



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici / O. Lopes Pegna. - In: CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL. - ISSN 1989-4570. - ELETTRONICO. - 2:(2010), pp. 126-139.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/394183> of the repository was last updated on

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

LA PROPOSTA DI COOPERAZIONE RAFFORZATA SULLA LEGGE APPLICABILE A SEPARAZIONE E DIVORZIO: PROFILI PROBLEMATICI

OLIVIA LOPES PEGNA
Ricercatrice
Università degli studi di Firenze

Recibido: 06.09.2010 / Aceptado: 12.09.2010

Riassunto: Il 31 marzo 2010 la Commissione presentava al Consiglio la Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il 12 luglio 2010 il Consiglio ha adottato la decisione che autorizza la suddetta cooperazione rafforzata. Si tratta della prima misura relativa ad una cooperazione rafforzata tra Stati membri, una procedura introdotta, come è noto, dal Trattato di Amsterdam, e disciplinata ora dall'art. 20 TUE e dagli artt. 326 ss. TFUE. La Proposta trova origine nella precedente Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 volto all'introduzione di disposizioni in materia di legge applicabile, e contenente anche alcune modifiche relative alla competenza giurisdizionale (c.d. "Roma III"). La scelta della via della cooperazione rafforzata segue la presa d'atto del Consiglio dell'esistenza di "difficoltà insormontabili che rendevano impossibile l'unanimità" su questa precedente proposta.

La nuova Proposta solleva problematiche ulteriori rispetto a quelle già evidenziate da molti commentatori in relazione alla versione precedente, dovute anche al fatto che si tratta di un atto a se' stante, svincolato - almeno dal punto di vista formale - dal regolamento n. 2201/2003. Il presente contributo esamina il testo della Proposta al fine di evidenziare alcuni profili problematici relativi, in particolare, all'ambito di applicazione del nuovo strumento e ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile. Le soluzioni ad alcune delle questioni sollevate sono individuate anche attraverso la valutazione dell'opportunità di interpretare la Proposta in coerenza con il regolamento n. 2201/2003, come con altri regolamenti relativi alla legge applicabile (in particolare, i regolamenti "Roma I", in materia di obbligazioni contrattuali, e "Roma II", in materia di obbligazioni extracontrattuali), esigenza valorizzata anche dal Consiglio europeo nel "Programma di Stoccolma".

Parole chiave: divorzio, conflitto di leggi, cooperazione rafforzata, doppia cittadinanza, lex fori, ordine pubblico, ordinamenti plurilegislativi.

Abstract: On 31 March 2010 the Commission proposed a Council Regulation (UE) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. On 12 July 2010 the Council adopted a Decision authorising the first enhanced cooperation in the history of the UE. This was first envisaged in the Amsterdam Treaty, and currently in article 20 TEU, and articles 326 ff. TFEU. The proposal basically follows the previous Commission proposal for a Regulation amending Regulation No. 2201/2003 as regards jurisdictional rules and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters (the so-called "Rome III" Regulation). Enhanced cooperation was authorised by the Council, noting that there were "insurmountable difficulties that made unanimity impossible" on the earlier proposal.

Some new issues arise from the text of the proposal, also as a consequence of the adoption of a regulation, that is separate from the jurisdiction and enforcement Regulation ("Brussels II-bis"). Among those issues are the scope of the Regulation and the determination of the applicable law. An important concern is ensuring consistency with Regulation No. 2201/2003, and the other regulations on the applicable law, "Rome I" and "Rome II". Several suggestions for amendments to the proposal are made.

Key words: divorce, conflict of laws, enhanced cooperation, double nationality, lex fori, public policy, non-unified legal systems.

Sommario: I. L'ambito di applicazione del futuro regolamento UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. 1. La scelta della cooperazione rafforzata. 2. Il carattere "internazionale" della separazione e del divorzio. 3. L'ambito di applicazione materiale. 4. L'ambito di applicazione *ratione personae*. II. Profili problematici relativi ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile. 1. I criteri per l'individuazione della legge applicabile. 2. La doppia o plurima cittadinanza. 3. Le conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge individuata attraverso i criteri di collegamento previsti. 4. Gli ordinamenti plurilegislativi su base personale.

I. L'ambito di applicazione del futuro regolamento UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale

1. La scelta della cooperazione rafforzata

1. Il 17 luglio 2006 la Commissione, facendo seguito al Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio,¹ presentava una Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 (di seguito anche "Bruxelles II-bis") volto all'introduzione di disposizioni in materia di legge applicabile, e contenente anche alcune modifiche relative alla competenza giurisdizionale.² Attraverso questa proposta si intendeva introdurre nello stesso strumento che disciplina la giurisdizione ed il riconoscimento delle decisioni in materia di separazione e divorzio, norme uniformi sulla legge applicabile a separazione e divorzio.³ Le differenze riscontrabili nelle soluzioni date nei vari ordinamenti degli Stati membri in relazione alla legge applicabile alla separazione e al divorzio hanno comportato difficoltà nel raggiungere un accordo sulla proposta.⁴ Così, in seguito alla formale presa d'atto del Consiglio dell'esistenza di "difficoltà insormontabili che rendevano impossibile l'unanimità" sulla proposta,⁵ la Commissione, su richiesta inizialmente di dieci Stati membri,⁶ poi scesi a nove per la rinuncia della Grecia, ha avviato la procedura per l'adozione di un regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile a separazione e divorzio,⁷ che vincolerà solo gli Stati che decideranno di partecipare (art. 20, par. 4, TUE).⁸ Il 12 luglio 2010 il Consiglio ha adottato all'unanimità (ai sensi dell'art. 329 par. 2, TFUE) la Decisione che autorizza la cooperazione rafforzata fra gli Stati

¹ COM (2005) 82 def. del 14 marzo 2005. Cfr. S. TONOLO, "Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 767 ss.

² Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale (COM (2006) 399 def.) del 17 luglio 2006 (c.d. "Roma III"). Cfr. anche la versione successiva della Proposta, doc. 8587/08 del 18 aprile 2008, redatta in seguito alla riunione del Comitato Diritto civile (sezione Roma III) del 4 aprile 2008.

³ Sulla proposta si rinvia, tra gli altri, a A. BONOMI, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario", in *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, a cura di S. BARATTI, C. RICCI, Padova, 2007, p. 91 ss.; F. POCAR, "Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e legge applicabile al divorzio", in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di S. BARIATTI, B. NASCIBENE, "Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?", in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 529 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La ley aplicable al divorcio en europa: el futuro reglamento Roma III", in *Cuadernos de derecho transnational*, 2009, p. 36 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, "Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 567 ss.; ID., "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.

⁴ Il problema principale è costituito dalla riluttanza di alcuni Stati ad applicare la legge di altri Stati in materia di divorzio, abbandonando l'approccio della *lex fori*.

⁵ Doc. 9985/08 JUSTCIV 111.

⁶ Spagna, Italia, Ungheria, Lussemburgo, Austria, Romania, Slovenia, Bulgaria, Francia e Grecia.

⁷ Cfr. la Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale del 24 marzo 2010 (COM (2010) 105 def.). Il 16 aprile 2010 la Commissione ha poi presentato una versione riveduta della Proposta, che interessa esclusivamente le versioni in lingua inglese, francese e tedesca (cfr. doc. 8143/1/10/REV 1 JUSTCIV 56 JAI 267 e doc. 8143/1/10 REV 1 JUSTCIV 57 JAI 271).

⁸ Hanno successivamente aderito alla richiesta anche la Germania, il Belgio, la Lettonia, Malta ed il Portogallo, per un totale di quattordici Stati membri partecipanti.

membri richiedenti,⁹ cui potranno aggiungersi in qualunque momento altri Stati membri che intendano partecipare (art. 20, par. 1, TUE; art. 328 TFUE).

2. Il carattere “internazionale” della separazione e del divorzio

2. Ai sensi dell’art. 1 della Proposta, il futuro regolamento si applicherà al divorzio e alla separazione personale, “in circostanze che comportino un conflitto di legge”, cioè – come chiarisce la Commissione nella relazione di accompagnamento – a quelle “situazioni che presentano uno o più elementi di estraneità rispetto alla vita sociale interna di un paese e che possono implicare più sistemi giuridici”. Si tratta dunque di situazioni che presentano quelle “implicazioni transnazionali” richieste dall’art. 81, par. 3, TFUE, base giuridica della Proposta di regolamento.

