Pertanto, i coniugi – si badi, anche quelli concordi sul porre fine al rapporto matrimoniale e sulle condizioni economiche dello scioglimento – si trovano costretti a duplicare necessariamente i processi davanti a due giudici diversi, qualora i titoli di giurisdizione previsti non coincidano, con tutto ciò che ne discende in termini di maggiorazione di costi e dilatazione dei tempi processuali.

La nuova disposizione, invece, attenua il pericolo appena descritto poiché



ammette l'instaurazione dei giudizi - l'uno sullo status, l'altro sulle conseguenti statuizioni patrimoniali - davanti al medesimo giudice, tutelando le esigenze di speditezza, di prevedibilità e di economia processuale vantate dalle parti del processo, e al contempo assicurando la coerenza interna tra fonti europee di riferimento.

### **5.1.2. La ricerca della coincidenza tra *forum* e *ius* attraverso l'elezione del foro**

Fuori dai casi di cui agli articoli 3 e 4, ovvero qualora le questioni di natura patrimoniale sorgano in costanza di matrimonio, oppure nel caso di mancata elezione del foro su accordo dei coniugi in pendenza di separazione o divorzio, e ancora quando non si tratti di una domanda correlata ad una questione successoria, si applica l'art. 5, rubricato genericamente "altre competenze". Anche qui, le soluzioni proposte mirano a garantire un elevato livello di certezza e di prevedibilità nel contesto europeo, attraverso la predisposizione di un sistema gerarchico di titoli di giurisdizione, nonché conferendo attenzione particolare al raccordo tra la disciplina dettata in tema di giurisdizione e quella adottata sul confitto di leggi.

L'obiettivo di far coincidere *forum* e *ius* viene assicurato innanzitutto attraverso la previsione del paragrafo 2 dell'art. 5, che consente ai coniugi la facoltà di concordare l'attribuzione della competenza a decidere sulle questioni inerenti al loro regime patrimoniale "*alle autorità giurisdizionali dello Stato Membro la cui legge hanno scelto come applicabile al loro regime patrimoniale, ai sensi degli articoli 16 e 18*". L'accordo può essere concluso in qualsiasi momento, ma deve assumere forma scritta ed essere datato e firmato da entrambe le parti, qualora sia raggiunto anteriormente alla fase del processo. Come già accennato, l'affermazione della proroga di giurisdizione nell'ambito della materia dei regimi matrimoniali costituisce una novità di grande rilievo – considerando che una tale possibilità non è ammessa dal diritto internazionale privato degli Stati Membri, né come noto dal regolamento (CE) n. 2201/03 – e si ritiene possa sortire notevoli effetti positivi. In particolare, essa introduce un elemento di flessibilità che consente di bilanciare l'interesse alla certezza dei titoli di giurisdizione previsti, con quello dell'effettiva vicinanza dell'autorità adita rispetto alla fattispecie concreta<sup>348</sup>.

La limitazione dell'elezione del foro nei soli confronti del giudice dello Stato membro la cui legge sia stata scelta come applicabile dai coniugi, inoltre, risponde alla duplice esigenza di facilitare il compito dell'autorità giurisdizionale, chiamata a pronunciarsi in forza del proprio e meglio conosciuto diritto, nonché di convogliare tutte le questioni patrimoniali di una coppia transfrontaliera davanti ad un unico

---

<sup>348</sup> Sull'opportunità di far coincidere *forum* e *ius* in materia familiare, nell'ambito della quale il legame tra disciplina sostanziale e disciplina processuale si rivela particolarmente stretto, FRANZINA P., *The law applicable to divorce*, cit., p. 95.

giudice, che applicherà un'unica legge. Peraltro, la richiesta della forma espressa per la validità dell'accordo stipulato in epoca anteriore all'instaurazione del processo, assicura la consapevolezza della scelta ad opera di entrambi i coniugi.

Oltre a favorire la coincidenza tra foro e legge applicabile, la soluzione prospettata al paragrafo 2 dell'art. 5 contribuisce ad ampliare l'ambito applicativo *ratione personae* al futuro Regolamento. Viene, infatti, consentito l'accesso alla giustizia sul territorio europeo anche ai coniugi aventi diversa cittadinanza, che non abbiano residenza abituale all'interno di uno Stato Membro, ma che abbiano scelto di applicare ai loro rapporti patrimoniali la legge di un Paese europeo. Dal combinato disposto degli articoli 5 e 16 della Proposta, in particolare, i coniugi potrebbero designare il giudice ed applicare la legge di uno Stato membro di cui uno solo dei due sia cittadino, abolendo in radice un problema che si è in concreto già presentato in sede di applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/03 e sul quale la Commissione aveva auspicato una revisione<sup>349</sup>.

## **5.2. Le altre competenze**

L'esigenza di far coincidere giurisdizione e legge applicabile cede con riferimento ai titoli di giurisdizione previsti in mancanza di accordo, di cui all'art. 5 par. 1 della Proposta. La scelta normativa, in questo caso, privilegia evidentemente istanze di prevedibilità, accogliendo una serie di titoli di giurisdizione tendenti a dare rilievo al collegamento più prossimo con la fattispecie. I criteri adottati - residenza abituale e cittadinanza (o domicilio) comune - spesso coincidono con il luogo nel quale la coppia vive o in cui si trovano i beni dei coniugi, e già trovano ampia diffusione nell'ambito degli altri strumenti normativi europei in materia di diritto di famiglia. Tuttavia, a differenza del Regolamento Bruxelles II-bis, nell'ambito del quale i titoli di giurisdizione hanno carattere alternativo in ragione del *favor divortii* che ne permea la disciplina, nella materia di nostro interesse il legislatore opera una scelta diversa, predisponendo un elenco gerarchico di criteri. Ciò comporta che in ragione del nesso di collegamento, predeterminato dal legislatore sulla base del legame di prossimità con la fattispecie concreta, una sola autorità giurisdizionale risulterà competente volta per volta, a meno che i coniugi non decidano di derogarvi convenzionalmente. Viene, così, eliminato in radice il pericolo di *forum shopping* che già si era concretizzato nell'ambito del Regolamento in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, poiché ai coniugi resta preclusa la facoltà di rivolgersi a giudici diversi, alternativamente competenti,

---

<sup>349</sup> La Commissione proponeva, infatti, di sopprimere il rinvio al diritto nazionale previsto in materia di giurisdizione all'art. 7 del Regolamento n. 2201/03 quando i coniugi non abbiano la stessa nazionalità o non abbiano la residenza abituale sul territorio di uno Stato Membro, poiché tale sistema potrebbe in concreto portare a situazioni in cui nessun Tribunale all'interno dell'Unione Europea, o altrove, abbia la giurisdizione a conoscere della causa.

restando vincolati da un unico criterio operativo, conoscibile in anticipo e del tutto prevedibile.

Ai sensi dell'art. 5 sono competenti in successione a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi, le autorità giurisdizionali dello Stato Membro: a) della residenza abituale comune dei coniugi o, in mancanza, b) dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi se uno dei due vi risiede ancora o, ancora in mancanza, c) della residenza abituale del convenuto o, infine, in mancanza d) della cittadinanza (o del domicilio per Regno Unito ed Irlanda) comune dei coniugi.

### **5.2.1. I criteri della residenza abituale e della cittadinanza comune dei coniugi**

I criteri di giurisdizione previsti si basano essenzialmente sulla residenza abituale e sulla cittadinanza comune dei coniugi, fermo restando che nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda il riferimento alla cittadinanza è sostituito da quello di domicilio, nell'accezione ivi contemplata. Come di consueto, mentre per la determinazione della cittadinanza, criterio per sua natura fisso e formale, si impone il rinvio alle norme interne del foro di volta in volta competente, anche laddove si presenti il problema della doppia cittadinanza<sup>350</sup>; il concetto di residenza abituale, che a differenza del primo costituisce un criterio mobile e fattuale, forma oggetto di un'interpretazione autonoma in ambito europeo, indipendentemente dalle nozioni accolte all'interno degli Stati Membri. In particolare, rileva al riguardo la definizione offerta dagli organi di giustizia europea che, già da tempo, si sono pronunciati sul significato di residenza abituale, individuandola nel *“luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che, ai fini della determinazione del luogo di residenza abituale, occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione”*<sup>351</sup>. Tuttavia gli elementi fattuali, utili ad individuare l'abitualità della

---

<sup>350</sup> Il giudice dovrà, tuttavia, tener conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, come rilevato da BARATTA R., *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 587 ss.

<sup>351</sup> Sentenza del 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Pedro Magdalena Fernandez c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, p. I-4295 ss. In particolare, si veda il par. 22. Si trattava di una controversia nella quale un dipendente della Commissione sosteneva il suo diritto a percepire la cosiddetta *indennità di dislocazione*, prevista dallo Statuto del personale, allegato VII, art. 4, n. 1, lett. a). L'indennità di dislocazione ha lo scopo di compensare gli oneri e gli svantaggi particolari cui sono soggetti i dipendenti che, in conseguenza dell'entrata in servizio presso le Comunità, sono obbligati a trasferirsi dal Paese di residenza al Paese sede di servizio e ad integrarsi in un nuovo ambiente. La nozione di *dislocazione* presuppone, fra l'altro, un accertamento della situazione soggettiva del dipendente, vale a dire del suo grado di integrazione nel nuovo ambiente, provato, ad esempio, dalla sua residenza

residenza e lasciati al libero apprezzamento del giudice territorialmente competente, mutano inevitabilmente a seconda dell'oggetto della controversia e determinano il rischio di non raggiungere soluzioni omogenee all'interno dello spazio giudiziario europeo<sup>352</sup>. Facendosi carico di tale problematica, la Corte di Giustizia è intervenuta in numerose occasioni, identificando autonomamente elementi distinti per ciascun settore del diritto nel quale rilevi la nozione di residenza abituale. Pur non avendo ancora fornito una lettura interpretativa del criterio con specifico riferimento al coniuge (o dei coniugi)<sup>353</sup>, la Corte ha avuto più volte modo di pronunciarsi sul significato della nozione in materia familiare. Dopo aver considerato che “*non si può direttamente trasporre in materia familiare la giurisprudenza sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori del diritto dell'Unione europea*”<sup>354</sup>, la Corte ha chiarito che si impone ai giudici nazionali una valutazione globale della situazione della persona, al fine di verificare l'effettiva integrazione dell'individuo in un determinato ambiente sociale e familiare. Di conseguenza, pur restando necessaria una valutazione caso per caso, il giudice nazionale deve accertare la presenza fisica del soggetto sul territorio, che non può essere “*in alcun modo temporanea o occasionale*”, ma al contrario idonea a dimostrare “*una certa integrazione in ambito sociale e familiare*”. Con specifico riferimento alla residenza abituale del minore, poi, la Corte ha evidenziato la necessità di verificare la sussistenza di talune determinate circostanze, quali la durata, la regolarità le condizioni e le ragioni del soggiorno in un determinato luogo, l'eventuale trasloco di tutta la famiglia, la cittadinanza del minore, il luogo e le condizioni della sua frequenza scolastica, le sue conoscenze linguistiche e le sue relazioni familiari e sociali<sup>355</sup>. Inoltre, la continuità della presenza in un determinato luogo per collocarvi la residenza abituale non va intesa in termini assoluti, potendosi al contrario ammettere periodi di interruzione della permanenza materiale senza che ciò

---

abituale. In questo senso, la Corte fornisce i criteri per individuarla, al fine di poter stabilire se erogare o meno l'indennità.

<sup>352</sup> Sulla necessità di un'interpretazione uniforme si veda VIARENGO I., *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 243.

<sup>353</sup> CAMPIGLIO C., *Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuad. Der. Trans*, 2010, p. 242 ss.

<sup>354</sup> Corte di Giustizia, 2 aprile 2009, causa C-523/07, A, in *Racc.*, 2009, I-02805. Cfr. in argomento CASTELLANETA M., *Uno Stato può adottare provvedimenti cautelari per i minori sul territorio nei casi d'urgenza*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 18, p. 92 ss.

<sup>355</sup> *Ibidem*, punto 39. A titolo esemplificativo, l'affitto, l'acquisto di una abitazione o la presentazione di una domanda di alloggio popolare/sociale possono costituire un indizio della volontà di trasferimento del nucleo familiare in quel determinato Stato. Un esempio in ordine alla difficoltà di individuare con precisione la residenza abituale e soprattutto di qualificare i diversi elementi di fatto, è dato dalla diversa valutazione, su taluni aspetti, raggiunta nella medesima causa dall'avvocato Generale Kokott (conclusioni depositate il 29 gennaio 2009), secondo la quale alcuni elementi deponevano in senso contrario alla sussistenza della residenza abituale in Finlandia dei minori, poiché i genitori avevano inizialmente solo progettato una vacanza in Finlandia, vivevano in campeggio, e non mandavano i figli a scuola.

comprometta il perdurare della stessa<sup>356</sup>.

Restando in attesa di una pronuncia sulla nozione di residenza abituale dei coniugi, che escluda il pericolo di un'applicazione non uniforme del criterio da parte dei giudici nazionali, è da ritenere che l'interpretazione elaborata in relazione ai minori - riferita nello specifico al Regolamento Bruxelles II-bis e considerata applicabile dalla dottrina anche in tema di obbligazioni alimentari<sup>357</sup> - possa comunque contribuire a fornire elementi utili anche in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, considerata la rilevanza attribuita a fattori di impronta squisitamente familiare.

### 5.3. Regole di competenza sussidiaria e necessaria

Gli artt. 6 e 7 della Proposta di Regolamento completano in maniera esaustiva la disciplina dedicata alla giurisdizione, individuando una competenza sussidiaria nel caso in cui non sia possibile adire un'autorità competente in base ai criteri di cui agli artt. 3, 4 e 5, ed un *forum necessitatis* per evitare che il verificarsi di un conflitto negativo di giurisdizione precluda ad un soggetto interessato l'esercizio del proprio diritto di accesso alla giustizia.

La previsione di una competenza sussidiaria e di una competenza necessaria si spiegano ancora una volta con riguardo alla struttura del futuro Regolamento, che si applica a prescindere dalla sussistenza del domicilio del convenuto all'interno di uno

---

<sup>356</sup> Cfr. in proposito la decisione del Tribunale di primo grado nella sentenza del 25 ottobre 2005, in causa T-298/02, *Anna Herrero Romeu c. Commissione*, par. 51: “La residenza abituale è il luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro abituale o permanente dei propri interessi. Ai fini delle determinazioni della residenza abituale, occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione e, in particolare, della residenza effettiva dell'interessato”. A tale riguardo “un'assenza sporadica e di breve durata dal Paese della sede di servizio, all'inizio del periodo di riferimento precedente l'entrata in servizio, non implica che l'interessato abbia trasferito il centro permanente dei suoi interessi e non può pertanto essere considerato atto a comportare l'interruzione della sua residenza abituale in tale Paese” (come già stabilito nella massima della precedente sentenza *Pedro Magdalena Fernandez c. Commissione*, cit.).

<sup>357</sup> BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 1004; RICHEZ-PONS A., *La résidence en droit international privé*, Lyon, 2004; IDEM, *Habitual residence considered as a european harmonisation factor in family law (regarding the «Bruxelles II bis regulation»)*, in BOELE-WOELKI (a cura di), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 357; IDEM, *La notion de «résidence»*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, FULCHIRON H. (a cura di), Nourissat, Paris, 2005, p. 149; LAMONT R., *Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international family law*, in *JPIL*, 2007, p. 261; SALERNO F., *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 68. MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 601 ss..

Stato membro. Alla luce di questa impostazione, le norme sulla giurisdizione costituiscono un sistema completo nel quale la distribuzione della competenza fra gli Stati membri si fonda esclusivamente sulla reciproca fiducia e sul corretto esercizio dell'attività giurisdizionale all'interno del contesto europeo<sup>358</sup>. A ciò occorre aggiungere un'ulteriore precisazione, che determina la portata innovativa della normativa sui regimi patrimoniali tra coniugi rispetto ai precedenti strumenti normativi adottati in materia familiare. Mentre nel Regolamento Bruxelles II-bis - dove pure l'applicazione delle disposizioni sulla competenza non è condizionata a un collegamento del convenuto con uno degli Stati membri - la competenza residua viene determinata mediante un rinvio a quella eventualmente prevista dal diritto nazionale dello Stato in cui il giudice è adito<sup>359</sup>, la Proposta in materia di regimi patrimoniali tra coniugi detta regole sussidiarie autonome, senza lasciare alcuno spazio di applicazione ai diritti nazionali. La sua esclusività si desume, altresì, dall'art. 10, che non lascia margini a dubbi, disponendo che *“l'autorità giurisdizionale di uno Stato Membro investita di una controversia in materia di regime patrimoniale tra coniugi per la quale non è competente in base al presente Regolamento dichiara d'ufficio la propria incompetenza”*.

Pertanto, l'art. 6 prevede, semplicemente, che se nessuna delle autorità giurisdizionali è competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5, sono competenti le autorità giurisdizionali di uno Stato Membro nella misura in cui uno o più beni di uno o di entrambi i coniugi siano situati nel suo territorio. In questo caso, tuttavia, l'autorità così individuata si pronuncerà solo su quei beni. Viene così ampliata in un caso specifico la giurisdizione degli Stati membri, rispetto ai titoli generali previsti, ma al contempo non viene lasciata alcuna autonomia ai diritti nazionali di definire un'ipotesi ulteriore di competenza, né di circoscriverne autonomamente l'ambito applicativo.

Più interessante è, poi, l'art. 7 in forza del quale, ove non si riesca a fondare la competenza dei giudici di uno Stato membro sulla base delle precedenti norme, neppure in virtù della competenza sussidiaria, è possibile invocare il *forum necessitatis* al ricorrere di una duplice condizione<sup>360</sup>. La disposizione pone un

---

<sup>358</sup> Completamente diverso è il sistema approntato dal Regolamento 44/2001, anche a seguito della recente revisione, che non ne ha esteso l'ambito di applicazione ai convenuti domiciliati in Stati terzi, ma continua a fondare i propri limiti *ratione personae* nella sussistenza del domicilio del convenuto all'interno di uno Stato membro. Ne consegue la residua applicazione delle normative nazionali, tutte le volte in cui si esuli da tale circostanza.

<sup>359</sup> Cfr. artt. 7 e 14 del Regolamento (CE) n. 2201/03.

<sup>360</sup> Si veda in generale sull'argomento, FRANZINA P., *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 1121 - 1129. ROSSOLILLO G., *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'unione europea*, reperibile al sito: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/989/465>; CORRAO M. E., *Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 118 ss.

criterio di giurisdizione che opera in casi eccezionali, legittimando i giudici di uno Stato membro a conoscere di una controversia “*se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento*”. L'impossibilità o l'irragionevolezza che il processo si svolga nello Stato terzo non è comunque sufficiente per giustificare la competenza del giudice adito poiché a tal fine è altresì necessario che “*la controversia presenti un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita*”, come precisa il primo comma.

La finalità sottesa alla disposizione è quella di evitare che l'impossibilità di individuare un giudice competente conduca ad una situazione di diniego di giustizia<sup>361</sup>, ma la mancanza di specifiche indicazioni per la corretta applicazione della norma, che si auspica trovino inserimento nel testo definitivo del futuro Regolamento, rende arduo il tentativo di circoscrivere il suo ambito di applicazione a singole ipotesi. Sembra utile, a questo riguardo, mutuare alcune riflessioni dall'analoga disposizione prevista all'art. 7 del Regolamento in materia di obbligazioni alimentari, nel tentativo di delinearne più chiaramente il significato. Il considerando 16 del Regolamento (UE) n. 4/2009 fornisce alcune esemplificazioni, chiarendo che : “*un caso eccezionale potrebbe presentarsi qualora un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato, per esempio a causa di una guerra civile o qualora non ci si possa ragionevolmente aspettare che il richiedente introduca o prosegua un procedimento in tale Stato*” ed individua ancora, quale possibile elemento atto a configurare il requisito del collegamento, la cittadinanza di una delle parti. Inoltre, anche se non è precisato che cosa integri un collegamento sufficiente, può ritenersi che in via interpretativa esso debba costituire un fattore meno forte rispetto ad un collegamento *stretto*, poiché questo avrebbe condotto il legislatore europeo ad affermare la giurisdizione degli Stati membri in via primaria e non in via residuale<sup>362</sup>. In ogni caso, se la tipologia di situazioni che ne giustificano l'applicazione induce a ritenere che il *forum necessitatis* sia un titolo di giurisdizione invocabile quale *extrema ratio*, la formulazione vaga della norma lascia sicuramente un ampio margine di discrezionalità al giudice adito nell'interpretare i requisiti necessari alla sua applicazione<sup>363</sup>. In effetti, l'obiettivo perseguito dalla norma, ossia l'accesso alla tutela giurisdizionale in territorio europeo, laddove la controversia non

---

<sup>361</sup> Secondo, infatti, CORRAO M.E., *Il diritto internazionale privato e processuale europeo*, cit., p. 131, la *ratio* non è ispirata solo ad esigenze protezionistiche, come dichiara il sedicesimo considerando, ma essa sottende la volontà di disciplinare anche le controversie collegate con Stati terzi, realizzando uno spazio giudiziario europeo più ampio ed aperto verso l'esterno.

<sup>362</sup> L'opinione è di POCAR F., VIARENGO I., *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, cit., p. 818.

<sup>363</sup> Detta discrezionalità presenta peraltro dei punti di contatto con la disciplina del *forum non conveniens*, in base alla quale è consentito al giudice di valutare, in base allo specifico caso concreto, l'opportunità o meno di trattenerne presso di sé la controversia. Si veda *amplius* FRANZINA P., *Sul forum necessitatis*, cit., p. 1123, e ROSSOLILLO G., *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 412.

sia esperibile in uno Stato terzo, presuppone un'indagine che difficilmente può ricondursi a schemi rigidi senza svuotare di contenuti e significato la portata innovativa della disposizione<sup>364</sup>. Pur tuttavia, si auspica un chiarimento da parte del legislatore, che guidi l'interprete nella ricerca dei criteri da adottare.

#### **5.4. La verifica della competenza e della ricevibilità della domanda**

Ai sensi dell'art. 10, come accennato, l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro investita di una controversia per la quale non è competente in base al regolamento deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza. La disposizione, parimenti all'art. 25 del Regolamento n. 44/2001, è analoga a quella di cui all'art. 17 del Regolamento Bruxelles II-*bis* anche se, per le ragioni già esposte, se ne distanzia per il fatto di non contenere l'inciso: *“e per la quale, in base al presente regolamento, è competente un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro”*. Ciò significa che il giudice adito dovrà d'ufficio dichiararsi incompetente, allorché difetti una situazione che ancori la sua competenza in un determinato Stato membro, individuata sulla sola scorta del futuro regolamento, e senza doversi preoccupare di individuare quale altro giudice sia eventualmente competente.

Il diritto di difesa del convenuto è salvaguardato dall'art. 11, ai sensi del quale se il convenuto che ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente deve compiere alcune attività preliminari, volte ad accertare la regolare costituzione del contraddittorio. In particolare, il giudice deve *“sospendere il procedimento finché non sia accertato che il convenuto è stato messo nelle condizioni di ricevere la domanda giudiziale o atto equivalente in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese o che sono stati effettuati tutti gli adempimenti in tal senso”*.

Dovrà trovare, inoltre, applicazione l'art. 19 del Regolamento (CE) n. 1393/2007<sup>365</sup>, qualora sia stato necessario trasmettere da uno Stato membro ad un

---

<sup>364</sup> Nello stesso senso FRANZINA, *Sul forum necessitatis*, cit., p. 412.

<sup>365</sup> Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio (G.U. n. L 324 del 10 dicembre 2007) relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (“notificazione o comunicazione degli atti”) e che abroga il Regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio. Art. 19: *“Quando un atto di citazione o un atto equivalente sia stato trasmesso ad un altro Stato membro per la notificazione o la comunicazione, secondo le disposizioni del presente regolamento, ed il convenuto non compare, il giudice non decide fintantoché non si abbia la prova a) che l'atto è stato notificato o comunicato, secondo le forme prescritte dalla legge dello Stato membro richiesto per la notificazione o comunicazione degli atti nell'ambito dei procedimenti nazionali, a persone che si trovano sul suo territorio; oppure b) che l'atto è stato effettivamente consegnato al convenuto o nella sua residenza abituale secondo un'altra procedura prevista dal presente regolamento, e che, in ciascuna di tali*



altro la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale regolamento. Ove non siano applicabili le disposizioni del Regolamento n. 1393/2007, si applica l'articolo 15 della Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale<sup>366</sup>, qualora sia stato necessario trasmettere all'estero la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale convenzione.

## 5.5. La litispendenza

Al fine di assicurare il coordinamento tra azioni giurisdizionali civili nel contesto europeo, la Proposta di Regolamento detta specifiche norme sulla litispendenza e sulla connessione di cause, rispettivamente agli articoli 12 e 13.

Ai sensi dell'art. 12, così come più in generale a livello europeo, si ha litispendenza “*qualora davanti ad autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo*”<sup>367</sup>, per cui è necessaria una coincidenza sotto il profilo soggettivo, come in quello oggettivo. In tal caso, “*l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza*”<sup>368</sup>.

Il meccanismo di operatività della litispendenza accolto nell'art. 12 della Proposta, in linea di continuità rispetto ai precedenti Regolamenti europei, fissa l'obbligo di sospensione *ex officio* della controversia instaurata davanti al secondo giudice, finché l'autorità preventivamente adita non accerti la sussistenza della propria competenza, secondo il criterio della prevenzione temporale. La circostanza che la litispendenza sia sottratta al principio dispositivo è espressione di ben conosciuti interessi pubblicistici, sottesi alle esigenze di reciproca fiducia tra autorità giurisdizionali, che permeano la cooperazione civile nello spazio giudiziario europeo<sup>369</sup>. La verifica sulla competenza, peraltro, può essere compiuta esclusivamente dal primo giudice, ed esclusivamente in base alle norme dettate dallo

---

*eventualità, sia la notificazione o comunicazione sia la consegna hanno avuto luogo in tempo utile affinché il convenuto abbia avuto la possibilità di difendersi”.*

<sup>366</sup> Il contenuto di tale norma equivale all'art. 19 del Regolamento n. 1393/2007.

<sup>367</sup> Le domande devono essere pendenti, ovvero ritualmente incardinate ma non definite. In Italia, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, non sussiste litispendenza “comunitaria” tra il processo estero già concluso con sentenza passata in giudicato e la domanda successivamente proposta davanti ad un giudice del foro. Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro sentenza del 17 febbraio 2005, n. 3192, reperibile sul sito [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)

<sup>368</sup> In senso analogo dispongono, ad esempio: l'art. 27 del Regolamento (CE) n. 44/2001; l'art. 12 del Regolamento (UE) n. 4/2009; l'art. 17 del regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>369</sup> SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, p.236.

stesso Regolamento<sup>370</sup>. Solo dopo che il giudice preveniente abbia riscontrato positivamente la propria competenza, il secondo giudice può dichiararsi incompetente, di modo che vengano evitati conflitti negativi di giurisdizione e potenziali dinieghi di giustizia<sup>371</sup>, ravvisabili ove fosse consentito al secondo giudice di spogliarsi della controversia prima che il giudice preventivamente adito avesse accertato la sussistenza della propria competenza.

La Proposta prevede inoltre, all'art. 12, par. 2, che al fine dell'applicazione della regola sulla litispendenza il giudice precedentemente adito debba pronunciarsi sulla propria giurisdizione nel termine di sei mesi, salvo ove circostanze eccezionali non lo consentano. Inoltre, a richiesta di ogni altro giudice adito, deve comunicare la data in cui è stato adito, se si sia pronunciato sulla propria giurisdizione ovvero entro quale termine preveda di farlo. In proposito, occorre osservare che una analoga previsione era stata proposta anche all'interno del progetto di revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001, ma non ha poi trovato conferma nel testo definitivamente approvato, che ha dato alla luce il nuovo Regolamento (UE) n.1215/12, cosiddetto Bruxelles I-bis<sup>372</sup>.

Invero, le critiche mosse in quel contesto alla innovativa disposizione possono ben valere anche in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. *In primis*, si è fatto leva sul carattere eccessivamente restrittivo ed ultroneo della predisposizione di rigide scansioni temporali, particolarmente evidente nell'ambito di un Regolamento che non ha per oggetto di introdurre regole procedurali uniformi, bensì di realizzare un coordinamento tra le giurisdizioni dei diversi Stati membri. Inoltre, si è osservato che non solo la previsione di un termine rigido entro il quale l'accertamento della giurisdizione da parte del giudice adito debba avvenire può apparire scarsamente proponibile per quegli Stati membri nei quali la scansione temporale delle varie fasi del giudizio non si presta ad essere predeterminata rigidamente, ma anche che non necessariamente il giudice adito può trovarsi, in base alle proprie norme processuali nazionali, a dover adottare un provvedimento con il quale affermi formalmente la

---

<sup>370</sup> V. CGCE, sentenza 27 giugno 1991, *Overseas Union Insurance*, cit., ove si afferma, al punto 23, che “il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo. Infatti tale competenza è determinata direttamente dalle norme della convenzione, che valgono per entrambi i giudici e che possono venir interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi, oppure risulta, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, dalla legge dello Stato del giudice adito per primo, che quindi sarà incontestabilmente più qualificato a pronunciarsi sulla propria competenza”.

<sup>371</sup> MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale, Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene, 2008.

<sup>372</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, Pubblicato in Gazzetta ufficiale UE n. L 351 del 20/12/2012 pag. 0001 – 0032. FRANZINA P., *La garanzia dell'osservanza delle regole sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento “Bruxelles I”*, reperibile su [www.sidi-isil.it](http://www.sidi-isil.it).

propria giurisdizione prima della pronuncia sul merito<sup>373</sup>. Alla luce di tali considerazioni, si ritiene opportuno un ripensamento da parte del legislatore europeo, al fine di espungere dal testo della Proposta la previsione di un termine di carattere temporale, entro il quale il giudice precedentemente adito debba pronunciarsi sulla propria competenza giurisdizionale, coerentemente con quanto statuito in materia civile e commerciale.

## 5.6. Connessione

A differenza della litispendenza, si ha connessione qualora le domande proposte non coincidano contemporaneamente sotto il profilo sia oggettivo, sia soggettivo<sup>374</sup>, ma sussista comunque un legame così stretto tra le controversie, tale da rendere opportuna una trattazione ed una decisione uniche, al fine di evitare soluzioni tra loro incompatibili. La connessione è disciplinata dall'art. 13, sulla falsariga del sistema Bruxelles I, *“ove più cause connesse siano pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può sospendere il procedimento”*. A differenza della litispendenza, la sospensione è rimessa alla scelta discrezionale del giudice adito per secondo e non è prevista alcuna declinazione di competenza da parte del giudice: la mera sospensione implica che il procedimento resti in vita, riprendendo il proprio corso successivamente alla definizione del primo giudizio. Ai sensi del seconda paragrafo<sup>375</sup>, tuttavia, è possibile la riunione dei giudizi, con contestuale declinatoria di giurisdizione, su richiesta di una delle parti da proporsi al giudice successivamente adito, a condizione che entrambi i processi si trovino pendenti in primo grado.

---

<sup>373</sup> Infatti, l'avvenuto accertamento della competenza giurisdizionale del giudice precedentemente adito al fine di far sorgere l'obbligo di declinatoria da parte dell'altro giudice adito successivamente, in assenza di un provvedimento formale, può anche essere ricondotto per *facta concludentia* al mero raggiungimento da parte del processo pendente di uno stadio in cui, secondo le norme processuali pertinenti, la giurisdizione del giudice adito non possa più essere contestata

<sup>374</sup> A parere di SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 267, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, con il caso *Tatry* ha delineato una nozione autonoma di connessione particolarmente ampia, funzionale ad assorbire in via residuale i casi che non rientrano nella litispendenza. ROMANO G.P., *Litispendenza e connessione di cause nel regolamento n. 44*, in BONOMI, *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 142, essa dovrebbe ricomprendere situazioni che alla stregua del nostro diritto interno si qualificano per connessione propria ed impropria.

<sup>375</sup> Art. 13 n. 2: *“Se tali cause sono pendenti in primo grado, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può parimenti dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che l'autorità giurisdizionale adita per prima sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti”*.

## **6. La determinazione della legge applicabile nella Proposta di Regolamento**

Le divergenze consistenti esistenti tra normative di conflitto nazionali in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, messe in luce nel capitolo precedente, inducono a ritenere che la mera armonizzazione delle norme sulla giurisdizione non sia di per sé sufficiente ad eliminare gli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle persone che si muovono all'interno del territorio europeo. Il ravvicinamento della disciplina processuale è certamente un passaggio obbligato in tal senso, poiché semplifica le procedure e garantisce una maggiore prevedibilità delle soluzioni per i coniugi transfrontalieri, ma non aiuta comunque a risolvere la situazione di incertezza creata dalla disomogeneità del diritto internazionale privato e materiale in ambito europeo. In particolare, a seconda del giudice adito – pur se chiamato a pronunciarsi in forza di regole comuni -, è assai probabile che si renda applicabile alla fattispecie concreta un diritto differente, individuato sulla base dei criteri di collegamento nazionali, con il rischio che i coniugi transfrontalieri si vedano applicare una legge assolutamente inaspettata, o comunque non rispondente ai loro interessi.

