



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA: DIRITTO INTERNAZIONALE, DIRITTO PRIVATO
E DEL LAVORO

INDIRIZZO: DIRITTO INTERNAZIONALE 'ALBERICO GENTILI'

CICLO: XXV

**TITOLO TESI: I criteri di collegamento personali
nel diritto internazionale privato europeo della famiglia**

Direttore della Scuola : Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.ma Prof.ssa Alessandra Pietrobon

Supervisore: Ch.mo Prof. Francesco Salerno

Dottoranda: Ester di Napoli

Ai miei genitori
A Maria

INDICE SOMMARIO

Principali abbreviazioni p. VI

Introduzione

1. La cornice dell'indagine: il diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare p. 10

2. L'oggetto della ricerca: i criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale, quali risultano impiegati dalle norme di conflitto uniformi in materia familiare » 13

3. Necessità di revisioni: significati e funzioni dei tre predetti criteri, in particolare del criterio della residenza abituale, alla luce dello sviluppo della disciplina internazionalprivatistica dell'Unione » 15

4. Piano dell'esposizione » 17

Capitolo I

La disciplina dell'Unione europea relativa ai conflitti di leggi in materia familiare

1. La struttura "multilivello" delle fonti del diritto internazionale privato dell'Unione in materia familiare: aspetti generali p. 19

Sezione 1

L'Unione europea e il diritto internazionale privato della famiglia

2. Base giuridica, ragioni e strumenti dell'azione dell'Unione europea nel settore della "cooperazione giudiziaria in materia civile" p. 22

3. La competenza "interna": limiti e profili procedurali » 27

4. I rapporti tra le norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea ed i sistemi internazionalprivatistici nazionali degli Stati membri » 40

5. La dimensione "esterna" della cooperazione giudiziaria in materia civile » 45

6. (*Segue*). Le logiche sottese all'azione "esterna" dell'Unione : il "modello-Lugano" e il "modello-Protocollo dell'Aja 2007" » 51

7. L'influenza reciproca tra "diritto dell'Aja", sistemi internazionalprivatistici nazionali e normativa di diritto internazionale privato dell'Unione » 56

8. Risultati e prospettive dell'azione dell'Unione in ambito internazionalprivatistico » 65

9. Elementi per un raffronto fra l'esperienza dell'Unione europea ed altre esperienze di cooperazione internazionale ed unificazione normativa in tale settore » 73

Sezione 2

L'interpretazione

delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea

10. Le principali questioni di metodo relative all'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato p. 77
11. L'interpretazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea » 80
12. L'uniformità interpretativa come garanzia di effettività del diritto internazionale privato dell'Unione europea » 85
13. (*Segue*). Il ruolo della Corte di giustizia ed i mezzi preposti al soddisfacimento della esigenza di uniformità interpretativa: l'impiego dei canoni ermeneutici propri del diritto dell'Unione » 90

Capitolo II

Caratteri ed evoluzione dei legami personali nei sistemi internazionalprivatistici nazionali e nelle convenzioni internazionali

Sezione 1

L'impiego dei legami personali nella disciplina dello "statuto personale"

1. La logica "localizzatrice" sottesa al metodo tradizionale dei conflitti di leggi e la funzione assolta dai legami personali p. 94
2. (*Segue*). Natura ora giuridica ora fattuale dei criteri di collegamento basati su legami personali » 99
3. La vicenda storica dei legami personali nella disciplina dello statuto personale: vani tentativi di unificazione ed armonizzazione » 101
4. (*Segue*). Il domicilio » 108
5. (*Segue*). La cittadinanza » 118
6. (*Segue*). La residenza abituale » 126
7. I fattori dell'evoluzione » 130
8. (*Segue*). ... di ordine politico » 135
9. (*Segue*). ... sociologico » 140
10. (*Segue*). ... assiologico » 145
11. (*Segue*). ... ed economico » 149

Sezione 2

Il coordinamento fra i legami personali ed altri criteri di collegamento eventualmente concorrenti

12. Necessità di una lettura d'insieme della disciplina di conflitto applicabile ad un dato rapporto giuridico familiare p. 151
13. Articolazione tra criteri di collegamento basati su legami personali e criteri di collegamento oggettivi » 153

14. Legami personali e scelta di legge » 155

Capitolo III

Diritti fondamentali e legami personali nella disciplina europea dei conflitti di leggi in materia familiare

1. Diritti fondamentali e diritto internazionale privato: aspetti generali p. 161
2. L'influenza dei diritti fondamentali sulle norme di conflitto dell'Unione europea in materia familiare » 176
3. (*Segue*). Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo..... » 180
4. (*Segue*). ...e della Corte di giustizia dell'Unione. » 192
5. Il domicilio e la residenza abituale » 204
6. (*Segue*). ...ed il rischio di discriminazione indiretta nel loro impiego » 209

Capitolo IV

La residenza abituale nella disciplina europea dei conflitti di leggi in materia familiare

1. La nozione autonoma di "residenza abituale" nella giurisprudenza della Corte di giustiziap. 218
2. Elementi strutturali e logiche sottese: l'elemento oggettivo » 227
3. (*Segue*). L'intenzione come elemento soggettivo » 230
4. (*Segue*). L'intenzione come elemento integrante il dato oggettivo » 251
5. Cittadinanza e residenza abituale » 253
6. Necessità di bilanciamento tra elementi strutturali: verso una categorizzazione dei legami personali » 262

Conclusioni

1. Sintesi degli esiti dell'indagine p. 269
2. La valenza giuridica del legame di residenza abituale » 274
3. L'assimilazione della residenza abituale al "domicilio sovranazionale" nell'ambito dell'Unione europea » 277

Indice delle decisioni citate p. 279

Bibliografia p. 284

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

A. PUBBLICAZIONI PERIODICHE

<i>British Year Book</i>	British Year Book of International Law
<i>Cahiers droit eur.</i>	Cahiers de droit européen
<i>Common Market Law Rev.</i>	Common Market Law Review
<i>Contr. e impresa</i>	Contratto e impresa
<i>Contr. e impresa. Europa</i>	Contratto e impresa. Europa
<i>CDT</i>	Cuadernos de derecho transnacional
<i>Dalloz</i>	Répertoire de droit international - Dalloz
<i>Dir. int.</i>	Diritto internazionale
<i>Dir. Unione europea</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>DUDI</i>	Diritti umani e diritto internazionale
<i>ERCL</i>	European Review of Contract Law
<i>Eur. J. L. R.</i>	European Journal of Law Reform
<i>Edinburgh L. Rev.</i>	Edinburgh Law Review
<i>EJCL</i>	Electronic Journal of Comparative Law
<i>EJIL</i>	European Journal of International Law
<i>Fam. e dir.</i>	Famiglia e diritto
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Ga. J. Int'l & Comp. L.</i>	Georgia Journal of International and Comparative Law
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>Int. Family Law</i>	International Family Law
<i>Int'l Lis</i>	Int'l Lis - Corriere trimestrale della litigation internazionale

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht
<i>J.D.I.</i>	Journal du Droit International
<i>Journ. Private Int. Law</i>	Journal of Private International Law
<i>La Ley</i>	Diario La Ley
<i>MJ Eur. Comp. Law</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>NGCC</i>	La nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NILR</i>	Netherlands International Law Review
<i>NLCC</i>	Le Nuove Leggi Civili Commentate
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>Recueil des cours</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye / Collected courses of the Academy of International Law
<i>Rev. critique</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. der. com. eur.</i>	Revista de derecho comunitario europeo
<i>Rev. droit. int. comp.</i>	Revue de droit international et de droit comparé
<i>Rev. esp. derecho int.</i>	Revista española de derecho internacional
<i>Rev. trim. dr. h.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. int. dir. uomo</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>SAYIL</i>	South Africa Yearbook of International Law
<i>SSRN</i>	Social Science Research Network
<i>Studi integr. eur.</i>	Studi sull'integrazione europea

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

<i>Travaux du comité français</i>	Travaux du comité français de droit international privé
<i>Yearb. Eur. Law</i>	Yearbook of European Law
<i>Yearb. Private Int. Law</i>	Yearbook of Private International Law

B. BANCHE DATI

<i>Asianlii</i>	Asian Legal Information Institute - http://www.asianlii.org
<i>Bailii</i>	British and Irish Legal Information Institute – http://www.bailii.org
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado – http://www.boe.es
<i>Cendoj</i>	Buscador de jurisprudencia, Consejo General del Poder Judicial (Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la Audiencia Provincial, de los Tribunales Superiores de Justicia) - http://www.poderjudicial.es
<i>Cour de Cassation</i>	http://www.courdecassation.fr
<i>EUR-Lex</i>	L'accesso al diritto dell'Unione europea – http://www.eur-lex.europa.eu
<i>Falm</i>	Free Access to Law Movement – http://www.falm.info
<i>Hudoc</i>	European Court of Human Rights – http://hudoc.echr.coe.int
<i>ILCASO.it</i>	ILCASO.it. Foglio di giurisprudenza – http://www.ilcaso.it
<i>INCADAT</i>	The International Child Abduction Database – http://www.incadat.com
<i>Italgiure</i>	ItalgiureWeb – Ministero della Giustizia http://www.italgiure.giustizia.it

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

<i>ITRA</i>	Archivio Trattati Internazionali - http://itra.esteri.it
<i>Legifrance</i>	Legifrance – http://www.legifrance.gouv.fr
<i>Le autorità federali della Confederazione Svizzera</i>	http://www.admin.ch
<i>Cour constitutionnelle de Belgique</i>	http://www.const-court.be
<i>Moniteur belge</i>	Moniteur belge, Service Public Fédéral Justice - http://justice.belgium.be/fr/service_public_federal_justice/organisation/moniteur_belge
<i>Gobierno de España – Ministero de Justicia</i>	http://www.mjusticia.gob.es
<i>NormaTtiva</i>	NormaTtiva. Il portale della legge vigente - http://www.normattiva.it
<i>Protocole n° 2</i>	Information au titre du Protocole n° 2 annexé à la convention de Lugano - http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/index.htm
<i>The Official Home of UK Legislation</i>	http://www.legislation.gov.uk
<i>United States Courts for the Ninth Circuit</i>	http://www.ca9.uscourts.gov

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La cornice dell'indagine: il diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare. – 2. L'oggetto della ricerca: i criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale, quali risultano impiegati dalle norme di conflitto uniformi in materia familiare. – 3. Necessità di revisioni: significati e funzioni dei tre predetti criteri, in particolare del criterio della residenza abituale, alla luce dello sviluppo della disciplina internazionalprivatistica dell'Unione. – 4. Piano dell'esposizione.

1. La cornice dell'indagine: il diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia familiare.

L'Unione europea sta elaborando, da poco più di un decennio, una disciplina internazionalprivatistica uniforme nel settore della famiglia.

Quella familiare, come è noto, è una materia nella quale si incontrano principi fortemente ancorati nella tradizione di ciascuno Stato e soluzioni che spesso differiscono in modo marcato da un ordinamento all'altro, contribuendo a definirne l'identità.