Il carattere di internazionalità non deve necessariamente riguardare “la coppia” (per es. coniugi aventi cittadinanza o residenza abituale diversa), potendo riguardare anche soltanto la “vita” della coppia (per es. cittadini di uno Stato che spostano la loro residenza abituale in altro Stato). Nel libro verde la Commissione si riferiva a matrimoni “internazionali” relativamente a quei matrimoni in cui i coniugi hanno cittadinanza diversa, oppure risiedono in Stati diversi o risiedono in uno Stato di cui non sono cittadini.

Il regolamento non assumerà dunque rilevanza per situazioni “puramente interne” ad un unico Stato, prive di qualsiasi contatto transnazionale. Infatti, a differenza di quanto previsto nei regolamenti “Roma I” in materia contrattuale¹⁰ (come già nella Convenzione di Roma del 1980) e “Roma II”, in materia extracontrattuale,¹¹ la possibilità di scelta di legge ad opera dei coniugi (art. 3 della Proposta) è limitata a leggi che presentino un certo collegamento con la fattispecie; dunque in relazione a coppie aventi legami con un unico ordinamento, anche la scelta sarebbe comunque limitata a quella di quell’unico ordinamento. A conferma di ciò, non compare nella Proposta una disposizione analoga a quella dell’art. 3, par. 3, del regolamento “Roma I” e dell’art. 14, par. 2, del regolamento “Roma II”, che si riferiscono a fattispecie in cui tutti gli elementi pertinenti sono ubicati in un ordinamento diverso da quello la cui legge è scelta ad opera delle parti, limitando gli effetti della scelta di una legge di un altro ordinamento.¹²

Il carattere internazionale della “vicenda”, costituendo un presupposto per l’applicazione del regolamento, dovrà essere accertato d’ufficio dal giudice,¹³ che tuttavia non sarà tenuto anche a verificare la “genuinità” (o “spontaneità”) del collegamento con diversi ordinamenti, potendo assurgere a frode alla legge solo l’eventuale carattere “fittizio” del collegamento con un ordinamento.¹⁴

3. L’ambito di applicazione materiale

3. Quanto all’ambito di applicazione *ratione materiae*, la scelta di adottare un regolamento autonomo, formalmente svincolato dal regolamento n. 2201/2003, comporta difficoltà interpretative che

⁹ Decisione del Consiglio 2010/405/UE del 12 luglio 2010 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, in GUUE L 189 del 22 luglio 2010, p. 12.

¹⁰ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”), in GUUE L 177 del 14 luglio 2008, p. 6.

¹¹ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”), in GUUE L 1799 del 31 luglio 2007, p. 40.

¹² Art. 3, par. 3, regolamento n. 593/2008 (“Roma I”): “Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente”. Analogamente dispone l’art. 14, par. 3, del regolamento n. 864/2007 (“Roma II”). In argomento cfr. P. FRANZINA, “Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»”, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 971 ss., p. 981.

¹³ Sono quindi da rigettare interpretazioni quali quella prospettata dalla Cassazione italiana, nella sentenza 5 giugno 2009 n. 13087, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 140 ss., che ha affermato, in relazione ad una fattispecie concernente il licenziamento di un lavoratore che prestava la propria attività lavorativa in Germania e rientrando nell’ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980, che “i presupposti di applicabilità di una determinata legge straniera dipendono pur sempre dalla sussistenza di criteri di collegamento fondati su elementi di fatto, che devono essere ritualmente acquisiti alla causa”. In argomento cfr. C. TUO, “Obbligazioni contrattuali ed applicazione della legge straniera: un preoccupante segnale di regresso da parte della Corte di Cassazione”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 55 ss., in particolare p. 62 ss.

¹⁴ In senso difforme P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007 cit.*, p. 982.

sarebbero state in parte evitate se ci si fosse limitati a modificare il regolamento n. 2201/2003, introducendo norme sulla legge applicabile: in tal caso, infatti, sarebbe stato evidentemente coincidente l'ambito di applicazione materiale.¹⁵

Come per il regolamento "Bruxelles II-bis", non sono fornite indicazioni sul significato dei termini "separazione" e "divorzio" ai fini del nuovo regolamento.¹⁶ Una lettura coerente con il regolamento n. 2201/2003 porterebbe a ritenere che il nuovo regolamento concerna unicamente la legge applicabile allo "scioglimento del vincolo matrimoniale" (8° considerando regolamento n. 2201/2003),¹⁷ con esclusione dell'annullamento (come si evince dall'art. 1 che si riferisce unicamente al divorzio e alla separazione personale).¹⁸

Anche così delineato l'ambito "materiale", risulta comunque problematico determinare a quali "matrimoni" debba applicarsi il regolamento. È noto, infatti, come l'istituto non sia inteso in tutti gli Stati membri in modo uniforme, in particolare in relazione alla possibilità che il vincolo possa instaurarsi fra persone dello stesso sesso.¹⁹ E *a fortiori* dunque è da escludere che sussista una nozione di matrimonio a cui poter attingere nell'ordinamento dell'Unione,²⁰ rientrando la materia nelle competenze interne degli Stati. Se il regolamento non intende dunque incidere su tale nozione,²¹ che resta di competenza degli Stati,²² si potrebbe allora verificare l'ipotesi di domande di scioglimento di matrimoni di coppie dello stesso sesso²³ proposte davanti a giudici di Stati dove tali vincoli non sono conosciuti, né riconoscibili ancorché instaurati validamente all'estero. Verosimilmente questi giudici riterranno inammissibile la domanda, nei limiti in cui il vincolo di cui si chiede lo scioglimento non possa essere considerato esistente nell'ordinamento del foro.²⁴

¹⁵ Ciò è confermato dal fatto che l'introduzione di norme sulla legge applicabile era accompagnata da una modifica delle norme sulla giurisdizione, anche in funzione – come vedremo nel paragrafo successivo – di modificarne l'ambito di applicazione *ratione personae*.

¹⁶ L'esigenza di individuare una nozione "uniforme" è particolarmente rilevante in questo caso se si considera che si tratta di una nozione volta alla delimitazione dell'ambito di applicazione del regolamento, e quindi incidente in prima battuta sull'uniformità di applicazione del regolamento stesso. Nel senso che debba essere ricercata una nozione autonoma soprattutto quando il termine serve per delimitare l'ambito di applicazione di un atto, cfr. S. BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss., p. 702 e Id., "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", in *La famiglia nel diritto* cit., p. 153 ss., pp. 154 e 167-168.

¹⁷ Cfr. la Relazione esplicativa allegata al testo della proposta di Convenzione c.d. Bruxelles II (adottata ai sensi dell'art. K3 del TUE), elaborata dalla Prof. ALEGRIA BORRÁS, in GUCE C 221/35 del 16 luglio 1998, par. 22: "la convenzione si limita ai procedimenti specificamente relativi al vincolo matrimoniale, ossia l'annullamento del matrimonio, il divorzio e la separazione personale".

¹⁸ Nella relazione di accompagnamento si afferma che per l'annullamento del matrimonio "l'autonomia delle parti e la scelta di una legge diversa da quella dell'autorità giurisdizionale adita sono ritenute inopportune".

¹⁹ Tra i Paesi che ammettono il matrimonio omosessuale ricordiamo: i Paesi Bassi, la Spagna, il Belgio, la Gran Bretagna, la Svezia; recentemente ha adottato una legislazione al riguardo anche il Portogallo. In Italia, nel senso dell'impossibilità di arrivare a tale soluzione per via interpretativa, cfr., da ultimo, Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, "La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso".

²⁰ Nel senso che l'interpretazione autonoma delle nozioni di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti debba essere in armonia, per quanto possibile, con nozioni comuni contenute nella legislazione comunitaria (oggi dell'Unione), cfr., per tutti, M. AUDIT, "L'interprétation autonome du droit international privé communautaire", in *Journ. dr. int.*, 2004, p. 789 ss.; S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione* cit., p. 153 ss.

²¹ Una precisazione in tal senso nel testo del regolamento sarebbe più che mai opportuna. In questo senso, già con riferimento alla proposta di revisione del regolamento n. 2201/2003, cfr. B. NASCIBENE, "Revisione del Regolamento "Bruxelles II" (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone", in *Int'l Lis*, 2008, p. 57 ss., p. 58.