L'occasione di armonizzare le norme di conflitto in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, colta dal legislatore europeo in seno alla Proposta di Regolamento, si rivela pertanto di estrema utilità nell'assicurare quella certezza di diritto, che costituisce uno degli obiettivi fondamentali dello spazio giudiziario europeo. Attraverso la predisposizione di una disciplina comune, si consente cioè ai coniugi aventi cittadinanza diversa, o che trasferiscano la propria residenza da uno Stato ad un altro, di conoscere in anticipo e con rassicurante grado di sicurezza la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, e ciò anche qualora tale legge appartenga ad uno Stato terzo.

In quest'ottica, la Proposta disciplina la legge applicabile al Capo III - dall'art. 15 all'art. 25 - predisponendo un sistema completo di norme di conflitto, applicabile alla totalità dei beni dei coniugi e destinato a sostituirsi integralmente alla legislazione domestica di ciascun Stato membro. Collocandosi in linea di continuità rispetto alle normative europee di ultima generazione dedicate ai conflitti di legge, infatti, la Proposta sancisce il proprio carattere universale, disponendo che i criteri di collegamento sanciti al suo interno operano anche quando conducano ad applicare la legge di uno Stato terzo. A fronte della chiara indicazione della Commissione in tal senso, l'art. 21 sancisce che “la legge determinata secondo le disposizioni del presente capo, si applica anche se non è la legge di uno Stato Membro”. Al Considerando 20, inoltre, la Proposta specifica che “per agevolare alle Autorità giurisdizionali di uno Stato Membro l'applicazione di una legge straniera di un altro Stato Membro, la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con decisione 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001<sup>376</sup>, potrà intervenire

---

<sup>376</sup> GU L174 del 27.6.2001, pg. 25.

per informare le autorità giurisdizionali sul contenuto della legge straniera”.

### 6.1. Unità della legge applicabile

L’analisi comparativa effettuata nel capitolo precedente in relazione ai principali sistemi internazionalprivatistici europei in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, ha consentito in primo luogo di evidenziare la disomogeneità delle normative di conflitto nazionali circa la scelta tra unità o scomposizione delle relazioni economiche tra coniugi nella designazione della legge regolatrice, essendo entrambe le soluzioni seguite, anche se diversamente modulate, all’interno degli Stati membri.

A tale riguardo, la Proposta di Regolamento accoglie il principio dell’unitarietà, proprio dei sistemi di *civil law*, stabilendo espressamente che la legge designata sulla base delle norme di conflitto predisposte a livello europeo, si applica alla totalità dei beni dei coniugi. Tale soluzione pare la più appropriata poiché, da un lato, scongiura la possibile contraddittorietà di disciplina nel caso in cui le relazioni patrimoniali dei coniugi risultino sottoposte, per effetto del richiamo a diritti diversi, in parte al regime di separazione di beni e in altra parte a quello di comunione<sup>377</sup>. Dall’altro, essa tutela l’istanza di prevedibilità della legge applicabile, inevitabilmente compromessa laddove dovesse fare capo alle parti, o peggio ancora ad un terzo, la definizione del diritto designato a regolamentare volta per volta i beni inferenti al rapporto giuridico in contestazione.

La scelta operata dalla Proposta supera, peraltro, il sistema della Convenzione dell’Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali, che sul punto adottava una soluzione di compromesso, mutuata dall’ordinamento tedesco<sup>378</sup>. In particolare, in forza del futuro Regolamento, non viene più riconosciuta ai coniugi la facoltà di designare contrattualmente la legge applicabile ai loro beni immobili o a parte di essi - identificata nel luogo di situazione degli stessi - come invece permetteva la Convenzione all’art. 3 par. 4<sup>379</sup>. È la stessa Proposta a precisare che la possibilità di assoggettare gli immobili alla *lex rei sitae* equivarrebbe ad autorizzare un certo “frazionamento” della legge applicabile al regime matrimoniale e potrebbe dare adito a difficoltà, specie al momento della liquidazione del patrimonio, “*in quanto comporta una rottura poco auspicabile dell’unità del regime patrimoniale*

---

<sup>377</sup> DROZ G., *Les régimes matrimoniaux en droit international privé*, op. cit., p. 121: “*les époux ne comprennent guère pourquoi leur relations pécuniaires devraient être affectées par le fait qu’ils possèdent des biens situés dans des pays différents...Les époux se croiront, par exemple, communs ou séparés de biens, mais n’imagineront pas qu’ils puissent être communs en biens ici et séparés de biens là...*”

<sup>378</sup> Sull’art. 15, comma 2, EGBGB, si veda STURM, *Personnes, famille et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand*, in RCDIPP, 1987, p. 170 ss.

<sup>379</sup> Sul punto, REVILLARD M., *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrenois, 2010, p. 156 e ID., *Dix ans d’application de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Defrenois, 2002, p. 800 ss.

*(mentre il passivo resterebbe unitario) e l'applicazione di leggi distinte ai vari beni che lo compongono”.*

L'esigenza di certezza giuridica che sottende al futuro regolamento, pertanto, conduce ad escludere a priori qualsiasi forma di *depeçage*, cosicché anche ai coniugi che designano convenzionalmente la legge applicabile ai regimi patrimoniali resta preclusa la possibilità di frazionare la regolamentazione in relazione a determinati beni o a singoli aspetti di disciplina, attraverso la distribuzione opportunistica tra più diritti nazionali.

## **6.2. Il primato dell'autonomia della volontà**

I criteri di collegamento predisposti dalla Proposta di Regolamento ruotano intorno all'autonomia della volontà dei coniugi di designare la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, criterio che assume un ruolo di primazia all'interno del nuovo sistema. Invero, tale soluzione corrisponde a quella adottata dai legislatori nazionali della maggior parte degli Stati membri in materia. In proposito, si è già avuto modo di ricordare che i mutamenti sociali e politici intervenuti negli ultimi vent'anni nel contesto europeo, uniti al crescente intensificarsi delle relazioni tra Stati, hanno condotto la maggior parte degli ordinamenti a riformare il diritto internazionale privato e, nell'ambito del processo di riforma, a rivolgere un'attenzione particolare all'impiego del criterio volontaristico, esteso dall'originario settore contrattuale, via via ad ambiti tradizionalmente estranei alla propria operatività, quale appunto quello dei rapporti familiari<sup>380</sup>. A questo riguardo, va innanzitutto registrata una sorta di parallelismo tra le scelte legislative adottate a livello di diritto materiale e quelle compiute nel settore internazionalprivatistico: in particolare, l'affermazione dell'autonomia e della parità tra coniugi di definire convenzionalmente la disciplina sostanziale dei regimi matrimoniali, ha coerentemente condotto al riconoscimento dell'autonomia privata anche dal punto di vista della legge applicabile.

In ottica europea, invece, conduce all'affermazione del principio volontaristico la stessa ideologia sottesa alla creazione di uno spazio giuridico unitario all'interno dell'Unione. Se, infatti, è lecito ritenere che l'intervento europeo nel settore del diritto internazionale privato di famiglia trovi il proprio fondamento in una logica c.d. “liberistica di mercato”, che vuole principalmente affermare e favorire la libera di circolazione delle persone, non stupisce che una posizione preminente, anche in

---

<sup>380</sup> YETANO, *The constitutionalisation of party autonomy in European Family law*, in *Journal of private international law*, 2010, p. 155 ss.; QUEIROLO I., CARPANETO L., *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento «Roma III»*, in *Rdipp*, fasc. 1, 2012, p. 59 ss.

relazione ai rapporti familiari, sia stata assunta dall'autonomia individuale<sup>381</sup>.

D'altra parte, la stessa Commissione ha mostrato di essere favorevole a tale criterio in materia di diritto di famiglia già nella proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 2201/2003 e successivamente con l'adozione del Regolamento (UE) n.1529/10 sulla legge applicabile al divorzio, introducendo un'innovazione di non poco rilievo in una materia tradizionalmente disciplinata da disposizioni non derogabili ad opera delle parti.

Con specifico riferimento alla materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi, poi, il criterio dell'autonomia della volontà spiega la sua utilità sotto diversi profili. Particolarmente opportuno può essere il ricorso alla volontà delle parti a seguito di un mutamento delle condizioni di localizzazione della vita matrimoniale al fine di rendere possibile una continuità di regolamentazione giuridica, avviando a tutti i problemi che possono sorgere dal raccordo tra il nuovo regime e le situazioni maturate sotto quello precedente. Inoltre, tale facoltà corrisponde al modo migliore di proteggere gli interessi degli stessi coniugi, poiché la scelta viene verosimilmente effettuata sulla base di considerazioni attinenti al contenuto materiale del diritto prescelto e, quindi, in virtù di una valutazione di convenienza compiuta dai soggetti interessati. Infine, laddove manchino punti di contatto soggettivi comuni ai coniugi, la scelta del diritto applicabile consente loro di pervenire ad una regolamentazione certa e prevedibile dei loro rapporti.

### **6.2.1. I limiti alla facoltà di scelta della legge applicabile**

Opportunamente, la Proposta di Regolamento non consente una scelta illimitata, ma adotta il sistema della *professio iuris*, dal quale discende la facoltà per i coniugi di designare la legge applicabile ai loro rapporti, purché la scelta ricada su di una legge che presenti con il rapporto da disciplinare un collegamento significativo, individuato attraverso criteri oggettivi e predeterminati dal legislatore. Tale limitazione è suggerita dalla stessa natura dei regimi matrimoniali che, in ragione della tipologia di soggetti che coinvolgono, richiede venga prestata attenzione particolare nei confronti dell'eventuale parte debole del rapporto, affinché non venga indotta dall'altra a scegliere una legge priva di connessioni con la vita di coppia, che non le assicuri un'adeguata protezione.

Infatti, senza poter approfondire in questa sede i diversi significati che assume

---

<sup>381</sup> Si tratta, di fatto, di una tendenza, quella di riconoscere maggiore spazio a tale criterio, in atto già dal secolo scorso nella materia delle obbligazioni contrattuali, che si è rafforzata nel tempo, arrivando a espandersi nei più diversi settori del diritto internazionale privato. Sul punto QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra Regolamento n. 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in *Quaderni europei*, n. 15, novembre 2009, pp. 15 e ss.

l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato<sup>382</sup>, basti osservare che in ambito familiare tale criterio assurge tradizionalmente ad una funzione diversa rispetto a quella operata in sede contrattuale. Se, in ambito contrattuale, la piena libertà di scelta valorizza l'intento pratico e materiale realizzato dalle parti e perseguito dal legislatore, così da assumere i tratti di una norma a carattere sostanziale di stampo particolare; al di fuori di tale contesto, l'autonomia si presenta caratterizzata diversamente, poiché la facoltà di scelta è circoscritta ad una o più leggi connesse alla fattispecie da disciplinare. Prevale, in questo caso, la volontà del legislatore di attuare una localizzazione spaziale del rapporto giuridico vicina alla situazione di fatto, in modo da tutelare il soggetto debole, ma a questa si affianca la considerazione di interessi materiali perseguiti dalle parti, attraverso la predisposizione di criteri alternativamente a disposizione.

La cerchia di leggi applicabili viene delimitata attraverso diversi criteri di localizzazione e nell'ambito di questi, posti tutti su un piano di parità, viene ritenuto competente quello che realizza nella fattispecie il previsto effetto di diritto materiale. Si contempera, così, il carattere sostanziale della norma di conflitto con il suo carattere localizzatore, a maggior ragione ove si consideri che l'esclusione del rinvio, contemplata nella Proposta di Regolamento, fa sì che la scelta dei coniugi ricada direttamente sul diritto materiale di un determinato Stato.

In conclusione, il soggetto debole del rapporto viene tutelato, da un lato, attraverso la limitazione della scelta nei confronti di poche leggi messe a disposizione, identificate in quegli ordinamenti che presentano con il rapporto connessioni sufficienti a giustificare la loro competenza a regolarne la disciplina, dall'altro attraverso la predisposizione di formalità specifiche e stringenti, che assicurino la consapevolezza di entrambi i coniugi al momento della scelta.

### **6.2.2. L'art. 16: La scelta della legge applicabile**

Alle parti – coniugi o nubendi - viene concessa la possibilità di scegliere la legge applicabile al loro regime patrimoniale, all'atto della celebrazione del matrimonio o anche successivamente<sup>383</sup>, purché si tratti alternativamente: a) della legge dello Stato della residenza abituale comune dei coniugi o nubendi, o b) della legge dello Stato della residenza abituale di uno dei coniugi o nubendi al momento della scelta, o ancora c) della legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o nubendi è cittadino al

---

<sup>382</sup> Sul punto *funditus* VIARENGO I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 156 ss.; ANZILOTTI D., *Il principio dell'autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disp. prel. al cod. civ. e l'art. 58 del cod. di comm. (1904)*, in *Scritti di diritto internazionale*, Padova, 1960.

<sup>383</sup> In tal senso dispone il provvisorio Considerando 19 della Proposta di Regolamento.



momento della scelta<sup>384</sup>. Senza distinguere a seconda che si tratti di un Paese membro o terzo, la norma sceglie di limitare la designazione delle parti in favore della legge di residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi, nonché di quella della cittadinanza anche di uno solo dei coniugi. Al riguardo, mentre la prima limitazione risponde alle richiamate esigenze di tutela del soggetto debole, in ragione della presumibile vicinanza del criterio di residenza abituale alla fattispecie concreta; la seconda desta maggiori dubbi, poiché il fattore della cittadinanza di un unico coniuge potrebbe risultare slegato territorialmente rispetto alle vicende patrimoniali della coppia. Sembra che in questo caso il legislatore abbia inteso, piuttosto, estendere la portata applicativa del futuro Regolamento, soprattutto ove tale previsione si colleghi con l'impianto di competenza giurisdizionale predisposto al suo interno. Si consideri, infatti che, sulla base dell'art. 5.2, è competente il giudice di uno Stato membro la cui legge è stata scelta dai coniugi, che potrebbe coincidere con quella di cui uno solo di essi sia cittadino.

Ancora sull'art. 16, si osserva che la legge applicabile alla fattispecie viene valutata con riferimento al momento in cui interviene la scelta. La cristallizzazione del fattore temporale appare quanto mai opportuna, poiché stabilizza la decisione dei coniugi, rendendola immutabile anche al variare dei criteri di collegamento cui resta subordinata la scelta (e fino ad un eventuale successivo accordo di rettifica ad opera delle stesse parti<sup>385</sup>). Si pensi, per esempio, ad una coppia italo francese, stanziata in Francia, che scelga di applicare al regime patrimoniale la legge di residenza abituale, senza ulteriori specificazioni. In tal caso, il successivo trasferimento dei coniugi, si supponga in Inghilterra, non determinerà alcun effetto giuridico sulla legge applicabile al regime, che sarà il diritto francese, in virtù del pregresso accordo intervenuto quando la coppia risiedeva in Francia. Come già affermato in precedenza, la precisazione risponde, altresì, alla stessa volontà dei coniugi, i quali nel momento in cui decidono di applicare una determinata legge ai loro rapporti economici, presumibilmente mirano a conferire a tale scelta un carattere di stabilità temporale, che non pare sacrificabile in ragione del semplice mutamento delle condizioni di vita della coppia.

Con specifico riferimento all'art. 16, tuttavia, occorre osservare che la previsione relativa "al momento della scelta" è contenuta nelle lettere b) e c), ma viene al

---

<sup>384</sup> Per espressa previsione del Regolamento la scelta può riferirsi esclusivamente alla legge statale di un ordinamento, non essendo contemplata per i coniugi la possibilità di rinviare a fonti diverse quali principi o convenzioni di diritto materiale uniforme. Tale limitazione costituisce un ostacolo al richiamo, per esempio, in favore dei principi elaborati dalla Commissione permanente sul diritto della famiglia (CEFL) in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, che allo stato attuale non hanno alcun valore normativo e non forniscono una disciplina esaustiva, per cui renderebbero comunque necessaria l'integrazione da parte di una legislazione statale. Meno problematico è, invece, il richiamo all'accordo franco tedesco su un modello opzionale di regime matrimoniale, adottato il 4 febbraio 2010, poiché la convenzione è recepita dagli ordinamenti nazionali attraverso trasposizione in legge ordinaria statale.

<sup>385</sup> A questo riguardo cfr. il successivo par.6.5 sul cambiamento volontario della legge applicabile.

contrario e inopportunamente tralasciata nell'ambito della lettera a); cosicché, dimostrata la rilevanza pratica della stabilizzazione temporale dell'accordo, non può che auspicarsi una precisazione del legislatore sul punto.

### **6.3. Determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta**

Sebbene la normativa di conflitto europea sia imperniata sul principio dell'autonomia della volontà per la definizione della legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi, non è possibile sottovalutare che molte - per non dire la maggior parte - delle coppie transfrontaliere presumibilmente ometterà di esercitare la facoltà concessa loro dalla legge, vuoi volontariamente, vuoi per ragioni di ignoranza o di disinteresse nei confronti dei risvolti giuridici del rapporto personale che li vede coinvolti.

Al fine di sopperire alla mancanza di scelta, la Proposta di Regolamento concepisce un sistema a cascata, che rende applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi la legge individuata sulla base di criteri di collegamento successivi, enucleati all'art. 17: a) nella legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo il matrimonio o, in mancanza b) nella legge dello Stato della cittadinanza comune dei coniugi al momento del matrimonio o, in mancanza c) nella legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto, tenuto conto di tutte le circostanze, ed in particolare del luogo di celebrazione del matrimonio.

L'intento espresso dal legislatore è quello di conciliare le esigenze di vita reale della coppia, con la necessità di poter determinare agevolmente la legge applicabile al regime patrimoniale, assicurandone stabilità e prevedibilità da parte di coniugi e terzi. Sotto tale profilo, l'impiego del fattore della residenza abituale, ormai consolidato nell'ambito dei Regolamenti di origine europea, favorisce un collegamento effettivo - in quanto capace di individuare un legame rilevante tra la fattispecie e la sua legge regolatrice - e, al contempo, oggettivo e non discriminatorio - a tutela del principio di uguaglianza tra marito e moglie riconosciuto ed imposto a livello normativo e giurisprudenziale. Invero, la limitazione temporale sancita dalla lettera a) dell'art. 17, che si riferisce testualmente alla "prima" residenza abituale comune dei coniugi dopo il matrimonio, potrebbe determinare un affievolimento della contiguità tra legge applicabile e localizzazione territoriale dei beni, nel caso in cui dopo un certo periodo di tempo, la coppia decida di trasferirsi da uno Stato ad un altro. Tuttavia, essa si rivela idonea ad assicurare maggiore stabilità alla legge applicabile, poiché scongiura le problematiche - assai delicate in materia di regimi patrimoniali tra coniugi - connesse all'ontologica mutevolezza del criterio di residenza. In via esemplificativa, basti rammentare che in assenza di un ancoraggio temporale, si porrebbe, in primo luogo, la questione di collocare in concreto la residenza abituale dei coniugi, qualora essi conducano una

vita contraddistinta da una forte mobilità. Inoltre, potrebbe accadere che, per il solo fatto del trasferimento in un altro Paese, i coniugi inizialmente sottoposti alla comunione dei beni prevista *ex lege* dal primo ordinamento, si trovino ad un tratto assoggettati, senza averne contezza, al regime di separazione proprio del secondo Stato, applicabile *ex tunc* o *ex nunc* a seconda delle normative di conflitto di volta in volta applicabili<sup>386</sup>.

Nel caso – a dire il vero intuitivamente eccezionale – in cui il criterio di collegamento della prima residenza abituale dei coniugi manchi o risulti impossibile da determinare, il legislatore europeo applica la legge della nazionalità comune dei coniugi, anche qui limitandone temporalmente l’operatività al momento del matrimonio<sup>387</sup>. Si ritiene che l’impiego di tale fattore si rivelerà presumibilmente infrequente<sup>388</sup>, ma non può trascurarsi che esso possa dimostrare una certa utilità, per esempio qualora due soggetti aventi la medesima cittadinanza, si supponga italiana, decidano di sposarsi nonostante che l’uno risieda in Italia, mentre l’altro viva e lavori all’estero, ed ivi continui a rimanere anche a seguito del matrimonio.

Tuttavia, ove gli stessi coniugi non condividano neppure la cittadinanza, in via ulteriormente subordinata si applica la legge dello Stato con cui essi presentano assieme il collegamento più stretto, tenuto conto di tutte le circostanze, in particolare del luogo di celebrazione del matrimonio. Sebbene l’applicazione di questo criterio intervenga in via del tutto residuale, la formulazione della norma implica alcune difficoltà interpretative che pare opportuno segnalare. In particolare, ad una prima lettura, il collegamento più stretto sembrerebbe riferirsi alla localizzazione della vita matrimoniale, considerata nel complesso della sua durata. Tuttavia, tale estensione temporale – ad epoca successiva rispetto alla “prima” residenza abituale, che

---

<sup>386</sup> In realtà, l’utilizzo di tale criterio è già stato sperimentato nell’ambito della Convenzione dell’Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, dando risultati positivi. Esso non costituisce una vera e propria novità in materia ma, rispetto al sistema convenzionale consolidato, nell’ambito della Proposta gode di una maggior semplificazione. Infatti, non lascia spazio alla deroga per cui i coniugi possono tornare alla legge di nazionalità comune.

<sup>387</sup> Il criterio di collegamento della cittadinanza ha radici antiche e trova fondamento nell’idea manciniana di un “diritto privato necessario” riguardante lo statuto personale, il diritto di famiglia e quello successorio, non derogabile ad opera dei singoli, in ragione degli interessi pubblicistici sottesi all’appartenenza di un determinato soggetto alla sovranità dello Stato di cui è cittadino. Tale criterio, ormai disconosciuto in relazione ai rapporti di carattere squisitamente patrimoniale, ha mantenuto un residuo margine di operatività proprio in quei settori legati alla persona, alla famiglia e alle successioni, sulla scorta di meditate scelte di politica legislativa, in base alle quali la cittadinanza corrisponde tuttora ad un idoneo criterio di collegamento in relazione alle vicende giuridiche più strettamente legate alla vita personale e privata dell’individuo (come accade, appunto, per i rapporti tra coniugi). Con specifico riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi il criterio della cittadinanza, da un lato, assicura un collegamento insensibile ai trasferimenti della vita coniugale, dall’altro, tuttavia, rischia di sacrificare l’applicazione di una legge effettivamente vicina alle vicende patrimoniali della coppia.

<sup>388</sup> Sotto tale profilo si aggiunga che il par. 2 dell’art. 17 esclude l’operatività del criterio di collegamento qualora i coniugi abbiano più di una cittadinanza comune.

peraltro non deve essere stato possibile individuare - pare smentita dallo stesso prosieguo della norma, nonché dalla *ratio* ad essa sottesa. Infatti, da un lato, la disposizione suggerisce di tener conto del luogo di celebrazione del matrimonio che, pur essendo un criterio di tipo spaziale – peraltro non efficace a garantire un collegamento effettivo con la fattispecie concreta<sup>389</sup> - fa inevitabilmente retroagire il momento rilevante per la determinazione della legge applicabile a quello in cui prende vita il rapporto coniugale; dall'altro, il considerando 21 della Proposta specifica che i collegamenti di cui alla lettera c), dell'art. 17, vanno considerati al momento della celebrazione del matrimonio, e non successivamente ad esso. Ragionando in senso contrario, infatti, verrebbero del tutto neutralizzati i già menzionati vantaggi di certezza e di stabilità, favoriti attraverso la cristallizzazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi ad un dato momento storico. Se, dunque, è chiaro l'intento perseguito dal legislatore europeo attraverso la disposizione in esame, alla luce di quanto esposto sembra legittimo domandarsi su quali "circostanze", oltre a quelle della residenza, della cittadinanza, del luogo di celebrazione del matrimonio, prescelte dal legislatore, occorra effettivamente tener conto per identificare il collegamento più stretto della legge applicabile alla fattispecie concreta, da valutarsi al momento dell'instaurazione del vincolo coniugale.

#### **6.4. L'immutabilità automatica della legge applicabile**

Nel mettere a punto la disciplina di conflitto armonizzata, il legislatore europeo manifesta chiaramente la volontà di porre fine alla problematica della cosiddetta "mutabilità" automatica della legge applicabile, della quale si è più compiutamente trattato nel capitolo precedente.

Per farvi fronte, certamente si rivela efficace l'affermazione dell'autonomia della volontà, criterio di collegamento principale ai sensi dell'art. 16, che costituisce per sua natura un fattore di stabilizzazione, poiché implica una scelta che non subisce modifiche al variare dei fattori di connessione, se non per espressa decisione dei coniugi. Ciò significa che il venir meno o il mutare degli elementi di collegamento che limitano la facoltà di scelta - identificati all'interno del Regolamento nella residenza abituale e nella cittadinanza - non determina automaticamente il mutamento della legge applicabile designata dai coniugi. In altri termini, l'accordo resta operante ed efficace anche se la connessione con un determinato Paese sia venuta a mancare o a modificarsi con il tempo, poiché il criterio di collegamento sancito corrisponde alla volontà delle parti e non, al contrario, ai fattori di limitazione alla scelta.

---

<sup>389</sup> Si consideri, infatti, che i nubendi ben potrebbero scegliere la località nella quale coronare la propria unione sulla base di una semplice preferenza estetica o comunque per ragioni del tutto sconnesse rispetto alle effettive esigenze di vita comune.

A dire il vero, la cristallizzazione temporale della designazione della legge applicabile, al momento del raggiungimento dell'accordo, può comportare un problema di tutela dell'affidamento dei terzi, tutte le volte in cui intervenga un trasferimento della vita matrimoniale in epoca successiva alla scelta. Infatti, coloro che entrano in contatto con i coniugi, anche a seguito di alcuni anni dalle mutate condizioni domiciliari della coppia, e magari del tutto ignari relativamente al pregresso ménage familiare "transfrontaliero", potrebbero ragionevolmente fare affidamento sull'applicazione della legge dell'ultimo Stato di residenza. Tuttavia, tale situazione pare inevitabile, e non può che trovare soluzione nella predisposizione di un adeguato sistema di pubblicità, che renda conoscibile da parte dei terzi la scelta di legge effettuata ad opera dei coniugi.

Lo stesso ragionamento vale con riferimento ai criteri di collegamento predisposti in mancanza di scelta dall'art. 17, i quali mirano a loro volta a scongiurare l'eventualità che si verifichi il mutamento automatico della legge applicabile. Tale risultato è perseguito ancorando fattori per loro natura mutevoli, quali la residenza abituale o l'indeterminato collegamento più stretto, ad un momento temporale prestabilito, coincidente con la celebrazione del matrimonio. Pertanto, anche qui, a fronte di eventuali trasferimenti che intervengano nel corso della vita matrimoniale, si rende applicabile ai rapporti economici tra coniugi sempre la medesima legge, salvo che non sia diversamente convenuto con accordo espresso delle parti.

La netta presa di posizione legislativa si pone, forse, in contrasto con l'istanza di effettività della legge applicabile - intesa nell'accezione di vicinanza del diritto alla fattispecie concreta - ma risponde adeguatamente alle esigenze di prevedibilità, assicurando ai coniugi, ma anche ai terzi, di conoscere più facilmente la legge regolatrice dei regimi matrimoniali, nonché garantendo una certa continuità dei regimi stessi.

## **6.5. Il cambiamento volontario della legge applicabile**

L'immutabilità automatica della legge applicabile non contrasta con quanto previsto al successivo articolo 18 della Proposta di Regolamento, che afferma il principio del "cambiamento" volontario del diritto chiamato a regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi. In particolare, la norma stabilisce che *"i coniugi possono in qualsiasi momento nel corso del matrimonio assoggettare il loro regime patrimoniale ad una legge diversa da quella fino ad allora applicabile"*. Ed in termini coerenti si esprime il considerando 23, in forza del quale, *"al fine di garantire la certezza del diritto dei negozi giuridici e impedire che sia cambiata la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi senza che questi ultimi ne siano a conoscenza, non potrà esservi un cambiamento di legge applicabile senza manifestazione espressa della volontà delle parti"*. Pertanto, viene conferita ai coniugi una duplice possibilità, a seconda che abbiano già provveduto o meno a

scegliere la legge applicabile ai regimi patrimoniali: nel primo caso, essi restano sempre liberi di modificare in un tempo successivo la legge già determinata convenzionalmente sulla scorta dell'art. 16; nel secondo, i coniugi hanno il potere di operare per la prima volta la scelta di legge, in qualsiasi momento nel corso della vita matrimoniale.

A tale riguardo, innanzitutto, non si ravvisa alcun ostacolo all'ammissibilità del mutamento volontario su un piano di politica legislativa, considerato che, come si è già avuto modo di specificare, nel contesto europeo gli ordinamenti giuridici hanno da tempo abbandonato il principio dell'immutabilità, che non trova più riconoscimento né a livello di diritto sostanziale, né sul piano internazionalprivatistico. Inoltre, su un piano di coerenza logica, una volta ammessa la designazione convenzionale del diritto applicabile, sarebbe parso poco ragionevole porre limiti temporali sia alla modifica volontaria della legge applicabile, sia alla designazione della stessa ad opera di coniugi che non abbiano esercitato la *professio iuris* al momento della celebrazione del matrimonio. In caso contrario, sarebbe venuto meno il vantaggio che l'esercizio della volontà delle parti presenta in termini di adeguamento della legge applicabile rispetto alla mutata situazione di fatto, creatasi ad esempio a seguito della variazione della residenza comune o della cittadinanza.

Per le stesse ragioni affrontate in tema di scelta della legge applicabile, l'art. 18 della Proposta di Regolamento limita la facoltà di designazione: a) alla legge dello Stato di residenza abituale di uno dei coniugi al momento della scelta; b) alla legge di uno Stato di cui uno dei coniugi è cittadino al momento della scelta. Tuttavia, da un punto di vista strettamente letterale, rispetto all'art. 16, manca il richiamo al criterio della residenza abituale comune dei coniugi. Anche se tale differenza non incide sugli effetti sostanziali della designazione (atteso che la residenza abituale comune ricomprende necessariamente al proprio interno anche quella del singolo) non si comprende la ragione che abbia indotto il legislatore ad una diversa formulazione delle due norme. Pertanto, è da ritenere che, quanto meno per motivi di coerenza sistematica, sarebbe auspicabile una revisione strutturale della disposizione, di modo che ricalchi integralmente l'art. 16.

## **6.6. L'irretroattività della scelta di legge e del suo mutamento**

Resta delicata l'incidenza del fattore tempo rispetto al mutamento volontario della legge applicabile, che determina l'operatività retroattiva, o viceversa irretroattiva, della scelta effettuata su accordo delle parti. In particolare, tra le soluzioni astrattamente ipotizzabili, si condivide quella adottata dalla Proposta di Regolamento che sancisce, all'art. 18 par. 2, l'efficacia *ex tunc* del cambiamento della legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi, salva diversa ed espressa volontà degli stessi.

Invero, la soluzione favorevole alla retroattività avrebbe offerto l'indubbio vantaggio di garantire l'omogeneità della disciplina applicabile al regime patrimoniale lungo tutto il corso della vita in comune - e, di conseguenza, l'unitarietà del regime stesso - in particolare nei casi in cui i coniugi non abbiano stipulato convenzioni matrimoniali, affidandosi alla disciplina prevista *ex lege* da ciascun ordinamento. Tuttavia, per contro, essa avrebbe condotto alle inaccettabili conseguenze di incidere sulla disciplina applicabile a rapporti già perfezionatisi anteriormente all'intervenuto cambiamento, o ancora di influire negativamente sulla validità di atti già conclusi sulla base della pregressa normativa. Si pensi, ad esempio, che un bene acquisito da un coniuge singolarmente e rientrante nel suo patrimonio personale in forza del regime di separazione vigente *ex lege* in un determinato Paese, a seguito del mutamento di legge applicabile, avrebbe potuto ricadere fin dall'origine in regime di comunione, con tutte le implicazioni in termini di titolarità e di potestà dispositive che ne conseguono.

In quest'ottica, l'efficacia irretroattiva della modificazione della legge applicabile al regime matrimoniale assicura che i beni originariamente separati di ciascun coniuge non ricadano successivamente nel patrimonio comune, ove il regime legale in base alla nuova legge applicabile sia la comunione; né, per converso, che la proprietà dei beni acquistati in regime di comunione si scioglia, qualora sopravvenga una legge che prevede il regime di separazione.