L'Unione europea non ha competenza ad adottare misure riguardanti la disciplina sostanziale della famiglia. Essa, tuttavia, nel quadro della creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", può sviluppare anche in questo campo la "cooperazione giudiziaria" fra gli Stati membri, dando vita a norme uniformi di diritto internazionale privato e processuale alle condizioni previste dall'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, TFUE). A salvaguardia dei valori materiali associati dagli Stati membri all'istituto familiare, il Trattato di Lisbona ha introdotto, nel par. 3 dell'art. 81, una procedura legislativa speciale, in forza della quale, ove si tratti di misure relative al diritto di famiglia, il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

L'azione svolta dalle istituzioni in questo campo, sul piano interno come su quello delle relazioni esterne, si è sviluppata in più direzioni. In particolare, per quanto concerne la disciplina dei conflitti di leggi, hanno visto la luce, ad oggi, due strumenti: il Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile

alle obbligazioni alimentari ed il regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il primo, elaborato in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (di cui l'Unione europea è membro dal 2007), reca anche sul piano interno la disciplina di conflitto degli alimenti in forza del richiamo operato dall'art. 15 del regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Il secondo strumento, adottato mediante una procedura di "cooperazione rafforzata", introduce una regolamentazione organica dei conflitti di leggi in materia di scioglimento e attenuazione del vincolo matrimoniale applicabile dal 21 giugno 2012 in quindici Stati membri dell'Unione.

L'immagine che emerge dagli atti appena ricordati è quella di una normativa settoriale e frammentaria, caratterizzata, più di quanto non avvenga in altri ambiti, da una "geometria variabile".

Sulla base dell'art. 81, par. 3, del TFUE, sono attualmente in corso di elaborazione due nuovi regolamenti. Uno ha ad oggetto la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (COM (2011) 126), l'altro la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (COM (2011) 127).

Ai fini della presente indagine, riterremo ricompresi nella "materia familiare" gli strumenti sopra menzionati. Tuttavia, considerata l'influenza che esercita il "diritto dell'Aja" sulle misure di diritto internazionale privato adottate dall'Unione, nonché tra sistemi internazionalprivatistici nazionali, estenderemo l'analisi, ove opportuno, ad altri strumenti, guardando tanto alle soluzioni accolte nei sistemi di diritto comune quanto alle soluzioni rinvenibili nel diritto internazionale privato uniforme di origine convenzionale, e più specificamente alle convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja.

A tal proposito, conviene precisare che, nell'elaborazione delle norme di conflitto uniformi in ambito familiare, il legislatore dell'Unione è stato influenzato dall'esperienza più "prossima" di unificazione, realizzata mediante

strumenti convenzionali, sviluppatosi all’Aja, anche nell’impiego di certe espressioni. Emblematico, in questo senso, è l’esempio della residenza abituale. Nel contesto europeo, tale criterio è informato ad obiettivi di politica legislativa propri dell’Unione, operando entro una cornice “costituzionale”, assente, invece, a livello pattizio. Nonostante venga impiegata in contesti diversi, dove gli obiettivi di integrazione rispondono ad esigenze di diversa natura, rimane l’origine comune dell’espressione: vedremo come, ad oggi, il significato di questo criterio nel panorama europeo sia pressappoco lo stesso, ma non si esclude che in un futuro il diritto dell’Unione sviluppi dei caratteri originali. Il criterio di collegamento della residenza abituale impiegato nella disciplina di conflitto dell’Unione, pertanto, deve essere interpretato in maniera autonoma ed uniforme in tutti gli Stati membri che la applicano, alla luce del contesto, dei valori e degli obiettivi cui sono informate le norme che la utilizzano, anche laddove, ad esempio, il diritto sostanziale designato sia quello di uno Stato terzo (a motivo della vocazione “universale” dei regolamenti che compongono la disciplina di conflitto in questo ambito).

In definitiva, il diritto internazionale privato uniforme dell’Aja e il diritto internazionale privato uniforme dell’Unione, pur presentando caratteristiche, anche “linguistiche”, spesso simili, rispondono a logiche diverse, che “declinano” il significato delle espressioni impiegate nei propri strumenti. Nel presente lavoro la (reciproca) influenza tra “diritto dell’Aja” e diritto internazionale privato dell’Unione, cui faremo spesso riferimento, deve essere letta alla luce di queste peculiarità.

Il 4 luglio 2012 è stato adottato il regolamento (UE) n. 650/2012 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. Il regolamento, adottato sulla base dell’art. 81, par. 2, del TFUE, non è stato ascrivito dalle istituzioni entro la cornice della materia familiare, essendo stata ritenuta preminente la relazione fra successioni e regime dei beni. In considerazione delle importanti novità che tale regolamento introduce nel quadro di insieme del diritto internazionale privato dell’Unione europea, e della stretta correlazione che

comunque esiste fra la materia successoria e quella familiare, è parso opportuno fare riferimento in più passaggi anche a tale nuovo strumento.

Il diritto internazionale privato dell'Unione, dal Trattato di Amsterdam ad oggi, ha conosciuto uno sviluppo rapido ed importante. La normativa sin qui adottata è ancora lontana dal possedere i caratteri di un "sistema", specie se a tale espressione associamo quell'idea di organicità, coerenza e virtuale completezza che contraddistingue, almeno nelle ambizioni, le codificazioni nazionali della materia. Senonché, la progressiva espansione dell'azione dell'Unione europea nel campo del diritto internazionale privato e la conseguente erosione delle normative "comuni" degli Stati membri, accresce inevitabilmente il grado di autonomia della normativa sovranazionale: questa si presenta informata a principi e valori propri, nonché capace, sempre più, di esprimere un proprio linguaggio e degli schemi tecnici in larga misura originali.

2. L'oggetto della ricerca: i criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale, quali risultano impiegati dalle norme di conflitto uniformi in materia familiare.

Le norme di conflitto contenute nella disciplina uniforme dell'Unione europea nel settore familiare (e così, sullo stesso tema, pur con specifiche caratteristiche, le norme di conflitto contenute negli strumenti convenzionali e nelle moderne codificazioni di diritto internazionale privato) obbediscono perlopiù alla logica "localizzatrice" sottesa al metodo tradizionale dei conflitti di leggi. In particolare, trovano vasto impiego nel contesto qui considerato i criteri di collegamento basati sui legami personali della residenza abituale e della cittadinanza.

Il criterio del domicilio e quello della cittadinanza, tradizionalmente deputati alla individuazione della legge applicabile allo statuto personale nella tradizione internazionalprivatistica dell'Europa continentale, sono stati progressivamente affiancati dal criterio della residenza abituale.

Quest'ultimo criterio tende, anzi, ad assumere oggi un ruolo preminente. Concepito per ovviare alle difficoltà emerse nella pratica in relazione

all'individuazione del domicilio – di cui non è mai stata concepita una nozione autonoma poiché fortemente ancorato al significato attribuitogli dall'ordinamento giuridico d'appartenenza – la residenza abituale appare impiegata dalla disciplina di conflitto uniforme in maniera strumentale al perseguimento degli obiettivi di integrazione delle persone (cittadini europei, ma anche cittadini di Stati terzi) nel tessuto sociale degli Stati membri dell'Unione. La centralità acquisita dal legame della residenza abituale, come si avrà modo di spiegare a tempo debito, riflette una più ampia evoluzione degli schemi che presiedono al governo delle dinamiche sociali (a partire da quelle che fanno capo ai fenomeni migratori), in un'epoca caratterizzata da una crescente porosità delle frontiere, in cui la vita sociale si fa “liquida” (e dunque più “veloce”, mutevole, precaria), la sfera del singolo si arricchisce di nuovi diritti fondamentali e le strutture del vivere comune si ricompongono secondo modelli non tradizionali (come nel caso della coppia omosessuale).

Il legislatore europeo, anche nel settore familiare, accorda inoltre un valore crescente, e talora centrale, alla volontà delle parti, quale criterio di collegamento impiegato per la designazione della legge applicabile (per adesso solo) ai procedimenti di divorzio e separazione personale. L'apertura alla *electio iuris* anche in una materia delicata come quella familiare (pur soggetta, in questo ambito, a limitazioni ignote alla disciplina conflittuale dei rapporti di indole patrimoniale) suggerisce alcune considerazioni preliminari, di carattere terminologico.

Abbiamo qui preferito impiegare l'espressione “legami personali” piuttosto che “criteri soggettivi”, comunemente utilizzati dalla dottrina come sinonimi ⁽¹⁾. Riteniamo che l'emersione dell'individuo quale “soggetto” della norma di conflitto, attraverso la facoltà di scelta della legge applicabile, attribuisca all'*electio* una condizione di peculiare importanza, da tenersi distinta dagli altri

⁽¹⁾ Tra gli altri, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 2010, p. 190 s.; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 34; Per la dottrina spagnola, per tutti, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 12a ed., Granada, 2011, p. 23 Per la dottrina francese, per tutti, D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé. Partie générale*, Paris, 2010, p. 14. Infine, per quanto riguarda la dottrina anglosassone, per tutti, A. V. DICEY, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14a ed., 2006, p. 24.

criteri. Pertanto, è alla sola autonomia della volontà che abbiamo considerato di attribuire l'espressione "criterio di collegamento soggettivo", poiché così intimamente connesso all'individuo ed agli interessi che ne guidano la scelta della legge applicabile.

3. Necessità di revisioni: significati e funzioni dei tre predetti criteri, in particolare del criterio della residenza abituale, alla luce dello sviluppo della disciplina internazionalprivatistica dell'Unione.

I valori sottesi all'impiego dei criteri della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale sono mutati alla luce dello sviluppo che ha conosciuto la disciplina di diritto internazionale privato dell'Unione. L'azione dell'Unione, inizialmente informata ad obiettivi economici, ha nel tempo assunto una dimensione sempre più "sociale". Promuovendo la circolazione delle persone attraverso le frontiere ed il loro stabilimento in uno spazio "integrato", l'Unione ha incoraggiato il moltiplicarsi delle c.d. famiglie internazionali: la disciplina di conflitto uniforme in materia familiare, strumentale al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, ha dovuto rivisitare la propria ragion d'essere, e di conseguenza la propria struttura, anche nell'impiego dei criteri di collegamento localizzatori della fattispecie giuridica, in funzione delle nuove esigenze di mobilità delle persone.

Nel settore familiare, al criterio di collegamento del domicilio, il legislatore europeo ha preferito i criteri della residenza abituale e della cittadinanza. La logica sottesa all'impiego del criterio della cittadinanza non è più, tuttavia, quella di derivazione manciniana. La Corte di giustizia ha affermato che gli Stati membri rimangono liberi di determinare le condizioni di attribuzione della propria cittadinanza, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell'Unione. La rigidità che lo contraddistingue e l'accrescersi dei casi di plurima cittadinanza non depongono a favore di un impiego esclusivo di questo criterio nella realtà "globalizzata" presente, ma ne suggeriscono un'azione combinata con altri criteri di collegamento più flessibili e capaci di seguire la persona nei suoi spostamenti e nei rapporti familiari che allacciano lungo il proprio percorso.

La norma di conflitto dell'Unione assume pertanto una struttura adattabile, "plasmata" sugli interessi in gioco delle persone di volta in volta coinvolte, ed informata a valori ed obiettivi dell'ordinamento sovranazionale.

È principalmente attraverso il criterio della residenza abituale che la disciplina di conflitto persegue gli obiettivi sopra evocati, di flessibilità e di concretizzazione degli obiettivi di politica dell'Unione, prima tra tutte la libertà "costituzionale" della circolazione delle persone garantita dai Trattati.

Anche la residenza abituale assume oggi un significato diverso da quello adottato originariamente dalle convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja. Le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nazionale e dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sua determinazione propongono di rivisitarne il concetto alla luce delle evoluzioni del diritto internazionale privato. Se da una parte la disciplina internazionalprivatistica è generalmente attraversata da un fenomeno di flessibilizzazione, specializzazione e materializzazione delle proprie disposizioni, dall'altra, le norme di conflitto uniformi, informate ad obiettivi e valori propri, si flessibilizzano e si specializzano sulla scorta di obiettivi materiali "europei". Questo movimento in seno al diritto internazionale privato dell'Unione si riflette sulla natura della norma di conflitto di origine sovranazionale e sugli elementi che la compongono.