²² Il Consiglio GAI del 19 e 20 aprile 2007 (cfr. il comunicato stampa, doc. 8364/07 (Presse 77)), in relazione alla Proposta di modifica del regolamento n. 2201 ribadiva che la nozione di matrimonio è di competenza degli Stati. Cfr. anche il Programma dell'Aja del 2005, dove si affermava che futuri strumenti in materia di famiglia non saranno basati su concetti uniformi di "famiglia" e "matrimonio" (2005 C/53/01, p. 13). Queste affermazioni confermano dunque che non sia necessario ricorrere ad una nozione autonoma di "matrimonio", neppure facendo ricorso alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²³ Per un riferimento esplicito alle differenze tra le legislazioni nazionali in materia di matrimonio fra persone dello stesso sesso, che "non impediscono in linea di principio l'applicazione del regolamento", cfr. il Parere del Comitato economico e sociale del 13 dicembre 2006, in GUUE C 235 del 30 dicembre 2006, pp. 71-72, par. 3.3.

²⁴ Troviamo una conferma nell'art. 7bis inserito nell'"orientamento generale su elementi chiave del testo" (doc. 10153/10) adottato dai Ministri degli Stati membri partecipanti nel corso del Consiglio GAI del 3 e 4 giugno 2010 (comunicato stampa PRESSE 161), che stabilisce espressamente: "Nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro, la cui legge non prevede il divorzio o non riconosce il matrimonio in questione ai fini della procedura

4. Non esistono nella Proposta, a differenza dei principali strumenti di diritto internazionale privato adottati precedentemente, esclusioni esplicite di materie (cfr. art. 1 regolamento n. 44/2001; art. 1 regolamento n. 2201/2003; e in particolare, con riferimento alla materia della legge applicabile, art. 1 regolamento n. 593/2008, c.d. “Roma I”, art. 1 regolamento n. 864/2007, c.d. “Roma II”).²⁵

Esigenze di coerenza interna all’ordinamento dell’Unione impongono tuttavia di considerare “implicitamente” esclusi quei settori che, pur potendo avere stretta attinenza con divorzio e separazione, trovano una disciplina – quanto alla legge applicabile – in altri specifici atti normativi dell’Unione (adottati o in fase di adozione),²⁶ come in Convenzioni internazionali di cui sono (o saranno parte) gli Stati membri, “nell’interesse” dell’Unione: in particolare, le obbligazioni alimentari,²⁷ i regimi patrimoniali fra coniugi,²⁸ la responsabilità genitoriale.²⁹

In questo modo è garantita l’armonia fra i vari strumenti incidenti sulla materia, ed in particolare si mantiene un parallelismo con la disciplina della giurisdizione e del riconoscimento delle decisioni nella materia matrimoniale prevista nel regolamento n. 2201/2003,³⁰ in modo analogo a quanto espres-

di divorzio, di emettere una decisione di divorzio in virtù dell’applicazione del regolamento stesso”. Cfr. anche il comunicato stampa del Consiglio GAI del 19 e 20 aprile 2007 (doc. 8364/07 Presse 77 cit.), a p. 11: “La definizione e le condizioni di validità del matrimonio sono questioni di diritto sostanziale e quindi di competenza del diritto nazionale. Di conseguenza l’autorità giurisdizionale di uno Stato membro competente in materia di divorzio o separazione personale può pronunciarsi sull’esistenza di un matrimonio in virtù del diritto nazionale”. Non dovrebbe invece assumere alcuna rilevanza, ai fini dell’ammissibilità della domanda, la mancanza di registrazione del matrimonio nei registri dello Stato civile: in Italia, in questo senso, cfr. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1985, n. 5292, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 903. *A fortiori* le unioni equiparate solo a certi effetti a quelle matrimoniali (unioni civili registrate, o *registered partnerships*) sono da ritenere escluse dall’ambito di applicazione del regolamento. Sul tema, in generale, cfr. F. MOSCONI, “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 305 ss.

²⁵ Cfr. anche l’art. 1 della Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio 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 (COM (2009) 154 def.) del 14 ottobre 2009.

²⁶ Sulla necessità di coordinare il regolamento n. 2201/2003 con atti comunitari già adottati in materia se complementari, cfr. F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 63 ss., p. 64.

²⁷ Cfr. il regolamento n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento, all’esecuzione e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUUE L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1, che risulta espressamente applicabile anche alle obbligazioni alimentari derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale (art. 4, par. 1 lett. c), e che rinvia (art. 15), quanto alla legge applicabile, al Protocollo dell’Aja del 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Nel regolamento – che si applicherà a partire dal 18 giugno 2011 a condizione che il Protocollo sia applicabile all’Unione in tale data – non compare una definizione di obbligazione alimentare, ma nel considerando n. 11 se ne richiede una interpretazione autonoma. Si potrà a tal fine far ricorso alla nozione elaborata dalla Corte di Giustizia in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968: nella sentenza del 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *van den Boogaard*, in *Raccolta*, p. I-1147, par. 22, la Corte ha stabilito che se una determinata prestazione, nel caso di specie contenuta nelle statuizioni di natura economica pronunciate dal giudice del divorzio, “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 stabilirne l’ammontare, la decisione riguarda un’obbligazione alimentare”. In argomento cfr. F. POCAR, I. VIARENGO, “Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 805 ss., specialmente p. 807 ss.

²⁸ Troviamo una conferma nella relazione allegata alla Proposta di Decisione che autorizza gli Stati membri alla cooperazione rafforzata (COM (2010) 104 def.), dove si legge: “... si dovrebbe chiarire che il settore della cooperazione rafforzata proposta, la «legge applicabile al divorzio e alla separazione», non comprende le norme di conflitto di leggi per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali del divorzio”. I regimi patrimoniali fra coniugi, sia in costanza di matrimonio, sia in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, formeranno infatti oggetto di una autonoma disciplina sulla legge applicabile. Cfr. il Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, del 17 luglio 2006 (COM (2006) 400 def.). La Corte di Giustizia, nella sentenza del 27 marzo 1979, causa 143/78, *De Cavel*, in *Raccolta*, 1979, p. 1055, par. 7, ha interpretato la nozione di “regime patrimoniale fra coniugi” (oggetto di esplicita esclusione dall’ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, ai sensi dell’art. 1, par. 2, n. 1, come oggi del regolamento n. 44/2001, art. 1, par. 2, lett. a)), come comprensivo anche “di tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo matrimoniale o dallo scioglimento di questo”. In argomento cfr. F. SALERNO, *op. cit.*, p. 64 ss.

²⁹ Cfr. la Decisione 2008/431/CE del Consiglio che autorizza alcuni Stati membri a ratificare ovvero ad aderire, nell’interesse della Comunità europea, alla Convenzione dell’Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, in GUUE L 151 del 1° giugno 2008, p. 36.

³⁰ Il regolamento n. 2201/2003, infatti, esclude espressamente le obbligazioni alimentari (art. 1, par. 3 lett. e)), pone norme distinte in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e non si applica alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento (8° considerando). I regimi patrimoniali sono espressamente esclusi dall’ambito di applicazione nella Proposta di regolamento in materia di successioni cit. *supra* (art. 1, lett. d)).

samente stabilito nei considerando n. 7 dei regolamenti “Roma I” e “Roma II”, in cui si valorizza la coerenza di questi strumenti con il regolamento n. 44/2001 in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni, oltre che con gli altri regolamenti sulla legge applicabile.³¹

Una norma che stabilisca in modo esplicito tali esclusioni sarebbe tuttavia auspicabile,³² anche per evitare il rischio di possibili interpretazioni ed applicazioni errate.³³

Inoltre, aspetti problematici si profilano anche in merito alla determinazione della portata della legge così individuata, dal momento che la Proposta, a differenza dei regolamenti “Roma I” (art. 12) e “Roma II” (art. 15) non contiene alcuna indicazione al riguardo. Le esclusioni sopra esaminate non esauriscono infatti gli aspetti che possono o meno rientrare nell’ambito della legge applicabile al divorzio nei diversi ordinamenti degli Stati membri.³⁴ Sembra corretto ritenere che il regolamento non intenda incidere sulla legge applicabile agli “effetti” del divorzio,³⁵ come, per esempio, oltre agli effetti patrimoniali, le conseguenze sul nome: spetterà poi ai singoli ordinamenti interni stabilire se questi effetti siano o meno da regolare sulla base della stessa legge individuata ai fini dello scioglimento del vincolo.³⁶

4. L’ambito di applicazione *ratione personae*

5. Nessuna indicazione circa un coordinamento con il regolamento n. 2201/2003 è contenuta anche per quanto concerne l’ambito di applicazione *ratione personae* del futuro regolamento.³⁷ Come generalmente previsto negli strumenti internazionali relativi alla legge applicabile, il carattere universale del regolamento (art. 2) comporta che la disciplina ivi prevista sia applicabile da parte dei giudici di uno Stato partecipante anche a prescindere da qualunque contatto dei soggetti interessati con uno Stato membro.³⁸ Il futuro regolamento individuerrebbe perciò la legge applicabile a qualunque domanda di separazione o di-

³¹ In argomento cfr. L. GAROFALO, “Il coordinamento tra le proposte di Regolamento «Roma I» e «Roma II»”, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, Milano, 2007, p. 203 ss.