È vero anche che, in base all'art. 18 par. 3, i coniugi restano pur sempre liberi di attribuire efficacia retroattiva al cambiamento della legge applicabile, in modo da garantire una continuità di regolamentazione giuridica dei rapporti economici tra loro intercorrenti. Tuttavia, i paventati effetti negativi dell'efficacia *ex nunc*, conferita dalla scelta, vengono scongiurati attraverso la precisazione, contenuta nella norma, per cui *“la retroattività non pregiudica la validità degli atti conclusi anteriormente ai sensi della legge fino ad allora applicabile, né i diritti dei terzi derivanti dalla legge anteriormente applicabile”*<sup>390</sup>.

## **6.7. I requisiti formali della scelta di legge e del contratto di matrimonio**

Considerata l'importanza della scelta relativa alla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi - sia essa effettuata al momento della celebrazione delle

---

<sup>390</sup> Come osservato da BARIATTI S., VIARENGO I., *op. cit.*, p. 614, resta, invece, *“problematico garantire l'intangibilità della titolarità del bene con riferimento alla successiva attività di amministrazione e disposizione dello stesso, alla quale l'applicabilità logica, se non addirittura necessaria, della legge attuale, ovvero della legge applicabile al momento in cui viene posto in essere l'atto di amministrazione o disposizione del bene, potrebbe produrre in concreto effetti pregiudizievoli sul suo effettivo godimento”*. Sul punto si veda l'approfondimento al successivo par. 8, in tema di norme di applicazione necessaria.

nozze o successivamente - all'art. 19, la Proposta di Regolamento si preoccupa di definire le modalità formali della scelta, in modo tale da garantire che nubendi o coniugi – ed in particolare quello “più debole” tra i due - siano pienamente consapevoli della relativa valutazione.

Invero, la predisposizione di requisiti di forma, sanciti univocamente a livello europeo, non risponde esclusivamente all'interesse dei coniugi ad essere preventivamente informati circa il contenuto e le limitazioni dell'accordo, ma riveste altresì una fondamentale rilevanza sul piano pratico, in quanto assicura la validità formale della scelta nell'ambito del territorio dell'Unione. In altri termini, a prescindere dai requisiti richiesti a livello nazionale per la stipulazione dell'atto, la scelta pattuita in virtù della legge di un determinato Stato sarà formalmente valida, e conseguentemente riconosciuta in ogni Stato membro, purché rispetti i presupposti formali dettati dal Regolamento<sup>391</sup>. Sotto questo profilo, viene particolarmente in rilievo il paragrafo 2 dell'art. 19, che sancisce un *minimum* formale da rispettare, imponendo che la scelta abbia quantomeno forma scritta e sia datata e firmata da entrambi i coniugi<sup>392</sup>. Tali requisiti evidenziano l'intento di *favor validitatis* che ha mosso il legislatore nel definire la soluzione da adottare, e consentono, altresì, di superare i problemi creati dalle divergenze normative in materia di forma, già messi in luce nel capitolo precedente<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> Vengono, così, meno i problemi di riconoscimento dell'accordo, messi in luce a p. 41 del Capitolo II.

<sup>392</sup> Si riporta il testo della norma, nella versione attuale: Art. 19 Modalità formali di scelta della legge applicabile. 1. La scelta della legge applicabile è effettuata nella forma prescritta per il contratto di matrimonio dalla legge applicabile dello Stato scelto ovvero dalla legge dello Stato in cui è redatto l'atto. 2. Nonostante il paragrafo 1, la scelta è come minimo espressa, è formulata per iscritto, datata e firmata da entrambi i coniugi. 3. Se la legge dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale comune al momento della scelta di cui al paragrafo 1 prevede requisiti di forma supplementari per il contratto di matrimonio, si applicano tali requisiti.

<sup>393</sup> Non trova, invece, accoglimento all'interno della Proposta di Regolamento sui regimi patrimoniali tra coniugi una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 6, par 2 del Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio. In quel contesto, stante l'esigenza di un consenso autentico e realmente informato da parte di entrambi i coniugi, ed in particolare da parte di quello più debole tra i due, viene previsto che l'esistenza e la validità di un accordo sulla scelta della legge o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se l'accordo o la disposizione fossero validi, ma si precisa poi che “un coniuge, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge prevista nel paragrafo 1”. Tale disposizione va letta in combinato disposto con il considerando 18 del medesimo Regolamento, in forza del quale la scelta informata costituisce un principio essenziale del presente regolamento, per cui ciascun coniuge dovrebbe sapere esattamente quali sono le conseguenze giuridiche e sociali della scelta della legge applicabile. La differenza tra le due normative si giustifica, ad avviso di chi scrive, nella necessità più impellente di assicurare una piena consapevolezza della scelta in un settore del diritto capace di incidere sullo status personale dell'individuo, peraltro normalmente sottratto all'autonomia delle parti.



Tuttavia, l'inciso "nonostante il paragrafo 1" contenuto nella disposizione in esame, non consente di chiarire se il paragrafo 2 trovi applicazione laddove la legge applicabile in virtù del paragrafo 1 richieda requisiti di forma più stringenti o, al contrario, solo se tali requisiti non siano previsti. Nello specifico, il paragrafo 1 stabilisce che la scelta di legge applicabile debba rivestire la forma prescritta per il contratto di matrimonio dalla legge applicabile dello Stato scelto o dalla legge dello Stato in cui è redatto l'atto. Pertanto, ci si domanda se il mancato rispetto delle formalità richieste per il contratto di matrimonio dalla *lex causae*, o alternativamente dalla *lex loci actus*, prescritte al paragrafo 1, infici la validità formale di un atto di scelta che sia stato comunque redatto in forma scritta sulla base del paragrafo 2.

Nel caso di risposta positiva al quesito, dovrebbe conseguentemente affermarsi la portata ridotta della disposizione di cui al paragrafo 2, che troverebbe residua applicazione nelle sole ipotesi in cui le leggi applicabili individuate al paragrafo 1 non disciplinino il contratto di matrimonio, o non richiedano per la sua valida formulazione la forma scritta *ad substantiam*. Così, a fronte dell'attenuazione del *favor validitatis*, attribuito in precedenza all'atto di scelta della legge applicabile, si assisterebbe ad un innalzamento delle garanzie di conoscibilità, a tutela dei coniugi, ma soprattutto dei terzi. In particolare, occorre ricordare che la maggior parte degli ordinamenti che ammettono e disciplinano i cosiddetti "contratti di matrimonio" o più genericamente le convenzioni matrimoniali, ne subordinano la validità formale al rispetto di stringenti prescrizioni di registrazione o di pubblicità, che risulterebbero estesi automaticamente alla scelta di legge applicabile ai regimi patrimoniali.

Il paragrafo 3 dell'art. 19, infine, impone il rispetto di requisiti di forma supplementari, qualora siano previsti per il contratto di matrimonio dalla legge dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale comune al momento della scelta. A tale riguardo, occorre osservare che l'esplicito riferimento alla legge del solo "Stato membro" lascia aperto un dubbio sull'eventuale rilevanza delle esigenze di forma richieste ulteriormente da uno Stato terzo. In effetti, stante il carattere universale del futuro Regolamento, non si comprende la ragione per cui non dovrebbero essere tenuti in considerazione i requisiti formali più stringenti imposti da un Paese estraneo all'Unione, nel quale entrambi i coniugi abbiano la residenza al momento della scelta<sup>394</sup>. Si ritiene, dunque, che più opportunamente i primi due paragrafi dell'articolo 19 evitino di riportare tale limitazione spaziale, nella consapevolezza che la legge scelta dai coniugi, o quella di redazione dell'atto, ben potrebbe coincidere con il diritto di uno Stato terzo.

Le stesse considerazioni appena effettuate con riguardo alle modalità formali della scelta, disciplinate all'art. 19, valgono con riferimento alla forma del contratto di matrimonio, la cui legge applicabile viene definita all'art. 20 in termini del tutto

---

<sup>394</sup> BUSCHBAUM M., SIMON U., *Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*, in *RCDIPP*, 2011, fasc. 4, p. 805.

analoghi. In particolare, la forma del contratto di matrimonio è retta dalla legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi, scelta o meno dalle parti (*lex causae*), ovvero dalla legge dello Stato in cui è redatto il contratto (*lex loci actus*). Inoltre, anche il contratto deve essere come minimo redatto per iscritto, ed eventualmente rispettare i requisiti di forma supplementari che siano previsti dalla legge dello Stato membro di comune residenza dei coniugi.

## **7. L'opponibilità ai terzi del regime patrimoniale tra coniugi**

Le prescrizioni formali dettate dalla Proposta di Regolamento non si pongono soltanto a tutela dei coniugi, ma contribuiscono a presidiare l'affidamento dei terzi, più facilmente informati in merito alle scelte compiute dai coniugi, in presenza di espresse misure di conoscibilità. Infatti, si è già avuto modo di evidenziare che la cristallizzazione dei criteri di collegamento ad un dato momento storico potrebbe determinare uno scollamento tra la legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi e la legge dello Stato in cui essi effettivamente risiedono. Pertanto, coloro che entrano in contatto con i coniugi successivamente alle mutate condizioni di vita o di *status*, potrebbero ragionevolmente attendersi l'applicazione della legge attualmente connessa alla situazione di fatto, ma vedersi, per converso, opporre una normativa diversa, legata al momento dell'instaurazione del vincolo matrimoniale.

L'adozione di misure a carattere formale, che tendono in certo qual modo a rendere uniformi i requisiti della scelta di legge con quelli adottati per le convenzioni matrimoniali - assicurando nella maggior parte degli ordinamenti garanzie di pubblicità - viene, pertanto, opportunamente accompagnata da una norma specifica che disciplina l'opponibilità ai terzi della legge applicabile ai regimi patrimoniali.

Tuttavia, la formulazione dell'articolo 35 della Proposta di Regolamento non sembra offrire soluzioni adeguate al problema. Al primo paragrafo, la disposizione demanda alla legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi la determinazione "*degli effetti prodotti dallo stesso regime sui rapporti giuridici tra un coniuge e un terzo*", senza considerare che proprio l'applicazione di tale legge, a causa delle mutate condizioni di vita dei coniugi, potrebbe rivelarsi del tutto inattesa da parte del terzo.

Ciò nonostante, al secondo paragrafo, la norma precisa che "*la legge di uno Stato membro può prevedere che il coniuge non possa opporre a un terzo la legge applicabile qualora uno dei coniugi o il terzo abbia la propria residenza abituale sul territorio di quello Stato membro e non siano state rispettate le condizioni di pubblicità o registrazione previste dalla legge di quello Stato membro, salvo che il terzo conosca o debba conoscere la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi*". Al di là della difficoltosa formulazione letterale del testo, in linea di principio sembrerebbe potersi ritenere che la legge applicabile ai regimi patrimoniali

non possa essere opposta al terzo, qualora non siano stati rispettati i requisiti di pubblicità previsti dall'ordinamento di residenza, del coniuge o del terzo, che presumibilmente coinciderà con lo Stato nel quale si perfeziona il rapporto giuridico in essere tra i due. Tuttavia, non può trascurarsi che la Proposta di Regolamento, con la disposizione in esame, rinuncia ad un proprio ed autonomo regime di opponibilità, lasciando agli Stati membri la facoltà di disporre una normativa *ad hoc*. In una logica di completezza del sistema, a parere di chi scrive, sarebbe stato più utile che il nuovo strumento europeo disciplinasse autonomamente gli effetti nei confronti dei terzi di regimi matrimoniali regolati da leggi straniere, includendo una disposizione di natura materiale che specificasse in termini uniformi la disciplina dell'opponibilità<sup>395</sup>.

## 8. Norme di applicazione necessaria

Le norme di applicazione necessaria vengono richiamate dall'art. 22 della Proposta, che testualmente dispone: "le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme il cui rispetto è ritenuto cruciale da uno Stato membro per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi secondo il presente regolamento"<sup>396</sup>. Premessa la formulazione incerta della norma, che non specifica se a venire in rilievo sia solo (e preferibilmente) la legge del foro, o viceversa anche quella di uno Stato diverso<sup>397</sup>, si osserva che le norme di applicazione necessaria acquistano un rilievo determinante in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi atteso che il regime applicabile ad essi incide sul complesso dei diritti e doveri fondamentali direttamente discendenti dal matrimonio, tutelati da ciascun ordinamento attraverso un sistema di norme imperative, non derogabili ad opera delle parti. Si pensi, ad esempio, al principio di

---

<sup>395</sup> Un esempio di norma a carattere materiale, del tipo descritto, è fornito dal sistema di diritto internazionale privato italiano, all'art. 30 della l. 218/95, proprio con riferimento all'opponibilità ai terzi dei regimi patrimoniali tra coniugi. La disposizione distingue tra rapporti relativi a beni mobili, per i quali la legge ammette l'opponibilità solo se i terzi conoscano il regime o lo ignorino per colpa; e diritti reali su beni immobili, la cui opponibilità al terzo prescinde dalla conoscibilità, ma è ancorata al rispetto di forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

<sup>396</sup> Come nel Regolamento Roma I, viene recepita all'interno della proposta la formula coniata dalla Corte di Giustizia nel caso *Arblade*, per definire la nozione di norme di applicazione necessaria. Cfr. CGCE, 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, in Racc. I-8453.

<sup>397</sup> Si auspica, pertanto, una correzione del testo normativo da parte del legislatore europeo, ad esempio sulla scorta del modello adottato nel Regolamento Roma II, (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che all'art. 16 precisa come le disposizioni del regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale.

parità tra coniugi, all'obbligo di contribuzione reciproca, di mantenimento, di assistenza materiale i quali, pur facenti parte del cosiddetto "regime primario" di natura più personale che patrimoniale, influiscono grandemente sugli aspetti strettamente economici della vita di coppia.

Anche se la Proposta tace in merito all'applicazione del futuro regolamento al cosiddetto "regime primario", si ritiene che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro che sia richiesta di applicare una legge straniera ai regimi patrimoniali tra coniugi, non può prescindere dall'osservanza di questi principi, ritenuti imprescindibili in materia matrimoniale per la tutela interna dell'ordinamento del foro. Così, ad esempio, se i coniugi scelgono di applicare un diritto che prevede un regime riconducibile alla comunione dei beni parzialmente diverso dal modello nazionale, certamente le clausole della convenzione devono ritenersi lecite anche se si pongono in contrasto con quest'ultimo, allorché la differenza normativa sia limitata ad aspetti inerenti alla gestione cosiddetta "secondaria" del patrimonio<sup>398</sup>. Ma l'operare della legge straniera resta in ogni caso subordinato al rispetto dei principi di natura "primaria" sopra richiamati, che costituiscono una barriera preventiva all'apertura dell'ordinamento del foro verso un diritto straniero. Così, la disomogeneità normativa riscontrata anche in relazione alla diversa portata di tali principi può rivelarsi di ostacolo all'applicazione della legge straniera, così come all'effettività della scelta dei coniugi. Si pensi all'ipotesi in cui gli sposi abbiano raggiunto un accordo al momento della celebrazione del matrimonio, in favore della legge francese, corrispondente al luogo di prima residenza abituale; ma successivamente si siano trasferiti in Italia, optando per la nuova legge di residenza in forza dell'art. 18 del Regolamento. In questo caso, il bene acquisito sotto il regime antecedente dovrebbe essere regolato dalla legge francese, in virtù del principio di irretroattività del cambiamento di legge applicabile, sancito dall'art. 18 par. 2. Tuttavia, l'attività di amministrazione e di disposizione della *res* intervenuta in un momento successivo al trasferimento di residenza e alla rinnovata *optio iuris* potrebbe produrre conseguenze inaspettate sulla titolarità o sul godimento del bene stesso, proprio in virtù dell'applicazione necessaria della legge attuale. Se, per esempio, il bene in questione coincide con la casa familiare ed è stato acquistato nel corso del matrimonio singolarmente dal marito, vigente la legge francese, in virtù della nuova legge applicabile italiana può essere richiesto necessariamente il consenso di entrambi i coniugi per poterne disporre, anche se il precedente diritto non contemplava tale limitazione. La casa familiare, infatti, riceve nella maggior parte degli ordinamenti giuridici una disciplina fortemente protettiva, che può essere interpretata come di necessaria applicazione. Pertanto, data la grande varietà di disciplina dell'attività di amministrazione e disposizione dei beni rientranti in un regime matrimoniale nei diversi ordinamenti, non sempre è possibile garantire in

---

<sup>398</sup> In tal senso PATTI S., *I regimi patrimoniali tra legge e contratto*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Patti S., Cubeddu M.G., Giuffrè, 2008, p. 214.

base alla legge applicabile al momento dell'atto di disposizione, pur nell'ambito di un regime diverso da quello competente in precedenza, una disciplina del bene che non contrasti con lo status giuridico originario del bene stesso<sup>399</sup>.

## 9. Ordine pubblico e regimi patrimoniali tra coniugi

Accanto alle norme di applicazione necessaria, che come noto operano preventivamente rispetto al richiamo della legge straniera, la Proposta prevede l'ulteriore limite dell'ordine pubblico che, a differenza delle prime, blocca in un momento successivo la legge straniera, qualora dalla sua applicazione discendano effetti manifestamente incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento del foro.

Nella materia dei regimi patrimoniali tra coniugi, che attiene ad aspetti di natura economica lasciati per lo più all'autonomia delle parti, l'eccezione di ordine pubblico riveste un'importanza limitata, a meno di non voler considerare i casi nei quali i coniugi si accordino con il solo intento di frodare il diritto interno, applicando ai loro rapporti una legge straniera che consente la produzione di effetti giuridici non ammessi dall'ordinamento del foro.

Più interessante, invece, è interrogarsi sull'utilizzabilità dell'eccezione di ordine pubblico, contemplata dalla Proposta in esame, di fronte ad una domanda giurisdizionale volta ad accertare la consistenza dei rapporti patrimoniali tra due coniugi aventi il medesimo sesso. In particolare, pare plausibile che l'applicazione del futuro Regolamento verrà estesa nei confronti dei matrimoni omosessuali da parte delle autorità giurisdizionali appartenenti ai Paesi membri dell'Unione che riconoscono e disciplinano tale istituto, dinnanzi alle quali ovviamente non si pone il problema del contrasto con i principi fondamentali del foro. Più incerta, invece, è la situazione negli Stati che non consentono ai soggetti dello stesso sesso di contrarre matrimonio. A tale riguardo, prendendo le mosse dalla giurisprudenza di legittimità italiana che di recente si è pronunciata sul punto<sup>400</sup>, è possibile tentare una riflessione sulle possibili interpretazioni che le autorità giurisdizionali appartenenti a questi ultimi Paesi saranno in grado di fornire. In particolare, per quel che concerne

---

<sup>399</sup> BARIATTI S., VIARENGO I., *op. cit.*, p. 614.

<sup>400</sup> Si tratta della sentenza: Cass. sez. 1, n. 4184 del 2012 consultabile sul sito [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it). Il caso è molto noto e riguarda due uomini, entrambi i cittadini italiani, i quali, dopo aver contratto matrimonio a L'Aja (Paesi Bassi) chiedevano al Sindaco del Comune di Latina - ove avevano stabilito la loro residenza - la trascrizione dell'atto di matrimonio. Il Sindaco, interpellato quale ufficiale del Governo e dello stato civile, rifiutava la trascrizione richiesta, ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), art. 18, essendo detto atto non suscettibile di trascrizione perché contrario all'ordine pubblico. Avverso il provvedimento di rifiuto della trascrizione i due soggetti proponevano ricorso dapprima al Tribunale ordinario di Latina e successivamente alla Corte di Appello di Roma, ma si vedevano respingere la domanda in entrambi i gradi di giudizio.

il nostro ordinamento, è stato chiarito dalla Corte di Cassazione che l'eccezione di ordine pubblico non è più invocabile per negare effetti ad un'unione omosessuale, poiché una tale restrizione si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con i principi fondamentali dell'Unione europea<sup>401</sup> - così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>402</sup> - che arricchiscono il nucleo primario dei valori propri di ciascuno Stato membro. Tuttavia, il problema del riconoscimento giuridico del legame di coppia non è risolto, poiché risiede nella preliminare impossibilità di qualificare il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso come "matrimonio", essendo a tal fine richiesta dalla nostra Costituzione la differenza di genere tra i coniugi. Pertanto - nell'attesa di un intervento del legislatore - qualora sia proposta in via principale la trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto contratto all'estero, il matrimonio tra omosessuali non può che essere considerato inesistente o, per usare le parole della Cassazione, "inidoneo a produrre, quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano". Ciò nonostante, la conclusione alla quale perviene la Corte non corrisponde ad un'assoluta negazione del riconoscimento giuridico delle unioni tra soggetti dello stesso sesso. Viene, infatti, chiarito che i componenti della coppia omosessuale, in qualità di titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di vita comune, possono richiedere la tutela giurisdizionale per risolvere "specifiche situazioni" o per vedersi riconosciuti determinati diritti. In tali casi, cioè, essi "possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, ivi, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza".

Non essendo questa la sede per ulteriori considerazioni di principio sulla portata innovativa della decisione, è possibile tuttavia osservare che le conclusioni alle quali perviene la Corte di legittimità potrebbero valere proprio nel caso in cui i coniugi omosessuali, sposati all'estero, chiedano all'autorità giurisdizionale di un Paese che non contempla i matrimoni omosessuali (poniamo in Italia) non la trascrizione dell'atto, bensì il riconoscimento degli effetti patrimoniali derivanti dall'unione. Si potrebbe allora sostenere che il giudice - nella discrezionalità che gli è propria - dando per presupposta la qualificazione matrimoniale della fattispecie (non richiesta in via principale) applichi il futuro Regolamento in materia di regimi patrimoniali tra

---

<sup>401</sup> Si tratta, in particolare, degli articoli 7 (rispetto alla vita privata e familiare), 9 (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia), 21 (divieto di non discriminazione) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali trovano corrispondente negli articoli 8, 12, 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>402</sup> Ci si riferisce in particolare alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 24 giugno 2010, Schalk e Kopf v. Austria, sulla quale si avrà modo di tornare più approfonditamente nell'ambito del capitolo IV, par. 6.1.

coniugi. In tal caso, qualora essi si siano premurati di scegliere adeguatamente la legge applicabile ai loro rapporti, non sarà almeno in linea di principio precluso il riconoscimento di qualsiasi effetto giuridico a tale unione. Tuttavia, in forza dei criteri di collegamento oggettivi previsti dalla Proposta, potrebbe pure rendersi applicabile una legge che non disciplina tali rapporti. In tal caso, sempre ponendosi dal punto di vista del nostro ordinamento, il giudice sarebbe chiamato ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme dettate in materia di regimi patrimoniali tra coniugi ed eventualmente, laddove questa non sia possibile e se ne ravvisi la fondatezza, sollevare una questione di legittimità costituzionale in forza del principio di cui all'art. 3 della Costituzione.

## 10. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere

In mancanza di norme armonizzate che disciplinino il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, queste restano tuttora assoggettate alle severe condizioni predisposte dalle legislazioni nazionali, che come noto spesso prevedono molteplici e più ampi motivi di diniego per il riconoscimento, e procedure più restrittive e limitative per l'esecuzione delle decisioni straniere.

Nell'ottica di favorire la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, pertanto, pare senz'altro opportuna la predisposizione di una disciplina unitaria, valevole per tutti gli Stati membri, che detti nella materia in esame regole più snelle ed evolute. Sul solco delle scelte già operate nell'ambito dei precedenti strumenti normativi di armonizzazione, la Proposta di Regolamento si pone l'obiettivo primario di assicurare il riconoscimento delle decisioni e la semplificazione della procedura di *exequatur*, da fondarsi sulla fiducia reciproca che connota la cooperazione giudiziaria tra Stati membri<sup>403</sup>.

Tuttavia, in un'epoca di notevole fermento legislativo quale quella attuale, le strade percorribili dal legislatore europeo non appaiono, ad oggi, così scontate. A tale riguardo, basti pensare che, nell'odierna formulazione, la Proposta specifica che “le norme proposte in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni si allineano a quelle *proposte*<sup>404</sup> in materia di successioni e rinviano quindi alla *procedura di exequatur esistente in materia civile e commerciale*”<sup>405</sup>, dandosi per

---

<sup>403</sup> Al provvisorio considerando 27 si legge, infatti, che “poiché il riconoscimento reciproco delle decisioni emesse negli Stati membri è uno degli obiettivi perseguiti dal presente Regolamento, questo deve prevedere norme relative al riconoscimento reciproco e all'esecuzione delle decisioni mutuandolo dalle disposizioni del Regolamento (CE) n. 44/01”

<sup>404</sup> All'epoca della pubblicazione della Proposta di Regolamento in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, avvenuta il 16 marzo 2011, la disciplina europea del diritto internazionale privato delle successioni si trovava ancora nella fase di consultazioni tra Stati che ha successivamente condotto all'emanazione del Regolamento (UE) n. 650/2012

<sup>405</sup> Cfr. Par. 5.4 della Proposta di Regolamento, p. 9.

scontata la coincidenza tra le scelte adottate in materia successoria e quelle intraprese in ambito civile e commerciale. Senonché, tale sistema non tiene conto delle recenti modifiche normative intervenute a livello europeo, le quali hanno determinato il venir meno dell'allineamento tra le discipline internazionalprivatistiche di entrambi i settori, non tanto per ciò che concerne il riconoscimento, quanto piuttosto in riferimento all'esecuzione delle decisioni.

Inevitabilmente, dunque, il futuro Regolamento, che nella sua versione provvisoria si limita a richiamare il sistema predisposto dal Regolamento Bruxelles I, dovrà operare scelte consapevoli nell'una o nell'altra direzione, tenendo a mente le diverse conseguenze che esse determinano.

### **10.1. Il riconoscimento delle decisioni straniere**

Nell'ambito della Proposta di Regolamento, il riconoscimento degli effetti non esecutivi delle decisioni straniere è automatico, senza che sia necessario alcun ulteriore procedimento per il suo ottenimento, salvo che vi siano contestazioni. Conformemente a quanto previsto dal Regolamento (CE) n. 44/2001 (ed oggi dal Regolamento (UE) n. 1215/2012) in materia civile e commerciale e dal Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia successoria, la proposta circoscrive alla parte che abbia interesse a che una decisione, resa in uno Stato membro, venga dichiarata riconoscibile (o esecutiva) in un altro Stato membro, la possibilità e l'obbligo di avvalersi del procedimento semplificato, nei confronti di qualunque controinteressato. Viceversa, alla parte che contesta la riconoscibilità e agli altri soggetti eventualmente interessati al chiarimento della situazione, non resta che azionare il procedimento ordinario configurato dal diritto locale<sup>406</sup>. Inoltre, se il riconoscimento è richiesto in via incidentale davanti ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, si ammette che la verifica sulla regolarità della decisione straniera sia compiuta dal giudice cui è stata proposta la domanda sulla questione principale, riconoscendogli un'estensione della propria competenza.

Si tratta di un modello che non richiede particolari considerazioni, in quanto si ispira – o meglio risulta ampiamente riprodotto – delle soluzioni già consolidate all'interno del contesto europeo.

---

<sup>406</sup> Resta pertanto ferma, anche nella materia dei regimi patrimoniali tra coniugi, la differenza rispetto al Regolamento Bruxelles II bis, il quale prevede che la procedura semplificata predisposta al suo interno, possa essere seguita dai portatori di entrambi gli interessi, ossia tanto il coniuge cui preme sia riconosciuto lo scioglimento o l'invalidità del matrimonio, quanto il coniuge cui, al contrario, preme che la decisione straniera sia dichiarata riconoscibile.



### 10.1.1. I motivi ostativi al riconoscimento

Anche i motivi di rifiuto al riconoscimento delle decisioni, enucleati all'art. 27 della Proposta di Regolamento, ripropongono i "tradizionali" ostacoli previsti dal sistema di Bruxelles (sia dal Regolamento (CE) n. 44/2001, sia dalla sua riformulazione ad opera Regolamento n. (UE) 1215/2012), nonché dal Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia successoria. Trattandosi di criteri di carattere generale, sembra sufficiente in questa sede richiamare in estrema sintesi le soluzioni proposte, rinviando per la più diffusa ed approfondita analisi ai contributi dedicati specificamente alla materia in esame<sup>407</sup>.

L'art. 27 della Proposta contempla quali motivi tassativi al diniego del riconoscimento di una decisione straniera: (a) la manifesta contrarietà dell'ordine pubblico dello Stato Membro richiesto<sup>408</sup>, (b) i vizi sostanziali nella costituzione del

---

<sup>407</sup> Ex multis: BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009; CARBONE S., QUEIROLO I., *La competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni in materia civile nell'ambito dello spazio giudiziario europeo*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo II, II ed., Torino, 2006; D'ALESSANDRO E., *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007; DE CESARI P., *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, p. 277; HAY P., *Recognition of a recognition judgment within the European Union*, in *European legal forum*, 2009, p. 61 ss.; MOSCONI F., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti Regolamenti comunitari*, in *RDIPP*, 2001, p. 545 ss.; SALERNO F., *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, III ed., Padova, 2006.

<sup>408</sup> L'art. 27, lett. a, della Proposta di Regolamento conferma il limite dell'ordine pubblico per l'efficacia della decisione straniera. Anche in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ci si discosta pertanto dalla più radicale rimozione del limite dell'ordine pubblico, come invece avviene per il titolo esecutivo europeo (Regolamento n. 805/2004). Come noto, tuttavia, il ricorso alla sola "violazione manifesta" esprime la preferenza per un'applicazione restrittiva del limite, che obbliga il giudice richiesto a fornire un'adeguata motivazione. Nonostante l'autonomia di valutazione rivendicata dai giudici nazionali in specie per rispetto ai valori costituzionali dello Stato richiesto, è stata generalmente seguita una valutazione restrittiva del limite dell'ordine pubblico, per coerenza con il principio della libera circolazione delle sentenze e più specificamente del divieto di riesame nel merito che potrebbe essere aggirato in via ipotetica proprio con un più largo impiego del limite in esame. Pertanto si spiega che la Corte di giustizia, pur riconoscendo l'autonomia degli Stati membri nel determinare "conformemente alle proprie concezioni nazionali [...] le esigenze del loro ordine pubblico", abbia ugualmente rivendicato la sua competenza ad interpretare i limiti applicativi di tale nozione. In particolare, l'apporto della Corte di Giustizia potrebbe rivelarsi particolarmente fecondo laddove si consideri che il concetto di ordine pubblico, pur essendo nozione prettamente nazionale, è necessariamente arricchito da quegli ulteriori principi che derivano dall'adattamento, oltre che al diritto internazionale generale, anche al diritto dell'Unione europea. In quest'ottica, il Giudice europeo, ove interpellato, potrebbe precisare la nozione di ordine pubblico alla luce della propria giurisprudenza in tema di libertà di circolazione delle persone, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi. In giurisprudenza, cfr. CGCE, Sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, 2000, p. I-1965, punto 22; CGCE, Sentenza 12 novembre 1992, causa C-123/91, *Minamet*, in *Raccolta*, 1992, p. I-5679, punto 19; CGCE, Sentenza 10 ottobre 1996, causa C-78/95, *Hendrikman*, in *Raccolta*, 1996, p. I-4967, punto 18.

contraddittorio quando trattasi di convenuto contumace, (c) l'incompatibilità tra la decisione da riconoscere ed una resa tra le stesse parti nello Stato membro richiesto ovvero (d) il contrasto tra una decisione resa in precedenza tra le stesse parti in uno Stato membro o in uno Stato terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo.

I primi due motivi afferiscono più in generale al limite dell'ordine pubblico, inteso anche nell'accezione processuale del rispetto al diritto di difesa; mentre gli ulteriori due intendono garantire la coerenza interna dell'ordinamento dello Stato richiesto, impedendo la riconoscibilità e l'esecutorietà di provvedimenti contrastanti con altre decisioni già emesse, riconoscibili o eseguibili in quello Stato. Il funzionamento di tali ostacoli è lasciato all'apprezzamento del giudice, anche se l'art. 27 e seguenti definiscono alcune condizioni applicative all'operatività dei criteri ostativi al riconoscimento, che vale la pena richiamare in termini generali. In particolare, quanto all'ordine pubblico, si ribadisce la necessità della sua manifesta rilevanza e si precisa la sua estraneità alle norme in tema di competenza<sup>409</sup>. A proposito dei vizi sulla formazione del contraddittorio, si chiarisce che il convenuto contumace che non sia stato edotto in tempo utile e in modo tale da presentare le proprie difese non è degno di tutela se, pur avendone la possibilità, non ha impugnato la decisione; pertanto, viene accolto anche in questa sede il principio sostanziale, e non formale, della conservazione dell'atto (e dei suoi effetti) qualora esso abbia comunque raggiunto lo scopo per il quale è stato previsto dall'ordinamento<sup>410</sup>. Quanto al contrasto tra decisioni, solo la lettera d) assegna rilievo decisivo al criterio dell'antioriorità temporale, che risolve il contrasto tra decisioni emesse entrambe in due Stati diversi rispetto a quello richiesto di riconoscimento; mentre la lettera c) si limita ad assicurare la coerenza interna all'ordinamento richiesto.