In questo scenario, i diritti fondamentali giocano un ruolo sostanziale, rafforzato con il Trattato di Lisbona: nella elaborazione della norma di conflitto, il legislatore europeo è chiamato al loro rispetto (art. 67, par. 1, del TFUE), e così l'operatore giuridico in fase di interpretazione ed applicazione della norma al caso concreto. I criteri di collegamento impiegati dalle norme di conflitto dell'Unione si sono necessariamente adattati alle esigenze "costituzionali" dettate dagli strumenti recanti una disciplina in tema di diritti fondamentali, in particolare al dettato della CEDU, nonché alla giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia.

Alla luce delle evoluzioni descritte, sosteniamo che la disciplina di conflitto uniforme europea in materia familiare impieghi oggi un proprio linguaggio. A nostro avviso, le espressioni tecnico-giuridiche impiegate nelle norme di conflitto dell'Unione, nel particolare i criteri di collegamento in analisi, ma, soprattutto, il

criterio della residenza abituale, *evocano* concetti noti, appartenenti ad una tradizione passata, ma *rappresentano* una realtà nuova.

4. *Piano dell'esposizione.*

Si rende opportuno, in primo luogo, definire il “perimetro” della ricerca, soffermandoci sul quadro delle fonti del diritto internazionale privato dell'Unione, con attenzione specifica alla materia familiare, e sulla problematica relativa alla interpretazione delle espressioni tecnico-giuridiche impiegate da tale disciplina nel contesto europeo (Capitolo I).

Per comprendere le attuali logiche sottese all'impiego dei tre criteri di collegamento in esame nel panorama del diritto internazionale privato della famiglia in Europa, analizzeremo l'evoluzione del loro impiego nel tempo, individuando a tal fine i fattori che hanno guidato tale evoluzione (Capitolo II).

Il tema relativo all'impatto dei diritti fondamentali sulla disciplina internazionalprivatistica della famiglia dell'Unione occupa il Capitolo III. Ci soffermeremo in quella sede su alcune pronunce della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo che affrontano il tema della compatibilità di certe norme di conflitto nazionali con i diritti fondamentali previsti dai Trattati e dalla CEDU.

Il Capitolo IV di questo lavoro è dedicato infine al criterio di collegamento basato sul legame personale della residenza abituale. Attraverso l'analisi dei suoi elementi costitutivi e delle logiche ad essi sottese, ci interrogheremo sul significato e sulle ragioni che ne rendono la determinazione complessa, e che pregiudicano l'applicazione omogenea delle norme di diritto internazionale privato uniformi che la impiegano. Attraverso la comparazione delle pronunce rese dai giudici nazionali di alcuni Stati membri dell'Unione, tanto di merito quanto di legittimità, valuteremo quali siano, nello specifico, le difficoltà interpretative che suscita il criterio della residenza abituale. Approfondiremo, tra le altre, la giurisprudenza italiana, soffermandoci anche su esperienze che, pur lontane da quella europea (nella specie, quella statunitense), si avvicinano a questa per il tramite della partecipazione ad alcune convenzioni dell'Aja che impiegano

un linguaggio simile, sia pure privo delle logiche “ordinatorie” che informano l’Unione europea.

Già nel corso della trattazione, proveremo a fornire alcune conclusioni parziali, in risposta allo stimolo di pronunce insoddisfacenti rese dalle Corti europee.

È nella parte conclusiva, sulla traccia della ricerca svolta, che valuteremo se esistono i presupposti per una rivisitazione del significato del criterio di collegamento della residenza abituale e le condizioni per procedere ad una ridefinizione che tenga conto delle peculiarità del “sistema” di diritto internazionale privato dell’Unione.

CAPITOLO I
LA DISCIPLINA DELL'UNIONE EUROPEA
RELATIVA AI CONFLITTI DI LEGGI
IN MATERIA FAMILIARE

SOMMARIO: 1. La struttura “multilivello” delle fonti del diritto internazionale privato dell’Unione in materia familiare: aspetti generali. – SEZIONE 1 - L’UNIONE EUROPEA E IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELLA FAMIGLIA. – 2. Base giuridica, ragioni e strumenti dell’azione dell’Unione europea nel settore della “cooperazione giudiziaria in materia civile”. – 3. La competenza “interna”: limiti e profili procedurali. – 4. I rapporti tra le norme di diritto internazionale privato dell’Unione europea ed i sistemi internazionalprivatistici degli Stati membri. – 5. La dimensione “esterna” della cooperazione giudiziaria in materia civile. – 6. (*Segue*). Le logiche sottese all’azione “esterna” dell’Unione: il “modello-Lugano” e il “modello-Protocollo dell’Aja 2007”. – 7. L’influenza reciproca tra “diritto dell’Aja”, sistemi internazionalprivatistici nazionali e normativa di diritto internazionale privato dell’Unione. – 8. Risultati e prospettive dell’azione dell’Unione in ambito internazionalprivatistico. – 9. Elementi per un raffronto fra l’esperienza dell’Unione europea ed altre esperienze di cooperazione internazionale ed unificazione normativa in tale settore. – SEZIONE 2 - L’INTERPRETAZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELL’UNIONE EUROPEA. – 10. Le principali questioni di metodo relative all’interpretazione delle norme di diritto internazionale privato. – 11. L’interpretazione nel diritto internazionale privato dell’Unione europea. – 12. L’uniformità interpretativa come garanzia di effettività del diritto internazionale privato dell’Unione europea. – 13. (*Segue*). Il ruolo della Corte di giustizia ed i mezzi preposti al soddisfacimento della esigenza di uniformità interpretativa: l’impiego dei canoni ermeneutici propri del diritto dell’Unione.

1. La struttura “multilivello” delle fonti di diritto internazionale privato dell’Unione in materia familiare: aspetti generali.

In Europa, la disciplina di diritto internazionale privato in materia familiare è distribuita su diversi “livelli” normativi. Esistono, infatti, norme di origine statale, convenzionale e sovranazionale.

Per un verso, gli Stati si dotano di regole interne (ora scritte, ora di elaborazione giurisprudenziale) volte a definire la competenza dei propri giudici, risolvere i conflitti di leggi e stabilire le condizioni per il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni pronunciate dalle autorità

straniere. Tali disposizioni integrano il diritto internazionale privato *comune* dell'ordinamento cui appartengono.

A queste norme si affiancano quelle prodotte attraverso la cooperazione fra due o più Stati, quale si realizza mediante lo strumento del trattato, bilaterale o multilaterale. Il trattato, com'è noto, individua una disciplina uniforme, deputata a fornire, negli Stati da esso vincolati, una risposta univoca alle stesse esigenze regolatorie, promuovendo la certezza delle situazioni giuridiche ed assicurandone la continuità attraverso le frontiere. Nello specifico, con riferimento ai trattati multilaterali, rileva l'attività "unificatrice" promossa da alcune organizzazioni internazionali, quali la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e, per la materia che interessa il presente studio, la Commissione internazionale dello stato civile ⁽¹⁾. La prima, divenuta organizzazione internazionale permanente nel 1955 ⁽²⁾, costituisce attualmente la più importante organizzazione internazionale preposta all'unificazione del diritto internazionale privato. In seno ad essa sono state adottate, sin qui, trentotto convenzioni. Il successo della Conferenza è riconducibile in larga parte a due fattori. Da una parte, le sue convenzioni sono aperte alla ratifica e all'adesione anche di Stati non membri: ciò incoraggia una cooperazione tra Stati quanto più ampia possibile, senza che sia richiesta per questo la ratifica del suo statuto. Il secondo aspetto riguarda il carattere di universalità che contraddistingue le convenzioni dell'Aja: queste, con particolare riferimento alle convenzioni recanti disposizioni sui conflitti di leggi, sono applicabili *erga omnes*, trovano cioè applicazione anche qualora la legge individuata dalle proprie norme di conflitto uniformi sia quella di uno Stato non contraente.

⁽¹⁾ Sulla *Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, oltre alle informazioni reperibili nel sito web ufficiale, all'indirizzo <http://www.ciec1.org>, v. M. GEBAUER, *International Commission on Civil Status (ICCS)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 442 ss.

⁽²⁾ La Conferenza, che solo nel corso del tempo ha acquisito carattere permanente, assumendo i caratteri di una organizzazione internazionale, si riunì per la prima volta il 12 settembre 1893. Ulteriori informazioni sono reperibili nel sito ufficiale, <http://www.hcch.net>. In dottrina, v. D. MARTINY, *Hague Conference on Private International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 667 ss., nonché F. SEATZU, *Conferenze internazionali: II) Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, 2005, p. 342 ss.

Anche l'Unione europea (che, con il Trattato di Lisbona si sostituisce e succede alla Comunità)⁽³⁾, in terzo luogo, contribuisce ad arricchire il quadro delle fonti delineato (è il citato "livello" sovranazionale). Essa, invero, ha dapprima incoraggiato e poi direttamente provveduto alla unificazione *regionale* della disciplina: si inquadrano nella prima fase le c.d. convenzioni "comunitarie" relative al diritto internazionale privato, a partire dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968; appartengono invece alla seconda gli atti normativi adottati dalle istituzioni in forza delle competenze attribuite all'Unione relativamente alla "cooperazione giudiziaria in materia civile" con il Trattato di Amsterdam ed ora contemplate dall'art. 81 TFUE.

Muovendo dalla constatazione della struttura "multilivello" delle fonti del diritto internazionale privato in Europa e, specificamente, dei conflitti di leggi in materia familiare, si pone immediatamente la questione relativa ai problemi che suscita tale configurazione. Una prima questione attiene alla delimitazione dello spazio occupato da ciascun "livello" e alla definizione delle rispettive caratteristiche. Una seconda problematica riguarda il coordinamento tra "livelli" sopra evidenziati.

L'angolatura da cui tali problemi verranno affrontati in questo capitolo è quella del diritto dell'Unione europea. Volgeremo pertanto dalla base legale su cui si fonda l'azione dell'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, così come "rimodellata"⁽⁴⁾ dal Trattato di Lisbona (par. 2), soffermandoci in primo luogo sul versante interno della competenza (par. 3) e sull'interazione tra misure di diritto internazionale privato europeo e strumenti di diritto internazionale privato comune (par. 4). A seguire, tratteremo le caratteristiche della competenza esterna dell'Unione (par. 5). In questo contesto, evidenzieremo gli effetti di tale azione sul versante interno e le sue ricadute anche nei sistemi internazionalprivatistici nazionali. Sul versante esterno, l'attenzione ricadrà sui diversi "modelli" che contraddistinguono il rapporto tra strumenti

⁽³⁾ Art. 1 del Trattato sull'Unione europea.

⁽⁴⁾ F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione Europea - parte speciale*, a cura di G. Strozzi, 2^a ed., Torino, 2010, p. 455.

internazionalprivatistici dell'Unione e le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato uniforme: da un lato, la logica "espansionista" dell'Unione, tesa ad estendere il proprio modello internazionalprivatistico anche all'esterno e, dall'altra, la complessa logica di "intreccio normativo" con alcune convenzioni, che caratterizza alcuni strumenti sovranazionali (par. 6). Vedremo successivamente in che modo il "diritto dell'Aja" interagisce con i sistemi internazionalprivatistici nazionali e con la disciplina di diritto internazionale privato dell'Unione, in una logica di "*cross fertilization*" (par. 7).

Dopo aver riflettuto, poi, sul carattere "sistemico" del diritto internazionale privato dell'Unione, con attenzione alla materia familiare (par. 8), ci soffermeremo in conclusione sulle esperienze di cooperazione internazionale ed unificazione normativa di diritto internazionale privato elaborate al di fuori dell'Unione e sul coordinamento e le interazioni tra le rispettive misure (par. 9).

Sezione 1

L'Unione europea e il diritto internazionale privato della famiglia.