³² Nella Relazione allegata alla Proposta di Decisione che autorizza la cooperazione rafforzata, si legge: “Le norme sulla legge applicabile al divorzio, e all’attribuzione, esercizio o estinzione della responsabilità genitoriale o alle obbligazioni alimentari sono indipendenti” (par. 47). I giudici, tanto degli Stati membri partecipanti quanto di quelli non partecipanti dovranno perciò ricorrere a diverse fonti (quelle indicate nelle note precedenti) per individuare la legge applicabile ai diversi profili collegati ad una pronuncia di divorzio, posto che, tendenzialmente, la competenza giurisdizionale ricadrà sullo stesso giudice per i diversi settori. Un temperamento a questa frammentazione è costituito dalla possibilità di scegliere la stessa legge per disciplinare il divorzio ed i suoi effetti accessori, in particolare quelli patrimoniali, quando ciò sia ammesso dal diritto internazionale privato del foro, cfr. A. BONOMI, *Il diritto applicabile alla separazione* cit., p. 97.

³³ E’ noto, in Italia, il caso della sentenza del Tribunale di Firenze, 20 maggio 2003, che erroneamente ritenne compreso nell’ambito di applicazione del regolamento n. 1347/2000 (“Bruxelles II”) una domanda di modifica delle condizioni economiche della separazione. Cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, “Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II»”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 699 ss.

³⁴ La questione è importante anche per stabilire in quale misura, negli ordinamenti interni, residui un margine di applicazione delle norme relative all’individuazione della legge applicabile a separazione e divorzio.

³⁵ Sul punto cfr., più ampiamente, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 64 ss.

³⁶ In molte legislazioni interne la stessa legge in forza della quale si pronuncia il divorzio regola anche le conseguenze patrimoniali. Cfr. Tribunale primo grado, sentenza 21 aprile 2004, causa T-172/01, *M. c. Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2004, p. II-1975, par. 73, secondo cui l’accordo vertente sugli alimenti a seguito di divorzio è regolato dalla “legge che regola gli effetti del divorzio, nella fattispecie la legge greca in forza della quale è stato pronunciato il divorzio”. Nello stesso senso già Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 1972, causa 24/71, *Meinhardt*, in *Raccolta*, 1972, p. 269, par. 6. In relazione al nome, ad esempio, l’art. 24 della legge n. 218/1995 stabilisce riguardo ai diritti della personalità (tra cui rientra il nome) che i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto. In materia cfr. anche la Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai nomi e ai cognomi, in vigore tra Italia, Olanda, Portogallo e Spagna, (art. 1): che sottopone la disciplina del nome e del cognome alla legge nazionale.

³⁷ Nell’originario testo della Proposta in commento non era previsto alcun riferimento al regolamento n. 2201/2003, neppure in un considerando, come invece nei regolamenti “Roma I” e “Roma II” (considerando n. 7) in relazione al regolamento n. 44/2001. Nel citato “orientamento generale su elementi chiave” (doc. 10153/10), si è invece inserito un riferimento al regolamento “Bruxelles II-bis”, ma unicamente per stabilire, nell’11° considerando, che “Se del caso, un’autorità giurisdizionale dovrebbe essere considerata adita ai sensi del regolamento (CE) n. 2201/2003” (testo in inglese: “Where applicable, a Court should be deemed to be seized in accordance with Regulation (EC) n. 2201/2003”). Il richiamo al regolamento “where applicable”, fa dunque pensare che il regolamento sulla legge applicabile possa trovare applicazione, nell’intenzione dei Ministri degli Stati partecipanti, anche al di fuori dell’ambito di applicazione del regolamento “Bruxelles II-bis”.

³⁸ Le norme di conflitto individuate nel regolamento possono indifferentemente condurre all’applicazione di norme di uno Stato membro partecipante, di uno Stato membro non partecipante o di uno Stato non membro. Analogamente dispongono l’art. 3 del regolamento n. 864/2007 (Roma II) e l’art. 2 del regolamento n. 593/2008 (Roma I).

vorzio fosse introdotta negli Stati membri partecipanti, indipendentemente dalla circostanza che il criterio di giurisdizione derivi dal regolamento n. 2201/2003 o dalle norme interne dello Stato membro, e quindi anche in relazione a fattispecie collegate esclusivamente o quasi esclusivamente con Stati terzi.³⁹

6. Nella relazione allegata alla Proposta si legge (par. 2.2.) che esso contribuirà “a integrare i cittadini di paesi terzi cui darà la possibilità di sostituire la legge nazionale con quella della nuova residenza”.

In coerenza con questa scelta la Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003, oltre ad introdurre norme sulla legge applicabile, provvedeva a modificare i criteri di giurisdizione in modo da estendere l’ambito di applicazione, anche attraverso l’introduzione di criteri residuali uniformi.⁴⁰

In mancanza della riforma del regolamento n. 2201/2003 in relazione alla competenza giurisdizionale, che – come vedremo – potrebbe avere per risultato di privare di efficacia le norme sulla competenza giurisdizionale comuni di ciascuno Stato membro, il regolamento in commento si applicherebbe anche quando la competenza del giudice adito fosse fondata sui c.d. fori esorbitanti posti dalle norme interne.

In particolare, per quanto concerne l’ordinamento italiano, profili di estensione dell’applicazione *ratione personae* delle norme del regolamento si potranno presentare allorché operino fori chiaramente esorbitanti, quali il foro del luogo della celebrazione del matrimonio in Italia (art. 32 legge n. 218/1995),⁴¹ e quello di residenza o dimora dell’attore in Italia (per effetto della trasformazione dei criteri di competenza territoriale in criteri di competenza giurisdizionale, ai sensi dell’art. 3, 2° comma, ultima frase, legge n. 218/1995).⁴²

Il futuro regolamento consentirebbe a cittadini di Stati terzi con legami scarsamente significativi con il nostro ordinamento di scegliere la legge applicabile al divorzio, tra cui anche la *lex fori*. All’applicazione della *lex fori*, secondo le norme di diritto internazionale privato italiane attualmente vigenti, si arriverebbe invece solo qualora separazione e divorzio non fossero previsti nella legge straniera richiamata, o questa fosse contraria all’ordine pubblico.

7. La portata del regolamento n. 2201/2003 è al momento più limitata. Già il considerando n. 8 del regolamento n. 1347/2000 (“Bruxelles II”) stabiliva espressamente che il regolamento dovesse applicarsi “anche ai cittadini di Stati terzi *che hanno vincoli sufficientemente forti* con il territorio di uno degli Stati comunitari”.⁴³ La Corte di Giustizia ha poi confermato questa impostazione anche con riferimento al regolamento n. 2201/2003, che non contiene alcuna disposizione espressa sull’ambito di applicazione *ratione personae*. La Corte, nel caso *Lopez* deciso il 29 novembre 2007,⁴⁴ richiamando proprio l’8° ed il 12° considerando del regolamento n. 1347/2000, ha affermato che il regolamento n. 2201/2003 “si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità dei criteri di competenza previsti dal detto regolamento, criteri che (...) si fondano sul *principio che deve esistere un reale nesso di collegamento tra l’interessato e lo Stato membro che esercita la competenza*”.⁴⁵

Si può dunque desumere l’ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento n. 2201/2003 dai criteri di giurisdizione posti dagli artt. 3 ss.⁴⁶ Il carattere esclusivo di questi criteri (art. 6) comporta

³⁹ Ciò può costituire fonte di perplessità per chi segua una interpretazione restrittiva della competenza dell’Unione in questa materia, specialmente in relazione all’esigenza che le misure siano adottate, “in particolare, se necessario al corretto funzionamento del mercato interno”, ai sensi dell’art. 81, par. 2, TFUE (ex art. 65 TCE). Già altri strumenti tuttavia si muovono in questa direzione. Gli stessi lavori volti ad estendere l’applicabilità del regolamento n. 44/2001 anche a soggetti domiciliati in Stati terzi confermano la tendenza ad estendere la portata degli strumenti europei di cooperazione giudiziaria anche a fattispecie meno collegate con gli Stati membri. In senso critico cfr. A. FIORINI, “Roma III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, p. 178 ss., in particolare p. 184 ss.