Infine, viene confermato il divieto assoluto di riesaminare nel merito la decisione richiesta di riconoscimento<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> L'art. 28, par. 2 della Proposta di Regolamento stabilisce che: "il criterio dell'ordine pubblico di cui all'art. 23 non si applica alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 8".

<sup>410</sup> Il principio formale costituiva un cardine della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sotto la vigenza della Convenzione di Bruxelles, successivamente ribaltato dal Regolamento (CE) n. 44/01. In più occasioni, la Corte aveva ritenuto che la regolarità delle forme di notifica fosse determinante "per garantire una tutela effettiva dei diritti del convenuto", avvallando il duplice controllo del giudice dello Stato di origine e del giudice dello Stato richiesto sulla regolarità della notificazione della domanda giudiziale. Nella sentenza 15 luglio 1982, causa 228/81, *Pendy Plastic Products*, in Raccolta, 1982, p. 2737, punto 13, la Corte riconosceva che, senza il controllo sulla regolarità formale della notificazione, si sarebbe creata "una considerevole incertezza quanto al sapere se gli atti siano effettivamente notificati e [si] renderebbe impossibile l'applicazione uniforme delle disposizioni della Convenzione"; in senso conforme cfr. anche: CGCE, sentenza 3 luglio 1990, causa C-305/88, *Isabelle Lancray*, ivi, 1990, p. I-2750, punto 28; CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-522/03, *Scania*, punto 26.

<sup>411</sup> L'art. 29 della Proposta di Regolamento stabilisce che "in nessun caso la decisione straniera può formare oggetto di revisione nel merito".

## **10.2. L'esecuzione delle decisioni straniere nella Proposta di regolamento**

Quanto all'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro - attualmente disciplinata dalla Proposta all'art. 31 - pare utile preliminarmente dare conto delle recenti modifiche che hanno interessato, da un lato, la materia civile e commerciale; dall'altro, la materia successoria, al fine di ipotizzare le future scelte legislative in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi.

### **10.2.1. Il richiamo alla materia civile e commerciale**

A seguito delle procedure di revisione che hanno investito il Regolamento (CE) n. 44/2001, di recente sfociate nella stesura definitiva del nuovo Regolamento (UE) n. 1215/2012<sup>412</sup>, viene confermato il consolidato principio dell'automatico riconoscimento delle decisioni, ma al contempo, il sistema dell'esecuzione delle decisioni subisce un notevole sviluppo rispetto al precedente. L'art. 39 del nuovo testo prevede, infatti, che *“la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività”*. Seppure in una versione più attenuata rispetto a quella originariamente prefigurata dalla Commissione nella sua proposta del dicembre 2010, in sostanza il Regolamento “Bruxelles I bis” generalizza, estendendola a tutte le decisioni rese in materia civile e commerciale, la c.d. abolizione dell'*exequatur*, vale a dire la soppressione di qualsiasi procedura intermedia necessaria affinché l'esecutività di una decisione resa in uno Stato membro possa manifestarsi anche in altro e diverso Stato membro<sup>413</sup>.

La libera ed automatica circolazione dell'efficacia esecutiva resta, tuttavia, ancora condizionata dalla eventuale contestazione della parte interessata ad opporvisi, che ha il potere di instaurare un apposito procedimento innanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiesto, al fine di sentir accertare la

---

<sup>412</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, Pubblicato in Gazzetta ufficiale UE n. L 351 del 20/12/2012 pag. 0001 - 0032

<sup>413</sup> Invero, l'abolizione dell'*exequatur* non costituisce una novità in senso assoluto nell'ambito della Regolamentazione europea, ma era stata riservata ad alcune particolari materie, quali: i crediti non contestati di cui al Regolamento (CE) n. 805/04; le decisioni in tema di diritto di visita e di sottrazione internazionale dei minori di cui al Regolamento (CE) n. 2201/03; i crediti alimentari di cui al Regolamento (CE) n. 4/2009, pur con le limitazioni ivi specificate. Tuttavia, occorre rilevare che il Regolamento (UE) n. 1215/2012 si discosta rispetto ai modelli fino ad ora adottati, che in effetti dettano un regime ancora più avanzato di semplificazione, non presupponendo più il controllo sull'inesistenza dei motivi ostativi e la facoltà di proporre opposizione al riconoscimento. In sostanza, della decisione straniera ci si viene così a valere come di un titolo esecutivo nazionale, senza la necessità di esperire alcuna procedura intermedia.

presenza di uno dei motivi ostativi al riconoscimento (ed all'esecuzione) tuttora posti dall'art. 45 del Regolamento Bruxelles I bis<sup>414</sup>.

### 10.2.2. Il richiamo alla materia successoria

Il sistema approntato in materia civile e commerciale, così brevemente tratteggiato, si discosta da quello pur recentemente adottato in ambito successorio, oggetto della recente opera di armonizzazione del legislatore europeo, che ha dato frutto all'emanazione del Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo<sup>415</sup>.

Dopo aver ribadito il principio dell'automatico riconoscimento delle decisioni, in tema di esecuzione, il nuovo strumento normativo si attesta su uno *standard* di apertura meno avanzato rispetto al Regolamento (UE) 1215/2012 e, nel contempo, assimilabile al superato regime predisposto dal Regolamento (CE) n. 44/2001<sup>416</sup>. L'esecuzione della decisione emessa in uno Stato membro resta, cioè, subordinata all'esperimento della procedura finalizzata ad ottenere la dichiarazione di esecutività, che viene disciplinata dallo stesso Regolamento sulla base di un *iter* specifico e assai dettagliato.

---

<sup>414</sup> FERACI O., *L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 832-845; KRAMER X.E., *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area*, in *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2011, pp. 633-641.

<sup>415</sup> Pubblicato in Gazzetta ufficiale UE n. L 201 del 27/07/2012 pag. 0107 – 0134. Tra i contributi sulla Proposta di Regolamento in tema di successioni si vedano: BONOMI A., *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010, vol. 350, p. 71 ss.; AA. VV., *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, a cura di G. Khairallah, Paris, 2010; AA. VV., *Successions internationales - Réflexions autour du futur règlement européen et son impact pour la Suisse*, a cura di Bonomi e Schmid, Zürich, 2010; Marino S., *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 463 ss

<sup>416</sup> Si noti la differenza testuale tra i due strumenti normativi. Mentre il Regolamento (CE) n. 44/2001, all'art. 38 stabiliva che "le decisioni emesse in uno Stato Membro ed ivi esecutive sono eseguite in un altro Stato Membro dopo esservi state ivi dichiarate esecutive su istanza della parte interessata", il nuovo Regolamento (UE) 1215/2012, all'art. 39, stabilisce che "la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività".

### 10.2.3. Le future scelte del legislatore

Alla luce delle diversità emerse, il duplice e indistinto richiamo effettuato dalla Proposta di Regolamento, da un lato alla materia successoria, dall'altro alla materia civile e commerciale, non appare più attuale ed impone una riflessione ulteriore per chiarire quale, tra quelle parimenti richiamate, potrà essere la scelta perseguibile dal legislatore europeo in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere attinenti ai rapporti patrimoniali tra coniugi.

A questo riguardo, pare significativo segnalare che le recenti linee guida pubblicate dal Consiglio dell'Unione europea per indirizzare il confronto fra gli Stati membri in ordine alle proposte di regolamento sulla competenza, la legge applicabile e l'efficacia delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, sembrano suggerire piuttosto chiaramente la via da seguire. Al punto b), il documento raccomanda che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie, vengano informati agli stessi principi previsti per le decisioni, gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie in tema di successioni *mortis causa*, ai sensi del Regolamento (UE) n. 650/2012<sup>417</sup>.

Sicché, a prescindere dai richiami contenuti nella Proposta al Regolamento "Bruxelles I", ora "Bruxelles I bis" - che avrebbero determinato una decisiva spinta in avanti verso l'abolizione dell'*exequatur* - pare probabile che ci si limiterà a recepire l'orientamento più prudente seguito dal legislatore nel diritto internazionale privato delle successioni. Di conseguenza, per far eseguire la decisione, l'interessato dovrà avviare una procedura uniforme nello Stato dell'esecuzione che gli consentirà di ottenere una dichiarazione di esecutività. Tale procedura è unilaterale e si limita, in una prima fase alla verifica dei documenti prodotti. Solo in una fase successiva, qualora venga proposta opposizione da parte di chi ha interesse a negare l'esecuzione, il giudice procederà ad esaminare gli eventuali motivi ostativi al riconoscimento (e all'esecuzione), che garantiscono a loro volta una protezione adeguata del diritto dell'opponente<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> Le linee guida sono quelle riportate nel documento n. 16878/12 del Consiglio dell'Unione europea, approvate nella riunione del 7 dicembre 2012

<sup>418</sup> All'art. 43, il Regolamento (UE) n. 650/2012 dispone che "Le decisioni emesse in uno Stato membro e ivi esecutive sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza di una parte interessata secondo la procedura di cui agli articoli da 45 a 58". Articolo 45 Competenza territoriale "1. La domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività è proposta all'organo giurisdizionale o all'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione comunicata da tale Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 78. 2. La competenza territoriale è determinata dal luogo di domicilio della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, o dal luogo dell'esecuzione". Articolo 46. Procedimento "1. Il procedimento è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. 2. L'istante non è tenuto a disporre di un recapito postale, né di un rappresentante autorizzato nello Stato membro dell'esecuzione. 3. La domanda è corredata dei seguenti documenti: a) una copia della decisione che soddisfi le condizioni necessarie per stabilirne

---

l'autenticità; b) l'attestato rilasciato dall'organo giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro di origine utilizzando il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 81, paragrafo 2, fatto salvo quanto stabilito all'articolo 47".

Articolo 47 Mancata produzione dell'attestato: " 1. Qualora l'attestato di cui all'articolo 46, paragrafo 3, lettera b), non venga prodotto, il giudice o l'autorità competente può fissare un termine per la sua presentazione o accettare un documento equivalente ovvero, qualora ritenga di essere informato a sufficienza, disporne la dispensa. 2. Qualora l'organo giurisdizionale o l'autorità competente lo richieda, deve essere presentata una traduzione dei documenti. La traduzione è effettuata da una persona abilitata a eseguire traduzioni in uno degli Stati membri. Articolo 48 Dichiarazione di esecutività: "La decisione è dichiarata esecutiva non appena espletate le formalità di cui all'articolo 46 senza alcun esame ai sensi dell'articolo 40. La parte contro cui l'esecuzione viene chiesta non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni".

Articolo 49 Notificazione della decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività: 1. La decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività è immediatamente notificata all'istante secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro di esecuzione. 2. La dichiarazione di esecutività è notificata o comunicata alla parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, corredata della decisione qualora quest'ultima non sia già stata notificata o comunicata a tale parte. Articolo 50 Ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività 1. Ciascuna delle parti può proporre ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività. 2. Il ricorso è proposto davanti all'organo giurisdizionale comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione in conformità all'articolo 78. 3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio. 4. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non compare davanti all'organo giurisdizionale investito del ricorso nel procedimento riguardante l'azione proposta dall'istante, si applicano le disposizioni dell'articolo 16 anche se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non è domiciliata nel territorio di uno degli Stati membri. 5. Il ricorso contro la dichiarazione di esecutività è proposto entro trenta giorni dalla data di notificazione o comunicazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione è domiciliata in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine per proporre ricorso è di sessanta giorni a decorrere dalla data della notificazione o comunicazione, sia mediante consegna della copia nelle mani proprie del destinatario che nella residenza. Tale termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza. Articolo 51 Impugnazione della decisione emessa sul ricorso: "La decisione emessa sul ricorso può essere impugnata solo nei modi comunicati dallo Stato membro interessato alla Commissione conformemente all'articolo 78".

Articolo 52 Rifiuto o revoca di una dichiarazione di esecutività: "L'organo giurisdizionale davanti al quale è stato proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 50 o dell'articolo 51 rigetta o revoca la dichiarazione di esecutività solo per uno dei motivi contemplati dall'articolo 40. Esso si pronuncia senza indugio".

Articolo 53 Sospensione del procedimento: "L'organo giurisdizionale davanti al quale è proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 50 o dell'articolo 51, su istanza della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, sospende il procedimento se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro d'origine per la presentazione di un ricorso".

Articolo 54 Provvedimenti provvisori e cautelari: 1. Qualora una decisione debba essere riconosciuta in conformità del presente capo, nulla osta a che l'istante chieda provvedimenti provvisori o cautelari in conformità della legge dello Stato membro di esecuzione, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività ai sensi dell'articolo 48. 2. La dichiarazione di esecutività implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari. 3. In pendenza del termine di cui all'articolo 50, paragrafo 5, per proporre il ricorso contro la dichiarazione di esecutività e fino a quando non sia stata adottata alcuna decisione su di esso, si può procedere solo a provvedimenti cautelari sui beni della parte contro cui è chiesta l'esecuzione. Articolo 55 Esecutività parziale 1. Se la decisione ha statuito su vari capi della domanda e la dichiarazione di esecutività non può essere rilasciata per tutti i capi, l'organo giurisdizionale o l'autorità competente rilasciano la

In effetti, questa sembra una scelta obbligata, ove si consideri che in ambito familiare, più che altrove, i legislatori nazionali faticano a cedere la propria sovranità statale, che può ben essere esercitata anche mediante il controllo autoritativo finalizzato alla dichiarazione di esecutività delle decisioni provenienti dall'estero.

Tuttavia, muovendosi in un'ottica di maggiore semplificazione e di crescente fiducia reciproca, sulla quale si sta costruendo il sistema di diritto internazionale privato europeo, si ritiene auspicabile un ripensamento da parte del legislatore in favore dell'eliminazione della procedura di *exequatur*, sulla scorta del modello ispirato a quello già accolto nell'ambito del Regolamento (UE) n. 1215/12<sup>419</sup>. Così facendo, verrebbero nel contempo temperati due interessi primari e meritevoli di tutela: da un lato, quelli di celerità e di semplificazione, obiettivi prioritari del sistema giudiziario europeo, miranti alla tendenziale equivalenza delle decisioni degli altri Stati membri a quelle dei giudici interni; dall'altro, quello facente capo ai privati, eventuali controinteressati all'esecuzione, che non vedrebbero frustrate a priori le proprie aspettative, mantenendo il potere di opporsi alla dichiarazione di esecutività qualora la decisione richiesta sia viziata da uno dei motivi ostativi al riconoscimento<sup>420</sup>.

## 11. Il riconoscimento degli atti pubblici stranieri

Alla luce dell'importanza pratica che gli atti pubblici rivestono nella materia dei regimi patrimoniali tra coniugi – si pensi in particolare alle convenzioni matrimoniali o ai contratti di matrimonio, registrati nella maggior parte degli Stati

---

dichiarazione di esecutività solo per uno o più di essi. 2. L'istante può richiedere una dichiarazione di esecutività parziale della decisione. Articolo 56 Patrocinio a spese dello Stato: L'istante che nello Stato membro d'origine ha beneficiato in tutto o in parte del patrocinio a spese dello Stato o dell'esenzione dai costi o dalle spese beneficia, nel procedimento per la dichiarazione di esecutività, del patrocinio più favorevole o dell'esenzione più ampia previsti dalla legge dello Stato membro di esecuzione. Articolo 57 Assenza di garanzie, cauzioni o depositi: Alla parte che chiede il riconoscimento, l'esecutività o l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione emessa in un altro Stato membro non devono essere imposte garanzie, cauzioni o depositi, comunque denominati, a causa della qualità di straniero o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro dell'esecuzione. Articolo 58 Assenza di imposte, diritti o tasse: Nei procedimenti relativi al rilascio di una dichiarazione di esecutività non sono riscossi, nello Stato membro di esecuzione, imposte, diritti o tasse proporzionali al valore della controversia.

<sup>419</sup> D'altronde, la stessa proposta sembra in linea di principio favorevole all'accoglimento di tale soluzione specificando che "Si potrebbe prevedere, come già accade in altri settori, di sopprimere le procedure intermedie (*exequatur*) in una fase ulteriore, dopo aver valutato le norme contenute nel presente regolamento e lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e nelle materie connesse, in particolare nell'ambito del regolamento Bruxelles II bis".

<sup>420</sup> Sull'esigenza di tutelare i terzi, anche nell'ambito del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, si veda BARIATTI S., VIARENGO I., *op. cit.*, p. 617.

membri - e in modo da salvaguardare la coerenza del futuro Regolamento rispetto agli altri strumenti dell'Unione, la proposta si preoccupa di assicurare il riconoscimento degli atti pubblici ai fini della loro libera circolazione.

### **11.1. La definizione di atto pubblico**

Nell'ambito dell'art. 2, la Proposta inserisce la definizione di "atto pubblico", mutuandola parzialmente dal Regolamento (CE) n. 805/04 istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, come "qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico nello Stato d'origine e la cui autenticità: (i) riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico, e (ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da un'altra autorità a tal fine autorizzata".

Pur se nulla è ulteriormente specificato, si ritiene inoltre che, coerentemente a quanto previsto dal Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni, l'"autenticità" dell'atto pubblico dovrebbe essere intesa come un concetto autonomo, comprendente elementi quali la genuinità dell'atto, i suoi presupposti formali, i poteri dell'autorità che lo redige e la procedura secondo la quale è stilato. Dovrebbe comprendere, altresì, gli elementi fattuali registrati dall'autorità interessata nell'atto pubblico, quali la circostanza che le parti indicate sono comparse davanti a tale autorità nella data indicata e che hanno reso le dichiarazioni ivi contenute.

### **11.2. Natura ed effetti dell'atto pubblico straniero**

Quanto alla natura e al valore da attribuire agli atti pubblici in fase di riconoscimento e di esecuzione, al considerando 28 la Proposta si limita a specificare che gli atti pubblici non possono essere equiparati alle decisioni giudiziarie per quanto concerne il loro riconoscimento. Viene, pertanto, rigettato l'orientamento più liberale, tendente ad assimilare la valenza di tali atti a quella accordata ai provvedimenti giudiziari, che il legislatore europeo, non esente da critiche<sup>421</sup>, ha già fatto proprio in diversi settori, dalle obbligazioni alimentari<sup>422</sup>, allo scioglimento del vincolo coniugale<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> CAFARI PANICO R., *L'efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successioni e testamenti*, in *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, pp. 171 ss.

<sup>422</sup> L'art. 48, par.1 del Regolamento (UE) n. 4/2009 stabilisce che: (Transazioni giudiziarie e atti pubblici), "le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV".

<sup>423</sup> L'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003, dispone che "gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni".



Gli atti pubblici redatti in materia di regimi patrimoniali tra coniugi restano, quindi, pur sempre espressione della manifestazione di volontà dei privati, ma in virtù del riconoscimento godono, quanto al contenuto dell'atto registrato e ai fatti che vi sono riportati, dello stesso valore probatorio e degli stessi effetti che hanno nello Stato membro di origine<sup>424</sup>, nonché di una presunzione di validità, che può venir meno in caso di contestazione. Tuttavia, resta da domandarsi quale sia l'utilità e quale il significato da attribuirsi in quest'ottica al concetto di riconoscimento dell'atto pubblico, in relazione al quale si auspica che il futuro Regolamento adotti una precisazione.

Infatti, pare necessario considerare che tutte le volte in cui l'atto pubblico si riferisca - come è più probabile che sia - ad una convenzione matrimoniale o ad un contratto di matrimonio, la validità formale e gli effetti giuridici da esso prodotti dovrebbero determinarsi sulla base della normale operatività delle norme di conflitto, ed in particolare, quanto alla forma dall'art. 20 della Proposta, e quanto al contenuto, dagli articoli 16, 17 e 18, dedicati alla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi.

Tuttavia, la trasposizione nei confronti degli atti pubblici del metodo del "riconoscimento", che si misura sul diritto del Paese di origine, rischia di rendere applicabile alla medesima convenzione matrimoniale, ed in particolare al contenuto dell'accordo, la *lex auctoris*, ovvero quella in base alla quale è stato redatto e costituito l'atto, in spregio alla norma di conflitto applicabile al regime patrimoniale tra coniugi<sup>425</sup>. Tale sistema, in assenza di particolari e maggiori specificazioni, rischia di favorire il fenomeno del cosiddetto "*registration shopping*", in virtù del quale il luogo di autenticazione viene scelto sulla base degli effetti più ampi o più favorevoli attribuiti all'atto, rispetto a quanto previsto sulla scorta della norma di conflitto applicabile. Resta, comunque, pur sempre salva la possibilità, per lo Stato richiesto di riconoscimento, di far valere la manifesta contrarietà dell'atto e degli effetti che esso produce, al proprio ordine pubblico.

Senza ulteriormente soffermarsi sull'argomento, in attesa di conoscere il futuro orientamento del legislatore sul punto, si fa ancora presente che alle stesse condizioni illustrate con riferimento agli atti pubblici sono riconosciute e dichiarate esecutive le transazioni giudiziarie aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine.

---

<sup>424</sup> Anche questa previsione si pone in armonia rispetto a quanto previsto in materia successoria. Il Regolamento (UE) n. 650/2012, al considerando n. 61 prevede che "Gli atti pubblici dovrebbero avere in un altro Stato membro la stessa efficacia probatoria che hanno nello Stato membro d'origine, o gli effetti più comparabili. Nel determinare l'efficacia probatoria di un determinato atto pubblico in un altro Stato membro o gli effetti più comparabili è opportuno fare riferimento alla natura e alla portata degli effetti probatori dell'atto pubblico nello Stato membro d'origine. L'efficacia probatoria di un atto pubblico in un altro Stato membro sarà perciò determinata dalla legge dello Stato membro d'origine".

<sup>425</sup> Per una critica all'analogo sistema predisposto in materia di diritto internazionale privato delle successioni, cfr. la posizione assunta dall'Istituto Max Planck, in *RabelsZ*, n. 74, 2010, p. 669 ss.

## Capitolo IV:

### La Proposta di Regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate

#### 1. Introduzione

Le medesime ragioni che hanno spinto le Istituzioni europee verso l’emanazione di una normativa internazionalprivatistica uniforme in materia di regimi patrimoniali tra coniugi sottendono la Proposta di Regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, pubblicata dalla Commissione il 16 marzo 2011.

In particolare, per rispondere alle gravi difficoltà derivanti dalle disomogeneità normative tra legislazioni nazionali, ostative alla libera circolazione delle persone all’interno del territorio europeo, fin dal 1999<sup>426</sup> il Consiglio auspicava l’elaborazione di uno strumento uniforme di diritto internazionale privato in materia di “regimi patrimoniali tra coniugi e conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie non sposate” e ribadiva l’impegno assunto anche successivamente, nel Progetto di Programma relativo all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale del 2001<sup>427</sup> e nel Programma dell’Aja del 4 e 5 novembre del 2004. Su invito del Consiglio, la Commissione non tardava a presentare un libro verde, pubblicato il 17 luglio 2006, “sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco”<sup>428</sup>, con il quale coglieva l’occasione per sottoporre alla consultazione tra Stati membri diversi quesiti sull’opportunità di predisporre una disciplina internazionalprivatistica europea non solo in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, ma anche di unioni di

---

<sup>426</sup> Piano d’azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, adottato dal Consiglio Giustizia e affari interni del 3 dicembre 1998, in GUUE C 19 del 23 gennaio 1999.

<sup>427</sup> Nel Progetto di Programma, in Gazz. Uff. Com. Eur. N. C 12 del 15 gennaio 2001, il Consiglio afferma la necessità di completare il quadro del Regolamento Bruxelles II (Reg. (CE) n. 1347/2000) per tener conto che le coppie si formano sempre più al di fuori di qualsiasi vincolo matrimoniale. Pertanto statuisce che “occorre estendere il campo di applicazione del Regolamento Bruxelles II, eventualmente con uno strumento separato, in particolare alle decisioni che riguardano l’esercizio della potestà dei genitori sui figli delle coppie non sposate”.

<sup>428</sup> COM(2006) 400, consultabile al sito

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2006/com2006\\_0400it01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2006/com2006_0400it01.pdf)

fatto. Gli studi di settore condotti in materia a seguito delle iniziative istituzionali<sup>429</sup>, infatti, avevano permesso di constatare un aumento significativo delle unioni, a

---

<sup>429</sup> L'armonizzazione europea in materia di convivenze estranee al matrimonio è stata oggetto di numerosi studi di settore promossi dalla comunità internazionale. Già la Quinta Conferenza Europea sul diritto di famiglia" o "Fifth european Conference on family law", tenutasi all'Aja nel marzo 1999 su iniziativa del Consiglio d'Europa e con la collaborazione della Commissione internazionale dello stato civile prendeva in esame il problema delle nuove realtà familiari. (Sul punto cfr.: DUNCAN W., *Civil aspects of emerging forms of registered partnerships. Private international law issues*, The Hague, 15-16 marzo 1999; SARCEVIC P., *op. cit.*, p. 47). Successivamente, anche alla Conferenza dell'Aja del maggio 2000 viene auspicato che la questione delle unioni registrate e delle convivenze di fatto rimanga all'ordine del giorno della Conferenza stessa in modo da ricevere nel tempo più approfondite riflessioni; e che vengano allo stesso tempo costituiti gruppi di lavoro per indagare comparativamente sugli sviluppi dei diversi ordinamenti europei al fine di pervenire a strategie di approccio uniforme. Dal settembre 2001, è stata istituita con finalità meramente scientifiche la "Commission on European family law" (CEFL) cui è stato devoluto il primario compito di creare principi comuni di diritto europeo della famiglia, nell'ottica di raggiungere un'armonizzazione legislativa tale da influenzare il buon raggiungimento dell'integrazione europea. Inoltre, come più volte segnalato, su domanda della Commissione Europea (direzione generale giustizia e affari interni), è stato effettuato dall'ASSER (associazione momentanea tra università) in collaborazione con l'UCL, uno studio comparatistico specifico sui rapporti patrimoniali intercorrenti tra coppie sposate e non sposate che spazia dal diritto interno di ciascun Stato membro, alla situazione internazionalprivatistica e soprattutto alle prospettive di uniformazione: *L'étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé, effectué su domanda della Commissione Europea (Direction general Justice et Affaires intérieures Unité A3 Cooperation judiciaire en matière civile, offre n° Jai/A3/2001/03))* Consortium ASSER-UCL (association momentanée des Universités), consultabile al sito:

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/regimes/report\\_regimes\\_030703\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf)

Infine, è stato costituito un Gruppo europeo di diritto internazionale privato incaricato di presentare una bozza di Proposta alla Commissione Europea: QUATTORDICESIMA RIUNIONE DEL GRUPPO EUROPEO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO (TENERIFE, 17-19 SETTEMBRE 2004), in *Rivista del diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 555. Il testo è stato elaborato in seguito ad un vivace dibattito, sulla base di una bozza già proposta dal sottogruppo di lavoro presieduto dal Prof. K. Siehr, ma non ha condotto a risultati definitivi, per la mancanza di un accordo interno. Sembra, comunque, interessante riportare gli aspetti più significativi affrontati in tale sede. Nello specifico, dopo aver definito (all'art. 1) tale fattispecie come relazione registrata tra due soggetti di sesso diverso o dello stesso sesso - escludendo dal suo ambito di applicazione il matrimonio tra omosessuali - il documento prosegue ad indicare le soluzioni ai possibili problemi di validità e riconoscimento. Così, all'art. 2 viene sancito che un partenariat creato validamente in uno Stato membro, sarà ugualmente valido o riconosciuto in tutti gli altri Stati membri (a condizione che una delle parti del rapporto abbia almeno la residenza abituale in quello Stato al momento della registrazione) e che quello creato validamente in un Paese terzo sarà ugualmente ritenuto valido o riconosciuto in tutti gli Stati membri (a condizione che sia stato accettato come tale da uno Stato membro o che i partners abbiano la loro residenza abituale in uno Stato membro).

Ai sensi dell'articolo 3, poi, i partners beneficeranno in tutti i Paesi dell'Unione, dei diritti equivalenti a quelli derivanti dal "partenariat" in virtù della legge dello Stato dove questo è stato creato. Per quanto riguarda la dissoluzione della relazione registrata, l'art. 4 stabilisce che le decisioni giudiziarie emesse in merito all'interno di uno Stato membro, verranno riconosciute dagli altri in conformità al regolamento Bruxelles II-bis (Reg. 2201/2003). Quanto, infine, al più problematico aspetto

prescindere dalla forma, tra cittadini di Stati membri diversi o tra concittadini trasferitisi in uno Stato membro diverso da quello di origine, fenomeno in continua espansione grazie alla crescente mobilità delle persone in uno spazio senza frontiere interne<sup>430</sup>. Al riguardo, venivano in particolare evidenziate le difficoltà pratiche e giuridiche affrontate dalle coppie internazionali, tanto nella gestione quotidiana dei loro beni, quanto al momento della divisione del patrimonio in seguito alla separazione personale o alla morte di uno dei partner<sup>431</sup>.

---

dell'ordine pubblico, dopo aver dichiarato genericamente che la creazione, gli effetti, la dissoluzione di una *partnership* non sono riconosciuti se tale riconoscimento è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro, il progetto prosegue proponendo in merito all'operatività di tale limite due soluzioni differenti.

La prima, secondo cui uno Stato membro non può escludere l'applicazione del diritto di un altro Paese membro solo per il fatto che la legge di tale Paese permetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso o la *partnerships* tra omosessuali o eterosessuali (a meno che uno dei due soggetti abbia la residenza abituale sul suo territorio al momento della registrazione).

La seconda, in base alla quale uno Stato membro non può rifiutarsi di riconoscere la validità o gli effetti di una relazione matrimoniale o di una *partnership* o di tutte le altre forme di relazioni di coppia, per il solo motivo che il suo diritto non permette a soggetti dello stesso sesso di contrarre queste relazioni tra (a meno che uno dei due partners abbia la residenza abituale sul suo territorio al momento della registrazione).

<sup>430</sup> In dottrina: DUNCAN W., *Civil aspects of emerging forms of registered partnerships. Private international law issues*, The Hague, 15-16 marzo 1999; ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 390, BOELE WOELKI W., *Private international law aspects of registered partnerships and other forms of non-marital cohabitation in Europe*, in *Louisiana law review*, 2000, p. 1058; JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., *op. cit.*, p. 315 ss.; SARCEVIC P., *op. cit.*, p. 47; BOELE WOELKI K., *The principles of European family: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, Dicembre 2005, p. 160 ss.; CALÒ E., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2004, p. 532; AA. VV., *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, cross-border and European perspectives*, a cura di Boele-Woelki e Fuchs, 2012, TONOLO S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2007; CURRY-SUMNER I., *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe. A comparison of the laws of Belgium, France, The Netherlands, Switzerland and the United Kingdom*, Intersentia-Antwerp 2005; GOLDSTEIN G., *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, *Collected courses*, vol. 320, 2006, pp. 9-389; DEVERS A., *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004; GONZALEZ BEILFUSS C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo*, Marcial Pons, 2004; QUINONES ESCAMEZ A., *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2007, pp. 357-382.

<sup>431</sup> Sembra opportuno riportare l'introduzione al Libro Verde, nella quale la Commissione prendeva posizione sul punto: "Al fine di esaminare tutti gli aspetti patrimoniali del diritto di famiglia, il libro verde affronta le questioni dei regimi patrimoniali dei coniugi e degli effetti patrimoniali delle altre forme di unione esistenti. Le coppie non legate da vincoli matrimoniali sono infatti sempre più numerose in tutti gli Stati membri. Per tener conto di questa nuova realtà sociale, il programma di reciproco riconoscimento prevede che venga affrontato anche il problema delle conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie non sposate. Lo spazio di giustizia deve infatti rispondere ai bisogni concreti dei cittadini. La maggiore mobilità delle persone in uno spazio sprovvisto di frontiere interne si risolve, in particolare, in un aumento significativo di tutte le forme di unione tra cittadini di Stati membri diversi o nella presenza di queste coppie in uno Stato membro di cui non

Alla luce delle risposte pervenute dai singoli Paesi Membri all'esito delle consultazioni<sup>432</sup>, la Commissione accoglie il suggerimento di tenere distinta la materia dei regimi patrimoniali tra coniugi da quella dei rapporti patrimoniali delle unioni slegate dal matrimonio e, tra le diverse forme di unioni, sceglie di predisporre una disciplina europea limitata alle cosiddette partnerships registrate. Quanto al primo profilo, è stata ribadita con forza dalla maggior parte dei "Report" nazionali la differenza ontologica e strutturale esistente tra l'istituto del matrimonio e quello delle unioni non tradizionali, che si ripercuote inevitabilmente sulla diseguaglianza degli effetti giuridici che discendono dalle due tipologie di relazioni interpersonali e, conseguentemente, sull'opportunità di tenere distinte le rispettive discipline. Quanto al secondo aspetto, la scelta di campo della Commissione di limitare la Proposta alle sole unioni registrate risponde, da un lato, all'esigenza di tener conto della volontà della maggioranza degli Stati membri, espressa in tal senso; dall'altro, all'istanza di certezza giuridica che la registrazione dell'unione, anche non matrimoniale, consente di soddisfare.