2. Base giuridica, ragioni e strumenti dell'azione dell'Unione europea nel settore della "cooperazione giudiziaria in materia civile".

L'art. 81, par. 1, del TFUE, stabilisce che "[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, collocata all'interno del più ampio disegno volto alla progressiva creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" ⁽⁵⁾ (art. 3, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, di seguito

⁽⁵⁾ Ai sensi dell'art. 68 TFUE, il 2 dicembre 2009, il Consiglio europeo ha adottato il Programma di Stoccolma (17024/09), che definisce la strategia operativa e legislativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014. Si vedano anche, a ritroso: COM(2005)184def. (Programma dell'Aja); COM(2000)167def., Programma di Tampere, che sviluppa il Piano d'azione di Vienna, contenuto nella comunicazione della Commissione COM(1998)459def., preparato prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e concepito per individuare il modo migliore per attuare

TUE; articoli 67 e seguenti del TFUE), “può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”.

Le misure cui si riferisce l'art. 81 costituiscono lo sviluppo dell'opera di “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato e processuale avviata sulla base delle innovazioni apportate al Trattato istitutivo della Comunità europea (di seguito TCE) ad opera del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, a sua volta preceduta dalle iniziative di cooperazione realizzate fra gli Stati membri su base convenzionale ⁽⁶⁾. A tal proposito, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in vigore dal 1° febbraio 1973) ⁽⁷⁾ e la Convenzione di Roma del 19 giugno del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (in vigore dal 1° aprile 1991) ⁽⁸⁾ costituiscono i prolegomeni internazionalistici dell'azione dell'Unione nell'ambito del diritto internazionale privato. La prima delle due convenzioni “comunitarie” venne adottata, tra gli allora sei Stati membri della Comunità europea, sulla base dell'art. 220 del TCE (successivamente art. 293 TCE, ora abrogato con l'entrata in vigore di Lisbona), che stabiliva l'impegno degli Stati membri ad iniziare, se ed in quanto necessario, dei “negoziati per semplificare le formalità relative al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni giudiziarie e dei lodi arbitrali”. Nonostante non sia stata adottata sulla base dell'art. 220 TCE, si può parlare di “disciplina comunitaria” anche con riguardo alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la cui negoziazione venne promossa dalla Comunità. Le disposizioni di entrambe le convenzioni possono in ogni caso essere oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione (regolata allora dall'art. 177 del TCE ed ora dall'art. 267 del TFUE), ai sensi,

le disposizioni di questo sullo spazio di libertà sicurezza e giustizia (“Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”).

⁽⁶⁾ P. STONE, *EU Private International Law*, 2nd ed., Northampton, 2010; per un primo commento, v. G. DE GROOT, J.-J. KUIPERS, *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 113 ss.

⁽⁷⁾ In GUCE C 27 del 26.1.1998, p. 1 ss.

⁽⁸⁾ In GUCE L 266 del 9.10.1980, p. 1 ss.

per la Convenzione di Bruxelles, del Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971 e, per la Convenzione di Roma, di due appositi Protocolli adottati nel 1988, entrati in vigore solo il 1° agosto 2004 ⁽⁹⁾. Per entrambe le convenzioni, seguirono successivamente trattati di adesione da parte dei nuovi Stati membri dell'Unione, rendendosi necessario, in alcuni casi, modificare la disciplina originaria a motivo delle peculiarità degli ordinamenti nazionali dei nuovi Stati parti ovvero delle pronunce interpretative della Corte di giustizia nel frattempo intervenute. Seguì poi l'elaborazione del testo della Convenzione "Bruxelles II" del 28 maggio 1998, mai entrata in vigore per il contestuale avvento del Trattato di Amsterdam ⁽¹⁰⁾.

L'art. 81, par. 2, del TFUE definisce analiticamente l'oggetto delle misure che possono essere adottate in forza del par. 1. La norma, dettando un elenco in larga parte corrispondente a quello contenuto nell'art. 65 del TCE, prefigura misure riguardanti "il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione", "la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali", nonché misure volte ad assicurare la "compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione", "la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova" e "un accesso effettivo alla giustizia". L'Unione è altresì investita del compito di curare "l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura

⁽⁹⁾ La Convenzione di Roma è stata ad oggi oggetto di pochissime pronunce. V. in proposito le sentenze 6 ottobre 2009 *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c. Balkenende Oosthuizen BV*, causa C-133/08, in *Racc.*, 2009, p. I-09687; 15 marzo 2011, *Koelzsch c. Grand-Duché de Luxembourg*, causa C-29/10, in *Racc.*, 2011, p. I-01595, e 15 dicembre 2011, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, C-384/10, non ancora pubblicata in *Racc.* Nel momento in cui si scrive, pendono innanzi alla Corte la causa *A. Schlecker ("Firma Anton Schlecker") c. M.J. Boedeker*, causa C-64/12 (in GU C 126 del 28.04.2012, p. 5) e la causa *United Antwerp Maritime Agencies (UNAMAR) NV c. Navigation Maritime Bulgare*, causa C-184/12 (in GU C 200 del 7.7.2012, p. 6).

⁽¹⁰⁾ Il testo della convenzione è riprodotto in *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. Pocar, T. Treves, F. Clerici, P. De Cesari, F. Trombetta-Panigadi, Milano, 1999, p. 21 ss. Da questa convenzione mai entrata in vigore discende il nome dei regolamenti prima n. 1348/2000 ("Bruxelles II") e poi n. 2201/2003 ("Bruxelles II bis"). La Relazione esplicativa della Convenzione "Bruxelles II", redatta dalla Prof.ssa A. Borrás (in GUCE C 221 del 16.7.1998, p. 27 ss.), è oggi impiegata per l'interpretazione del regolamento n. 2201/2003.

civile applicabili negli Stati membri”, come pure di provvedere allo “sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie” e al “sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari”.

Le competenze attribuite all'Unione dall'art. 81 TFUE si inseriscono nell'ambito di un più esteso disegno politico di integrazione cui il diritto internazionale privato appare strumentale ⁽¹¹⁾. In assenza di una regolamentazione materiale uniforme dei rapporti privatistici a carattere transnazionale, lo sviluppo della “cooperazione giudiziaria in materia civile” fra gli Stati membri contribuisce a conferire certezza a tali rapporti e alle situazioni giuridiche che vi si ricollegano, sostenendo e promuovendo la mobilità delle persone, delle imprese e dei fattori produttivi ⁽¹²⁾. Le istituzioni europee sono così investite delle competenze necessarie all'adozione di atti normativi; esse, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità ⁽¹³⁾, nel contesto d'integrazione quale obiettivo politico dell'Unione, sono preposte all'adozione di atti normativi che provvedano,

⁽¹¹⁾ V. A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, 2009, spec. pp. 177-210. Per l'autore il diritto internazionale privato dell'Unione europea costituisce “an interim measure, to provide an intermediate level of ordering, with the view that [it] will ultimately lead to a more substantive unification of law”. V. anche D. MARTINY, *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*, in *SSRN*, 2010, p. 1 ss., spec. p. 4, per cui, in riferimento ai rapporti di famiglia (ed in mancanza di un “diritto di famiglia europeo”), “the harmonization of European private international law can therefore only be considered as an intermediate step along the path to more integration”.

⁽¹²⁾ I presupposti generali per l'esercizio delle competenze dell'Unione relative alla cooperazione giudiziaria in materia civile sono dunque, ai sensi dell'art. 81, par. 1, del TFUE, il carattere “civile” della materia e la sussistenza di “implicazioni transnazionali”. Tale precisazione, che limita l'ambito di applicabilità *ratione materiae* degli strumenti preposti alla cooperazione giudiziaria in materia civile, è contenuta in diversi strumenti di diritto dell'Unione, ed è stata ivi inserita per uniformare l'ambito di applicazione di tali atti normativi europei, partecipi di uno stesso progetto comune. Si vedano, ad esempio, pur con qualche differenza, gli articoli 1 (“Campo di applicazione”) dei regolamenti “Roma I” e “Bruxelles I”, n. 1206/2001 sull'assunzione delle prove, n. 1393/2007 sulla notificazione o comunicazione degli atti, nonché gli articoli 2 dei regolamenti n. 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, n. 1896/2006 che istituisce un regolamento europeo di ingiunzione di pagamento e n. 861/2007 relativo alle controversie di modesta entità.

⁽¹³⁾ Tali principi costituiscono i presupposti dell'attribuzione di competenza alle istituzioni europee. L'Unione esercita tali competenze poiché il suo intervento è indispensabile al raggiungimento di determinati scopi, e tale che gli effetti di tale intervento siano limitati a quanto necessario per la tutela degli interessi che esso mira a garantire. V. Protocollo addizionale n. 2 al Trattato di Lisbona, *Sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà*, ed inoltre P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà “verticale”. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002.

inoltre, a dirimere le controversie eventualmente emergenti nella fase patologica dei rapporti transnazionali, conferendo così al panorama internazionalprivatistico un aspetto pressoché uniforme ⁽¹⁴⁾.

Si tratta, evidentemente, di norme uniformi, che esigono di ricevere una interpretazione uniforme. Le ragioni di tali uniformità e le garanzie poste a presidio della stessa formano l'oggetto di una più ampia disamina nella sezione che segue, cui dunque si rinvia.

Nel disegno politico di integrazione europea, occupa un posto di speciale rilievo la realizzazione del mercato interno ⁽¹⁵⁾. Rileva a questo fine sottolineare come l'Unione, inizialmente ideata con una finalità economica, si sia evoluta in direzione di una dimensione più ampia. L'art. 81, par. 2, del TFUE, sottolinea come Parlamento e Consiglio adotteranno gli atti volti allo sviluppo di una cooperazione giudiziaria in materia civile (nei settori ivi elencati), attraverso la procedura ordinaria, "soprattutto se necessario al buon funzionamento del mercato interno". L'art. 81 TFUE attribuisce così all'Unione una competenza *autonoma* e per niente residuale nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile ⁽¹⁶⁾. Il "buon funzionamento del mercato interno", condizione necessaria ai fini dell'esercizio della competenza dell'Unione nella cooperazione giudiziaria in materia civile, è oggi rilevantemente ridimensionato ⁽¹⁷⁾. Solo per fare un cenno a questo tema, che ha suscitato vivi dibattiti sin dall'entrata in vigore del Trattato di

⁽¹⁴⁾ L'uniformità del "sistema" di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea è controversa, per cui ci riserviamo di riprendere questa riflessione più avanti (*NdR*).

⁽¹⁵⁾ La nozione di "mercato interno" è tutt'altro che precisa, dovendosi intendere con ciò qualsiasi situazione che abbia un impatto sulla circolazione delle persone. V. F. POCAR, *The "Communitarization" of Private International Law and Its Impacts on the External Relations of the European Union*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, F. Pocar, S. Bariatti, Padova, 2008, p. 3 ss.; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, spec. p. 242 ss.

⁽¹⁶⁾ S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, 2a ed., Milano, 2009, p. 21.

⁽¹⁷⁾ In passato, infatti, l'armonizzazione del diritto internazionale privato era ad esso funzionale: considerando, tuttavia, che il mercato con cui ha a che fare l'Unione è un mercato globale e che la stessa Corte di giustizia ha interpretato l'art. 65 TCE nel senso che esso non richiede "un legame effettivo unicamente con situazioni che comportino un nesso effettivo e sufficiente con il funzionamento del mercato interno" (sentenza 1° marzo 2005, *Owusu*, causa C-281/02, in *Racc.*, 2005, p. I-1383), questo carattere è sì preso in considerazione nell'azione normativa dell'Unione, senza però essere imprescindibile.