⁴⁰ V. *infra*.

⁴¹ Art. 32, legge n. 218/1995: “In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall’art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia”.

⁴² L’art. 3, 2° comma, legge n. 218/1995, nelle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, stabilisce che “la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”. Cfr. F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 78-79

⁴³ Corsivo aggiunto.

⁴⁴ Sentenza 29 novembre 2007, causa C-68/07, *Lopez*, par. 26.

⁴⁵ Corsivo aggiunto.

⁴⁶ Cfr., per tutti, G. BIAGIONI, “Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia

che gli eventuali fori esorbitanti previsti dalle norme nazionali possono operare solo quando il convenuto non sia residente in uno Stato membro, nè cittadino di uno Stato membro.

8. La Commissione, proprio in concomitanza con l'adozione di norme uniformi sulla legge applicabile, riteneva necessario integrare i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento n. 2201/2003 estendendo, attraverso l'adozione di criteri residuali uniformi, la competenza giurisdizionale. L'iniziativa legata all'introduzione di norme sulla legge applicabile nell'ambito del regolamento n. 2201/2003 si accompagnava, infatti, alla revisione dei criteri giurisdizionali ivi previsti. In particolare: l'abrogazione dell'art. 6, concernente il carattere esclusivo dei criteri di competenza giurisdizionale enunciati nei precedenti artt. 3-5, e la modifica dell'art. 7, concernente la competenza residuale, oltre alla introduzione di una limitata possibilità di proroga della competenza giurisdizionale.

La soppressione dell'art. 6 si fondava sulla considerazione che la regola dell'esclusività è superflua e può creare confusione.⁴⁷ Maggiore rilevanza assume, ai nostri fini, la proposta di modifica dell'art. 7, volta alla introduzione di una norma uniforme sulla competenza residuale che sostituisca le corrispondenti norme interne.⁴⁸ La proposta mirava chiaramente a colmare alcune lacune lasciate dall'attuale disciplina, che potevano portare, in certe circostanze, ad un diniego di giustizia. Tuttavia, i criteri della "precedente residenza abituale comune nel territorio di uno Stato membro" (art. 7, lett. (d)), e della cittadinanza di almeno uno dei due di uno Stato membro (art. 7, lett. (e)), non comportano – dal punto di vista dell'ambito di applicazione *ratione personae* – una estensione di applicazione anche a cittadini di Stati terzi non residenti in uno Stato membro.

C'era da chiedersi se allora sarebbero rimasti applicabili i fori esorbitanti presenti nelle norme interne degli Stati membri partecipanti, almeno in relazione a cittadini di Stati terzi non residenti (o che non abbiano risieduto per almeno tre anni) in uno Stato membro.

La relazione alla Proposta di modifica si riferiva ad una norma "uniforme e completa sulla competenza residuale che sostituisce le corrispondenti norme nazionali...".⁴⁹ L'intenzione sembrava dunque quella di eliminare gli ulteriori fori esorbitanti nazionali,⁵⁰ ma in tal caso una precisazione sarebbe stata preferibile.⁵¹ Attraverso la soppressione di qualunque foro interno esorbitante si raggiungerebbe il massimo grado di uniformità possibile in materia: le norme sulla legge applicabile previste nello strumento di cooperazione rafforzata opererebbero ogniqualvolta il giudice dello Stato membro partecipante fosse competente in materia di divorzio e separazione, competenza che si determinerebbe esclusivamente sulla base di criteri di giurisdizione uniformi.

Ove invece la disciplina sulla giurisdizione non fosse modificata, rimarrebbero operanti i fori residuali interni per le fattispecie non coperte dal regolamento sulla competenza giurisdizionale, mentre le norme uniformi sulla legge applicabile troverebbero comunque applicazione, stante il carattere universale del regolamento e l'assenza di qualunque esplicita limitazione *ratione personae*.

II. Profili problematici relativi ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile

1. I criteri per l'individuazione della legge applicabile

9. Innovando profondamente rispetto a molti degli ordinamenti degli Stati membri, la Proposta in esame introduce la possibilità per i coniugi di scegliere la legge che regolerà la separazione o il divor-

matrimoniale", in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 991 ss., p. 1003 ss.; R. BARATTA, "Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. PICONE, Padova, 2004, p. 163 ss.; F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 67-68. In relazione al regolamento n. 1347/2000, A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 298 ss., p. 327 ss.

⁴⁷ Relazione allegata alla Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 cit., p. 9.

⁴⁸ In questa direzione si muove la Proposta in materia di successioni. Cfr. l'art. 6 "competenza residua", ed il 13° considerando dove si legge: "Onde agevolare il riconoscimento reciproco, d'ora innanzi non è più auspicabile prevedere il rinvio alle norme di competenza del diritto nazionale".

⁴⁹ Corsivo aggiunto.

⁵⁰ In questo senso F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 71 ss. e p. 80.

⁵¹ In senso critico all'eliminazione del riferimento alla *lex fori* cfr. B. NASCIMBENE, *Revisione del Regolamento* cit., p. 59.

zio. La possibilità di scelta è limitata a leggi di Stati che presentino (al momento in cui viene concluso l'accordo) un "legame stretto" con i coniugi,⁵² e cioè la comune residenza abituale, o l'ultima residenza abituale comune se uno dei due coniugi vi risiede ancora, la cittadinanza di uno dei due coniugi, e la *lex fori* (art. 3). È interessante notare che la Proposta, recependo un emendamento del Parlamento, limita gli effetti della scelta, che potrà operare solo "purché tale legge sia conforme ai diritti fondamentali definiti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al principio dell'ordine pubblico". Quest'ultima specificazione, in particolare, sembra riecheggiare quell'"ordine pubblico europeo" che si era tentato di inserire anche nel regolamento "Roma II" senza successo.⁵³ Non si capirebbe altrimenti la necessità di tale riferimento, essendo presente una disposizione specifica che invece tutela l'ordine pubblico del foro (art. 7). Tuttavia è da segnalare che questa parte della disposizione non è stata riprodotta nel documento contenente l'orientamento generale su punti chiave concordato fra Stati membri partecipanti durante il Consiglio GAI del 3 e 4 giugno 2010.⁵⁴ Pertanto è da ritenere che non comparirà nella versione definitiva del regolamento. Non sembra che a ciò debba attribuirsi grande rilievo, dal momento che i valori che si intendevano tutelare nella disposizione sono certamente da considerare rientranti nell'ordine pubblico degli Stati membri.

10. In mancanza di scelta, il criterio principale è quello della residenza abituale dei coniugi al momento in cui viene adita l'autorità giudiziaria (art. 4, lett. a)).⁵⁵ Accogliendo una indicazione formulata dal Parlamento,⁵⁶ la "prossimità" viene dunque valutata non in relazione all'intero arco della vita matrimoniale,⁵⁷ ma con riferimento al momento della domanda: occorrerà necessariamente tener comunque conto di un certo arco di tempo al fine di stabilire l'"abitualità". In ogni caso, sembra auspicabile che il criterio venga interpretato, per quanto possibile, in coerenza con l'analogo criterio di competenza giurisdizionale previsto nel regolamento n. 2201/2003 (art. 3, lett. a)), pur tenendo conto delle diverse finalità dei due regolamenti.⁵⁸ La lett. b) dell'art. 4 prevede quale criterio successivo (applicabile in mancanza di una residenza abituale comune) l'ultima residenza abituale dei coniugi "sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima" della domanda, e sempre che uno dei due coniugi vi risieda ancora. In mancanza, sarà applicabile la legge della comune cittadinanza al momento della domanda (lett. c)), e, quale ultimo criterio, la *lex fori* (lett. d)).