Si legge, infatti, nella Relazione alla Proposta<sup>433</sup> che "proprio come i regimi patrimoniali tra coniugi, i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e con i terzi sono subordinati all'esistenza di un'unione registrata", ed ancora, che "gli aspetti patrimoniali delle unioni registrate dipendono dalla registrazione dell'unione – come il regime patrimoniale tra coniugi dipende dal matrimonio – e cessano con il suo scioglimento". Pertanto, l'applicabilità della disciplina viene subordinata ad un dato certo, la registrazione dell'unione davanti ad un'autorità pubblica, che consente ai partner di instaurare tra loro rapporti duraturi e giuridicamente riconosciuti.

In quest'ottica, molto più complessa sarebbe stata l'estensione del Regolamento ai rapporti patrimoniali delle cosiddette "non marital cohabitation" o unioni libere, in quanto integralmente slegate da formalità che ne garantiscono la stabilità, sul

---

sono cittadini, situazioni a cui spesso s'accompagna l'acquisizione di beni situati nel territorio di più Stati dell'Unione. Dallo studio preliminare ordinato dalla Commissione nel 2002 è emerso che più di 5 milioni di stranieri, cittadini di uno Stato membro, vivevano in un altro Stato membro e che gli stranieri non cittadini dell'Unione europea che vivevano nell'Unione erano quasi 14 milioni nel 2000. Stando allo studio, circa 2,5 milioni di immobili sono situati in Stati membri diversi da quello in cui risiedono i coniugi che ne sono proprietari. Lo studio d'impatto della Commissione relativo alla proposta di regolamento sulla legge applicabile e sulla competenza giurisdizionale in materia matrimoniale ha rivelato che ogni anno nell'Unione europea sono circa 170 000 i divorzi internazionali, ossia il 16% dei divorzi totali. Spesso al momento della ripartizione o della gestione del patrimonio di queste coppie sorgono difficoltà pratiche e giuridiche, dovute nella maggior parte dei casi alla grande diversità delle norme, sia sostanziali che di diritto internazionale privato, che disciplinano gli effetti patrimoniali del matrimonio e delle altre forme di unione negli Stati membri".

<sup>432</sup> In proposito, Commissione Europea, *Summary of Replies to the Green Paper on the conflict of laws in matters concerning Matrimonial Property Regimes, including the questions of jurisdiction and mutual recognition*, Brussels, 5 February, 2008, consultabile al sito:

[http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary\\_answers\\_com\\_2006\\_400\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf)

<sup>433</sup> La relazione costituisce parte integrante della Proposta di Regolamento da p. 2 a p. 10. Sul punto, si veda in particolare p. 4.

piano giuridico oltre che materiale. La convivenza di fatto resta di conseguenza esclusa dalla disciplina predisposta a livello europeo e lasciata alla competenza nazionale, con tutte le difficoltà che ne conseguono, soprattutto nei casi di transnazionalità<sup>434</sup>.

Seppur con le limitazioni appena menzionate, il contenuto della Proposta di Regolamento si rivela di straordinaria innovatività, poiché mira a istituire a livello europeo un *corpus* completo di norme di diritto internazionale privato applicabile a fattispecie che ancora non trovano riconoscimento di diritto all'interno della totalità degli Stati membri<sup>435</sup>. Tale elemento testimonia certamente l'urgenza con la quale viene percepita la necessità di pervenire a soluzioni uniformi nell'ottica dell'integrazione europea, per realizzare gli obiettivi della libera circolazione delle persone e della parità di attribuzione dei diritti; tuttavia, al contempo, a parere di chi scrive, svela un intento ulteriore sotteso all'azione delle Istituzioni, le quali sembrano promuovere, pur nei limiti della competenza attribuita loro dai Trattati, il riconoscimento giuridico delle nuove realtà familiari, favorendo la tutela giurisdizionale di coloro che si spostano entro i confini dell'Unione<sup>436</sup>.

## 2. Uno sguardo d'insieme alla Proposta di Regolamento

La Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti

---

<sup>434</sup> A questo proposito, al Considerando 9 la Proposta specifica che “Il modo in cui il diritto nazionale concepisce le forme di unione diverse dal matrimonio varia da uno Stato membro all'altro, e la distinzione si impone tra coppie la cui unione è istituzionalmente formalizzata mediante registrazione davanti a un'autorità pubblica e coppie che vivono in unione di fatto. Queste ultime, sebbene siano legalmente riconosciute in alcuni Stati membri, devono essere dissociate dalle unioni registrate, il cui formalismo permette di tenere conto della loro specificità e di definire in uno strumento dell'Unione le norme applicabili”.

<sup>435</sup> Attualmente, tra gli Stati membri non riconoscono le unioni registrate: Bulgaria, Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Malta, Polonia, Romania, Slovacchia

<sup>436</sup> Già da tempo, in effetti, pur mancando una competenza di diritto sostanziale dell'Unione in materia, le Istituzioni si sono espresse favorevolmente al riconoscimento delle unioni familiari diverse dal matrimonio. Basti pensare alla Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 (Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità, in Gazz. Uff. Com. Eur., n. C 61 del 28 febbraio 1994) nell'ambito della quale il Parlamento chiedeva alla Commissione di presentare una proposta di raccomandazione sulla parità dei diritti degli omosessuali volta, fra l'altro, a porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione di unioni. Un successivo invito agli Stati membri di introdurre nei propri ordinamenti nuove forme di convivenza differenti dal matrimonio tradizionale è poi, contenuto nella Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, del 16 marzo 2000 (doc. A5-0050/2000) nella quale il Parlamento “sollecita gli Stati membri che non vi abbiano già provveduto ad adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne”.

patrimoniali delle unioni registratesi sviluppa per alcuni aspetti in linea di continuità rispetto alla contemporanea Proposta in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, della quale riproduce le scelte; in relazioni ad altri, invece, se ne discosta visibilmente al fine di garantire soluzioni che tengano conto della peculiarità della materia e delle diversità esistenti con l'istituto del matrimonio.

Pertanto, semplici ragioni di opportunità impongono di escludere dal presente capitolo l'analisi delle questioni affrontate in relazione ai regimi patrimoniali tra coniugi, che si ritiene sufficiente richiamare di volta in volta, e di concentrarsi sugli aspetti dedicati specificamente alle unioni registrate. Tra questi, si segnalano fin d'ora: la necessità di pervenire ad una definizione univoca di unione registrata, che aiuti ad attenuare le difficoltà connesse alla qualificazione delle fattispecie, contribuendo a definire l'ambito applicativo *ratione materiae* del futuro regolamento; l'individuazione di titoli di competenza specifici, che assicurino l'incardinazione della giurisdizione anche nell'ipotesi in cui il giudice adito appartenga ad uno Stato membro che non conosce l'istituto delle unioni registrate; la previsione di un unico criterio di collegamento *ad hoc*, incentrato sul principio della *lex loci registrationis*; la totale esclusione dell'autonomia della volontà delle parti nella scelta di legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate; la raccomandazione, ribadita su diversi fronti, di un utilizzo parsimonioso del limite dell'ordine pubblico, che tenga conto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed in particolare dell'art. 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione.

### **3. Riflessioni sulla portata applicativa del futuro regolamento**

La scelta della Proposta di limitare la predisposizione di una disciplina unitaria agli effetti patrimoniali delle unioni registrate si ripercuote sotto vari profili sulla portata applicativa *ratione materiae* del futuro Regolamento. Innanzitutto, essa viene circoscritta espressamente ai soli aspetti economici dell'unione, definiti come l'insieme di norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e con i terzi, derivanti dal vincolo creato dalla registrazione dell'unione e riguardanti sia la gestione quotidiana dei beni, sia la loro divisione in seguito a separazione o morte di un partner<sup>437</sup>.

Restano, invece, espressamente esclusi gli effetti personali dell'unione registrata. La preoccupazione evidente di cui la Proposta si fa carico già in campo definitorio è

---

<sup>437</sup> Vengono esclusi dall'ambito applicativo del futuro regolamento, oltre agli effetti personali delle unioni, le obbligazioni alimentari, disciplinate dal più volte citato Regolamento (UE) n. 4/2009; gli aspetti relativi alla validità e agli effetti delle liberalità, disciplinati dal Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; i diritti successori del partner superstite, disciplinati dal Regolamento (UE) n. 650/2012; gli aspetti relativi alla natura e alla pubblicità dei diritti reali. Sulle ragioni che giustificano tali esclusioni, si rinvia al capitolo precedente.

quella di evitare che attraverso il Regolamento venga imposto agli Stati membri il riconoscimento dello *status* familiare discendente da un'unione registrata all'estero, sia essa equiparata o distinta rispetto al vincolo matrimoniale nel Paese di origine. Allo stesso scopo, viene chiarito che la nozione di unione registrata, contemplata espressamente dall'art. 2 della Proposta come "regime legale di comunione di vita tra due persone registrato da un'autorità pubblica", è definita ai fini esclusivi del regolamento, mentre il suo contenuto specifico resta disciplinato dal diritto interno degli Stati membri. La definizione, estremamente ampia, tende evidentemente a ricomprendere al proprio interno le diverse forme di unioni registrate conosciute nel contesto europeo, ed in particolare sia i cosiddetti "partenariati registrati", equiparati al matrimonio laddove previsti, sia i contratti di convivenza registrati ("contrats enregistrés" di modello francese), che disciplinano nello specifico i singoli aspetti della vita di coppia diversificandoli dal matrimonio.

Tuttavia, di fronte alla molteplicità di soluzioni adottate dagli Stati membri nella materia in esame, la scelta di un'unica definizione di ordine generale appare un poco semplicistica sotto diversi punti di vista. Da un lato, infatti, sembrerebbe più opportuna una indicazione maggiormente specifica delle situazioni ricomprese nell'ambito applicativo del futuro regolamento, per evitare problemi di qualificazione che non tarderebbero ad emergere a fronte di una disomogeneità normativa così marcata<sup>438</sup>. Dall'altro, sembra che il legislatore europeo sottovaluti grandemente il problema del mancato riconoscimento delle unioni registrate all'interno di alcuni Stati membri. In particolare, se è vero che la Proposta si limita a dettare la disciplina internazionalprivatistica degli effetti patrimoniali delle unioni registrate, non può trascurarsi che il giudice dello Stato membro chiamato a decidere, per esempio, sulle problematiche connesse allo scioglimento del patrimonio o alla titolarità di uno o più beni dei partner, non potrà fare a meno in via preliminare ed incidentale di pronunciarsi sulla valida esistenza dell'unione, o di riconoscere un provvedimento straniero che abbia deciso sul punto. Coticché, laddove la legislazione del foro non conosca l'istituto in esame nel diritto materiale, sembra assai difficile sostenere che l'applicazione del Regolamento potrebbe agevolare la soluzione del caso concreto, comunque esposta alla lacuna normativa. In altri termini, pare arduo che in un Paese nel quale non si sia ancora pervenuti a scelte legislative di settore, l'autorità giudiziaria sia disposta a riconoscere pacificamente, sulla base del Regolamento, gli effetti patrimoniali delle unioni registrate all'estero, per di più presumibilmente disciplinati da una legge straniera, senza opporre problemi derivanti dal mancato riconoscimento del legame sottostante secondo la legge del foro<sup>439</sup>.

---

<sup>438</sup> BUSCHBAUM M., SIMON U., *op. cit.*, p. 804. Nello stesso senso anche Consortium ASSER, *Etude sur les régimes matrimoniaux...*, cit., p. 220.

<sup>439</sup> Tale aspetto verrà più compiutamente trattato nella parte dedicata all'ordine pubblico (spec. Par. 6 del presente capitolo).



La problematica della non universalità dell'istituto sembra costituire, a parere di chi scrive, un ostacolo difficilmente superabile che si frappone alla stessa adozione del futuro Regolamento. Non può dimenticarsi, infatti, che la base giuridica del Trattato alla quale fa riferimento la Proposta è l'art. 81 par. 3 del TFUE, che conferisce al Consiglio la competenza per stabilire misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, previa consultazione con il Parlamento europeo, con deliberazione all'unanimità. Sembra, pertanto, quasi utopistico realizzare il raggiungimento dell'accordo dei 27 Stati Membri dell'Unione in una materia che al nostro tempo suscita accesi dibattiti politici e giuridici, difficilmente mitigabili in sede di approvazione del Regolamento.

Allo stato attuale, invece, potrebbe pronosticarsi l'instaurazione di una cooperazione rafforzata, procedura che, come più ampiamente rilevato nel primo capitolo, è già stata sperimentata in materia di legge applicabile al divorzio, al fine di superare la situazione di stallo venutasi a creare di fronte alle resistenze di alcuni Stati membri. Tale cooperazione, nel rispetto delle limitazioni che le sono proprie, renderebbe possibile un'armonizzazione della disciplina internazionalprivatistica per lo meno tra quei Paesi che si sono dotati di specifiche normative di settore, lasciando liberi gli altri di aderirvi in qualsiasi momento<sup>440</sup>.

Quale che sia lo scenario tratteggiato dalle future scelte legislative interne all'Unione, è comunque certo che la disciplina relativa all'armonizzazione del diritto internazionale privato degli effetti patrimoniali delle unioni registrate dovrà confrontarsi in ogni suo aspetto con la marcata eterogeneità che caratterizza i diritti nazionali in materia.

#### **4. La competenza giurisdizionale nella Proposta di Regolamento**

Analogamente a quanto previsto relativamente ai regimi patrimoniali tra coniugi, la Proposta sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate disciplina la competenza giurisdizionale rivolgendo particolare attenzione al coordinamento tra la materia cui è dedicata e gli altri settori del diritto ad essa attigui. Nello specifico, per favorire una buona amministrazione della giustizia e facilitare la divisione dei beni dei partner dell'unione registrata, viene evidenziata l'opportunità che a pronunciarsi sugli assetti patrimoniali correlati alla morte di un partner o allo scioglimento convenzionale dell'unione sia lo stesso giudice competente a decidere

---

<sup>440</sup> Sembra esprimere un'opinione maggiormente possibilista ROSSOLILLO G., *op cit.*, p. 391, la quale rileva che la diffusione di istituti inizialmente presenti solo in alcuni Stati membri a tutti i Paesi dell'Unione attraverso l'intervento delle Istituzioni non costituisce una novità. "Basti pensare alla direttiva n. 86/667 relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, che ha portato all'introduzioni in Italia delle società unipersonali, precedentemente sconosciute al nostro ordinamento e che anzi presentavano profili di incompatibilità con l'ordine pubblico".

rispettivamente sui diritti successori o sullo *status* personale. In tal senso dispongono gli articoli 3 e 4 della Proposta.

#### **4.1. L'articolo 3: competenza in caso di morte di un partner**

In forza dell'art. 3, par. 1: "le autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di una domanda riguardante la successione di un partner ai sensi del Regolamento (UE) n. 650/2012 sono altresì competenti a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali dell'unione registrata correlate alla domanda". Tuttavia, il par. 2 specifica che "l'autorità giurisdizionale può dichiararsi incompetente ove il suo diritto nazionale non contempra l'istituto dell'unione registrata. In tal caso, l'autorità giurisdizionale competente è determinata in conformità dell'articolo 5". L'intento prefisso dalla disposizione, di per sé apprezzabile, consiste evidentemente nell'arginare il pericolo che vengano negate in giudizio le pretese economiche vantate dal partner superstite sul patrimonio del compagno defunto, qualora la legge del foro non riconosca diritti successori in capo ai conviventi. Si avrà modo di osservare, infatti, che sulla base del successivo art. 5, in mancanza di diversi criteri, è competente l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale è stata registrata l'unione, che certamente contempla l'istituto.

Tuttavia, la norma pare in concreto inidonea a garantire il risultato perseguito. Sotto un primo profilo, se ne rinviene la scarsa utilità osservando che il giudice della successione può dichiarare la propria incompetenza solo con riferimento alla domanda patrimoniale - qualora essa sia correlata alla determinazione degli assetti ereditari - ma non in relazione alla domanda principale, sulla quale si pronuncia in forza del Regolamento (UE) n. 650/2012. L'autorità giudiziaria il cui diritto non conosce l'istituto delle unioni registrate resta, dunque, in ogni caso competente a decidere sullo statuto successorio cosicché, qualora si renda applicabile alla fattispecie concreta la legge interna o anche un'altra legge straniera che non riconosce le partnerships, si paventa il rischio che venga negata al convivente superstite la stessa qualità di erede, ancor prima che egli possa insistere sulle quote divisionali del patrimonio del *de cuius*.

Sotto diverso profilo, la stessa formulazione della norma lascia aperti alcuni interrogativi poiché ammette la facoltà, e non il dovere, del giudice di dichiarare la propria incompetenza, nel caso in cui il suo diritto nazionale non contempra l'istituto dell'unione. *In primis*, non è fornita alcuna indicazione circa la valutazione che l'autorità giudiziaria è chiamata a compiere al fine di decidere se declinare o affermare la propria giurisdizione. Si tratta evidentemente di un accertamento lasciato alla discrezionalità del giudice, ma si fa fatica a comprendere quali ragioni di opportunità potrebbero spingerlo a dismettere la propria competenza sulle questioni patrimoniali correlate ad una domanda successoria sulla quale egli abbia già deciso, nonostante il suo diritto non riconosca le partnerships registrate. Infatti,

anche qualora la competenza venisse trasferita ad un'altra autorità - poniamo pure nello Stato di registrazione dell'unione - questa si troverebbe vincolata alla decisione emessa sulla domanda principale dal giudice straniero, ove ne venga richiesto il riconoscimento.

Dal punto di vista processuale, inoltre, non è specificato se la dichiarazione di incompetenza vada effettuata d'ufficio o su istanza dell'interessato, ponendo in capo all'autorità giudiziaria un'ulteriore incertezza al momento della decisione sulla questione preliminare di competenza.

#### **4.2. L'articolo 4: competenza in caso di separazione dei partner**

In forza dell'art. 4<sup>441</sup> il futuro Regolamento permette di estendere la competenza delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di una domanda di scioglimento o di annullamento di un'unione registrata alle correlate questioni patrimoniali, se sussiste accordo tra i partner. Nel caso in cui tale accordo non sia raggiunto, la competenza è disciplinata dall'art. 5.

Anche in questo caso, non si può prescindere da alcune brevi riflessioni sulla determinazione della giurisdizione relativa alla domanda principale, vertente sullo scioglimento del rapporto di partnership, al fine di comprendere le difficoltà insite nel tentativo di coordinare il sistema normativo europeo. Innanzitutto, il mancato richiamo al Regolamento (CE) n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale si spiega in considerazione dell'inapplicabilità di tale atto alle coppie non sposate, limitatamente agli aspetti della separazione personale e del divorzio<sup>442</sup>. Tuttavia, si è già avuto modo di rilevare che all'interno degli ordinamenti che non disciplinano le unioni registrate è pur sempre probabile che queste vengano qualificate come matrimoni ai fini internazionalprivatistici, e ciò anche per la determinazione della giurisdizione. Pertanto, se la legge dello Stato membro di appartenenza del giudice adito contempla l'istituto delle partnership, è possibile (ma non scontato<sup>443</sup>) che la competenza giurisdizionale in materia di scioglimento dell'unione sia determinata sulla base di titoli predisposti *ad hoc*, presumibilmente fondati sulla *lex loci registrationis*; se, invece, la medesima legge

---

<sup>441</sup> L'art. 4 stabilisce che "le autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di una domanda di scioglimento o annullamento dell'unione registrata sono altresì competenti, se sussiste accordo dei partner, a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali correlate alla domanda. L'accordo può essere concluso in qualsiasi momento, anche nel corso del procedimento. Se è concluso prima del procedimento, deve essere formulato per iscritto, datato e firmato da entrambe le parti. In mancanza di accordo dei partner la competenza è determinata dall'articolo 5".

<sup>442</sup> La parte relativa alla responsabilità genitoriale, invece, è stata estesa dal Regolamento Bruxelles II bis, in riforma all'abrogato Regolamento (CE) n. 1347/2000, Bruxelles II, anche alle coppie non sposate dalle quali siano nati figli.

<sup>443</sup> SI ricordi, infatti, che non tutti gli ordinamenti che contemplano nel diritto interno le unioni registrate prevedono poi una specifica disciplina di diritto internazionale privato.

non disciplina l'istituto, al giudice adito non resta che verificare la propria competenza sulla base dei criteri disposti dal Regolamento (CE) Bruxelles II bis, attraverso una qualificazione analogica o funzionale della fattispecie. Ne discende l'elevato rischio che competente a decidere sulla domanda di separazione sia l'autorità giudiziaria di un Paese che non conosce le unioni registrate e che, di conseguenza, non predispone al riguardo specifiche norme di conflitto<sup>444</sup>. Una volta radicata la competenza di quel giudice, è dunque possibile che si renda applicabile il diritto di un Paese che non disciplina l'istituto, cosicché assolutamente non scontato appare l'esito sulla domanda di separazione dei partner o di annullamento dell'unione, che potrebbe in ipotesi anche essere rigettata<sup>445</sup>.

A fronte di tali difficoltà, non sembra che l'intesa tra i conviventi di estendere la competenza al giudice della separazione relativamente alle questioni patrimoniali che ne discendono possa fornire un contributo risolutivo. L'accordo, infatti, verrà verosimilmente raggiunto solo quando l'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi sullo *status* appartiene ad uno Stato membro che contempla nel proprio ordinamento l'unione registrata. In questo caso risulta soddisfatta la finalità sottesa alla norma di facilitare la buona amministrazione della giustizia, convogliando davanti ad un unico giudice competente domande imprescindibilmente connesse tra loro e al contempo evitando la duplicazione dei processi che potrebbe dar luogo a decisioni incompatibili.

D'altra parte, tuttavia, attese le evidenti carenze delle legislazioni nazionali nella materia delle unioni registrate, sotto il profilo sia sostanziale, sia internazionalprivatistico, è altrettanto probabile che risulti competente a decidere sullo statuto personale l'autorità giudiziaria di un Paese in cui le unioni registrate non trovano riconoscimento. In tale ipotesi pare assai difficile che i partner trovino un accordo per attribuire in suo favore la competenza in materia patrimoniale, ma anche ove ciò accadesse non sembra che l'elezione del foro in questo caso possa rispondere agli interessi sostanziali delle parti del rapporto oggetto di giudizio.

### **4.3. L'articolo 5: altre competenze**

Qualora la controversia sugli effetti patrimoniali di un'unione registrata non sia correlata ad una domanda successoria o di separazione personale, l'art. 5 predispone in successione tra loro più titoli di giurisdizione, che radicano la competenza del

---

<sup>444</sup> Al fine di evitare tale inconveniente si potrebbe pensare che l'autorità giurisdizionale adita dichiari l'inammissibilità della domanda, nei limiti in cui il vincolo di cui si chiede lo scioglimento non possa essere considerato esistente nell'ordinamento del foro. Sul punto, con riferimento al Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio, LOPES PEGNA O., *La proposta di cooperazione rafforzata...*, cit., p. 129. Ma tale soluzione non è comunque scontata.

<sup>445</sup> Si pensi al caso in cui la legge applicabile non conosce l'istituto delle partnership e il giudice si determini ad applicare le norme materiali dettate in materia di separazione e divorzio, che permettono lo scioglimento del vincolo coniugale solo per giustificato motivo, mancante nel caso di specie.

giudice di uno Stato membro ove insorga un contrasto di natura patrimoniale tra i partner nel corso della vita in comune, o allorché non sia stato possibile applicare gli articoli 3 e 4, per le motivazioni sopra evidenziate.

Analogamente a quanto previsto nella Proposta sui regimi patrimoniali tra coniugi e per le stesse ragioni che sono state rimarcate in quel contesto<sup>446</sup>, i titoli di giurisdizione sono disposti in ordine gerarchico tra loro. Tuttavia, rispetto all'altra, la Proposta in esame contempla criteri parzialmente diversi, ritenuti evidentemente più idonei in ragione della peculiarità della disciplina a garantire il legame di prossimità tra foro e fattispecie concreta. In particolare, sono competenti a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali di un'unione registrata le autorità giurisdizionali dello Stato membro: a) della residenza abituale comune dei partner o, in mancanza, b) dell'ultima residenza comune dei partner se uno dei due vi risiede ancora o, in mancanza, c) della residenza abituale del convenuto o, in mancanza, d) della registrazione dell'unione.

Ad eccezione di quest'ultimo titolo, le altre ipotesi contemplate dalla norma si fondano tutte sulla residenza abituale, mentre scompare (per riapparire in veste di competenza sussidiaria) la cittadinanza, comune o individuale, dei partner. Viene, così, potenziato l'intento di assicurare l'esistenza di un collegamento effettivo tra l'individuo e lo Stato del foro, che il criterio della residenza abituale, di natura flessibile e fattuale, è normalmente atto a soddisfare.

Tuttavia, si legge al paragrafo 2 dell'art. 5 della Proposta che le autorità giurisdizionali individuate sulla base del par. 1, lett. a), b) e c) possono dichiararsi incompetenti ove il loro diritto nazionale non contempli l'istituto dell'unione registrata. In questo caso – e così pure ove la residenza abituale non sia collocabile all'interno dell'Unione europea – trova applicazione il criterio della registrazione dell'unione, contemplato alla lettera d). Rinviando ad un momento successivo la disamina sul valore che la *lex loci registrationis* assume con riferimento alla fattispecie delle unioni registrate, sia in ambito giurisdizionale sia, soprattutto, nell'individuazione della legge applicabile, sembra qui sufficiente considerare che questo criterio è l'unico veramente in grado di garantire una tutela giurisdizionale effettiva ai partner che di tale tutela necessitano. Infatti, in ragione della marcata territorialità che caratterizza le unioni “legalizzate”, la competenza dell'autorità giurisdizionale del Paese membro in cui l'unione è stata registrata, da un lato, assicura che il giudice adito conosca la fattispecie concreta in virtù del proprio diritto interno; dall'altro, implica come necessaria conseguenza la coincidenza tra *forum* e *ius*<sup>447</sup>.

Resta, tuttavia, ancora una volta da comprendere quale tipo di valutazione l'autorità giudiziaria della residenza abituale, adita in forza delle lett. a), b) e c)

---

<sup>446</sup> Cfr. Cap. III, par. 5.2.

<sup>447</sup> Come si avrà modo di rilevare tra poco, infatti, l'art. 15 della Proposta sancisce come unico criterio di collegamento per la determinazione della legge applicabile quello del luogo di registrazione dell'unione.

dell'articolo 5, debba effettuare per decidere se dismettere o meno la propria competenza. In particolare, attesa la natura facoltativa del potere del giudice, ci si chiede se sia sufficiente che il suo diritto non contempli l'istituto dell'unione registrata *tout court*, ovvero se debba accertarsi che dall'applicazione di una legge straniera (individuata sulla base del Regolamento) potrebbero determinarsi effetti giuridici non riconoscibili all'interno dell'ordinamento del foro, ad esempio in quanto contrari all'ordine pubblico. Può domandarsi, inoltre, se tale verifica vada compiuta d'ufficio dal giudice, o se al contrario debba conseguire ad un'istanza delle parti e, in quest'ultima ipotesi, se sia necessaria un'istanza congiunta, o viceversa sufficiente la richiesta di un solo interessato.

#### **4.4. L'articolo 6: competenza sussidiaria**

La Proposta di Regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, seguendo il modello adottato dalla Proposta in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, appronta un sistema di competenza giurisdizionale completo, destinato a sostituirsi integralmente ai diritti nazionali allorché la fattispecie concreta rientri nel suo campo di applicazione materiale. Per questo, da un lato, non sono previsti limiti *ratione personae* all'operatività del Regolamento<sup>448</sup>; dall'altro, i criteri di competenza sussidiaria e necessaria sono disciplinati rispettivamente dagli articoli 6 e 7 in modo compiuto, non residuando in capo ai singoli Stati membri la possibilità di definire autonomamente la competenza dei rispettivi poteri giurisdizionali. Mentre la norma dedicata al *forum necessitatis* riproduce integralmente le soluzioni adottate in materia di regimi matrimoniali<sup>449</sup>, in relazione alla competenza sussidiaria il legislatore europeo intraprende scelte parzialmente diverse. In particolare, all'articolo 6 predispone correttivi *ad hoc*, tenendo conto della peculiarità della fattispecie delle unioni registrate, e sancisce che: “se nessuna autorità giurisdizionale è competente ai sensi degli articoli 3, 4 e 5 o se l'autorità giurisdizionale si è dichiarata incompetente, sono competenti le autorità giurisdizionali di uno Stato membro nella misura in cui: a) uno o più beni di uno o di entrambi i partner sono situati nel suo territorio, nel qual caso l'autorità

---

<sup>448</sup> La Proposta, cioè, non richiede la sussistenza di alcun collegamento di natura personale, che sia il domicilio o la cittadinanza, di almeno uno dei soggetti del rapporto giuridico controverso con uno Stato membro dell'Unione europea. È, per esempio, sufficiente che l'unione tra due individui - cittadini di uno Stato terzo e residenti sempre in uno Stato terzo - sia stata registrata all'interno di uno Stato membro affinché si applichi il Regolamento.

<sup>449</sup> Secondo l'art. 7, infatti, qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, o l'autorità giurisdizionale si sia dichiarata incompetente, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono, in via eccezionale e purché la causa presenti un collegamento sufficiente con quello Stato membro, conoscere di una controversia in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo.

giurisdizionale si pronuncerà solo su quel bene o su quei beni, o b) entrambi i partner hanno la cittadinanza di quello Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, li hanno il loro *domicile* comune”.

Alla luce del dettato normativo si ritiene che la norma di competenza sussidiaria può trovare applicazione, ad esempio, quando: (i) la domanda successoria, di cui all'articolo 3, non è stata incardinata di fronte all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro; (ii) oppure, ove si renda applicabile l'articolo 5 - se non è stato raggiunto l'accordo tra partner previsto dall'art. 4, o se la questione patrimoniale non è correlata alla domanda di separazione - il giudice individuato sulla base dei criteri legati al fattore della residenza abituale, si è dichiarato incompetente e l'unione è stata registrata in un Paese terzo; (iii) o ancora, con riferimento all'articolo 5, la residenza abituale dei partner (o in mancanza del convenuto) si colloca in uno Stato terzo e l'unione è stata registrata al di fuori del territorio europeo. In tali ipotesi residua la competenza dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro se ivi si trovino collocati uno o più beni dei partner, o se entrambi i partner siano cittadini di quello Stato.

Da un lato, analogamente a quanto previsto in materia di regimi matrimoniali, la competenza del giudice fondata sulla *lex rei sitae* è limitata alle problematiche connesse esclusivamente ai beni che si trovano sul territorio nazionale, per cui il principio di unitarietà della legge applicabile al patrimonio dei partner<sup>450</sup> cede di fronte alla necessità di radicare la competenza giurisdizionale all'interno dell'Unione europea. Ciò non toglie, tuttavia, che anche con riferimento a singoli beni potrebbero insorgere difficoltà nel momento in cui la legge dello Stato membro di situazione della *res* non riconosca l'istituto delle partnership: l'autorità giurisdizionale potrebbe, infatti, essere chiamata a decidere su questioni patrimoniali- quali la titolarità, comune o individuale, del cespite o l'attribuzione del potere dispositivo ad uno o ad entrambi i partner – che presuppongono l'esistenza di un rapporto familiare sottostante. In questi casi, siccome in base all'art. 6 non è ammessa la facoltà per il giudice di dichiararsi incompetente, aumenta il rischio del mancato riconoscimento dei diritti patrimoniali spettanti ai partner.

D'altro lato, la norma sulla competenza sussidiaria recupera il criterio della cittadinanza, qui rilevante solo se comune ai partner, in omaggio a quella logica tipica del diritto internazionale privato più tradizionale per cui l'appartenenza dell'individuo alla nazionalità dello Stato costituisce un nesso significativo di collegamento ai fini della determinazione della giurisdizione. Anche in questo caso, non vengono tenute in considerazione le peculiarità della materia in esame e si attribuisce in *extrema ratio* la competenza al giudice dello Stato di cittadinanza di

---

<sup>450</sup> Il principio dell'unitarietà della legge applicabile, già accolto nell'ambito della Proposta in materia di regimi patrimoniali tra coniugi comporta che la legge individuata sulla base della norma di conflitto di applichi a tutti i beni dei partner, cosicché il patrimonio di questi ultimi, considerato come un tutt'uno resta giuridicamente disciplinato da una sola legge. Ne conseguono effetti positivi sia per i partner, sia per i terzi che con essi intrattengono rapporti giuridici. Sul punto cfr. Cap. III, par. 6.1.

entrambi i partner privandolo della facoltà di dichiararsi incompetente qualora il diritto del foro non contenga l'istituto delle unioni registrate. Prevale, pertanto, l'esigenza di radicare la competenza giurisdizionale all'interno del territorio dell'Unione Europea<sup>451</sup>.