Amsterdam (dibattiti che hanno tuttavia perso d'interesse con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) ⁽¹⁸⁾, per comprendere il ridimensionamento del limite del buon funzionamento del mercato interno è necessario fare luce sulle modifiche che ha subito l'art. 65 TCE con il Trattato di Lisbona. Il testo originario dell'articolo prevedeva che l'adozione delle misure ivi previste avvenisse "per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno". Così enunciata, la disposizione si avvicinava al contenuto dell'art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE) che, come nella versione attuale, concerneva le misure "che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione del mercato comune". I limiti posti da entrambe le disposizioni alle misure adottate ai sensi degli articoli 65 e 95 TCE parevano affini, tanto da renderne poco chiaro il significato. Come segnalato, il Trattato di Lisbona fa cadere questa discussione, ridimensionando la portata quale condizione per l'esercizio della competenza dell'Unione, nella misura in cui attribuisce alle istituzioni il potere normativo "*in particolare* se necessario al buon funzionamento del mercato interno" ⁽¹⁹⁾. Tale presupposto, benché ridimensionato, non è tuttavia soppresso: le istituzioni, all'ora di adottare uno strumento sulla base dell'art. 81 TFUE, devono chiarire la differenza rispetto all'esercizio di competenze ai fini dell'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ai sensi degli articoli 26 e 114 ss. TFUE.

3. La competenza "interna": limiti e profili procedurali.

L'art. 81 TFUE ha costituito la base giuridica di un variegato *corpus* di testi normativi ⁽²⁰⁾, unificato da vincoli genetici (la base legale, appunto)

⁽¹⁸⁾ S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, cit., pp. 22-25.

⁽¹⁹⁾ In riferimento alla clausola del mercato interno, v. primo *considerando* del regolamento n. 2201/2003, primo e secondo *considerando* del regolamento n. 1206/2001, sesto *considerando* del regolamento 864/2007, primo e secondo *considerando* del regolamento n. 1397/2007 e quarantesimo *considerando* del regolamento n. 593/2008 .

⁽²⁰⁾ L'azione delle istituzioni, che alcuni autori hanno considerato espressione di "bulimia" (A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. Bonomi, Torino, 2009, p. 12) si è tradotta nei seguenti atti: regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza (in GUCE L 160 del 30.6.2000, p. 1 ss.); regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n.

e funzionali, ovvero la realizzazione del principio del mutuo riconoscimento⁽²¹⁾ (favorendo così la circolazione delle decisioni sul territorio dell'Unione)

1347/2000 (“Bruxelles II-bis”, in GUUE L 338 del 23.12.2003, p. 1 ss.); regolamento (CE) n. 1393/2007 del 13 novembre 2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale (“notificazione o comunicazione degli atti”) e che abroga il regolamento (CE) n. 1348/2000 (in GUUE L 324 del 10.12.2007, p. 79 ss.); regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (“Bruxelles I”, in GUCE L 12 del 16.1.2001, p. 1 ss.), nonché il regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), applicabile dal 10 gennaio 2015 (“Bruxelles I-bis”, in GUUE L 351 del 20.12.2012, p. 1 ss.); regolamento (CE) n. 1206/2001 del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale (in GUCE L 174 del 27.6.2001, p. 1 ss.); direttiva n. 2003/8/CE del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l’accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie (in GUCE L 26 del 31.1.2003, p. 41 ss.); regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (in GUUE L 143 del 30.4.2004, p. 15 ss.); regolamento (CE) n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento (in GUUE L 399 del 30.12.2006, p. 1 ss.); regolamento (CE) n. 861/2007 dell’11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (in GUUE L 199 del 31.7.2007, p. 1 ss.); regolamento (CE) n. 864/2007 dell’11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”, in GUUE L 199 del 31.7.2007, p. 40 ss.); direttiva n. 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (in GUUE L 136 del 24.5.2008, p. 3 ss.); regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”, in GUUE L 177 del 4.7.2008, p. 6 ss.), che riprende con rilevanti modifiche la Convenzione di Roma del 1980 sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali; regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (in GUUE L 7 del 10.1.2009, p. 1 ss.); regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (“Roma III”, in GUUE L 343 del 29.12.2010, p. 10 ss.); regolamento (UE) n. 650/2012 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, applicabile dal 17 agosto 2015 (il “regolamento sulle successioni”, in GUUE L 201 del 27.07.2012, p. 107 ss.). Infine, il 16 marzo 2011, la Commissione ha presentato due proposte di regolamento relative, rispettivamente, alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, e alla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi (COM(2011)125 definitivo e COM(2011)126 definitivo).

⁽²¹⁾ Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni, accompagnato dalla previsione di ipotesi di “esecutività automatica” di una decisione negli altri Stati membri è uno dei pilastri su cui si fonda l’azione dell’Unione. Esso rappresenta la “versione europea” del principio *Full Faith and Credit* sancito dalla Costituzione degli Stati Uniti e rappresenta un notevole passo avanti verso l’integrazione dei sistemi processuali degli Stati membri. V. R. H. JACKSON, “*Full Faith and Credit: The Lawyer’s Clause of the Constitution*”, in *Columbia Law Review*, 1945, p. 1 ss.; G. HAIBACH, *The Mutual Recognition of Decisions in Civil and Commercial Matters in the European Union in the Light of the Full Faith and Credit Clause of the U.S. Constitution*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2003, p. 291 ss.

noonché, su un piano più generale, la creazione di uno spazio giuridico integrato.

Tale attività configura l'azione *interna* dell'Unione, i cui risultati sono applicabili nel territorio degli Stati membri: gli strumenti di diritto internazionale privato di matrice europea, per lo più di diritto internazionale privato processuale, presuppongono invero che la situazione o il rapporto giuridico di riferimento presenti un certo legame personale o spaziale con uno Stato membro.

In via preliminare rileva l'esigenza, indicata dalla Corte di giustizia⁽²²⁾, per cui gli atti dell'Unione, perché siano legittimi, devono essere conformi agli obblighi posti dalle norme di diritto internazionale generale. Per quanto nei Trattati manchino riferimenti a fonti del diritto internazionale diverse dagli accordi, è ragionevole ritenere che anche per tali fonti valgano analoghi principi e che quindi, secondo "l'ordinamento" dell'Unione, le istituzioni e gli Stati membri siano tenuti altresì al rispetto degli obblighi posti dal diritto internazionale generale.

Tanto premesso, il già menzionato art. 67 TFUE stabilisce che "[l]'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". La norma in questione enuncia i valori a cui è soggetto lo sviluppo delle competenze dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato tracciandone, contemporaneamente, i limiti. Il rispetto dell'identità degli Stati membri si affianca al principio di proporzionalità dei mezzi utilizzati dall'Unione per il raggiungimento dei fini prefissati, quali vincoli all'azione dell'Unione nell'esercizio normativo in ambito di diritto internazionale privato⁽²³⁾. Il

⁽²²⁾ Anche qualora si tratti di obblighi posti da una norma di diritto internazionale generale nei confronti di Stati terzi, si prospetta un limite alla legittimità degli atti normativi dell'Unione (sentenza 27 settembre 1988, *Ahlström*, cause 89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, in *Racc.*, 1988, p. I-5193); la Comunità, ha inoltre affermato la Corte, "è tenuta a rispettare le norme del diritto consuetudinario internazionale allorché adotta un regolamento che sospende le concessioni commerciali conferite da un accordo o in forza di un accordo che essa ha stipulato con un paese terzo (sentenza 16 giugno 1988, *Racke*, causa C-162/96, in *Racc.*, 1998, p. I-3655).

⁽²³⁾ Così come la proporzionalità e la sussidiarietà possono essere concepiti come presupposti-limiti inerenti all'esercizio della competenza delle istituzioni europee in campo

Trattato di Lisbona ha sancito all'art. 6 TUE che la Carta di Nizza (in vigore dal 1° febbraio 2003) ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ⁽²⁴⁾; il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta diventa dunque doveroso, dal momento che la loro inosservanza equivarrebbe alla violazione del trattato, con la conseguente attivazione dei meccanismi di riparazione in esso previsti.

La prospettiva dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU") si è consolidata con la Dichiarazione n. 2, relativa all'art. 6, par. 2, del TUE, che afferma come questa "debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione" ⁽²⁵⁾. Il rispetto per i diritti, le libertà ed i principi contenuti nella Convenzione è già stato prescritto dall'art. 6 TUE, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la Corte ha spesso valorizzato il rapporto tra il diritto dell'Unione e la CEDU, anche in ambito internazionalprivatistico: i diritti fondamentali contenuti nella CEDU formano parte dei principi generali di diritto che la

di diritto internazionale privato, anche il rispetto dei diritti fondamentali e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri si configura come limite "interno". V. *infra*, Cap. III.

⁽²⁴⁾ "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". Si veda anche la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona per cui "[l]a Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri". Ed inoltre "[l]a Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati". Fino alla sua inclusione nel Trattato di Lisbona la Carta di Nizza era considerata strumento d'indirizzo per l'azione del "legislatore europeo", nonché documento di riferimento per l'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia delle Comunità europee e dei tribunali nazionali

⁽²⁵⁾ Sul dibattito tema relativo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU v., *ex pluribus*, A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 97 ss.; F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 5 ss.; G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra due sistemi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. Carella, Torino, 2009, p. 4 ss.; G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, p. 973 ss.; P. IVALDI, C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 7 ss. V. *infra*, Cap II, par. 1.

Corte si preoccupa di far rispettare ⁽²⁶⁾. Il Trattato di Lisbona ribadisce ora che tra la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo vi sia un dialogo regolare e prevede che “tale dialogo potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione”, nell’ottica di una sistematica coerenza nelle pronunce di entrambe le corti.

L’art. 6 CEDU definisce le garanzie che gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare agli individui con riguardo all’esercizio della funzione giurisdizionale da parte delle proprie autorità. Attraverso il “filtro” dell’art. 6 TUE, tali garanzie condizionano anche l’azione sviluppata dall’Unione nel campo del diritto internazionale privato: i limiti così disposti sono ricompresi negli atti normativi adottati dall’Unione. Per quanto riguarda il rispetto del principio del contraddittorio, ad esempio, nei regolamenti concernenti la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni, l’Unione prevede delle eccezioni al riconoscimento ed all’esecuzione. L’art. 33 del regolamento n. 44/2001, ad esempio, stabilisce che “[l]e decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento”, ciò a favorire la libera circolazione delle decisioni nel territorio dell’Unione: solo qualora vi sia contestazione, il riconoscimento della decisione avverrà seguendo il procedimento semplificato (qualora si contesti che la decisione non venga riconosciuta) o il procedimento ordinario (*ex* articoli 38-39 che delineano la disciplina dell’esecuzione) ⁽²⁷⁾. Tra i motivi di non

⁽²⁶⁾ V. sentenza 8 maggio 2008, *Weiss und Partner*, causa C-14/07, in *Racc.*, 2008, p. I-3367, nella quale la Corte, pronunciandosi sull’interpretazione dell’art. 8 del regolamento n. 1348/2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, afferma che la traduzione di una domanda giudiziale effettuata a cura del richiedente “non è considerata, né dal legislatore comunitario né dagli Stati membri, quale elemento indispensabile all’esercizio dei diritti della difesa del convenuto, essendo soltanto necessario che quest’ultimo disponga del tempo sufficiente a consentirgli di far tradurre l’atto e di organizzare la sua difesa. Tale scelta del legislatore comunitario e degli Stati membri” – prosegue la Corte – “non è in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali quale risulta dalla CEDU. Infatti, l’art. 6, n. 3, lett. a), di questa convenzione, secondo il quale ogni accusato ha, in particolare, diritto a essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico, è applicabile soltanto in materia penale. Nessuna disposizione della CEDU impone la traduzione di una domanda giudiziale in materia civile e commerciale” (punti 56 e 57).