Pur nel silenzio della Proposta, è da ritenere che i criteri dell'art. 4 operino non soltanto quando i coniugi non abbiano effettuato alcuna scelta di legge, ma anche "in mancanza" di scelta "efficace": cioè quando, pur avendo esercitato la facoltà di scelta, la legge scelta non possa essere applicata, vuoi per vizi formali (art. 3, parr. 3 e 4), vuoi perché contrastante con l'ordine pubblico del foro (art. 7).

⁵² Relazione, p. 7.

⁵³ Cfr. l'art. 24 della Proposta di regolamento del 22 luglio 2003 (COM (2003) 427 def.), non riprodotto nel testo definitivo del regolamento, che qualificava come contrari all'ordine pubblico comunitario i danni o gli interessi "esemplari o punitivi".

⁵⁴ Doc. 10153/10 cit. del 1° giugno 2010.

⁵⁵ Il Parlamento europeo aveva proposto di inserire nel testo una definizione di residenza abituale quale "il luogo di ordinaria dimora di una persona". Cfr. la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 21 ottobre 2008 sulla Proposta di regolamento che modifica il regolamento n. 2201/2003, in GUUE C 15 del 21 gennaio 2010, p. 128, emendamento n. 7. Nell'emendamento n. 4 il Parlamento proponeva di inserire un nuovo considerando di questo tenore: "I termini «residenza abituale» dovrebbero essere interpretati in conformità agli obiettivi del presente regolamento. Il loro significato dovrebbe essere determinato dal giudice caso per caso su base fattuale. Tale espressione non rinvia ad un concetto di legge nazionale, bensì ad una nozione autonoma della legge comunitaria". Gli emendamenti non sono stati accolti nella versione in commento; dovrà comunque ricercarsi un significato autonomo di residenza abituale, anche facendo riferimento alle pronunce della Corte di Giustizia.

⁵⁶ Emendamento n. 27.

⁵⁷ Così viene invece applicato il criterio previsto dalla legge italiana della "prevalente localizzazione della vita matrimoniale".

⁵⁸ In senso favorevole ad un'interpretazione del concetto di residenza abituale degli sposi coerente fra i due regolamenti, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *Le legge applicabile* cit., p. 66. Non è da escludere, tuttavia, – come evidenziato anche da V. GAERNTER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possibile connectiong factors in divorce matters against the background of private international law developments", in *Journ. of Priv. Int. Law*, 2006, p. 99 ss., a p. 130 – che il criterio possa essere interpretato in modo più o meno restrittivo a seconda che sia impiegato, rispettivamente, per individuare la legge applicabile o per designare il giudice competente, stante la diversa finalità che si persegue nei due casi. Ciò dovrà essere tenuto presente, in particolare, quando si tratti di desumere indicazioni dalle pronunce della Corte di Giustizia. In senso favorevole all'impiego del c.d. approccio funzionale nell'interpretazione del criterio della residenza abituale, cfr. anche M. MELLONE, "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss., in particolare p. 704 ss.

2. La doppia o plurima cittadinanza

11. L'impiego, seppur limitato, del criterio della cittadinanza nel regolamento comporta inevitabilmente la necessità di prendere in considerazione ipotesi in cui uno dei coniugi, o entrambi, abbiano due o più cittadinanze.⁵⁹ Ai fini della scelta della legge applicabile, assume rilevanza, ai sensi dell'art. 3, lett. c), la cittadinanza dell'uno e dell'altro coniuge: è dunque da ritenere che nel caso in cui uno, o entrambi, abbiano più di una cittadinanza si moltiplichino per essi le leggi tra cui poter scegliere quella applicabile. Non sussistono ostacoli in questo caso alla possibilità di prendere in considerazione tutte le cittadinanze.

Quando si tratta di determinare la legge applicabile in mancanza di scelta, assume rilevanza, quale criterio successivo a quello della residenza abituale dei coniugi (art. 4, lett. a) e b)) la cittadinanza comune dei coniugi (art. 4, lett. c)) al momento della domanda.

Quando uno dei coniugi o entrambi abbiano più cittadinanze, di cui solo una in comune, è ragionevole ritenere che rilevi ai fini dell'individuazione della legge applicabile solo quella comune, e ciò anche nell'ipotesi in cui nell'ordinamento del giudice adito esista una norma che imponga la prevalenza della cittadinanza del foro.⁶⁰

12. Un problema si pone in relazione all'eventuale doppia o plurima cittadinanza comune, essendo necessario individuare una sola legge applicabile.

In mancanza di indicazioni esplicite nella Proposta, la lacuna non potrebbe che essere risolta attraverso i criteri utilizzati nello Stato del foro,⁶¹ pur nel rispetto dei principi espressi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia,⁶² e dunque evitando di applicare disposizioni che possano comportare effetti discriminatori o, più in generale, contrari al diritto dell'Unione.⁶³

Nel caso *Hadadi*,⁶⁴ la Corte di Giustizia, ha stabilito che in caso di doppia cittadinanza comune il giudice non possa ignorare, ai fini dell'applicazione del regolamento n. 2201/2003, la cittadinanza di un altro Stato membro, trattando le persone aventi doppia cittadinanza come se possedessero solo la cittadinanza dello Stato membro adito. Tuttavia, sono diversi i contesti in cui il problema si pone, potendo operare, come è noto, in modo alternativo più criteri di competenza giurisdizionale contemporaneamente (rimettendo in tal caso la scelta all'attore),⁶⁵ mentre ai fini dell'individuazione della legge applicabile occorre pervenire all'individuazione di un'unica legge.

Sarebbe difficile, in assenza di indicazioni esplicite, assimilare questi casi a quelli in cui non sussiste alcuna cittadinanza comune, ed applicare dunque direttamente la *lex fori*, come previsto nell'art. 4, lett. d) per l'ipotesi in cui manchi una cittadinanza comune: favorirebbe tuttavia l'uniformità di applicazione, e quindi la prevedibilità, un criterio che espressamente risolva il problema in questo senso.⁶⁶ Più

⁵⁹ Il problema può dirsi "nuovo" nel panorama dei regolamenti europei, non essendo il criterio della cittadinanza impiegato nei precedenti regolamenti "Roma I" e "Roma II".

⁶⁰ Nella giurisprudenza italiana, cfr. Tribunale di Venezia, 14 novembre 1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 158. Per un celebre caso risolto in Francia nel senso opposto cfr. *Cour de Cassation*, 17 giugno 1968, *Kasapyan*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1969, p. 59 ss., con nota di H. BATIFFOL, che ha considerato aventi nazionalità differente due coniugi aventi entrambi la cittadinanza turca, facendo prevalere per la moglie la cittadinanza francese.

⁶¹ In questo senso cfr., A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 63

⁶² Cfr. in tal senso il considerando n. 10bis inserito nel già citato "orientamento generale su elementi chiave" (doc. 10153/10), che stabilisce "Quando ai fini dell'applicazione della legge di uno Stato il presente regolamento si riferisce alla cittadinanza quale fattore di collegamento, la questione del modo in cui trattare i casi di cittadinanza plurima è disciplinata dalla legge nazionale, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea". Questa era la soluzione indicata anche nella citata relazione esplicativa elaborata dalla Prof. A. BORRÁS alla Convenzione "Bruxelles II" (cfr. punto 33).

⁶³ Cfr. i noti casi *Micheletti* (Corte di Giustizia, sentenza 7 luglio 1992, C-369/90, in *Raccolta*, 1992, p. I-04239 ss.) e *García Avello* (Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, C-148/02, in *Raccolta*, 2003, p. I-11613). In argomento cfr. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, in particolare p. 320 ss.

⁶⁴ Sentenza 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, in corso di pubblicazione in *Raccolta*, 2009.

⁶⁵ E' questa la soluzione a cui perviene la Corte nello stesso caso *Hadadi*, per le ipotesi in cui i coniugi abbiano doppia cittadinanza comune (parr. 49 ss.). In tal senso cfr. già L. TOMASI, "Doppia cittadinanza e giurisdizione in materia matrimoniale nel Reg. n. 2201/2003 ("Bruxelles II-bis")", in *Int'l Lis*, 2008, p. 134 ss.