---

<sup>451</sup> Quanto agli ulteriori aspetti relativi alla competenza giurisdizionale si ritiene sufficiente un richiamo alle considerazioni già svolte nel capitolo III con riguardo ai regimi patrimoniali tra coniugi. Le soluzioni adottate dalla Proposta di regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, infatti, riproducono integralmente le scelte adottate in quel settore. Si riporta di seguito il testo della Proposta. Articolo 8 Domanda riconvenzionale: L'autorità giurisdizionale adita ai sensi degli articoli 3, 4, 5, 6 o 7, dinanzi alla quale il procedimento è pendente, è altresì competente a esaminare la domanda riconvenzionale in quanto essa rientri nell'ambito di applicazione del presente regolamento. Articolo 9 Adizione di un'autorità giurisdizionale: L'autorità giurisdizionale si considera adita: a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, a condizione che il ricorrente non abbia in seguito omissis di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse notificato o comunicato al convenuto, o b) qualora l'atto debba essere notificato o comunicato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data della sua ricezione da parte dell'autorità incaricata della notificazione o comunicazione, a condizione che il ricorrente non abbia in seguito omissis di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale. Articolo 10 Verifica della competenza: L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro investita di una controversia in materia di aspetti patrimoniali delle unioni registrate per la quale non è competente in base al presente regolamento dichiara d'ufficio la propria incompetenza. Articolo 11 Verifica della ricevibilità: 1. Se il convenuto che ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato membro in cui è stata proposta l'azione non compare, l'autorità giurisdizionale competente sospende il procedimento finché non sia accertato che il convenuto è stato messo nelle condizioni di ricevere la domanda giudiziale o atto equivalente in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese o che sono stati effettuati tutti gli adempimenti in tal senso. 2. In luogo delle disposizioni del paragrafo 1 si applica l'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione negli Stati membri di atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale[23], qualora sia stato necessario trasmettere da uno Stato membro a un altro la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale regolamento. 3. Ove non siano applicabili le disposizioni del regolamento (CE) n. 1393/2007, si applica l'articolo 15 della convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, qualora sia stato necessario trasmettere all'estero la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale convenzione. Articolo 12 Litispendenza:1. Qualora davanti ad autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza.2. Nei casi di cui al paragrafo 1, l'autorità giurisdizionale adita per prima accerta la propria competenza entro sei mesi, salvo impossibilità dovuta a circostanze eccezionali. Su istanza di qualunque altra autorità giurisdizionale investita della controversia, l'autorità giurisdizionale adita per prima comunica all'altra autorità giurisdizionale la data in cui è stata adita e se ha accertato la competenza o quando prevede di farlo. 3. Ove sia accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita per prima, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore della prima. Articolo 13 Connessione:1. Ove più cause connesse siano pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può sospendere il procedimento. 2. Se tali cause sono pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali di primo grado, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può parimenti dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che



## **5. La legge applicabile nella Proposta di Regolamento**

Il capo III della Proposta è dedicato alla legge applicabile.

In linea di continuità rispetto a quanto già previsto in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, all'articolo 16 si afferma il carattere universale della norma di conflitto, la quale si applica anche nel caso in cui rimandi alla legge di uno Stato terzo, e all'articolo 15 trova accoglimento il principio dell'unitarietà della legge applicabile, destinata a regolamentare giuridicamente l'insieme dei beni dei partner di un'unione registrata, complessivamente intesi. Le analogie di sistema, tuttavia, si arrestano a queste prime considerazioni di principio, poiché le strade che la Commissione ha intrapreso all'interno delle due Proposte per disciplinare il conflitto di leggi si rivelano molto distanti tra loro.

In particolare, con riferimento alla materia delle unioni registrate, la disciplina dei criteri di collegamento pone peculiari e delicati problemi, del tutto trascurabili in campo matrimoniale. Infatti, la non universalità della fattispecie delle unioni registrate, nonché le disomogeneità di disciplina riscontrate all'interno dei diritti nazionali rendono necessaria l'indagine sull'adeguatezza di un sistema di conflitto bilaterale di stampo tradizionale. Inoltre, esse impongono di tenere conto della marcata territorialità che contraddistingue le fattispecie in esame, per definire un criterio di collegamento capace di assicurare tutela giuridica ai soggetti del rapporto.

### **5.1. L'inadeguatezza della tradizionale bilateralità della norma di conflitto**

Quanto alla prima problematica evidenziata si osserva che i regolamenti di diritto internazionale privato di fonte europea hanno accolto in larga misura il metodo cosiddetto bilaterale della norma di conflitto, già consolidato tradizionalmente dagli ordinamenti internazionalprivatistici degli Stati membri. Questo si incentra sulla predisposizione di criteri di collegamento oggettivi - quali principalmente la residenza abituale, la cittadinanza, il collegamento più stretto, utilizzati anche in materia di regimi patrimoniali tra coniugi -, che garantiscono l'uguaglianza di applicazione o, volendo, la pari dignità della *lex fori* e del diritto straniero. Tuttavia,

---

l'autorità giurisdizionale adita per prima sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.<sup>3</sup> Ai sensi del presente articolo sono connesse le cause aventi tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare soluzioni tra loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente. Articolo 14 Provvedimenti provvisori e cautelari: I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti alle autorità giurisdizionali di tale Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

occorre osservare che, se tale sistema risulta particolarmente adatto con riferimento ad istituti universali, come per l'appunto il matrimonio, i quali trovano sicuro corrispondente pressoché in ogni ordinamento la cui legge sia di volta in volta applicabile, al contrario esso non si rivela altrettanto efficace di fronte a fattispecie quali le *partnerships* registrate, che sono sconosciute o regolate in maniera del tutto eterogenea nell'ambito delle legislazioni nazionali<sup>452</sup>. L'incongruità delle norme di conflitto bilaterali utilizzate per individuare la legge applicabile al matrimonio o ai rapporti che ne discendono si palesa in materia di unioni registrate poiché l'operatività del criterio oggettivo comporta il rinvio indistinto, come ad una legge che disciplina tali istituti, così nei confronti di una legge che non prevede alcuna regolamentazione di settore a livello materiale.

Nel primo caso, risulta tutt'altro che agevole rendere applicabile ad una convivenza registrata secondo una determinata legge (poniamo ad esempio seguendo il modello del *pacs* francese) le norme di diritto materiale di un altro Stato che disciplinano l'istituto in modo totalmente differente (ad esempio una *partnership* registrata danese)<sup>453</sup>.

Nella seconda ipotesi, ancor peggio, il richiamo ad un ordinamento che non prevede gli istituti delle *partnerships* registrate conduce ad un'alternativa obbligata che manifesta l'inadeguatezza del sistema bilaterale tradizionale. In mancanza di norme materiali *ad hoc*, sono due le soluzioni in astratto possibili: o l'esclusione di qualsiasi effetto all'unione registrata all'estero, che sia tra persone dello stesso sesso o di sesso differente<sup>454</sup>; o l'applicazione delle norme materiali in materia di matrimonio. Ma, ancora, quest'ultima opzione, da un lato, si rivelerebbe verosimilmente inappropriata a garantire adeguata tutela giurisdizionale alle unioni omosessuali nell'ambito di quei Paesi, come ad esempio l'Italia, che frappongono ostacoli di ordine pubblico al riconoscimento di tali unioni; dall'altro, comporterebbe l'inaccettabile inconveniente di sottoporre le unioni registrate all'attribuzione di effetti maggiori e più penetranti di quelli che sono destinate a produrre nell'ordinamento in cui è avvenuta la registrazione<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup>Sull'inadeguatezza del sistema bilaterale dettato per il matrimonio vedi ad esempio: BARATTA R., *op. cit.*, p. 47.

<sup>453</sup> Un accenno a questo problema con riguardo al *pacs* francese e alla *pareja* formatasi in Aragona è presente in CALÒ E., *op. cit.*, p. 1062. Inoltre, sul punto v. FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 905.

<sup>454</sup> Di questa opinione, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, è CALÒ E., *op. cit.*, p. 1069. Secondo tale autore, dunque, rimarrebbe priva di effetto l'unione registrata tra due soggetti eterosessuali che siano cittadini italiani a causa dell'insormontabile ostacolo costituito dall'art. 29 che dispone l'applicabilità della legge nazionale comune dei coniugi. Al contrario sarebbe valida la stipula di *partnerships* registrate tra cittadini italiani e cittadini stranieri di sesso differente quando ai sensi degli artt. 29 e 30 della l. 218/95 sia applicabile una legge diversa da quella italiana che consenta tale *partnership* (sarebbe il caso, ad esempio, di una italiana legata ad un francese la cui vita di coppia sia prevalentemente localizzata in Francia).

<sup>455</sup> Nello specifico, applicare le norme materiali in materia matrimoniale alle unioni di fatto significherebbe: andare contro la volontà degli stessi partners che per qualsiasi ragione abbiano deciso di non sposarsi; snaturare l'essenza stessa di tali forme di unioni che il più delle volte sono

## 5.2. Il confronto con la prospettiva unilateralistica della norma di conflitto

Non a caso, le difficoltà riscontrate nell'utilizzo del tradizionale metodo di conflitto bilaterale hanno indotto alcuni Stati membri dotati di norme internazionalprivatistiche specifiche in materia di unioni registrate a seguire una prospettiva unilateralistica<sup>456</sup>. Attraverso questa impostazione il legislatore si limita a circoscrivere nella norma di conflitto la sola sfera di applicazione del diritto interno<sup>457</sup>, nell'intento di evitare quanto più possibile il rinvio al diritto straniero che potrebbe non conoscere o regolamentare in modo diverso l'istituto dell'unione registrata<sup>458</sup>. Un esempio può aiutare a chiarire meglio il concetto: nell'ordinamento olandese, per scongiurare il rischio che l'autorità giudiziaria applichi all'unione registrata in Olanda una legge straniera, tutte le *partnerships* registrate sul territorio dello Stato vengono sottoposte integralmente al diritto nazionale<sup>459</sup>.

---

state disciplinate dai legislatori nazionali proprio con lo scopo o di evitare ad alcune categorie l'estensione al matrimonio o di fornire comunque tutela a chi un tale vincolo volesse evitare; applicare alle *partnerships* registrate secondo la legge di un determinato Stato effetti giuridici assolutamente non voluti o comunque contrari alla sua legge. Per fare un esempio che dimostri l'incongruità di una tale soluzione può essere sufficiente richiamare la disciplina della dissoluzione o dello scioglimento delle unioni non tradizionali.

Come si è più volte avuto modo di notare, nonostante i vari tipi di famiglia di fatto esaminati presentino profonde differenze di regolamentazione nelle diverse legislazioni da cui sono prese in considerazione, esse sono comunque tutte caratterizzate e accomunate da una notevole semplificazione del momento dissolutivo (e anche costitutivo) essendo quasi sempre sufficiente alla cessazione del rapporto in caso di unione libera la manifestazione di una o di entrambe le parti di porre fine alla convivenza e, in caso di unione registrata, la facoltà di recesso unilaterale associato all'onere della notificazione al partner. Cfr. FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 905; ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 386.

<sup>456</sup> Storicamente, le norme unilaterali sono state introdotte in particolare da una dottrina tedesca del secolo scorso per contrastare le norme di conflitto cosiddette complete introdotte da Savigny. Queste ultime, in particolare, venivano considerate un'indebita ingerenza nella sovranità statale in quanto determinavano anche quando il diritto di un altro Stato andasse applicato. Vedi su questi aspetti: T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2002, p. 57.

Nonostante tale metodo di conflitto non sia stato sistematicamente accolto da nessun moderno sistema di diritto internazionale privato, esso assume rilevante importanza nel nostro ambito di ricerca essendo utilizzato in gran parte degli ordinamenti relativamente alle unioni familiari non tradizionali.

<sup>457</sup> Cfr. sul punto VITTA E. e MOSCONI F., *op. cit.*, p. 57.

<sup>458</sup> Sulla prospettiva unilateralistica degli ordinamenti stranieri in materia di unioni di fatto vedi: JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., *op. cit.*, p. 300; BARATTA R., *op. cit.*, p. 46.

<sup>459</sup> Così, in particolare, se la *partnership* è stata registrata in Olanda, si applica il diritto olandese per regolare aspetti di grande rilevanza, quali la capacità di ciascuno dei partners di entrare a far parte di unioni registrate, la disciplina dei rapporti personali, quella dei rapporti patrimoniali in mancanza di scelta delle parti e la dissoluzione delle *partnerships*.

Un atteggiamento simile, seppur con minore evidenza, è stato seguito anche dai Paesi Scandinavi che, nel disporre limiti soggettivi alla registrazione quali la residenza abituale sul territorio dello Stato,

Rispetto a tale prospettiva, però, viene lasciata irrisolta l'eventualità che il giudice si trovi di fronte ad una fattispecie concreta che non rientra tra quelle cosiddette interne, dovendo pertanto identificare la legge straniera ad essa applicabile. A questo riguardo sembra interessante dar conto di un orientamento dottrinale, sorto in Francia<sup>460</sup> ed approdato anche in Italia<sup>461</sup>, secondo il quale la natura unilateralistica del sistema non si misura solo rispetto al metodo usato per determinare l'applicazione della legge del foro, ma proprio e soprattutto in relazione al procedimento secondo cui viene individuato il diritto straniero da applicare alle fattispecie che non sono sottoposte al diritto interno. Per compiere questa operazione, in particolare, sono percorribili due sentieri differenti. Il primo consiste nell'applicare alla fattispecie oggetto del giudizio il diritto straniero secondo il punto di vista dell'ordinamento straniero stesso. In questo caso la soluzione è in perfetta coerenza con l'impostazione unilateralista in quanto, senza che intervenga la prospettiva dell'ordinamento del foro, il diritto straniero si rende applicabile per sua stessa volontà<sup>462</sup>. Il secondo consiste, invece, nell'utilizzare per analogia il criterio che determina l'applicazione della *lex fori* anche per individuare il diritto straniero applicabile. In questo modo ci si allontana dall'unilateralismo puro, per bilateralizzare la norma di conflitto attraverso la determinazione di criteri che rendono applicabile non solo la propria legge, ma anche quelle straniere<sup>463</sup>.

Seguono, in generale, quest'ultimo orientamento gli ordinamenti che hanno predisposto norme di conflitto in materia di *partnerships* e, tra questi ancora una volta quello olandese, che utilizza il criterio della *lex loci registrationis* per individuare il diritto applicabile alle unioni registrate all'estero, "bilateralizzando" in

---

hanno inteso aumentare l'inserimento della fattispecie nell'ordinamento del foro in modo che proporzionalmente diminuisse la probabilità che giudici di altri Stati dovessero occuparsi delle controversie in merito, con il rischio di valutazioni giuridiche differenti.

<sup>460</sup> P. GOTHOT, *La renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé*, in *Revue critique de droit int. Priv.*, 1971, p. 1 ss.

<sup>461</sup> G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 372.

<sup>462</sup> P. GOTHOT, *op. cit.*, p. 3. A parere di tale Autore esiste un criterio chiamato "*volonté d'application de la loi étrangère*", che si colloca in prospettiva del tutto autonoma rispetto a quello utilizzato dalla legge del foro in quanto è la legge straniera stessa a delimitare il suo stesso ambito di applicazione. Solo un sistema impostato secondo tale schema merita il nome di *système unilateraliste*.

Lo stesso Autore (*op. cit.*, p. 29) si occupa anche di risolvere i problemi connessi ai conflitti negativi e positivi di competenza propri dell'impostazione unilateralista. Può accadere cioè che, siccome è la legge straniera stessa a rendersi applicabile in base ai propri criteri, nessun ordinamento straniero o più di uno di questi si consideri competente. Nelle ipotesi di conflitto negativo la dottrina unilateralista tende ad applicare la *lex fori*; nel caso di conflitto positivo, invece, utilizza i criteri di effettività e del rispetto dell'aspettativa delle parti.

<sup>463</sup> P. GOTHOT, *op. cit.*, p. 2. L'Autore usa come esempio il vecchio sistema codicistico tedesco, secondo il quale il criterio utilizzato per determinare l'ambito di applicazione della *lex fori*, assurgeva a criterio generale che permetteva anche di individuare all'occorrenza la legge straniera applicabile.

un certo senso la regola in base alla quale tutte le *partnerships* registrate in Olanda sono sottoposte al diritto interno<sup>464</sup>.

Del resto, la stessa scelta è adottata anche da quegli ordinamenti che nel predisporre la disciplina internazionalprivatistica delle unioni registrate non hanno rinunciato a conservare la propria impronta bilateralistica, adattandola alla fattispecie concreta. Per fare un esempio, la legislazione tedesca<sup>465</sup>, da un lato, non ha posto alcun limite di carattere soggettivo alla registrazione dell'unione, dall'altro, ha utilizzato un medesimo criterio di collegamento, quello della *lex loci registrationis*, per determinare la legge applicabile a tutte le *partnerships*, siano esse registrate in Germania o all'estero<sup>466</sup>.

### 5.3. Un nuovo approccio bilaterale: la *lex loci registrationis*

Pur non essendo possibile (né per vero auspicabile) che uno strumento di origine europea - per sua natura atto ad armonizzare la disciplina internazionalprivatistica in un determinato settore - faccia proprio un orientamento di stampo unilaterale, di radice necessariamente nazionale, la Proposta di Regolamento recepisce le preoccupazioni evidenziate dalle legislazioni statali ed accoglie il criterio di collegamento della *lex loci registrationis*, detto anche della *lex libri*, senza eccezioni. L'articolo 15, infatti, sancisce che la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata è quella dello Stato "in cui l'unione è stata registrata", non residuando margine alcuno per ulteriori e diversi fattori.

Viene così approntato un sistema di conflitto pur sempre bilaterale che, però, si allontana dal modello tradizionale previsto ad esempio in materia di regimi

---

<sup>464</sup> ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 372.

<sup>465</sup> In particolare, l'art. 17b) dell'EGBGB, come già analizzato in precedenza, sottopone alla legge del luogo di registrazione gli aspetti più rilevanti dell'unione, cioè la costituzione, gli effetti personali e patrimoniali e lo scioglimento. Gli aspetti di diritto internazionale privato sono stati così regolati: Convivenza registrata 1. La creazione, gli effetti generali e patrimoniali nonché lo scioglimento di una convivenza registrata sono soggetti alle disposizioni materiali dello Stato che tiene il registro. Le conseguenze della convivenza in materia alimentare e successoria sono regolate dalla legge applicabile in virtù delle disposizioni generali. Ove risulti che la convivenza non dia luogo in diritto ad alcun credito alimentare né ad alcun diritto successorio, la prima frase si applicherà in questa misura per analogia. 2. L'articolo 10 § 2 si applica per analogia, se gli effetti della convivenza sono regolati dal diritto di un altro Stato, il § 8-1 della legge sulla convivenza si applica ai beni mobili che si trovino in Germania e il §2 della stessa legge insieme al § 1357 del codice civile si applicano agli atti giuridici fatti in Germania nella misura in cui tali disposizioni siano più favorevoli ai terzi di buona fede di quanto lo sia il diritto straniero. 3. Se vi siano fra le stesse persone convivenze registrate in Paesi diversi, la convivenza creata per ultimo è determinante, a contare dalla data della sua creazione, per gli effetti e le conseguenze menzionate al §1. 4. Gli effetti di una convivenza registrata all'estero non possono superare quelli previsti dalle disposizioni del codice civile e della legge sulle convivenze.

<sup>466</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 304.

patrimoniali tra coniugi, per lasciare spazio all'unico criterio di collegamento che pare in concreto idoneo a garantire la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni perseguite a livello europeo, ed in pari tempo una più adeguata tutela giuridica ai partner il cui rapporto sia caratterizzato da elementi di internazionalità<sup>467</sup>.

Una tale impostazione, che dispone per le *partnerships* registrate un criterio di collegamento autonomo e non corrispondente a quelli classici, come la residenza abituale o la cittadinanza, appare sicuramente appropriata per diversi ordini di ragioni<sup>468</sup>.

Innanzitutto, la *lex loci registrationis* sembra rispettosa degli interessi privati dei partner, in quanto asseconda la presunzione per cui, formalizzando la loro unione secondo una determinata legge, i conviventi abbiano voluto che sia la stessa legge a disciplinare le conseguenze patrimoniali della registrazione<sup>469</sup>. Inoltre, solo con l'applicazione del criterio di collegamento indicato paiono superabili le problematiche connesse sia alla non universalità delle unioni non tradizionali, sia alla territorialità che le caratterizza<sup>470</sup>.

Ed in effetti, sotto il primo profilo, la sottoposizione degli aspetti economici delle *partnerships* alla legge del luogo di registrazione presenta il notevole vantaggio di evitare che si applichi alla fattispecie concreta una legge che non conosce a livello materiale l'istituto delle unioni registrate; in relazione al secondo, poi, l'applicazione

---

<sup>467</sup> Sull'utilizzo del principio di *lex loci registrationis* nei principali sistemi internazionalprivatistici europei in materia di unioni registrate: WAUTELET P., *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe Divided we stand?* in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, a cura di Boele Woelky e Fuchs, Intersentia, 2012, consultabile al sito <http://ssrn.com/abstract=2037721> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2037721>.

<sup>468</sup> Sull'inadeguatezza dei criteri di collegamento classici previsti per il matrimonio e sulla correttezza del criterio della legge del luogo di registrazione, v. FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 907. L'autore, in realtà, opera una distinzione tra legge di registrazione e legge del luogo in cui è sorta l'unione ritenendo più corretta la seconda. Nonostante, infatti, queste due leggi risultino essere coincidenti nella stragrande maggioranza dei casi, la legge del luogo di registrazione appare essere meno adeguata in quanto: non sempre avviene una registrazione; le registrazioni possono avere forma e natura differenti nei diversi Paesi; infine, le registrazioni non hanno sempre la stessa funzione ed in particolare non sempre coincidono con il momento costitutivo del rapporto (come ad esempio in Francia).

Dell'opinione che la legge di registrazione sia la più corretta è anche GRAHAM-SIEGENTHALER, *Principles of marriage recognition applied to same sex marriage. Recognition in Switzerland and Europe*, in *Creighton Law Review*, 1998, p. 121 ss.

<sup>469</sup> Vale la pena ricordare a questo riguardo che la volontà delle parti assume grande rilevanza in materia di unioni registrate e soprattutto per quelle registrate secondo il modello dell'Europa meridionale le quali intendono offrire solo una sorta di "cornice di protezione" che i soggetti possono integrare secondo l'autonomia loro concessa, in ragione dei propri interessi.

Vedi sul punto H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 909.

<sup>470</sup> G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 388.

della *lex libri* assicura che i rapporti patrimoniali producano anche all'estero gli stessi effetti giuridici che avrebbero nel sistema di origine<sup>471</sup>.

Tuttavia, anche la soluzione prospettata potrebbe presentare alcuni limiti dei quali è necessario dare conto: in particolare, tra la *lex fori* e la legge ritenuta applicabile in base al criterio della *lex loci registrationis* potrebbero intercorrere differenze sostanziali, tali da richiedere l'adattamento della legge straniera di registrazione al sistema giuridico locale<sup>472</sup>, in virtù di un operare ampio delle norme di applicazione necessaria o di ordine pubblico del foro<sup>473</sup>. A questo riguardo, pare necessario rammentare che, sulla base dei titoli di giurisdizione predisposti dalla Proposta di Regolamento, solo le autorità giudiziarie il cui diritto non contempla le unioni registrate possono arrivare a dichiarare la propria incompetenza, mentre tale potere è precluso ai giudici degli Stati membri le cui leggi comunque disciplinino l'istituto, pur se in modo assai diverso rispetto al Paese di origine<sup>474</sup>. Inoltre, la dichiarazione di incompetenza resta una facoltà, e non un dovere, per cui ben potrebbe accadere che anche il giudice appartenente ad uno Stato nel quale manca una legislazione materiale delle unioni registrate affermi la propria competenza a decidere sulle questioni patrimoniali correlate.

Infine, la *lex loci registrationis* sacrifica almeno in parte quell'esigenza di "effettività" che il legislatore europeo ricerca nella norma di conflitto, in modo da rendere applicabile la legge che risulta in concreto più prossima alla fattispecie concreta. È noto, infatti, che proprio le lacune normative tuttora persistenti in materia di unioni registrate all'interno di alcuni Stati membri inducono sempre più coppie (soprattutto omosessuali) a muoversi verso un Paese straniero che consenta loro di legalizzare l'unione. In tali casi i partner, magari concittadini e residenti nello stesso Stato, instaurano un legame del tutto temporaneo con lo Stato estero, ai soli fini della registrazione, per poi rientrare nel Paese di origine nel quale fissano la propria residenza abituale e i propri affari. Gli effetti della vita in comune sono, pertanto, destinati a prodursi in uno Stato diverso da quello che in concreto ne

---

<sup>471</sup> In generale sul principio *locus regit actum* cfr. BARNICH L., *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, 2001, spec. p. 141 ss.

<sup>472</sup> Quasi tutte le legislazioni che prevedono le unioni registrate rivolgono una particolare attenzione ai problemi che potrebbero derivare dalla non universalità dell'istituto delle unioni non tradizionali disponendo in particolare quali effetti possono di volta in volta produrre le unioni registrate all'estero. Alcuni ordinamenti stabiliscono che gli effetti di un'unione registrata all'estero non possono mai essere maggiori di quelli previsti dalle norme interne (cfr. ad es. art. 17 lett. b comma 4 dell'EGBGB tedesco), altri, come quello Olandese, specificano per ogni aspetto giuridico quali effetti l'unione registrata all'estero possa produrre. Per una più ampia lettura di diritto comparato sul punto: WAUTELET P., *op. cit.*, p. 30.

<sup>473</sup> FULCHIRON H., *op. cit.*, p. 911. Potrebbe ad esempio essere considerato contrario all'ordine pubblico, in quanto in frode alla legge nazionale, il solo fatto di essersi appositamente recati all'estero per creare una situazione che non potrebbe costituirsi nell'ordinamento del foro, con il solo scopo di raggiungere effetti di per sé del tutto preclusi da questo ordinamento.

<sup>474</sup> A tacer d'altro, la differenza maggiore potrebbe rinvenirsi nell'ammissione o nella preclusione alla registrazione per le coppie omosessuali.

determina la disciplina giuridica, con un inevitabile allontanamento tra fattispecie e diritto.

#### **5.4. L'esclusione dell'autonomia delle parti**

L'esigenza di effettività poteva essere senz'altro recuperata attribuendo un certo margine di spazio alla volontà delle parti nella designazione della legge applicabile, essendo questo un criterio per sua stessa natura adattabile alla mutevolezza della situazione concreta, ma la Proposta sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate sceglie drasticamente di escludere qualsiasi rilievo all'autonomia privata.

Tale omissione è criticabile sotto diversi punti di vista. In linea di principio può affermarsi che essa crea una disparità di trattamento tra coniugi da un lato, e partner dall'altro, che obiettivamente non trova ragion d'essere<sup>475</sup>. Non si comprende, infatti, il motivo di precludere ai conviventi, che abbiano registrato la propria unione all'interno di un determinato Stato, la scelta di applicare ai loro rapporti patrimoniali la legge di uno Stato diverso - che disciplini comunque le partnerships - con il quale essi presentano un nesso di prossimità più stretto, poiché ad esempio vi abbiano trasferito la stabile residenza ed ivi acquistino e dispongano di beni comuni. È pur vero che i partner potrebbero incorrere nel rischio di rendere convenzionalmente applicabile ai rapporti patrimoniali una legge che non contempla l'istituto delle unioni registrate vuoi nel loro insieme, vuoi con riferimento alle sole coppie omosessuali<sup>476</sup>. Ma tale pericolo potrebbe essere scongiurato, da un lato, richiedendo l'osservanza di specifici requisiti formali che garantiscano la piena consapevolezza

---

<sup>475</sup> Tale è pure l'opinione della L'Agenzia europea dei diritti fondamentali che il 31 maggio 2012 ha divulgato un'opinione (n. 1/2012 propertyregimes\_en) sulla proposta della Commissione. Per l'Agenzia europea, il cui parere è stato richiesto dal Presidente del Parlamento Ue il 25 aprile, la proposta non appare in linea con le norme della Carta con particolare riguardo al principio di uguaglianza dinanzi alla legge (articolo 20) e al divieto di ogni forma di discriminazione (articolo 21) prima di tutto perché, mentre nella proposta di regolamento sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi è consentita agli sposi la scelta della legge da applicare (articolo 16), nel caso del regolamento sulle unioni registrate non c'è spazio per l'autonomia delle parti nell'individuazione della legge che disciplinerà il regime patrimoniale. Una preclusione che limita, per le coppie delle unioni registrate, la possibilità di scegliere liberamente come regolare alcuni aspetti della propria vita privata e familiare. Senza dimenticare – osserva l'Agenzia – che l'esclusione nell'esercizio della scelta di legge rivolgendosi proprio ai partner di unioni registrate che interessano, di frequente, coppie dello stesso sesso comporta una discriminazione in base all'orientamento sessuale vietata dall'articolo 21 della Carta.

<sup>476</sup> Sui problemi che la scelta di legge operata da conviventi o coniugi omosessuali produce con riferimento al Regolamento Roma III, (UE) n. 1259/2010 v. CARPANETO L., QUEIROLO I., *Considerazioni critiche...*, cit. p. 73.



della scelta (così come peraltro avviene in materia matrimoniale<sup>477</sup>), dall'altro attraverso la predisposizione di una clausola di salvezza espressa che renda applicabile in via residuale la legge dello Stato di registrazione dell'unione<sup>478</sup>.

La soluzione della Proposta di escludere l'autonomia delle parti per conferire esclusiva rilevanza al criterio della *lex loci registrationis*, pur senza spingersi fino ad accogliere l'orientamento cosiddetto territorialista<sup>479</sup>, che tenderebbe ad escludere l'operatività *ad nutum* della norma di conflitto, di modo che la convivenza registrata esaurisca i suoi effetti esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento nel quale si è formata, si rivela comunque fin troppo prudente e non appare condivisibile.

## 6. L'ordine pubblico

Come avviene in tutti gli altri Regolamenti di diritto internazionale privato di origine europea, anche la Proposta sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate non rinuncia ad inserire al proprio interno l'eccezione di ordine pubblico, che limita l'applicazione della legge straniera quando i suoi effetti sono manifestamente

---

<sup>477</sup> Si ricorda, infatti, che l'articolo 19 della Proposta di Regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi richiede l'adempimento di modalità formali per la scelta della legge applicabile. In particolare: "1. La scelta della legge applicabile è effettuata nella forma prescritta per il contratto di matrimonio dalla legge applicabile dello Stato scelto ovvero dalla legge dello Stato in cui è redatto l'atto. 2. Nonostante il paragrafo 1, la scelta è come minimo espressa e formulata per iscritto, datata e firmata da entrambi i coniugi. 3. Se la scelta dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale comune al momento della scelta di cui al paragrafo 1 prevede requisiti di forma supplementari per il contratto di matrimonio, si applicano tali requisiti". Analogamente, la Proposta di regolamento in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate potrebbe richiedere il rispetto dei medesimi requisiti di forma previsti per la registrazione dell'unione e, in mancanza, garantire un minimum formale nella redazione scritta della scelta, datata e firmata da entrambi i partner.

<sup>478</sup> Così BUSCHBAUM M., SIMON U., op. cit., p. 807. A loro volta, gli autori riportano l'opinione di MARTINY D., *Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften*, in *IPRax*, 2011, p. 437, 456

<sup>479</sup> Sull'estensione della proposta territorialista alle unioni diverse dal matrimonio ROSSOLILLO G., op. cit., p. 378. La prospettiva non si presenterebbe nuova al diritto internazionale privato, essendo già stata elaborata in relazione alla disciplina internazionalprivatistica dei beni immateriali. Anche in quel caso, infatti, il principio della territorialità è stato invocato in ragione della constatazione che i beni immateriali, tra cui principalmente il diritto d'autore, ricevono protezione assolutamente differente in tutti gli ordinamenti. In particolare, venuta in rilievo l'inidoneità del criterio di collegamento utilizzato (quello del luogo di godimento del diritto) e delle conseguenti applicazioni di norme straniere del tutto diverse da quelle locali, si giunge alla conclusione che la territorialità caratterizzante la legislazione sui beni immateriali costituisca la negazione di ogni prospettiva internazionalprivatistica. Così, ogni qualvolta in uno Stato si ponga il problema della protezione del diritto d'autore, la legge applicabile resta quella locale senza spazi per un richiamo alle norme straniere. Sul punto, BADIALI G., *Diritto d'autore e conflitto di leggi*, p. 12; LUZZATTO R., *Art. 54*, in Pocar e altri, cit., p. 258 ss.; ID., *Problemi internazionalprivatistici del diritto d'autore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 276 ss.

incompatibili con i principi fondamentali dello Stato del foro. Non è questa la sede per una disamina generale sui caratteri e sull'operatività dell'ordine pubblico<sup>480</sup>, ma pare, ancora una volta, che la non universalità e la forte territorialità delle unioni registrate impongano un attento esame sui problemi di compatibilità e di riconoscimento che tali nuove tipologie familiari sono in grado di far insorgere in un Paese diverso da quello di registrazione.