⁽²⁷⁾ Questa è una delle principali differenze tra il regolamento n. 44/2001 ed il regolamento n. 2201/2003, di cui si veda in particolare l’art. 21, par. 3: ai sensi di

riconoscimento, che possono essere fatti valere solo nella fase del contraddittorio, stante il principio dell'automatismo del riconoscimento delle decisioni, vi è l'ipotesi in cui il convenuto contumace non abbia avuto la possibilità di organizzare la propria difesa (eccetto qualora, pur avendone avuto l'occasione, non abbia impugnato la decisione) ⁽²⁸⁾. Recepiscono i limiti all'azione dell'Unione, tra le altre, le norme sulla partecipazione all'assunzione delle prove nel regolamento n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale, e la tutela del destinatario dell'atto notificato nel regolamento n. 1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (tramite l'utilizzo di un modulo standard, le specificazioni riguardo alla data da considerare per la notifica, la lingua dell'atto etc.). Al di là dei valori processuali sopra enunciati, non si dimentichi la protezione dell'interesse superiore del minore, che ha ispirato, quale valore-limite fondamentale alla base dell'azione dell'Unione, disposizioni tese alla sua tutela nel contesto del regolamento n. 2201/2003 ⁽²⁹⁾, che, per garantire parità di condizioni a tutti i minori, disciplina tutte le

quest'ultimo, infatti, possono avvalersi della procedura semplificata i portatori di entrambi i contrapposti interessi, vale a dire tanto il coniuge cui preme che sia riconosciuto lo scioglimento o l'invalidità del matrimonio ovvero la separazione, quanto il coniuge cui, al contrario, preme che la decisione straniera sia dichiarata non riconoscibile.

⁽²⁸⁾ La giurisprudenza della Corte ha più volte dichiarato che il riconoscimento di una decisione straniera in uno Stato richiesto, alla luce di un regolamento di diritto dell'Unione, debba avvenire solo qualora nello Stato d'origine siano state osservate le disposizioni relative alla difesa giurisdizionale del convenuto (Corte di giustizia, sentenza 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, in *Racc.*, 2000, p. I-1935, sull'interpretazione restrittiva di "ordine pubblico" interno quale ostacolo all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro; sentenza 14 dicembre 2006, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH*, causa C-283/05, in *Racc.*, 2006, p. I-5661, relativamente alla possibilità del convenuto di impugnare una decisione contumaciale emessa nei suoi confronti *solo qualora* abbia avuto effettivamente conoscenza del contenuto della decisione mediante notificazione o comunicazione effettuata in tempo utile per consentirgli di presentare le sue difese dinanzi al giudice dello Stato d'origine; cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*, ricorso n. 30882/96, punti 47-48, sull'impossibilità di delibare una decisione emanata a seguito della violazione, nello Stato d'origine, dell'art. 6 CEDU). Tutte le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili sulla banca dati HUDOC, al sito <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁽²⁹⁾ L'importanza dell'interesse superiore del minore è tale da aver determinato l'inserimento di una disposizione relativa alla possibilità, in via eccezionale e a determinate condizioni, di derogare la competenza del giudice investito del potere decisionale secondo quanto previsto dal regolamento ed affidare la competenza al giudice di un altro Stato

decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale ⁽³⁰⁾.

Le norme adottate dalle istituzioni hanno assunto prevalentemente la forma del regolamento, strumento che, a prima vista, si presta maggiormente al raggiungimento degli scopi elencati nell'art. 81, par. 2, del TFUE ⁽³¹⁾. Il regolamento, com'è noto ⁽³²⁾, ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno Stato membro ⁽³³⁾.

Rispetto allo strumento convenzionale, dunque, il regolamento presenta notevoli vantaggi. *In primis*, la negoziazione di un trattato internazionale è lunga ed impegnativa – tanto più complessa quanti sono gli Stati che vi partecipano –, così come, in aggiunta, le fasi a seguire. L'unanimità richiesta dal processo di negoziazione dello strumento internazionale pattizio è sostituito, nell'elaborazione del dispositivo regolamentare europeo, dal meccanismo di produzione legislativa in seno alle istituzioni europee. A differenza delle direttive che stabiliscono un

membro “se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso”. V. art. 15 (*forum necessitatis*) e tredicesimo *considerando* del regolamento n. 2201/2003, ed inoltre O. LOPES PEGNA, *L'ascolto del bambino nel regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo e la protezione del minore*, a cura di A. Pè, A. Ruggiu, Milano, 2011, p. 35 ss.

⁽³⁰⁾ Quinto *considerando* del regolamento.

⁽³¹⁾ La normativa UE “derivata” dall'art. 81 TFUE fa emergere, a differenza degli atti europei di natura “speciale” di diritto internazionale privato in armonizzazione di alcuni settori ai sensi degli articoli 94-95 TCE (ora articoli 114-115 TFUE), un coordinamento “orizzontale” tra gli Stati europei, senza individuare alcun polo ordinatorio – l'Unione – separato dagli Stati membri (si vedano, ad esempio, il regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario, il regolamento n. 2100/94 sui ritrovati vegetali, etc., ma soprattutto varie direttive per il ravvicinamento delle legislazioni concernenti la materia assicurativa – n. 88/357 –, le clausole abusive nei contratti dei consumatori – n. 93/13 –, le azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori – n. 2009/22 – etc.). V. F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, cit., p. 472.

⁽³²⁾ Art. 288 TFUE.

⁽³³⁾ Occupano una posizione di notevole rilievo, tuttavia, anche le decisioni che ha adottato l'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile (tra queste assumono considerevole importanza la Decisione che autorizza gli Stati membri a firmare la Convenzione dell'Aja del 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori (decisione del Consiglio 2003/93/CE del 19 dicembre 2003), nonché la Decisione del Consiglio che istituisce la rete giudiziaria europea (decisione del Consiglio 2001/470/CE del 28 maggio 2001).

obbligo di risultato e lasciano liberi gli Stati in relazione ai mezzi tramite i quali raggiungerlo, i regolamenti sono la forma più completa di normativa dell'Unione. Il principio di proporzionalità potrebbe indurre a preferire lo strumento della direttiva, in quanto meno invasivo e, in apparenza, maggiormente rispettoso dell'identità degli Stati membri. Tuttavia, allo scopo che si prefigge l'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, nella prospettiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il regolamento si pone come dispositivo idoneo al raggiungimento degli scopi enunciati: non si ricerca tanto l'armonizzazione delle normative interne che, quanto l'unitarietà di un "sistema" composto di norme uniformi.

Caratteristica ulteriore dell'atto regolamentare (come, d'altronde, di qualsiasi altro atto normativo europeo) è la possibilità di essere *de iure* sottoposto alla funzione interpretativa della Corte di giustizia ad opera del mezzo del rinvio pregiudiziale (*ex art. 267 TFUE*). A tal proposito, conviene sottolineare come il Trattato di Lisbona abbia abrogato l'art. 68 TCE⁽³⁴⁾, che limitava la possibilità di sollevare una questione pregiudiziale, concernente l'interpretazione oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni fondati sull'allora titolo IV, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione, esclusivamente ai giudici di ultima istanza ("avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno"). Tale modifica, che permette pertanto ai giudici nazionali di qualsiasi istanza di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte contribuisce all'interpretazione ed all'applicazione uniforme delle disposizioni adottate dall'Unione nell'ambito dell'odierno Titolo V. Questa possibilità è quanto più rafforzata dall'introduzione del procedimento d'urgenza (PPU), *ex art. 104 ter*, del regolamento di procedura, che trova esclusiva applicazione nei rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale procedimento, cui si è fatto ricorso per la prima volta in relazione ad un rinvio pregiudiziale teso all'interpretazione di alcune disposizioni del regolamento n. 2201/2003⁽³⁵⁾, ha la finalità di fornire rapide risposte ai

⁽³⁴⁾ Tra gli altri, v. G. DE GROOT, J. J. KUIPERS, *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, cit., p. 114.

⁽³⁵⁾ Si tratta della sentenza 11 luglio 2008, *Inga Rinau*, causa C-195/08 PPU, in *Racc.*, 2008, p. I-05271. L'urgenza del rinvio in questo caso era motivata sia per le ragioni

giudici nazionali, in settori particolarmente delicati nei quali si rende necessaria una drastica accelerazione dei tempi ⁽³⁶⁾.

L'art. 81 TFUE prevede che gli atti siano approvati dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo una "procedura legislativa ordinaria": l'atto, ovvero, è adottato congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio su proposta della Commissione (art. 289, par. 1, del TFUE) ⁽³⁷⁾. La Commissione trasmette la proposta al Parlamento europeo, che ne dà una prima "lettura": qualora il Consiglio si affianchi alla "posizione" adottata dal Parlamento sulla proposta della Commissione, l'atto viene adottato nei termini risultanti dalla posizione stessa. Qualora, tuttavia, non concordi con l'orientamento del Parlamento, il Consiglio ritrasmette nuovamente il suo parere dando il via alla seconda "lettura". Il Parlamento assume così un ruolo decisivo: l'atto proposto si considera non adottato se esso lo respinge ("a maggioranza dei membri che lo compongono"), nondimeno viene adottato qualora il Parlamento lo approvi oppure quando esso non si pronunci nel termine di tre mesi. Se il Parlamento propone emendamenti alla posizione assunta dal Consiglio, l'atto viene accolto solo qualora quest'ultimo li approvi integralmente: se il Consiglio non approva tutti gli emendamenti viene allora convocato un "comitato di conciliazione" (a cui partecipa anche la Commissione), al fine di "giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei rappresentanti del Parlamento europeo". Qualora il comitato non addivenga ad alcuna intesa comune, l'atto si considera come non adottato; tuttavia, se il comitato lo approva, si

di tutela del minore, sia dal tenore del diciassettesimo considerando del regolamento n. 2201/2003, che concerne il ritorno immediato del minore sottratto, nonché dall'art. 11, n. 3, dello stesso regolamento, che fissa al giudice cui è stata presentata una domanda per il ritorno del minore, un termine di sei settimane per emanare la sua decisione. Da ultimo, v. sentenza 26 aprile 2012, *Health Service Executive c. SC e AC*, causa C-92/12 PPU, non ancora pubblicata in *Racc.*, in merito all'interpretazione dell'art. 56 del regolamento n. 2201/2003 (per la motivazione dell'urgenza, v. punti 48-50 della sentenza).

⁽³⁶⁾ V. A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 45 ss. Per un approfondimento sulla procedura d'urgenza, v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'UE*, Torino, 2009, p. 437 ss.

⁽³⁷⁾ Tale procedura è regolata dall'art. 294 TFUE; essa prende avvio con la presentazione al Parlamento e al Consiglio da parte della Commissione di una proposta di atto normativo. La procedura così avviata può prevedere fino ad un massimo di tre diverse "letture" da parte del Consiglio e del Parlamento.

apre la terza “lettura” prevista dal dispositivo della norma, nella quale il Parlamento ed il Consiglio dispongono di un termine di sei settimane “per adottare l’atto in questione in base al progetto comune”.