⁶⁶ Una soluzione esplicita alla questione è contenuta per esempio nella Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali (in vigore tra Francia, Lussemburgo e Olanda), che all'art. 15, par. 2, stabilisce che "the provisions referring to the common nationality of the spouses are not applicable where the spouses have more than one common nationality".

difficilmente ipotizzabile risulta invece un criterio residuale uniforme, che dovrebbe pur sempre fondarsi sul principio di prossimità, dato che il criterio della cittadinanza comune già opera a sua volta come criterio successivo ad altri criteri che prendono in considerazione la residenza abituale dei coniugi.⁶⁷

3. Le conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge individuata attraverso i criteri di collegamento previsti

13. L'art. 5 della Proposta stabilisce che, qualora la legge applicabile ai sensi degli artt. 3 o 4 non preveda il divorzio⁶⁸ o non conceda a uno dei due 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.⁶⁹

Entrambe le ipotesi prese in considerazione in questa disposizione rendono esplicite condizioni di applicabilità della legge straniera che nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri avrebbero potuto comunque operare per effetto del limite dell'ordine pubblico, previsto all'art. 7 della Proposta.⁷⁰ La norma presenta tuttavia il vantaggio di garantire una uniformità di soluzioni, almeno quanto agli aspetti ivi tutelati del "diritto al divorzio" e della parità fra uomo e donna, svincolando la tutela dalla logica internazionale-privatistica dell'impiego del limite dell'ordine pubblico.⁷¹

⁶⁷ Analoghe considerazioni hanno spinto la Corte, sempre nel caso *Hadadi* già richiamato (parr. 51 ss.), ad escludere che ci si possa basare sul concetto di "cittadinanza prevalente" ai fini dell'applicazione dell'art. 3, n. 1, lett. b) del regolamento n. 2201/2003, che stabilisce il criterio della cittadinanza comune dei coniugi come criterio successivo a quello della residenza abituale. In senso favorevole a privilegiare la "cittadinanza effettiva", cioè quella più strettamente connessa con la fattispecie concreta, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *La legge applicabile* cit., p. 69. In senso favorevole all'accoglimento di questa soluzione come soluzione generale, in relazione alla legge applicabile al divorzio, H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 226, 1991-I, p. 9 ss., p. 85 ss., che però sottolinea (a p. 91) come la cittadinanza effettiva degli sposi finirà per coincidere spesso con il loro domicilio o la loro residenza abituale.

⁶⁸ Nel citato orientamento generale su elementi chiave, si è aggiunto il considerando n. 21bis, dove si legge: "Nei casi in cui il regolamento si riferisce al fatto che la legge applicabile non prevede il divorzio, ciò deve essere interpretato nel senso che essa non contempla affatto il divorzio".

⁶⁹ L'articolo non compariva nell'originaria Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003, ed accoglie l'emendamento n. 25 proposto dal Parlamento. In coerenza con questa disposizione il Parlamento proponeva di inserire nel regolamento n. 2201/2003 anche il c.d. *forum necessitatis*, per le ipotesi in cui la legge del foro non prevedesse il divorzio (emendamento n. 15). In argomento cfr. G. ROSSOLILLO, "Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea", in *Cuadernos de derecho transnational*, 2010, p. 403 ss.

⁷⁰ Il *favor divortii* caratterizzante la maggior parte delle legislazioni degli Stati membri conduce spesso all'applicazione dell'ordine pubblico in relazione a leggi straniere che non prevedano l'istituto del divorzio. In Italia, una disposizione specifica rende applicabile la *lex fori* quando la legge straniera richiamata non prevede la separazione o il divorzio (art. 31, 2° comma, legge n. 218/1995). Quanto alla parità fra uomo e donna, essa è sancita, anche con riferimento espresso allo scioglimento del matrimonio, nell'art. 5 del Protocollo n. 7 della CEDU, e dunque si impone a tutti gli Stati membri come condizione di applicabilità di una legge straniera. Cfr. M. DE BOER, "Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community", in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR, Padova, 2008, p. 295 ss. Nel senso dell'inapplicabilità in Italia, per contrasto con l'ordine pubblico, di una normativa straniera (nella specie quella iraniana) che integra una violazione del principio di parità fra uomo e donna, cfr. Tribunale di Milano, 24 marzo 1994, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 853. Nel senso dell'impossibilità di pronunciare un ripudio in Francia perché contrario a "l'effet «plein» de l'ordre public", H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple* cit., p. 269. Un diverso atteggiamento si riscontra invece, in Francia, in relazione al riconoscimento di effetti di ripudi ottenuti all'estero, per effetto dell'applicazione delle note teorie dell'ordine pubblico "attenuato" (Cfr. Cour de Cassation, 17 aprile 1953, *Rivière*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1953, p. 412, con nota di H. BATIFFOL) e del c.d. ordine pubblico "de proximité". La Cour de Cassation francese in alcune pronunce del 17 luglio 2004, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, p. 423 ss., con nota di P. HAMMAJE, ha negato l'ingresso a provvedimenti di ripudio, anche in virtù dell'esigenza di rispettare l'art. 5 del Protocollo n° 7 CEDU, facendo tuttavia riferimento alla circostanza che la moglie, o entrambi gli sposi, fossero residenti in Francia. Ciò è stato interpretato come una conferma dell'accoglimento dell'ordine pubblico "de proximité" in questa materia, cfr. P. COURBE, "Le rejet des répudiations musulmanes", in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815 ss.; ID., "L'ordre public de proximité", in *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2005, p. 227 ss. In senso critico all'impiego dell'ordine pubblico "de proximité" quando si tratta di far valere diritti umani, cfr. A. MEZGHANI, "Le juge français et les institutions du droit musulman", in *Journal dr. int.*, 2003, p. 721 ss., p. 759 ss. Cfr. anche il caso promosso davanti alla Corte europea dei diritti da parte di una cittadina algerina che invocava la violazione dell'art. 5 del Protocollo n. 7 da parte della Francia per aver concesso l'*exequatur* di una pronuncia algerina di ripudio (*D. c. Francia*, ricorso n. 3/02, decisione sulla ricevibilità del 3 maggio 2005), conclusosi tuttavia con l'archiviazione per ritiro del ricorso.

⁷¹ Nel senso dell'inadeguatezza delle teorie dell'ordine pubblico "attenuato" e "di prossimità" ad essere impiegate nei casi in cui "il contrasto con l'ordine pubblico è determinato dalla violazione di fondamentali principi in materia di diritti umani, qua-

E' del resto da tener presente che è proprio la materia degli *status* ad essere caratterizzata da un più ampio impiego del limite dell'ordine pubblico, negli ordinamenti europei, in particolare in relazione agli istituti islamici.⁷² L'impiego del criterio principale della residenza abituale dovrebbe portare ad un ridimensionamento del problema, rispetto invece ai sistemi nazionali improntati al criterio della cittadinanza. Tuttavia, tanto l'impiego residuale del criterio della cittadinanza, quanto il possibile impiego dei criteri posti dal regolamento anche in presenza – come abbiamo visto – di fori esorbitanti, possono contribuire a rendere applicabile la legge di Stati che preveda istituti non compatibili con l'ordine pubblico del foro.

14. Più problematica appare la questione relativa alle conseguenze dell'operare del limite dell'ordine pubblico.

L'art. 5 stabilisce il criterio residuale nel caso in cui la legge individuata non possa operare: cioè l'applicabilità della *lex fori*.

Lo stesso non è previsto nell'art. 7, il quale, riproducendo la formula classica del limite dell'ordine pubblico già contenuta nei precedenti regolamenti in materia di legge applicabile, non stabilisce alcunché sulle conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge designata.

Il silenzio del legislatore potrebbe essere interpretato come indicazione della volontà di non dettare una soluzione uniforme, rimettendosi alle soluzioni previste nelle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri. La stessa soluzione è stata prospettata anche con riferimento alla Convenzione di Roma e ai regolamenti “Roma I” e “Roma II”.⁷³ Maggiormente attenta alle esigenze di uniformità sembra l'opinione di chi ritiene in via generale che si dovrebbe ricorrere ad altri criteri di collegamento eventualmente previsti e soltanto in ultima analisi alla *lex fori*.⁷⁴ Tuttavia, in relazione alla Proposta in esame, è molto probabile che il contrasto con l'ordine pubblico si realizzi soprattutto quando opera il criterio della cittadinanza (art. 4, lett. c)): quindi, anche seguendo l'interpretazione che privilegia il ricorso agli altri criteri di collegamento previsti, si arriverebbe ad applicare la *lex fori* (art. 4, lett. d)). Inoltre, il principale fattore di possibile contrasto con l'ordine pubblico nella materia oggetto della Proposta consiste certamente nella disparità di trattamento fra uomo e donna, già presa in considerazione nell'art. 5: dunque è immaginabile che si presentino pochi casi di effettivo contrasto con l'ordine pubblico per altri motivi. Una disposizione che renda esplicite anche le conseguenze del contrasto con l'ordine pubblico resterebbe tuttavia opportuna.