Il sistema approntato dalla Proposta ammette, infatti, che dal punto di vista giurisdizionale sia competente a pronunciarsi sugli effetti patrimoniali di una partnership anche il giudice di uno Stato diverso da quello del luogo di registrazione dell'unione, ma sotto il profilo della norma di conflitto, impone a quel giudice di applicare necessariamente la legge dello Stato nel quale l'unione è stata legalizzata. Pertanto, l'ordinamento del foro, da un lato, potrebbe non conoscere del tutto l'istituto cui si riferisce la fattispecie concreta regolata dalla legge straniera, dall'altro, potrebbe contemplarla, ma disciplinandone le condizioni di ammissione e gli effetti in modo completamente diverso.

In entrambe le ipotesi, l'eccezione dell'ordine pubblico assume un ruolo fondamentale per impedire che dall'applicazione della legge straniera discendano effetti contrari ai valori primari del foro, che verranno presumibilmente invocati quando l'unione di cui si tratta coinvolga soggetti dello stesso sesso. Proprio il carattere omosessuale dell'unione costituisce, infatti, uno dei fattori di maggior ostacolo al riconoscimento dei rapporti familiari di nuova generazione e a tutt'oggi divide fortemente gli ordinamenti nazionali in merito alle scelte politiche e giuridiche da intraprendere.

Riguardo a tale aspetto, sono almeno due le questioni sulle quali vale la pena soffermarsi: da un lato, l'attualità del limite dell'ordine pubblico e la possibilità di invocarne l'operatività all'interno del contesto europeo in un momento storico caratterizzato da un'integrazione non solo di norme, ma anche di principi; dall'altro, l'utilità dello stesso limite per negare effetti di natura patrimoniale, i soli contemplati dalla normativa europea *in fieri*, ad una convivenza registrata disciplinata secondo la legge di un Paese straniero.

## **6.1. Il limite dell'ordine pubblico e le unioni registrate omosessuali**

In relazione al primo profilo, è possibile riflettere muovendo dal considerando 21 della Proposta di Regolamento, in forza del quale “alle autorità giurisdizionali non

---

<sup>480</sup> BADIALI G., *Ordine pubblico (dir. int. priv. proc.)*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1990; BADIALI G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1961; BARILE G., *Encicl. Diritto*, XXX, 1980; VITTA E., *Diritto internazionale privato*, Torino, 1972; BOSCHIERO N., *Art. 16*, in *Riforma del diritto internazionale privato italiano*, cit., in *NLCC*, p. 1046 ss.; CARBONE S.M., IVALDI P., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000.

dovrà essere consentito di applicare le norme di applicazione necessaria né di avvalersi dell'eccezione dell'ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro [...] qualora l'applicazione dell'eccezione dell'ordine pubblico violi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare l'art. 21 che vieta qualsiasi tipo di discriminazione". La disposizione è altamente significativa, poiché preclude espressamente la possibilità di invocare il limite dell'ordine pubblico se dalla sua applicazione discende un contrasto con i principi fondamentali dell'Unione europea. Tra questi, viene menzionato *in primis* il principio di non discriminazione - il cui primo precipitato consiste nella non discriminazione fondata sul sesso - il quale, però, va subito integrato con gli articoli 7 e 9 della Carta, che sanciscono rispettivamente il rispetto alla vita privata e familiare e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Tali principi, letti in combinato disposto tra loro, producono conseguenze immediate e di grande rilievo sotto il profilo del riconoscimento delle unioni registrate omosessuali, soprattutto alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>481</sup>. In particolare, con la decisione *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>482</sup>, la Corte di Strasburgo ha

---

<sup>481</sup> Occorre rammentare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea va interpretata sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, come espressamente previsto dall'art. 52 par. 3 della Carta stessa.

<sup>482</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, sentenza del 24 giugno 2010, consultabile al sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Il caso prende le mosse dal ricorso di due cittadini austriaci omosessuali, la cui richiesta di matrimonio è stata respinta dalle autorità nazionali perché l'art. 44 del codice civile austriaco del 1812 riserva espressamente il matrimonio a persone di sesso opposto. La Corte costituzionale austriaca, chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità di questo articolo, ha statuito che né ai sensi delle norme costituzionali in tema di uguaglianza, né ai sensi degli artt. 8 e 12 della CEDU, esso poteva ritenersi incostituzionale, data la radicata e, allo stato, incontrovertibile strutturazione eterosessuale del vincolo matrimoniale, non contraddetta in alcun modo dai parametri costituzionali invocati. I ricorrenti si rivolgono, pertanto, alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, ed insistendo per l'accoglimento del loro ricorso anche dopo che in Austria, nel gennaio 2010, è entrata in vigore la legge sulle unioni registrate (*Eingetragene Partnerschafts-Gesetz*), che attribuisce alle coppie omosessuali (e solo ad esse, non essendo queste unioni accessibili agli eterosessuali) uno status in larga parte affine al matrimonio. La Corte europea ritiene che nel caso di specie non sussista una violazione dei principi della Convenzione. Da un lato, quanto al diritto di due soggetti del medesimo sesso di contrarre matrimonio, la Corte ribadisce che il matrimonio costituisce un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale che differisce da una comunità all'altra. Per tali ragioni, la scelta dell'adozione di un regime giuridico che consenta il matrimonio alle coppie omosessuali rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore interno. Dall'altro, la Corte afferma che l'ordinamento austriaco fornisce adeguata tutela alle unioni tra omosessuali, poiché prevede un istituto *ad hoc* che ne parifica in larga parte gli effetti al matrimonio. In rottura con quanto statuito nelle precedenti pronunce, infatti, viene stabilito che sugli Stati membri grava l'obbligo di tutelare ugualmente le nuove tipologie di nuclei familiari, senza che possa essere imposta alcuna discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, e ciò in quanto la relazione sentimentale e sessuale tra due individui dello stesso sesso rientra a pieno titolo nel concetto di vita familiare, così come evolutosi nella giurisprudenza e nella legislazione dei paesi membri. Invero, sarebbe del tutto contraddittorio ritenere che nel concetto di vita familiare possano rientrare le coppie eterosessuali,

avuto modo di pronunciarsi sugli istituti del matrimonio tra omosessuali e delle unioni registrate tra soggetti dello stesso sesso, arrivando per la prima volta a riconoscere il carattere familiare di queste ultime. Se da un lato, non viene considerata una violazione dell'articolo 12 della Convenzione la mancata estensione da parte di uno Stato membro dell'accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso; dall'altro, il concetto di "vita familiare", il cui rispetto è garantito dall'articolo 8 della Convenzione, viene esteso fino a ricomprendere le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso. Da tale premessa la Corte arriva ad ammettere la violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 (sul divieto di discriminazioni)<sup>483</sup> da parte dello Stato membro che non garantisce tutela giuridica e riconoscimento adeguato delle coppie omosessuali all'interno del suo ordinamento.

Dai principi giurisprudenziali sopra enunciati si potrebbe ricavare - o almeno così pare a chi scrive - che l'applicazione dell'ordine pubblico, invocata dall'autorità giudiziaria di fronte ad un'unione registrata all'estero tra due soggetti del medesimo sesso (in ragione del mancato riconoscimento di tale tipologia di relazione familiare all'interno dell'ordinamento del foro), si porrebbe in contrasto con i principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che richiedono agli ordinamenti nazionali di assicurare adeguata tutela alle nuove realtà familiari<sup>484</sup>. Pertanto, l'integrazione giuridica tra Stati membri, di recente estesa anche ai principi fondamentali grazie all'attribuzione del valore normativo alla Carta dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea, determinerebbe una spinta decisiva in favore del riconoscimento di diritto delle unioni familiari diverse dal matrimonio e degli effetti giuridici che ne discendono.

---

conviventi more uxorio (Elsholz c. Germania, Keegan c. Irlanda), e non le coppie omosessuali. La Corte, in tal modo, svincola il concetto di vita familiare alla condizione della coppia regolarmente sposata, per ricondurvi altri modelli di famiglia de facto. Sui riflessi della decisione della Corte nell'ordinamento italiano: GATTUSO M., "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Famiglia e diritto*, fasc. 7, 2012, p. 678 ss.; RESCIGNO P., *Il matrimonio same-sex al giudizio di tre corti*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, fasc. 7, p. 861 ss.; MELI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *NGCC*, fasc. 7, 2012, p. 451 ss.; SCHUSTER A., *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato e europeo*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 257 ss..

<sup>483</sup> Gli articoli 8, 12 e 14 della Convenzione trovano corrispondenza rispettivamente negli articoli 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali che, pertanto, vanno interpretati sulla base dei primi (i quali predispongono secondo il sistema convenzionale il minimum di tutela garantito)

<sup>484</sup> In questo senso sembra argomentare anche la più recente giurisprudenza di legittimità italiana, Cass. n. 4184 del 2012 (già citata) che, rispondendo al quesito se l'omosessualità possa costituire un comportamento contrario all'ordine pubblico italiano ha risposto in senso negativo, considerato che "altrimenti si determinerebbero effetti palesemente discriminatori in base all'orientamento sessuale, e disposizioni comunitarie ed interne vietano esplicitamente discriminazioni fondate su tale orientamento".

Si ritiene, inoltre, che la considerazione dell'unione registrata come fattispecie a sé stante, pur sempre di natura familiare, ma al contempo slegata dal matrimonio e dalla sua disciplina, contribuisce ad escludere il rischio di una sua astratta contrarietà all'ordine pubblico. Fino ad ora, infatti, il limite è stato invocato allorché, in mancanza di norme materiali a livello interno, si è reso necessario qualificare l'unione come matrimonio, dal punto di vista internazionalprivatistico o sostanziale, imponendosi la necessaria verifica della compatibilità tra i due istituti. Ma nel momento in cui una normativa *ad hoc*, quale il futuro Regolamento in esame, contempla l'unione registrata come fattispecie indipendente dal vincolo coniugale, pare proporzionalmente ridursi il pericolo che essa – quantomeno per quel che concerne i rapporti patrimoniali dei conviventi- si riveli in contrasto con quel principio fondamentale, ancora radicato nella maggior parte degli ordinamenti, che richiede la differenza di sesso tra coloro che decidano di contrarre matrimonio.

In tal senso, l'armonizzazione operata a livello europeo nella materia delle unioni registrate potrebbe rivelarsi propedeutica ad un più ampio riconoscimento degli effetti derivanti dalle relazioni familiari, attualmente compromesso soprattutto negli ordinamenti che non contemplano l'istituto, anche a causa della necessaria qualificazione matrimoniale della fattispecie concreta.

## **6.2. L'invocabilità dell'ordine pubblico per negare gli effetti patrimoniali dell'unione**

Un utilizzo parsimonioso del limite dell'ordine pubblico è richiesto, inoltre, dall'art. 18 par. 2 della Proposta che precisa che “l'applicazione di una legge designata dal presente Regolamento non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro per il solo motivo che la legge del foro non contempla l'istituto delle unioni registrate”.

Da tale disposizione, letta insieme alle norme sulla competenza giurisdizionale, si ricava che il giudice adito, il quale non si sia dichiarato incompetente in forza degli artt. 3, par. 2, o 5, par 2, non potrà poi invocare il limite dell'ordine pubblico per disconoscere gli effetti che l'unione produce in forza della legge straniera applicata, per la sola ragione che il suo diritto non contempla l'unione.

Si tratta di una specificazione importante, tendente a restringere ulteriormente la portata dell'ordine pubblico, ma poco utile dal punto di vista concreto. Si ritiene, infatti, che il limite dell'ordine pubblico non operi tanto ove l'autorità giurisdizionale decida sulla domanda principale di natura patrimoniale, di per sé neutra rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento (salve rare eccezioni), quanto piuttosto qualora sia chiamato a pronunciarsi in via preliminare sulla sussistenza del rapporto familiare sottostante, che costituisce il presupposto per il riconoscimento degli effetti giuridici derivanti dall'unione. Per ciò che concerne la questione preliminare, infatti, il giudice sarà costretto ad applicare le proprie norme di conflitto nazionali, con il rischio di dover ancora una volta qualificare la

fattispecie come matrimonio, con le conseguenze che ne discendono in tema di riconoscimento degli effetti del rapporto.

### **6.2.1. La questione preliminare sull'esistenza dell'unione e l'ordine pubblico**

La decisione in merito alla questione preliminare sull'esistenza o sulla validità dell'unione registrata rischia, pertanto, di definire la controversia senza che il giudice neppure possa valutare il merito della domanda principale, sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata. Invero, una soluzione al problema potrebbe trovarsi nella cosiddetta "soluzione congiunta della questione preliminare", che tuttavia richiederebbe una precisazione da parte del legislatore europeo per sortire effetti realmente vantaggiosi<sup>485</sup>.

In particolare è noto che nel diritto internazionale privato le questioni preliminari possono essere affrontate sulla base di due diverse soluzioni, una cosiddetta disgiunta, e l'altra congiunta. In base alla prima, la questione pregiudiziale viene considerata autonoma dal punto di vista internazionalprivatistico rispetto alla domanda principale, sicché è sottoposta alla legge che la norma di conflitto del foro individua specificamente per essa<sup>486</sup>. Nello specifico, la problematica relativa all'esistenza e alla validità dell'unione registrata, in mancanza di norme *ad hoc* nell'ordinamento del foro, verrebbe qualificata verosimilmente come matrimonio e sottoposta ai relativi criteri di collegamento, con il rischio di giungere all'applicazione di una legge che considera l'unione stessa non valida o non riconoscibile.

Al contrario, tramite l'applicazione della cosiddetta "soluzione congiunta delle questioni preliminari"<sup>487</sup>, verrebbe risolto il problema derivante dall'inesistenza nel foro di norme di conflitto relative alle nuove unioni e dal conseguente utilizzo delle norme di conflitto previste in materia di matrimonio. Tale metodo consiste, infatti, nel valutare la questione preliminare dal punto di vista dell'ordinamento richiamato per la risoluzione della questione principale, ponendosi cioè nella prospettiva non della *lex fori*, bensì della *lex causae*.

---

<sup>485</sup> ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 393; BONINI BARALDI M., *op. cit.*, p. 227.

<sup>486</sup> Sulla base di tale primo orientamento, per esempio, nell'ipotesi di una causa successoria intentata davanti al giudice italiano da parte di un cittadino greco residente in Olanda al fine di ottenere una quota dei beni ereditari del *de cuius*, cittadino svedese a lui legato da una registered partnership di diritto olandese, il giudice italiano dovrebbe negare ogni diritto successorio al soggetto in questione, essendo quest'ultimo, in base alla legge greca, privo di capacità matrimoniale e dunque incapace di registrare una partnership con una persona del suo stesso sesso.

<sup>487</sup> Sulla soluzione congiunta delle questioni preliminari si veda PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, p. 111 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2000, p. 211 ss.

Considerando che in virtù della Proposta di Regolamento la *lex causae* coincide necessariamente con la legge del luogo di registrazione, una tale soluzione consentirebbe di attribuire rilievo alle valutazioni effettuate dall'ordinamento che disciplina materialmente l'unione, rispettando il carattere territoriale delle legislazioni in materia di unioni non matrimoniali<sup>488</sup>. Si ritiene, pertanto, che sarebbe grandemente utile ampliare la portata del criterio di collegamento di cui all'art. 15 della Proposta, estendendolo espressamente alla determinazione della legge applicabile alla questione preliminare sull'esistenza dell'unione registrata, purché la decisione sul punto mantenga un valore esclusivamente incidentale, limitato alla risoluzione della questione principale relativa agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

## **7. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere nella Proposta di Regolamento**

Il riconoscimento delle decisioni straniere viene disciplinato nella Proposta di Regolamento sulla scorta dei principi che sono ormai consolidati in ambito europeo, grazie alla fervente attività normativa cui ha dato seguito la cooperazione giudiziaria in materia civile. All'articolo 21 viene affermato il principio del riconoscimento automatico della decisione - senza che siano necessari procedimenti particolari per il suo ottenimento - il quale trova fondamento nella reciproca fiducia derivante dall'integrazione degli Stati membri nell'Unione europea. Parimenti, all'articolo 22 vengono enucleati i motivi di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione, secondo il modello predisposto nell'ambito del Regolamento (CE) n. 44/2001 (oggi Regolamento (UE) n. 1215/2012) e ricalcato dai successivi strumenti internazionalprivatistici europei, ivi compresa la Proposta dedicata ai rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> Di seguito si riporta il testo della Proposta. Per le ulteriori considerazioni in materia di riconoscimento delle decisioni si rinvia a quanto detto nel capitolo precedente. Articolo 21 Riconoscimento delle decisioni 1. Le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che siano necessari ulteriori procedimenti. 2. In caso di contestazione, ogni parte interessata che chieda il riconoscimento in via principale di una decisione può far accertare, secondo il procedimento di cui agli articoli [da 38 a 56] del regolamento (CE) n. 44/2001, che la decisione deve essere riconosciuta. 3. Se il riconoscimento è richiesto in via incidentale davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, tale autorità giurisdizionale è competente al riguardo.

Articolo 22 Motivi di diniego del riconoscimento di una decisione: Le decisioni non sono riconosciute:

a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) se la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione; c) se sono in

Anche nell'ambito del riconoscimento delle decisioni, tuttavia, le caratteristiche peculiari della materia delle unioni registrate hanno indotto la Commissione ad inserire una disposizione specifica, l'art. 24, prevedendo nel caso di "disparità tra leggi applicabili" che "non possono essere negati il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione riguardante, in tutto o in parte, gli effetti patrimoniali di un'unione registrata per il solo motivo che la legge dello Stato membro richiesto non contempla l'istituto dell'unione registrata o non gli attribuisce gli stessi effetti patrimoniali". Si ritiene che tale indicazione vada accolta con favore, specie ove limita la portata applicativa dell'ordine pubblico, inteso nell'accezione di limite al riconoscimento delle decisioni straniere. Essendo i motivi di diniego di cui all'art. 22 della Proposta sanciti tassativamente, l'autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento in caso di contestazione, verosimilmente potrebbe fare leva sulla contrarietà della decisione all'ordine pubblico del foro, nel caso in cui il suo ordinamento non preveda le unioni registrate o attribuisca loro effetti patrimoniali diversi da quelli accertati dal giudice straniero. Attraverso l'articolo 24, invece, tale scenario viene escluso a priori, riducendo la discrezionalità dell'autorità nel privare di effetti la decisione straniera. Si ricorda, tuttavia, che più di uno Stato membro, dotato di norme internazionalprivatistiche *ad hoc*, si è preoccupato di stabilire che le unioni registrate all'estero non possono produrre nell'ordinamento interno maggiori o diversi effetti di quelli che sarebbero loro attribuiti in forza della legge nazionale. E ciò vale, ovviamente, anche quando gli effetti derivino dal riconoscimento di una decisione emessa in un altro Paese. Occorrerà, pertanto, attendere la futura emanazione del Regolamento europeo per comprendere come l'articolo 24 verrà interpretato in quegli ordinamenti, ed in particolare per verificare se la norma comporterà un'abrogazione implicita della disciplina interna citata (si intende, con riferimento ai soli effetti patrimoniali), o al contrario se quest'ultima sarà ritenuta prevalente, magari in considerazione di una sua applicazione necessaria.

---

contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; d) se sono in contrasto con una decisione emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, allorché tale decisione presenta le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto. Articolo 23 Divieto di riesame della competenza dell'autorità giurisdizionale d'origine: 1. Non si può procedere al riesame della competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro d'origine. 2. Il criterio dell'ordine pubblico di cui all'articolo 18 non si applica alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 8. Articolo 24 Disparità tra le leggi applicabili: Non possono essere negati il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione riguardante, in tutto o in parte, gli effetti patrimoniali di un'unione registrata per il solo motivo che la legge dello Stato membro richiesto non contempla l'istituto dell'unione registrata o non gli attribuisce gli stessi effetti patrimoniali. Articolo 25 Divieto di riesame del merito: In nessun caso la decisione straniera può formare oggetto di un riesame del merito. Articolo 26 Sospensione del procedimento: L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dinanzi alla quale è chiesto il riconoscimento di una decisione emessa in un altro Stato membro può sospendere il procedimento se la decisione è stata impugnata con un mezzo ordinario.



Resta ancora da evidenziare che, anche applicando le norme sui conflitti di giurisdizioni e di legge predisposte dal futuro Regolamento, non è escluso che le pretese patrimoniali vantate da un partner nei confronti dell'altro potrebbero essere rigettate dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro, ad esempio quando venga preliminarmente negata l'esistenza della partnership (poniamo perché omosessuale) e conseguentemente gli effetti che ne discendono, o ancora quando la legge straniera applicabile (nella specie la *lex loci registrationis*) sia ritenuta contraria all'ordine pubblico del foro, sul presupposto che tale legge riconosce all'unione effetti maggiori e incompatibili con quelli previsti dall'ordinamento interno. Anche queste decisioni, tuttavia, sono destinate a circolare all'interno dello spazio giudiziario europeo attraverso il sistema privilegiato di riconoscimento predisposto dal Regolamento. Ci si domanda, dunque, se l'applicazione della manifesta contrarietà all'ordine pubblico, di cui all'art. 22 par. 1 lett a) della Proposta potrebbe questa volta invocarsi per disconoscere l'efficacia del provvedimento straniero, in ragione di un prevalente interesse alla tutela giurisdizionale degli individui.

Quanto all'esecuzione delle decisioni si rimanda alle considerazioni già svolte in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Infatti, anche la Proposta sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate opera un doppio rinvio richiamando, da un lato, la normativa europea sulle successioni, come si legge nella Relazione alla Proposta<sup>490</sup>, dall'altro, la materia civile e commerciale, ed in particolare il Regolamento (CE) n. 44/2001, oggi trasfuso nel Regolamento (UE) n. 1215/2012<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> Specificamente, a p. 9

<sup>491</sup> La Proposta prevede all'articolo 27 che le decisioni emesse in uno Stato membro e ivi esecutive e le transazioni giudiziarie sono eseguite negli altri Stati membri in conformità degli articoli [da 38 a 56 e dell'articolo 58] del regolamento (CE) n. 44/2001.

Anche la disciplina dedicata al riconoscimento degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie ricalca pedissequamente la disciplina approntata in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Si riporta qui di seguito il testo delle disposizioni. Atti pubblici e transazioni giudiziarie: articolo 28 Riconoscimento degli atti pubblici: 1. Gli atti pubblici formati in uno Stato membro sono riconosciuti negli altri Stati membri, salvo contestazione della validità secondo la legge applicabile e a condizione che il riconoscimento non sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto. 2. In conseguenza del riconoscimento, gli atti pubblici godono dello stesso valore probatorio quanto al contenuto dell'atto e di una presunzione semplice di validità. Articolo 29 Esecutività degli atti pubblici: 1. Gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro sono, su istanza di parte, dichiarati esecutivi in un altro Stato membro conformemente alla procedura contemplata agli articoli [da 38 a 57] del regolamento (CE) n. 44/2001. 2. L'autorità giurisdizionale alla quale l'istanza è proposta ai sensi degli articoli [43 e 44] del regolamento (CE) n. 44/2001 rigetta o revoca la dichiarazione di esecutività solo se l'esecuzione dell'atto pubblico è manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto.

Articolo 30 Riconoscimento ed esecutività delle transazioni giudiziarie: Le transazioni giudiziarie aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine sono riconosciute e dichiarate esecutive in un altro Stato membro su istanza di qualsiasi parte interessata, alle stesse condizioni previste per gli atti pubblici. L'autorità giurisdizionale alla quale l'istanza è proposta ai sensi dell'articolo [42 o dell'articolo 44] del regolamento (CE) n. 44/2001 rigetta o revoca la dichiarazione di esecutività solo

## Osservazioni conclusive

Il punto di partenza del presente lavoro è stato rappresentato dalla necessità di analizzare i risultati raggiunti dall'Unione Europea nell'ambizioso progetto di creare un sistema internazionalprivatistico comune in materia familiare.

Come sottolineato nelle premesse introduttive, la creazione di uno spazio giudiziario unitario nel quale la circolazione delle persone è favorita dal contesto di reciproca fiducia tra ordinamenti - a presidio del pieno riconoscimento delle decisioni giudiziarie di ciascun Stato membro e a garanzia della continuità delle situazioni giuridiche - è un'operazione complessa, basata su una serie di meccanismi strettamente connessi tra loro.

Questi meccanismi riguardano la cooperazione tra gli organi giurisdizionali nazionali e la determinazione della legge applicabile al rapporto. Il primo è regolato dalla disciplina della giurisdizione e della litispendenza, mentre il secondo dalle norme di conflitto. Se uno o entrambi gli aspetti non funzionano correttamente o, addirittura mancano, si profila il concreto rischio che le relative decisioni finali possano non essere riconosciute negli altri Stati membri.

Nel sistema del diritto internazionale privato della famiglia, sviluppatosi di recente a livello europeo, questo pericolo di malfunzionamento è ancora molto elevato a causa della frammentarietà che caratterizza i Regolamenti in vigore, ciascuno dedicato ad uno specifico aspetto di disciplina ma privo dei necessari collegamenti con gli altri. In questo contesto, l'armonizzazione della materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi e partner, rispettivamente oggetto di due recenti Proposte della Commissione, potrebbe costituire un importante *trait d'union* tra le diverse normative di settore ed assicurare un buon livello di coordinamento.

Con specifico riferimento ai regimi matrimoniali, si è avuto modo di mettere in evidenza le difficoltà che i coniugi transfrontalieri sono costretti ad affrontare nell'eventualità di una controversia. Solo in via esemplificativa, l'ipotesi più ricorrente è certamente quella del contenzioso relativo alla liquidazione del patrimonio in sede di scioglimento del vincolo matrimoniale, ove si assiste ad una totale assenza di raccordo tra la regolamentazione approntata in materia di *status* dai Regolamenti (CE) n. 2201/2003 e (UE) n. 1215/2010 e quella dei rapporti economici che ne discendono, lasciata all'appannaggio dei legislatori nazionali. Il pericolo concreto è che il giudice chiamato a decidere sulla separazione o sul divorzio non abbia la competenza per statuire sulle pretese patrimoniali rispettivamente vantate dai coniugi. La conseguenza immediata è che essi saranno costretti ad instaurare un secondo processo in un'altra sede, con l'aumento non solo dei tempi e dei costi di

---

se l'esecuzione della transazione giudiziaria è manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro dell'esecuzione.

lite, ma contemporaneamente del rischio dell'emissione di decisioni contrastanti. Se invece l'autorità giudiziaria accerta la propria competenza in relazione ad entrambi i profili di controversia, non è escluso che si rendano applicabili leggi diverse allo scioglimento del vincolo e alle conseguenze economiche che ne discendono. Anche nei Paesi all'interno dei quali opera la cooperazione rafforzata instaurata dal Regolamento "Roma III" sulla legge applicabile al divorzio, infatti, se è vero, da un lato, che ai fini del raccordo di disciplina potrebbe aiutare la facoltà di scelta della legge applicabile ivi concessa alle parti, dall'altro non è detto che un accordo sia raggiunto, né che l'*optio iuris* sia prevista negli stessi termini in relazione ai rapporti patrimoniali tra coniugi dall'ordinamento del foro.

Ed ancora, nel caso in cui insorga una controversia non in fase di crisi, ma nel corso della vita matrimoniale - ad esempio in relazione al potere dispositivo o di amministrazione di un bene - potrebbe accadere che, a seconda dell'autorità giurisdizionale adita e sulla scorta dei criteri di collegamento previsti a livello nazionale, i coniugi transfrontalieri che non si siano premurati di stipulare convenzioni matrimoniali si trovino sottoposti ad un regime patrimoniale legale diverso da quello originario, a causa della cosiddetta mutabilità automatica della legge applicabile, tuttora presente in determinati ordinamenti.

Di fronte a queste - e a numerose altre - discordanze che si è cercato di mettere in evidenza nel corso del presente lavoro, la predisposizione di un diritto internazionale privato a livello europeo si rivela di estrema utilità e va accolta con favore.

Le direzioni seguite dalla Commissione nella Proposta di Regolamento sono in larga misura condivisibili e si pongono in linea di continuità con le tradizioni giuridiche della maggior parte degli Stati membri.

Un'attenzione particolare è rivolta, *in primis*, alla ricerca di coordinamento sistematico tra il futuro Regolamento e gli strumenti europei già in vigore in materia familiare. Sotto il profilo giurisdizionale, questo obiettivo viene perseguito in termini diversi, a seconda che la controversia patrimoniale sia correlata ad una domanda successoria - nel qual caso è competente in via esclusiva a decidere sugli aspetti economici il giudice della successione - o invece ad una domanda di separazione e divorzio - ove è lasciata alla libera scelta dei coniugi la facoltà di estendere la competenza del giudice dello *status* ai risvolti patrimoniali della controversia. Degna di approvazione è, inoltre, la più generica facoltà di elezione del foro concessa ai coniugi dall'articolo 5 della Proposta, limitata nei confronti dell'autorità giudiziaria appartenente allo Stato membro la cui legge essi abbiano scelto come applicabile. La volontà delle parti espressa in ambito giurisdizionale tende qui a realizzare l'auspicata coincidenza tra *forum* e *ius*, che risponde alle perseguite esigenze di effettività e di prossimità.

Dal punto di vista della legge applicabile riveste, poi, un'importanza di primario rilievo il ruolo dell'autonomia delle parti che, per vero, non costituisce una novità in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, essendo accolta dalla quasi totalità degli Stati membri come criterio di collegamento principale. Ciò che, tuttavia, rende in un

certo senso innovativa la Proposta risiede nelle specifiche modalità di disciplina e nelle limitazioni spaziali e temporali all'esercizio della *professio iuris*, previste a tutela sia dei coniugi - ed in particolare del coniuge debole - sia dei terzi. L'obiettivo di protezione permea la disciplina e si ritiene adeguatamente perseguito. Da un lato, la scelta è limitata alle leggi più "prossime" alla vita matrimoniale, sicché si previene il rischio che il coniuge forte opti per una legge cosiddetta "esotica", che non tenga in adeguata considerazione gli interessi del coniuge debole. Dall'altro, l'*optio iuris*, che opportunamente può essere modificata nel tempo, ha efficacia irretroattiva così da non pregiudicare i diritti acquisiti dai terzi. Infine, la sottoposizione della scelta a stringenti requisiti formali assicura l'agire informato degli interessati e allo stesso tempo la conoscibilità della legge applicabile da parte di coloro che con questi ultimi intrattengono rapporti giuridici.

In mancanza di scelta di legge, operano criteri di collegamento oggettivi, fondati principalmente sulla residenza, disposti in successione tra loro. La previsione di un ordine gerarchico - che assicura quanto più possibile la prossimità del fatto al diritto - e la contemporanea cristallizzazione temporale della legge applicabile al momento del matrimonio - che invece risolve il problema della mutabilità automatica della legge regolatrice del rapporto - sembrano bilanciare adeguatamente le esigenze di effettività, da un lato, e di certezza giuridica, dall'altro.

Pur ritenendo che l'attuale testo della Proposta necessiti di alcuni correttivi in punto di formulazione, alla luce delle considerazioni svolte si perviene alla conclusione che il futuro Regolamento in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi fornisce risposte adeguate alle problematiche cui è dedicato e centra gli obiettivi prefissati di facilitare la libera circolazione delle decisioni e di garantire certezza e continuità ai rapporti giuridici.

Certo, la carenza di competenza diretta dell'Unione in materia familiare ha impedito il concreto realizzarsi di risultati ulteriori, atti ad incidere in modo più pregnante sul diritto sostanziale nazionale. Ci si riferisce, in particolare, al fallimento della proposta di creare un modello unitario di regime patrimoniale, da affiancare a quelli legali e convenzionali predisposti da ciascuno Stato membro, che la Commissione aveva preso in considerazione nel Libro Verde del 2006. L'opzione dei coniugi in favore di tale regime avrebbe consentito il completo superamento dei limiti causati dalle divergenze normative nazionali, rendendo addirittura superfluo il ricorso alle norme di conflitto, indipendentemente dal giudice adito. Tuttavia, all'impulso propositivo proveniente dalle Istituzioni europee si è contrapposta l'esitazione manifestata nelle risposte al Libro Verde da parte degli Stati membri, i quali si sono mostrati ancora una volta restii nei confronti di soluzioni che avrebbero potuto compromettere le loro prerogative esclusive in materia familiare.