L’art. 81, par. 3, del TFUE dispone una deroga al paragrafo precedente: le misure relative al diritto di famiglia con implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio che delibera all’unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, secondo una procedura legislativa speciale. I parlamenti nazionali, in questo contesto, vengono a ricoprire con Lisbona un ruolo di preminenza ⁽³⁸⁾: essi, di fatto, “sono informati della proposta [trasmessa dalla Commissione al Parlamento]”. Il parlamento nazionale esprime la propria “posizione” riguardo al progetto della Commissione e qualora comunichi “la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata”. In mancanza di tale opposizione, il Consiglio può adottare la decisione. Tale deroga sottolinea la rilevanza che occupa il diritto di famiglia negli ordinamenti degli Stati membri, che detengono in questo ambito una competenza esclusiva ⁽³⁹⁾. Qualora, dunque, gli Stati accertino l’impossibilità di un consenso unanime sull’adozione di un regolamento – in uno degli ambiti di competenza dell’Unione -, essi ne richiedono l’intervento, nel limite del raggiungimento degli scopi su cui poggia tale intervento: è (anche) questa la ragion d’essere del regolamento n. 1259/2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (denominato non ufficialmente “Roma III”), concepito per fronteggiare la fase patologica dell’elevato numero di matrimoni

⁽³⁸⁾ V. Protocollo n. 1 *Sul ruolo dei parlamenti nazionali dell’Unione europea*; cfr. anche art. 69 TFUE, in base al quale i parlamenti nazionali “[...] vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”. Tale controllo – che conferma l’importanza che rivestono i parlamenti nazionali – interessa “le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro dei capi 4 e 5”, vale a dire l’ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia.

⁽³⁹⁾ Dichiarazione n. 61 *della Repubblica di Polonia relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* per cui “[l]a Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell’integrità fisica e morale dell’uomo”.

“internazionali” che ogni anno vengono celebrati sul territorio dell’Unione⁽⁴⁰⁾.

Le misure adottate dalle istituzioni europee sono dunque per natura applicabili a tutti gli Stati membri dell’Unione, salvo che per quegli Stati per i quali il diritto dell’Unione si applica in forma differenziata⁽⁴¹⁾. È questo il caso di Regno Unito e Irlanda del nord, che si avvalgono del regime di *opting in*⁽⁴²⁾, nonché della Danimarca, che si avvale del regime di *opting out*⁽⁴³⁾. I primi sono di base esclusi dall’azione del Consiglio per quanto riguarda il capo III del titolo V del TFUE, ma possono decidere di partecipare all’adozione di norme relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in modo che, laddove sia necessaria l’unanimità della votazione, questa sia raggiunta anche con il proprio voto⁽⁴⁴⁾. Per quanto riguarda la posizione della Danimarca, il regime di *opting out* non preclude la sua partecipazione alle misure adottate in seno alle istituzioni europee nell’ambito dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia, ma colloca tale

⁽⁴⁰⁾ Secondo una statistica condotta dalla Commissione europea (MEMO/10/100), in Europa si celebrano 122 milioni di matrimoni all’anno, di cui circa 16 milioni (il 13 %) sono considerati “internazionali” (perché i coniugi sono di nazionalità differenti, vivono in paesi diversi oppure vivono in uno Stato diverso da quello della loro cittadinanza). Nel 2007 vi sono stati più di un milione di divorzi nei 27 Stati membri, di cui 140.000 (il 13 %) caratterizzati da un “elemento di estraneità”. Lo studio della Commissione, del 24 marzo 2010, è reperibile al sito <http://www.europa.eu>.

⁽⁴¹⁾ Esempi di applicazione differenziata del diritto dell’Unione si rinvencono all’art. 139 TFUE, che elenca una serie di disposizioni dello stesso Trattato che non operano rispetto agli “Stati membri riguardo ai quali il Consiglio non ha deciso che soddisfano alle condizioni necessarie per l’adozione dell’euro” (denominati “Stati membri con deroga”); altro importante caso di applicazione differenziata riguarda la Carta dei diritti fondamentali che è sì applicabile a tutti gli Stati dell’Unione (*ex art. 6, par. 1, del TUE*), ma non produce alcuni effetti rispetto alla Polonia ed al Regno Unito (in base al Protocollo n. 30). Costituisce una forma significativa di applicazione differenziata della normativa dell’Unione anche la “cooperazione strutturata permanente” relativa alla difesa comune. Essa coinvolge soltanto gli “Stati membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative” (art. 42, par. 6, del TUE e Protocollo n. 10).

⁽⁴²⁾ V. Protocollo n. 21 *Sulla posizione del Regno Unito e dell’Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*.

⁽⁴³⁾ Allegato al Protocollo n. 22 *Sulla posizione della Danimarca*.

⁽⁴⁴⁾ Ai sensi dell’art. 3, par. 2, “[i]l Regno Unito o l’Irlanda possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un’iniziativa al Consiglio, a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, che desiderano partecipare all’adozione ed applicazione di una delle misure proposte; una volta effettuata detta notifica tali Stati sono abilitati a partecipare”. Il consenso di questi paesi non è mai mancato negli atti normativi adottati nell’ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile (eccezione fatta per il regolamento n. 1259/2012).

partecipazione sul piano del diritto internazionale pubblico (*ex art. 218 TFUE*)⁽⁴⁵⁾.

Un ulteriore esempio di applicazione normativa non uniforme si rinviene, come accennato, nel fenomeno della *cooperazione rafforzata*⁽⁴⁶⁾. Questa procedura, disciplinata dall'art. 20 TUE e dagli articoli 326-334 TFUE, è stata applicata per la prima volta per l'adozione, da parte del Consiglio, del ricordato regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁽⁴⁷⁾. Il procedimento di cooperazione rafforzata consente ad un gruppo di Stati membri (almeno nove), previa autorizzazione del Consiglio⁽⁴⁸⁾, di perseguire, da soli, obiettivi che, “nel quadro delle competenze non esclusive dell'Unione” (art. 20, par. 1, del TUE), “non possono essere perseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme” (art. 20, par. 2, del TUE). La procedura implica

⁽⁴⁵⁾ V. ad esempio i due accordi internazionali conclusi tra la Comunità e la Danimarca nel 2005, ai sensi dell'allora art. 300 TCE, con i quali si è estesa a questo Stato la disciplina uniforme contenuta nel regolamento n. 1348/2001 e nel regolamento n. 44/2001 (rispettivamente, in GUUE L 299 del 16.11.2005, p. 61 ss. e GUUE L 300 del 17.11.2005, p. 53 ss.). I due accordi sono entrati in vigore il 1° luglio 2007 (in GUUE L 94 del 4.4.2007, p. 70). Rimanga costante che tali Stati, nonostante abbiano espresso la volontà di non ricadere nell'ambito di applicazione del titolo V, hanno altresì voluto sottolineare che in nessun modo ostacoleranno gli Stati membri nell'adozione di misure che sviluppino la loro cooperazione per quanto concerne misure non vincolanti per gli stessi (si vedano i *considerando* dei menzionati protocolli allegati ai Trattati). Ciò a testimonianza della determinazione, anche da parte loro, a contribuire al raggiungimento di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia.

⁽⁴⁶⁾ Con riguardo alla cooperazione rafforzata (ma non solo) si parla a questo proposito di “Europa a due velocità”. V., *ex pluribus*, A. FIORINI, *Rome 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.; I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile alla separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. Unione europea*, 2011, p. 113 ss.; F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 297 ss.; D. THYM, *Europa a varias velocidades: las cooperaciones reforzadas*, in *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, a cura di J. M. Beneyto Pérez, J. M. González-Orús, B. Becerril Atienza, Madrid, 2009, p. 571 ss., nonché, dello stesso autore, “*United in Diversity*” – *The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, in *The Unity of the European Constitution*, Berlin, 2008, p. 357 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. anche il regolamento (UE) n. 1257/2012 del 17 dicembre 2012 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (in GUUE L 361 del 31.12.2012, p. 1 ss.).

⁽⁴⁸⁾ V. Decisione del Consiglio del 22 luglio 2010 (2010/405/UE) che approva la cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale (in GUUE L 189 del 22.7.2010, p. 12 ss.), nonché Decisione del Consiglio del 10 marzo 2011 (2011/167/UE) che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (in GUUE L 76 del 22.3.2011, p. 53 ss.).

la partecipazione delle istituzioni europee senza che siano coinvolti nella votazione delle delibere del Consiglio gli Stati non partecipanti alla cooperazione. La normativa adottata tramite il procedimento di cooperazione rafforzata, che vincola inizialmente solo gli Stati membri partecipanti ⁽⁴⁹⁾, ai sensi dell'art. 331, par. 1, del TFUE, rimane tuttavia aperta a future adesioni da parte di quegli Stati membri che intendano accedervi in un secondo momento ⁽⁵⁰⁾.

L'atto regolamentare, come abbiamo visto, nonostante rechi sostanziali aspetti positivi, si trova a dover fare fronte ad alcuni fattori che attenuano l'idea di applicazione uniforme perseguita dall'Unione. Il regolamento, infatti, che per natura dovrebbe essere cogente, uniforme ed esclusivo, si applica in certe situazioni per "facoltà" del privato ⁽⁵¹⁾. In secondo luogo, si registra talora una certa flessibilità, essendo consentito agli Stati membri, in qualche caso, di integrare per certi aspetti la disciplina uniforme ⁽⁵²⁾ o di modularne l'applicazione ⁽⁵³⁾. Finalmente, il regolamento

⁽⁴⁹⁾ Nel caso del regolamento n. 1259/2010 gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata sono Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Ungheria, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia e Spagna. La proposta di cooperazione rafforzata sul brevetto europeo riscontra ad oggi il consenso di 25 Stati membri, escluse la Spagna e l'Italia, che per questioni legate all'utilizzo delle lingue inglese, francese e tedesco e non dello spagnolo e dell'italiano hanno deciso di non partecipare alla cooperazione rafforzata (a proposito, v. regolamento (UE) n. 1260/2012 del 17 dicembre 2012 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in GUUE L 361 del 31.12.2012, p. 89 ss.).

⁽⁵⁰⁾ Sempre con riferimento al regolamento n. 1259/2010, è del 21 novembre 2012 la Decisione della Commissione che conferma la partecipazione della Lituania alla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (2012/714/UE), in GUUE L 323 del 22.11.2012, p. 18 ss. Il regolamento vi si applicherà a decorrere dal 22 maggio 2014. Anche la Repubblica Ceca e l'Estonia hanno espresso l'intenzione di partecipare alla cooperazione rafforzata, riconsiderando la loro posizione iniziale. V. K. BOELE-WOELKI, *For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2010, p. 1 ss., spec. note 45-47.

⁽⁵¹⁾ È questo il caso dei regolamenti n. 805/2004, n. 1896/2006 e n. 861/2007 che configurano il titolo esecutivo europeo.

⁽⁵²⁾ Tra le altre, v. *Ley 4/2011, del 24 marzo 2011, con la quale si modifica la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* ("LEC"), del 7 gennaio 2000, ai fini di facilitare la applicazione in Spagna del procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (regolamento n. 1896/2006) e del procedimento europeo per le controversie di modesta entità (regolamento n. 861/2007) (pubblicata in *BOE*, núm. 72 del 25 marzo 2011, pp. 31831-31838).

⁽⁵³⁾ Esemplificativo è il regolamento n. 1348/2000 poi sostituito dal regolamento n. 1397/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, il cui art. 23 concede agli Stati

produce tutti i suoi effetti nell'ordinamento interno, una volta "integrato" nel sistema nazionale: vi è perciò un necessario "allacciamento" della normativa europea con una serie di norme nazionali, che non sono oggetto della disciplina regolamentare, ma che, tuttavia, ne costituiscono il presupposto per l'applicazione. Tale necessaria simbiosi tra diritto dell'Unione e diritto nazionale costituisce perciò un aspetto rilevante che permette di far luce su certe caratteristiche del regolamento, venendo così in superficie la considerazione che lo dipinge quale strumento più adatto alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia cui è strumentale il diritto internazionale privato dell'Unione.

4. I rapporti tra le norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea ed i sistemi internazionalprivatistici degli Stati membri.

Delineati i caratteri generali della competenza interna dell'Unione in ambito internazionalprivatistico, vediamo ora quali sono i rapporti che intercorrono tra gli strumenti di matrice sovranazionale e le norme di diritto internazionale privato degli Stati membri.