4. Gli ordinamenti plurilegislativi su base personale

15. L'art. 8, par. 1, della Proposta si riferisce agli “Stati con più sistemi giuridici”, stabilendo: “Ove uno Stato si componga di più unità territoriali, ciascuna con una normativa propria in materia di divorzio e separazione personale, ogni unità territoriale è considerata come uno Stato ai fini della determinazione della legge applicabile ai sensi del presente regolamento”. La norma rispecchia nella formulazione le analoghe disposizioni contenute nei regolamenti “Roma I” (art. 22) e “Roma II” (art. 25).⁷⁵

le il principio di uguaglianza”, cfr. G. CARELLA, “Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. CARELLA, Torino, 2009, p. 67 ss., p. 70. In questo senso è da leggersi anche la risoluzione dell'*Institute of International Law* di Cracovia del 2005, “Cultural differences and *ordre public* in family international law”, che, pur accogliendo in parte l'idea dell'ordine pubblico attenuato in ragione di considerazioni di prossimità (vedi la lett. C, par. 2), stabilisce nei “General Principles” (lett. A, par. 3): “Public policy should be invoked against the normally applicable law only to the extent that, in the circumstances of the case, the application of that law would infringe the principles of equality, non-discrimination and freedom of religion”.

⁷² In argomento cfr. R. CLERICI, “La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale”, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

⁷³ In Italia, per esempio, si prevede che si ricorra agli altri criteri di collegamento eventualmente previsti e solo in mancanza si proceda all'applicazione della *lex fori* (art. 16, 2° comma, legge n. 218/1995). Per un esempio di applicazione di questa disposizione in relazione al limite dell'ordine pubblico nell'ambito di applicazione della Convenzione di Roma, cfr. Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 216. In dottrina, per tutti, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, p. 190 ss.; in relazione al regolamento “Roma II” la soluzione è prospettata da P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 1044.

⁷⁴ Cfr., per tutti, G. BIAGIONI, “Le conseguenze dell'incompatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico nella Convenzione di Roma”, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1083 ss., ed in relazione al regolamento n. 593/2008 (“Roma I”), *Id.*, “Art. 21”, nel Commentario a cura di F. SALERNO, P. FRANZINA, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 911 ss., p. 918.

⁷⁵ Ed una disposizione di analogo contenuto è prevista anche nell'art. 28 della Proposta in materia di successioni.

Nulla è disposto in relazione a quegli ordinamenti in cui coesistono più sistemi legislativi, non su base territoriale, bensì su base personale (per religione, o etnia).⁷⁶

Un caso recentemente deciso in Italia dal Tribunale di Belluno mostra come questa ipotesi si possa facilmente presentare in relazione allo scioglimento del matrimonio.⁷⁷ Due coniugi indiani residenti in Italia presentavano domanda congiunta di divorzio ai sensi dell'*Hindu Marriage Act*, che disciplina il divorzio per "*mutual consent*". Il Tribunale, competente ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 2201/2003, individua la legge applicabile nella legge indiana, data la comune cittadinanza indiana dei coniugi (art. 31 legge n. 218/1995). La legge italiana di diritto internazionale privato prende espressamente in considerazione anche gli ordinamenti plurilegislativi a base personale, stabilendo che in questi casi – come per quelli a base territoriale – la legge applicabile si determina "secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento", e se tali criteri non possono essere individuati, "si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto" (art. 18, legge n. 218/1995). Perciò il Tribunale, in virtù di questa disposizione, ha ritenuto applicabile ai coniugi, che avevano contratto matrimonio induista, l'*Hindu Marriage Act*, che si applica nei confronti delle persone appartenenti alla religione induista, oltre ad altre confessioni religiose equiparate (art. 2). L'applicazione di questa normativa risultava particolarmente favorevole ai coniugi, in quanto consentiva loro di chiedere congiuntamente l'immediato scioglimento del vincolo, senza necessità di passare attraverso una pronuncia giudiziale di separazione, come invece previsto nella legge italiana in materia di divorzio.⁷⁸

Nel caso in cui si arrivi all'individuazione della legge attraverso la scelta delle parti è ipotizzabile che sia la stessa volontà delle parti ad esprimere il sottosistema applicabile,⁷⁹ ma in mancanza, come nelle altre ipotesi in cui si dovesse pervenire al richiamo di un ordinamento plurilegislativo a base personale, manca nel regolamento una indicazione sul criterio da seguire per individuare la legge applicabile.

Anche in questo caso sembra inevitabile, in assenza di indicazioni espresse, rifarsi ai criteri utilizzati nell'ordinamento del foro, con il rischio tuttavia di soluzioni difformi.

Rispetto alle obbligazioni alimentari il Protocollo dell'Aja del 2007, richiamato dal regolamento n. 4/2010 per l'individuazione della legge applicabile, contiene una specifica disposizione dedicata ai sistemi non unificati su base personale (art. 17), che rimette l'individuazione del sotto-sistema applicabile alle regole di ripartizione vigenti nello Stato richiamato, senza prevedere alcun ulteriore criterio residuale.⁸⁰

Il legislatore europeo potrebbe in materia di separazione e divorzio disporre espressamente che si applicano i criteri di ripartizione interni al sistema richiamato, e, in loro mancanza, il criterio del collegamento più stretto. Valorizzerebbe così una soluzione accolta, oltre che nei sistemi di diritto internazionale privato di alcuni Stati membri,⁸¹ anche nella maggior parte delle Convenzioni multilaterali in materia

⁷⁶ In argomento cfr., in generale, A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", in *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 249, 1994-V, p. 145 ss.

⁷⁷ Tribunale di Belluno, 6 marzo, 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 179, con nota di commento di A. FALETTI, "Brevi osservazioni sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano e sulla legge applicabile al divorzio tra coniugi indiani".

⁷⁸ Nel senso che possa essere pronunciato il divorzio sulla base di una legge straniera (nella specie spagnola) anche se questa non prevede un previo periodo di separazione, cfr., da ultimo, Tribunale di Firenze, 13 maggio 2009, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 813, con nota di A. ZANOBETTI, "Divorzio, diritto straniero fondato sul principio della libertà dei coniugi e conformità all'ordine pubblico". In materia di riconoscimento di sentenze straniere è principio acquisito che non contrasti con l'ordine pubblico la sentenza straniera che abbia pronunciato il divorzio senza la previa separazione personale, essendo sufficiente l'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi, cfr., per tutte, Cass., 25 luglio 2006, n. 16978, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 438.

⁷⁹ Nel caso di specie, per esempio, entrambi i coniugi nel giudizio si riferivano all'*Hindu Marriage Act* quale legge applicabile; tuttavia, anche se fosse stato in vigore il regolamento nel testo della Proposta in esame, questa non poteva essere considerata una scelta di legge ai sensi dell'art. 3, par. 4, non essendo previsto nell'ordinamento processuale italiano la possibilità di una scelta di legge nel corso del giudizio.

⁸⁰ Art. 17. "Non-unified legal systems – inter-personal conflicts": "For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules of law applicable to different categories of persons in respect of matters covered by this Protocol, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State".

⁸¹ Cfr., per esempio, l'art. 18 della legge italiana, l'art. 17, 2° comma, della legge belga del 16 luglio 1994 recante il Codice di diritto internazionale privato belga; l'art. 4, par. 3, delle disposizioni preliminari al codice civile tedesco. Accoglie solo la prima delle soluzioni indicate, l'art. 12.5 del codice civile spagnolo.

di legge applicabile.⁸² Il richiamo al sottosistema legislativo che presenta il collegamento più stretto con i coniugi, come criterio residuale, sarebbe coerente con il 19° considerando del futuro regolamento, da cui si evince chiaramente che i criteri ivi previsti si fondano “sull’esistenza di un legame stretto tra i coniugi e la legge in questione”.

⁸² Cfr. Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione di minori, art. 14; Convenzione dell’Aja del 15 novembre 1965 concernente la competenza delle autorità, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni in materia di adozione, art. 11; Convenzione dell’Aja del 2 ottobre 1973 legge applicabile alle obbligazioni alimentari, art. 16; la citata Convenzione dell’Aja del 19 ottobre 1996 sulla protezione dei minori, art. 49.