Proprio lo scetticismo dei governi nazionali verso la penetrazione dall'esterno, ed in particolare dall'Unione, di disposizioni ispirate a valori non coincidenti con quelli interni rappresenta, a parere di chi scrive, l'ostacolo principale all'approvazione

definitiva del Regolamento sui rapporti patrimoniali delle unioni registrate, oggetto della seconda Proposta in esame. In effetti, in quest'ambito l'azione europea sembra trascendere i limiti della cooperazione giudiziaria, facendosi promotrice dell'affermazione di *status* giuridici che ancora non trovano riconoscimento nella totalità degli Stati membri. Ed infatti, sebbene doppiamente limitata, da un lato ai soli aspetti internazionalprivatistici della materia, dall'altro ai soli risvolti economici derivanti dalle nuove realtà familiari, la Proposta non rinuncia a qualificare giuridicamente l'unione registrata e ad assicurarne la produzione di determinati effetti di diritto. La Commissione, cioè, pare spingersi oltre i limiti delle proprie attribuzioni, in ragione di un interesse superiore alla tutela giurisdizionale di situazioni che in più di un ordinamento restano prive di qualsivoglia valore giuridico. Tuttavia, la mancanza di competenza diretta pare in questo caso costituire un limite invalicabile e non superabile con il solo ricorso alla cooperazione giudiziaria.

Come si è avuto modo di mettere in luce analizzando in ottica comparativa i principali ordinamenti nazionali, le nuove realtà familiari si caratterizzano in primo luogo per la "non universalità", nel senso che non tutti i sistemi legislativi degli Stati membri si sono dotati di specifiche discipline di settore a livello tanto di diritto sostanziale, quanto di diritto internazionale privato, ed anche nei Paesi che hanno colmato le lacune normative, le soluzioni adottate si rivelano spesso molto eterogenee tra loro.

Pensare che in tale contesto multiforme venga raggiunto il consenso unanime dei 27 Stati membri, prima ancora che i rispettivi legislatori nazionali si siano mossi verso il riconoscimento delle unioni registrate a livello di diritto sostanziale, pare utopistico.

Di tale ostacolo sembra essere consapevole la stessa Commissione, che nella Proposta di Regolamento fornisce soluzioni estremamente prudenti, per esempio concedendo la facoltà al giudice dello Stato membro che non conosce la fattispecie di dichiararsi incompetente, o per altro verso escludendo *in toto* il potere delle parti di scegliere la legge applicabile ai rapporti patrimoniali derivanti dall'unione, che restano devoluti senza eccezione alla *lex loci registrationis*.

Tuttavia, le scelte intraprese nella Proposta paiono più protese a raggiungere soluzioni di compromesso che a tenere in adeguata considerazione gli interessi dei partner che necessitano di tutela giurisdizionale e, soprattutto, non si rivelano di per sé sufficienti a superare il problema di fondo del mancato riconoscimento delle tipologie familiari non tradizionali all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

In conclusione, la predisposizione di una disciplina internazionalprivatistica europea degli effetti patrimoniali delle unioni registrate apparirà prematura fino a quando non verrà direttamente affrontata e positivamente risolta la questione della libera circolazione degli *status* civili all'interno dell'Unione europea. La Proposta della Commissione, pertanto, sebbene apprezzabile negli intenti perseguiti, conduce ad un'inversione logica non ragionevole e si rivela inevitabilmente inidonea, di per sé sola, a raggiungere i risultati sperati.

## BIBLIOGRAFIA

### MONOGRAFIE

- AL MUREDEN E., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole, Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, 2007.
- ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Antwerp-Oxford, 2006.
- ANZILOTTI D., *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di SALERNO F., 1996.
- ANZILOTTI D., *Sui mutamenti dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto Internazionale Privato*, Tip. Banducciana, A. Meozzi, 1899.
- BADIALI G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1961.
- BARATTA R., *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004.
- BARIATTI S., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007.
- BARIATTI S., RICCI C. (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei Regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007.
- BARNICH L., *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, 2001.
- BARTIN E., *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflict de lois*, Rc, 1930.
- BARUFFI M.C., *Il diritto di visita nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, 2005.
- BARUFFI M. C.- CAFARI PANICO R. (a cura di), *Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, Cedam, 2009.
- BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- BERTOLI G., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato*, Milano, 2005.
- BIANCA M., *Diritto Civile 2. La Famiglia. Le Successioni*, Milano, 2001.
- BOELE-WOELKI K.- FUCHS A (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, cross-border and European perspectives*, 2012.

- BOELE WOELKI K., *Unifying and Harmonising substantive law and the role of conflict of laws*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- BOELE WOELKI K., BRAAT B., CURRY-SUMNER I., *European Family Law in Action. Volume IV - Property Relations between Spouses*, Intersentia, EFL series, Antwerp, 2005.
- BOELE WOELKI K. (ed.), *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005.
- BOELE WOELKI K. et al. (eds), *Principles of European family Law regarding Divorce and maintenance between former spouses*, EFL series, Nr. 7, Intersentia, Antwerp, 2004.
- BOELE-WOELKY K., *Comparative research-Based drafting of Principles of european family law*, ERA-Forum, 2003.
- BONINI BARALDI M., *Le nuove convivenze, tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005.
- BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria In Materia Civile*, Torino, 2009.
- BONOMI A., STEINER M., *Les Régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2006.
- BONOMI A. e SCHMID M. (a cura di), *Successions internationales - Réflexions autour du futur règlement européen et son impact pour la Suisse*, Zürich, 2010.
- BOULANGER E., *Droit civil de la famille, (I) Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, 1997.
- CARBONE S.M., IVALDI P., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000.
- CARBONE S.M., QUEIROLO I., *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008.
- COHELO P. e DE OLIVEIRA G., *Curso de direito da familia, I, Introdução ao direito matrimonial*, Coimbra, 2001.
- COLOMER A., *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> Ed., Litec, Paris, 2000.
- CUBEDDU M. G., PATTI S., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.
- CURRY-SUMNER I., *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe. A*

*comparison of the laws of Belgium, France, The Netherlands, Switzerland and the United Kingdom*, Intersentia-Antwerp 2005.

D'ALESSANDRO E., *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.

DANIELE L., *Diritto Dell'Unione Europea*, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007.

DEVERS A., *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004.

DUNCAN W., *Civil aspects of emerging forms of registered partnerships. Private international law issues*, The Hague, 15-16 marzo 1999.

FORDER C., assisted by S. H. Lombardo, *Civil aspects of emerging forms of registered partnership, Report presented at the fifth eEuropean Conference of Family Law*, The Hague, 1999.

FULCHIRON H., NOURISSAT C. (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Parigi, 2005.

GABRIELLI G. e CUBEDDU M.G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997.

GAUDEMONT TALLON H., *Le Règlement no. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, Clunet, 2001.

GAUDEMONT TALLON H., *Le conflicts de loi en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles de droit comparé*, Travaux Comité Fr., DIP, 1969-1971.

GOLDSTEIN G., *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, Collected courses, vol. 320, 2006.

GONZALEZ BEILFUSS C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo*, Marcial Pons, 2004.

KHAIRALLAH G. (a cura di), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Paris, 2010

LANDO O., *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

LONG A., *Il diritto della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006.

MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale, Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene, 2008.

MARTINY D., *Is Unification of family law feasible or even desirable? Towards a European Civil Code*, 2<sup>nd</sup> Ed. The Hague, London, Boston, 1999.



- MARTINY, W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, EFL Series, Intersentia, Antwerp, 2007.
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale, Parte Generale e Contratti*, V Ed., Utet, 2010, P. 374.
- PAPUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'homme sur l'évolution des modes familiaux*, Bale, 2002.
- PATARIN ET ZAJTAY (EDD.), *Le Régime Matrimonial Légal Dans Les Législation Contemporaine*, 2<sup>a</sup> Ed., Paris, 1974.
- PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.
- POCAR F., VIARENGO I., *Diritto comunitario del lavoro*, 2a ed., Padova, 2001.
- QUEIROLO I., SCHIANO DI PEPE L., *Lezioni di diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari*, Utet, 2008.
- REVILLARD M., *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>e</sup> Éd., Paris, 2001.
- REVILLARD M., *Dix ans d'application de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Defrenois, 2002.
- REVILLARD M., *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7 ed., Défrenois, 2010.
- RICHEZ-PONS A., *La résidence en droit international privé*, Lyon, 2004.
- SALERNO F., *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, III ed., Padova, 2006.
- SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006.
- SCAFFIDI RUNCHELLA L., *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 2012
- SESTA M., *Diritto di famiglia*, Padova, 2003.
- TONOLO S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffré, 2007.
- TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2007.
- VIARENGO I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, 1996.
- VITTA E., *Diritto internazionale privato*, Torino, 1972.
- VITTA E. e MOSCONI F., *Corso di diritto internazionale privato*, 1995.

## ARTICOLI SU RIVISTE E SAGGI

AGELL B., *Towards uniforming spouses property rights especially in international marriages*, in *Council of Europe, proceeding of the 3rd European Conference on family law, Strasbourg 1996*, p. 63 ss.

AGELL B., *The division of property upon divorce from a European perspective*, in *Liber Amicorum Meulders-Klein*, Brussels, 1998, p. 1 ss.

ALONSO PEREZ J. I., *Unioni civili, unioni di fatto e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica*, n. 2, 2003, p. 343 ss.

ALPA G., *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, p. 439 ss.

AMBANELLI A., *La disciplina del "pact civil de solidarité"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/2001, p. 70 ss.

ANCELL A., *Vers l'uniformation des droits patrimoniaux des époux, en particulier dans les mariages internationaux?*, in *Actes de la troisième conférence européenne sur le droit de la famille*, Cadix, Espagne, 20-22 avril 1995, p. 66 ss.

ANCEL B., MUIR-WATT H., *L'intérêt supérieur de l'enfant dans les concert des juridiction: Le Règlement Bruxelles II-bis*, in *RCDIP*, 2005, p. 569 ss.

ANTOKOLSKAJA M., *The armonization of family law: old and new dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003, p. 34 ss.

ANTOKOLSKAIA M., *Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints arguments*, in Boele-Woelky K., *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21<sup>st</sup> Century*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, p. 37 ss.

ANZILOTTI D., *Il principio dell'autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disp. prel. al cod. civ. e l'art. 58 del cod. di comm. (1904)*, in *Scritti di diritto internazionale*, Padova, 1960

BADIALI G., *Ordine pubblico (dir. int. priv. proc.)*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1990

BARATTA R., *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 574 ss.

- BARATTA R., *Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004 pp. 163-203.
- BARIATTI S., *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2003, p. 1 ss.
- BARIATTI S., VIARENGO I., *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 603 ss.
- BARILE G., *Qualificazione (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 1.
- BARRIÈRE BROUSSE I., *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010, fasc. 1, p. 3 ss.
- BARUFFI M.C., *Osservazioni sul Regolamento Bruxelles II-bis*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 218 ss.
- BASEDAW J., *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market law review*, 2000, p. 687 ss.
- BEAUMONT P., MOIR G., *Brussels Convention II, A new private law instrument in family matters for the European Union or the European Community*, in *European Law Rev.*, 1995, p. 268-288.
- BEAUMONT P., *International family law in Europe – The maintenance Project, The Hague Conference and the EC: A triumph of reverse subsidiary*, in *RabelsZ*, 2009, p. 509 ss.
- BIAGIONI G., *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *RDI*, 2004, p. 991-1035.
- BOCCHINI F., *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 432 ss.
- BOELE WOELKI W., *Private international law aspects of registered partnerships and other forms of non-marital cohabitation in Europe*, in *Louisiana law review*, 2000, p. 1058 ss.

- BOELE WOELKI K., *The principles of European family: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, Dicembre 2005, p. 160 ss.
- BOGDAN, *Registered partnerships and EC law*, in Boele Woelki-Fucks (eds.), *Legal recognitions of same sex couples in Europe*, Oxford, Intersentia, 2003, p. 171 ss.
- BONINI BARALDI M., *Parità di trattamento e nozione di “familiare” tra prerogative nazionali e prerogative comunitarie*, in *Familia*, 2003, p. 821 ss.
- BONOMI A., *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010, vol. 350, p. 71 ss.
- BORRÀS RODRÌGUEZ A., *Le Règlement 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, in *Petites Affiches*, 2002, n. 248, p. 12 ss.
- BOSCHIERO N., *Art. 16*, in *Riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *NLCC*, p. 1046 ss
- BOSCHIERO N., *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 50-131
- BUCHER A., *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t.283, p. 9 ss.
- BUSCHBAUM M., SIMON U., *Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*, in *RCDIPP*, 2011, fasc. 4, p. 805 ss.
- CAFARI PANICO R., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in Baruffi M.C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, p. 81 ss.
- CAFARI PANICO R., *L'efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successioni e testamenti*, in *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, pp. 171 ss.
- CAGGIA F., *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in Lipari-Rescigno, *Diritto Civile, Vol. I, Famiglia*, Milano, 2009, p. 7 ss.

CALÒ E., *Sul progetto di disciplina degli accordi di convivenza*, in *Corriere Giuridico*, n. 12/2000, p. 1674 ss.

CALÒ E., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, p. 509 ss.

CALÒ E., *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 1272 ss.

CARACCILO DI TORELLA E., MASSELOT A., *Under construction: EU family law*, in *European Law Review*, 2004, p. 36 ss.

CARBONE S. M., TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, fasc. 1, p. 305 ss.

CARBONE S., QUEIROLO I., *La competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni in materia civile nell'ambito dello spazio giudiziario europeo*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo II, II ed., Torino, 2006.

CARBONE S.M., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il Regolamento n. 1347/2000*, in Carbone S.M., Frigo M., Fumagalli L., *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano, 2005, p. 51-86

CARRACOSA GONZALÉS J., SEATZU F., *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di Regolamento "Roma III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010

CASTELLANETA M., *Uno Stato può adottare provvedimenti cautelari per i minori sul territorio nei casi d'urgenza*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 18, p. 92 ss.

CHRISTIE N., *The New Zealand Same-sex marriage Case: from Aotearoa to the United Nations*, in *Legal Recognition of same sex partnerships. A study of national, European, international law*, a cura di Wintemute, Andenaes, Oxford-Portland, Oregon, 2001, p. 319 ss.

CONDINANZI M., *La nozione di "giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso nel diritto interno" nel titolo IV del Trattato CE. Osservazioni a margine del caso Dem'Yanenko*, in Leanza (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*. IX Convegno Sidi – Roma 17-18 giugno 2004, Napoli, 2005, p. 435 ss.

- CORRAO M. E., *Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari*, in *Cuadernos de derecho Transnacional*, 2011, vol. 3 n. 1., p. 118 ss.
- CORTESE PINTO E., *Trattato di Amsterdam e competenze della Corte di giustizia in materia di giustizia e affari interni*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 106 ss.
- COUSSIRAT-COUSTIÈRE V., *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in *Internationalisation des droit de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, 1996, p. 45 ss.
- CRONE R., *Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial: une bombe à retardement*, in *Defrénois*, 2001, p. 1026 ss.
- CRONE R., *Changements de la loi applicables au régime matrimonial : précautions à prendre, observations et formules*, in *Défrenois*, 2007, p. 1213
- DE CESARI P., *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in Pascuzzi G. (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006.
- DE CESARI P., *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, p. 277 ss.
- DEL PRATO E., *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, p. 970 ss.
- DROZ G., *L'activité notariale internationale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, t. 280, 1999, p. 69.
- DROZ G., *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1974, t. 143, p. 1-138.
- ELLIOT D., *The Canadian earthquake: same-sex marriage in Canada*, in *New England Law Review*, 2004, p. 591 ss.
- FERACI O., *L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 832-845.
- FERRANDO G., *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 163 ss.

FOLDER C., *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 109 ss.

FORDER C., *(R)evolution in Family law relationships*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2000, p. 5 ss.

FRANZINA P., *La garanzia dell'osservanza delle regole sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del Regolamento "Bruxelles I"*, reperibile sul sito internet [www.sidi-isil.it](http://www.sidi-isil.it)

FRANZINA P., *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 1121 – 1129.

FULCHIRON H., *Reflections sur les unions hors mariage en droit international privé*, in *Journal de droit international*, 2000, p. 891 ss.

FUSARO A., *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in Alpa e Capilli (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, p. 20 ss.

GAERTNER V., *European choice of law rules in Divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments*, in *JPIL*, 2006, p. 99-136.

GATTUSO M., *"Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 7, 2012, p. 678 ss.

GAUDEMMENT TALLON H., *Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions*, in *Revue Marché Commun et Union Européenne*, 2000, p. 230 ss.

GONZALES BEILFUSS C., *Non –marital cohabitation, Registered partnerships and same sex marriage in private international law:the Spanish prospective*, in *Yearbook of private international law*, 2004, vol. 6, p. 186 ss.

GOTHOT P., *La renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé*, in *Revue critique de droit int. Priv.*, 1971, p. 7 ss.

GRAHAM-SIEGENTHALER, *Principles of marriage recognition applied to same sex marriage. Recognition in Switzerland and Europe*, in *Creighton Law Review*, 1998, p. 121 ss.

HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettent en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine del la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *RCDIP*, 2011, vol. 2, p. 219 ss.

- HAY P., *Recognition of a recognition judgment within the European Union*, in *European legal forum*, 2009, p. 61 ss.
- HENRICH D., *Sul futuro del regime patrimoniale in Europa*, in Patti (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, 2002, Milano, 2003, p. 29 ss.
- HENRICH D., *Comunione dei beni e comunione degli incrementi, un confronto critico*, in *Famiglia* 2004, I, p. 813 ss.
- HONORATI C., *Verso una competenza della Comunità europea in materiali di diritto di famiglia?*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 4 ss.
- IEVA, *Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 37 ss.
- IVALDI P. TUO C., *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rdipp*, 2012, fasc. 1, p. 7-37.
- JACOBS, *Human Rights in the European Union: The role of the Court of Justice*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 331 ss.
- JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., *Registered partnerships, paces and private international law, some reflections*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 290 ss.
- KHAIRALIAH G., *Le "partenariats organises" en droit international privé*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2000, p. 320 ss.
- KOHLER C., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 65 ss.
- KRAMER X.E., *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area*, in *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2011, pp. 633-641.
- LAMONT I., *Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international family law*, in *JPIL*, 2007, p. 261 ss.
- LENAERTS K., *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Van der Menshbrugghe, L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, 2003, p. 111 ss.



- LEQUETTE Y., *De Bruxelles à La Haye (Acte II), Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, p. 250 ss.
- LIPARI N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, p. 1 ss.
- LUZZATTO R., *Problemi internazionalprivatistici del diritto d'autore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 276 ss.
- MALATESTA A., *La Convenzione ed il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *RDIPP*, 2009, n. 4, p. 829 ss.
- MARINO S. *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *NGCC*, 2009, p. 599 ss.
- MARINO S., *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 463 ss.
- MARINO S., *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2010, n. 1, p. 363-389.
- MARKUS V., *Registrierte Partnerschaften-Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten im IPR*, in *Schweizerische Zeitschrift int. Eur. Recht*, 2001, p. 109-116.
- MARTINY D., *Objectives and values of (private) international law in family law*, in *International family law for the European Union*, p. 81 ss.
- MARTINY D., *Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften*, in *IPRax*, 2011, p. 437-456.
- MC ELEVY P., *The Brussels II Regulation, how the European Community has moved into family law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2002, p. 883 ss.
- MC GLYNN C., *Families and the european union charter of fundamental rights: Progressive change or entrenching the status quo?* in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 582 ss.
- MEEUSEN J., PERTEGAS M., STRAETSMAN G., SWENNEN F., *General Report*, in *International family law for the European Union*, in *International family law for the European Union*, a cura di Meeusen J., Pertegas M., Straetsman G., Swennen F., Antwerp-Oxford 2007.

- MELI M., *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 447 ss.
- MELI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *NGCC*, fasc 7, 2012, p. 451 ss.
- MENGOZZI P., *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 643 ss.
- MEULDERS-KLEIN M. T., *Quelle unité pour le droit de la famille en Europe?*, in *Revue Marché Commun et Union Européenne*, 2000, p. 328 ss.
- MORO F., *Observations sur la communitarisation du droit de la famille*, in *RDIPP*, 2007, p. 675
- MOSCONI F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 2, 2005, p. 305 ss.
- MOSCONI F., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti Regolamenti comunitari*, in *RDIPP*, 2001, p. 545 ss.
- MOSCONI F., *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2008, n. 2, p. 360.
- MUIR WATT H., ANCEL B., *La désunion européenne: le règlement dit "Bruxelles II"*, in *RCDIPP*, 2001, p. 403-457.
- MULLER-FREIENFELDS W., *The unification of family law*, in *The american law journal of comparative law*, 1968, p. 175 ss.
- NASCIMBENE B., *La proposta di modifica del Regolamento n. 2201/03 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in Carbone S.M., Queirolo I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 207 ss.
- NASCIMBENE B., *Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariées: vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?* in *Revue des Affaires Européenne*, 2007-2008, n. 3, p. 601-609
- NASCIMBENE B., *Community Courts in the area of judicial cooperation*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2005, p. 496.
- OBERTO G., *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato*,

- internazionale ed europeo*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2008, p. 368 ss.
- OBERTO G., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, p. 643 ss.
- PATTI S., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, p. 529 ss.
- PATTI S., *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando G., 2007, p. 230 ss.
- PAULINO PEREIRA F., *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives*, in *RCDIP*, 2010, fasc. 1, p. 1 ss.
- PICCALUGA F., *Famiglia di fatto e concubinage: la recente disciplina del patto civile di solidarietà*, in *Famiglia e diritto*, n. 41/2000, p. 418 ss.
- PICONE P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2000, p. 211 ss.
- POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "european conflict of law revolution"?*, in *RDIPP*, 2000, fasc. 4, p. 873 ss.
- POCAR F., *Osservazioni a margine della Proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 267 ss.
- POCAR F., VIARENGO I., *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *RDIPP*, 2009, p. 805 ss.
- QUADRI E., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir., Fam e pers.*, 2006, p. 1803
- QUADRI E., *I rapporti patrimoniali tra coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Familia* 2006, p. 21
- QUADRI E., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir. Fam.*, 2006, p. 1803
- QUEIROLO I., *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra Regolamento n. 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in *Quaderni europei*, n. 15, novembre 2009, pp. 15 e ss.
- QUINONES ESCAMEZ A., *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2007, pp. 357-382

- RESCIGNO P., *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2006
- RESCIGNO P., *Il matrimonio same-sex al giudizio di tre corti*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, fasc. 7, p. 861 ss.
- REVILLARD M., *à propos de la mutabilité du rattachement prévu à l'article 7 de la Convention de la Haye*, in *Cahiers du CRIDON de Lyon*, n° 27/2000
- RHEINSTEIN - GLENDON, *Interspousal relations*, in *Int. Enc. Comp. Law*, Vol. IV, Persons and family, Chapter 4, Tubingen, 1980, p. 190 ss.
- RICCI C., *La famiglia nella giurisprudenza comunitaria*, in Bariatti S.(a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.
- RICHEZ-PONS A., *Habitual residence considered as a european harmonisation factor in family law (regarding the «Bruxelles II bis regulation»)*, in BOELE-WOELKI (a cura di), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 357 ss.
- RICHEZ-PONS A., *La notion de «résidence»*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, FULCHIRON (a cura di), Nourissat, Paris, 2005, p. 149 ss.
- ROMANO G.P., *Litispendenza e connessione di cause nel regolamento n. 44*, in Bonomi A., *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 142 ss.
- ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 7, 2010, p. 733 ss.
- ROSSOLILLO G., *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003 p. 368 ss.
- ROSSOLILLO G., *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'unione europea*, reperibile al sito <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/989/465>
- ROTTOLA A., *La valutazione internazionalprivatistica dei presupposti giuridici di norme materiali comunitarie*, in *DUE*, 2004, p. 329-346.
- SACCO R., *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto*

*italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 17 ss.

SALERNO F., *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *RDIPP*, 2007, p. 75 ss.

SALERNO F., *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 68 ss.

SALORD M., *L'Europe divorce! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce*, in *AJFam, Dalloz*, 2011, n. 1, p. 97 ss.

SARCEVIC P., *Private international law aspects of legally regulated forms of non marital cohabitation and registered partnership*, in *Year Book of private international law*, vol. 1, 1999, p. 38 ss.

SCHUSTER A., *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato e europeo*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 257 ss.

SORRENTINO F., *I diritti fondamentali dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere Giuridico*, 2010, n. 2, p. 145 ss.

STALFORD H., *EU Family Law: a Human Rights perspective*, in *International Family law for the European Union*, p. 103 ss.

STARACE V., *La comunitarizzazione del settore "cooperazione giudiziaria in materia civile"*, in *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*, Torino, 2004, p. 171 ss.

STURM F., *Personnes, famille et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand*, in *RCDIPP*, 1987, p. 170 ss.

TOMASI L., *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 49 ss.

VANDEKERCKHOVE K., *Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe – Un nouveau cadre législatif*, in *RDUE*, 2010, n. 1, p. 57 ss.

VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss.

VITUCCI P., *"Dal dì che nozze..."*. *Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Familia*, 2001, p. 713 ss.

VON HOFFMAN T., *The relevance of european community law*, in *European Private International Law*, 1998, p. 32 ss.

WAGNER G., *Das neue Internazionale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *IPRax*, 2001, p. 287

WENGLER W., *Réflexions sur la technique de qualification en droit international privé*, in *Revue crit. Droit. Int. Privé*, 1954, p. 662

WAUTELET P., *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe Divided we stand?* in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, a cura di Boele Woelky e Fuchs, Intersentia, 2012, consultabile al sito <http://ssrn.com/abstract=2037721>

ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro It.*, 2006, IV, c. 353 ss.

#### **OPERE COLLETTANEE**

Consortium ASSER-UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union Européenne, effectuée à la demande de la Commission Européenne, Direction Générale Justice et Affaires intérieures, (Offre n° JAI/A3/2001/03).*

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, «*Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession.* ».

Union internationale du notariat latin (UINL), Commission des affaires européennes et de la méditerranée, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 2003.

Annesso al Libro Verde {COM (2006) 400 final}, *Document de travail des services de la Commission, Annexe au Livre Vert sur le règlement des conflits de lois en*

*matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle .*

## **GIURISPRUDENZA CITATA**

### ***Corte Europea dei Diritti dell'Uomo***

Corte europea diritti dell'uomo, *Marckx*, 13 marzo -13 giugno 1979, Serie A, n. 31, p. 4

Corte Europea diritti dell'Uomo, *Dudgeon c. United Kingdom*, 22 ottobre 1981, serie A, n. 42.

Corte europea diritti dell'uomo, *Rees c. United Kingdom*, 17 ottobre 1986, Series A, vol. 106 p. 49.

Corte europea diritti dell'uomo, *Johnston c. Ireland*, 18 dicembre 1986 consultabile su <http://www.echr.coe.int/echr>.

Corte europea diritti dell'uomo, *Inze*, 28 ottobre 1987, Serie A vol. 126, p. 3 ss.

Corte europea diritti dell'uomo, *Norris*, 26 ottobre 1988, Series A vol. 142

Corte europea diritti dell'uomo, *Cassey*, 27 settembre 1990, Series A, n. 184

Corte europea diritti dell'uomo, *B. c. Francia*, 25 marzo 1992, Serie A, vol. 232-C, p. 28 ss.

Corte europea diritti dell'uomo, *Modinos*, 22 aprile 1993, Series A, n. 259

Corte europea diritti dell'uomo, *Kroon c. The Netherlands*, 27 ottobre 1994, Series A, vol. 297-C, p. 30 e 37.

Corte europea diritti dell'uomo, *X, Y, Z, c. United Kingdom*, 22 aprile 1997, in *Reports of judgments and decisions*, 1997, p. 619.

Corte europea diritti dell'uomo, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96 in *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999-IX, p. 309 ss.

Corte europea diritti dell'uomo, *Mazurek c. Francia*, in *ECHR Reports of judgments and decisions*, 2000, vol. II, p. 2

Corte europea diritti dell'uomo, *I. c. Regno Unito e Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, in [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6E6BB0DC-A41D-4ADB-94B3-37407490C629/0/FICHES\\_Identite\\_genre\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6E6BB0DC-A41D-4ADB-94B3-37407490C629/0/FICHES_Identite_genre_EN.pdf)

Corte europea diritti dell'uomo, *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002, in *Recueil*, 2002, I.

Corte europea diritti dell'uomo, *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>

Corte europea diritti dell'uomo, *S. L. c. Austria*, 9 gennaio 2003, consultabile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kopf and Schalk vs. Austria*, 24 giugno 2010, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

Corte europea diritti dell'uomo, *X et al. v. Austria*, 13 febbraio 2013, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>

### ***Corte di Giustizia dell'Unione Europea***

CGCE, sentenza 4 febbraio 1959, *Stork*, causa C-1/58, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61958CJ0001:IT:HTML>.

CGCE, sentenza 12 novembre 1969, *Stauder*, causa C-29/69, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0029:IT:NOT>

CGCE, sentenza 14 maggio 1974, *Nold*, causa C- 4/73, in *Raccolta* p. 491.

CGCE, sentenza 27 marzo 1979, *De Cavel*, causa C-163/78, in *Raccolta*, 1979, p. 1055.

CGCE, sentenza 6 marzo 1980, *De Cavel*, causa C-120/79, in *Raccolta* 1980, p. 731.

CGCE, sentenza 29 aprile 1982, *Pabst e Richarz*, causa C-17/81, in *Raccolta*, 1982, p. 1331.

CGCE, sentenza 15 luglio 1982, *Pendy Plastic Products*, causa C- 228/81, in *Raccolta*, 1982, p. 2737.

CGCE, sentenza 17 aprile 1986, *Reed*, causa 59/85, in *Raccolta*, 1986, p. 1283.

CGCE, sentenza 15 maggio 1986, *Johnston*, causa C-222/84, in *Raccolta*, 1986, p. 1687

CGCE, sentenza 13 luglio 1989, *Wachauf*, causa C-5/88, in *Raccolta*, 1989, p. 2609.



CGCE, sentenza 3 luglio 1990, *Isabelle Lancray*, causa C-305/88, in *Raccolta*, 1990, p. I-2750.

CGCE, sentenza 27 giugno 1991, *Overseas Union Insurance*, causa C-351/89 in *Raccolta*, 1991, p. I-03317.

CGCE, sentenza 18 giugno 1991, *ERT*, causa C-260/89, in *Raccolta*, 1991, p. I-2925.

CGCE, sentenza 12 novembre 1992, *Minalmet*, causa C-123/91, in *Raccolta*, 1992, p. I-5679.

CGCE, sentenza 15 settembre 1994, *Pedro Magdalena Fernandez c. Commissione*, causa C-452/93, in *Raccolta*, 1993, p. I-4295 ss.

CGCE, sentenza 10 ottobre 1996, *Hendrikman*, causa C-78/95, in *Raccolta*, 1996, p. I-4967.

CGCE, sentenza del 27 febbraio 1997, *van den Boogaard*, causa C-220/95, in *Raccolta*, 1997 p. I-01147.

CGCE, sentenza 2 aprile 1998, *EMU Tabac e s.*, causa C-295/95, in *Raccolta*, 1998, p. I-1605.

CGCE, sentenza 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, in *Raccolta*, 2000, p. I-1965.

CGCE, sentenza 22 giugno 2000, *Eyup*, causa C-65-98, in *Raccolta*, 2000, pagina I-04747.

CGCE, sentenza 22 maggio 2003, *Commissione v. Germania*, causa C-103/01, in *Raccolta*, p. I-5369.

CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, *Scania*, causa C-522/03, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>.

CGCE, ordinanza 17 marzo 2009, *Mariano*, causa C-217/08, in *Raccolta*, 2009 I-00035.

CGCE, sentenza 2 aprile 2009, *A.*, causa C-523/07, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGUE, sentenza 5 ottobre 2010, *Mc. B.*, causa C-400/10 PPU, in *Raccolta*, 2010 pagina I-08965.

CGUE, sentenza 8 marzo 2011, *Ruitz Zambrano*, causa C-34/09, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGUE, sentenza 10 maggio 2011, *Römer*, C-147/08 in *Raccolta*, 2011, pagina I-03591.

### ***Tribunale di primo grado***

Tribunale di primo grado, sentenza 25 ottobre 2005, in causa T-298/02, *Anna Herrero Romeu c. Commissione*, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-298/02&language=it>.

### ***Cassazione Civile***

Cass. civ., Sez. lavoro, 17 febbraio 2005, n. 3192, reperibile sul sito [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)

Cass. civ., sez. 1, 14 marzo 2012, n. 4814, reperibile sul sito [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)