Com'è noto, vige il principio del primato del diritto dell'Unione: di derivazione giurisprudenziale, questo principio è ora espressamente richiamato nella Dichiarazione n. 17 allegata all'atto finale della Conferenza di Lisbona, per cui "[...] i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza" e "[i]l fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia" ⁽⁵⁴⁾.

la possibilità di formulare delle "comunicazioni" in merito alla modalità di applicazione di certe disposizioni.

⁽⁵⁴⁾ Quest'ultima affermazione è pronunciata dal Servizio giuridico del Consiglio allegato alla Dichiarazione, secondo il quale "[d]alla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (sentenza 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*, causa 6/641, in *Racc.*, 1964, p. I-1141) non

A ciò segue che le disposizioni di diritto internazionale privato in vigore negli ordinamenti degli Stati membri (nel caso dell'Italia, essenzialmente la legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato) non si applicheranno alle fattispecie che presentino elementi di estraneità e momenti di contatto con il proprio sistema giuridico, qualora esista un atto normativo europeo che regoli la stessa fattispecie ⁽⁵⁵⁾. La ragione della primazia del diritto dell'Unione sulla normativa nazionale è insita nella limitazione di sovranità cui gli Stati si sono sottoposti, nell'attribuzione all'Unione di competenze di cui essi si sono volontariamente privati: la forza sovranazionale della normativa europea giustifica il primato sulla normativa nazionale. In caso di contrasto, le norme europee prevalgono *ipso iure* sulle disposizioni nazionali contrastanti ed impediscono la formazione di nuovi atti normativi interni nella misura in cui questi risultino incompatibili con la disciplina europea ⁽⁵⁶⁾. L'obbligo di applicare una norma dell'Unione a preferenza della normativa nazionale sussiste anche in rapporto a norme aventi effetti diretti ⁽⁵⁷⁾, che presentino le dovute caratteristiche di chiarezza, di precisione e di assenza di condizioni ⁽⁵⁸⁾.

Qualora la norma non sia direttamente applicabile né produca effetti diretti, il giudice nazionale non si trova di fronte ad una norma di diritto dell'Unione suscettibile di essere applicata a preferenza di una norma nazionale contrastante. I giudici sono pertanto richiamati ad

esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. [...]”.

⁽⁵⁵⁾ *Ex pluribus*, v. Corte di giustizia, sentenza 15 novembre 1983, *Ferdinand M.J.J. Duijnste c. Lodewijk Goderbauer*, causa 288/82, in *Racc.*, 1983, p. I-3663, punto 14, per cui “la Convenzione [di Bruxelles del 1968] ... deve prevalere sulle norme interne con essa incompatibili”.

⁽⁵⁶⁾ Sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, in *Racc.*, 1978, p. I-629.

⁽⁵⁷⁾ Sentenza 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, causa C-103/88, in *Racc.*, 1989, p. I-1839.

⁽⁵⁸⁾ Riguardo ai criteri per determinare la produzione di effetti diretti di un regolamento, cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, in *Racc.*, 1963, p. I-0003; in riferimento alle direttive, cfr. sentenza 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, causa 41/74, in *Racc.*, 1974, p. I-1337.

un'interpretazione della norma nazionale conforme alla normativa europea, alla luce della lettera e dello scopo da essa enunciati (⁵⁹).

L'eventuale contrasto tra una norma di diritto internazionale privato dell'Unione (anche di una disposizione contenuta in un accordo concluso dall'Unione) che non sia direttamente applicabile o che non produca effetti diretti, ed una norma di diritto interno, è dunque superabile solo in via interpretativa. Non esistendo meccanismi che garantiscano l'adempimento degli obblighi derivanti dalla normativa sovranazionale, spetta a ciascuno Stato, secondo le proprie regole, rimuovere la disciplina interna contrastante e porre in essere una normativa conforme agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione.

Gli strumenti adottati ai sensi dell'art. 81 TFUE si coordinano con i trattati conclusi dagli Stati membri precedentemente alla ratifica o all'adesione all'Unione europea, mediante apposita "clausola di subordinazione" (⁶⁰). Tale clausola, definisce il rapporto che intercorre tra l'atto normativo in cui è inserita e determinati trattati preesistenti: di regola,

(⁵⁹) Sentenza 13 novembre 1990, *Marleasing*, causa C-106/89, in *Racc.*, 1990, p. I-4135, in riferimento all'interpretazione del diritto nazionale conformemente ad una direttiva europea; riguardo alla valenza più ampia di dovere di cooperazione tra Stati, così come enunciato nell'art. 4, par. 3, del TUE, cfr. sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, in *Racc.*, 2005, p. I-5285; relativamente all'interpretazione conforme anche alle disposizioni contenute in un accordo concluso dalla pregressa Comunità, vedi sentenza 13 dicembre 1989, *Grimaldi*, causa C-322/88, in *Racc.*, 1989, p. I-4407.

(⁶⁰) V., *ex pluribus*, articoli 59-63 del regolamento n. 2201/2003; art. 19 del regolamento n. 1259/2010 (v. G. BIAGIONI, *Art.19*, 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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1538 ss.); art. 25 del regolamento 593/2008 (v. P. FRANZINA, *Art. 25*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*), a cura di F. SALERNO, P. FRANZINA, in *NLCC*, p. 936 ss., spec. p. 938 ss.). V. inoltre D. BUREAU, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, in *Travaux du comité français, Année 1999-2000*, p. 201 ss.; G. ROSSOLILLO, *Convenzioni concluse dagli Stati membri e diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?*, in *CDT*, 2010, p. 305 ss., con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *Tatry*, in *Racc.*, 1994, pp. I-5439, e 4 maggio 2010, causa C-533/08, *TNT Express Nederland BV contro AXA Versicherung AG*, in *Racc.*, 2010, pp. I-4107. Ai sensi di quest'ultima, "l'applicazione delle Convenzioni tra Stati non può pregiudicare i principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione, quali i principi [...] di libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, di prevedibilità del foro competente e, pertanto, di certezza del diritto per i suoi destinatari, di buona amministrazione della giustizia, di riduzione massima del rischio di procedimenti paralleli, nonché di reciproca fiducia nella giustizia nell'ambito dell'Unione" (punto 49).

essa sancisce che il regolamento di riferimento “non osta all’applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti contraenti” e, tuttavia, che “prevale tra Stati membri, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi”, nella misura in cui esse riguardano materie disciplinate dal regolamento stesso ⁽⁶¹⁾. La disposizione in menzione è redatta conformemente alla generale “clausola di salvaguardia” prevista dall’art. 351 TFUE in relazione agli obblighi assunti, tramite trattati bilaterali o multilaterali, tra Stati membri, da una parte, e tra Stati membri e Stati terzi dall’altra, alla data della ratifica o dell’adesione alla (già) Comunità.

Resta da dire che il *corpus* delle disposizioni di diritto internazionale privato dell’Unione presenta consistenti lacune: questo aspetto mina l’unità del sistema di diritto internazionale privato europeo (se di “sistema” si può parlare) ⁽⁶²⁾, ma allo stesso tempo salvaguarda la sovranità degli Stati nella competenza condivisa con le istituzioni dell’Unione. Spetta agli ordinamenti nazionali, dunque, colmare il vuoto normativo del “sistema”, nel rispetto dell’obbligo di cooperazione e del principio di reciproca fiducia stabilito dai Trattati, nell’orizzonte di un progetto d’integrazione di più ampio respiro ⁽⁶³⁾. La frammentarietà della disciplina internazionalprivatistica è alimentata anche dalle differenze che possono sussistere nelle normative integratrici adottate di Stato in Stato. Per evitare che le peculiarità dei diversi ordinamenti nazionali possano compromettere ulteriormente la già precaria uniformità delle norme di diritto dell’Unione, grava sugli Stati membri l’impegno di integrazione, tale da garantire l’*effetto utile* della normativa europea ⁽⁶⁴⁾. La Corte di giustizia, a tal proposito, ha affermato a più riprese

⁽⁶¹⁾ V., ad esempio, art. 59, par. 1, del regolamento n. 2201/2003 e art. 69, par. 2, del regolamento n. 4/2009.

⁽⁶²⁾ V. *infra*, par. 5.

⁽⁶³⁾ Ai sensi dell’art. 291, par. 1, del TFUE, (già art. 10 TCE) “[g]li Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l’attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione”.

⁽⁶⁴⁾ Corte di giustizia, sentenza 3 luglio 1974, *Casagrande*, causa C-9/74, in *Racc.*, 1974, p. 773 ss.; sentenza 25 luglio 1991, *Factortame*, causa C-221/89, in *Racc.*, 1991, p. I-3905; sentenza 14 febbraio 1995, *Schumacker*, causa C-279/93, in *Racc.*, 1993, p. I-225; sentenza 7 luglio 1992, *Micheletti*, causa C-369/90, in *Racc.*, 1992, p. I-4239. V. anche M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell’ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, 1989, spec. p. 166 ss.

che il giudice deve salvaguardare l'effetto utile dell'atto normativo europeo interpretando le norme nazionali in modo tale da non minare la richiamata cooperazione tra Stati e da non rendere meno agevole la compiuta realizzazione degli scopi della disciplina sovranazionale ⁽⁶⁵⁾.

Quale limite al riconoscimento di valori giuridici stranieri (nazionali) cui il diritto dell'Unione "apre" gli ordinamenti degli Stati membri, è l'ordine pubblico interno a ciascuno Stato. Esso costituisce un limite al funzionamento delle norme di conflitto e delle norme sull'efficacia delle decisioni straniere, precisamente perché il diritto dell'Unione così dispone. Come si evince dalle disposizioni dei regolamenti europei concernenti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere ⁽⁶⁶⁾, queste trovano nella clausola dell'ordine pubblico un ostacolo volto ad impedirne il riconoscimento, che di norma avviene "senza che sia necessario alcun procedimento". I criteri decisionali che individuano i principi che compongono l'ordine pubblico di un foro sono da rintracciare nelle norme dello Stato richiesto, principalmente quelle costituzionali, ma generalmente sono da ascrivere alle tradizioni storico-sociali di ciascuno Stato. Tale potere unilaterale insito nella scelta dei valori dell'ordine pubblico interno a ciascun ordinamento non esclude la possibilità che il concreto esercizio di tale discrezionalità possa essere sindacato dal punto di vista delle norme sovranazionali ⁽⁶⁷⁾. Proprio per evitare che venga compromessa l'integrità dell'applicazione della normativa di diritto internazionale privato e che venga così destabilizzata la collaborazione tra Stati ed istituzioni dell'Unione, strumentale allo scopo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'eccezione dell'ordine pubblico è da interpretare in senso restrittivo, da considerare come "valvola di sicurezza" ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ V., tra le altre, Corte di giustizia, sentenza 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm*, causa C-14/68, in *Racc.*, 1969, p. 1 ss.; sentenza 26 aprile 2012, causa C-92/12 PPU, *Health Service Executive c. SC e AC*, *cit.*, punto 79.

⁽⁶⁶⁾ V., tra gli altri, articoli 33 ss. del regolamento n. 44/2001, articoli 21 ss. del regolamento n. 2201/2003.

⁽⁶⁷⁾ V. sentenza Corte di giustizia, sentenza 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, *cit.*, punti 21-23.

⁽⁶⁸⁾ Tale interpretazione deve avvenire secondo il principio per cui *exceptio est strictissimae interpretationis*, come del resto conferma anche la specificazione contenuta, tra gli altri, nell'art. 21 del regolamento n. 593/2008, per la quale l'applicazione di una

5. *La dimensione “esterna” della cooperazione giudiziaria in materia civile.*

Il carattere transfrontaliero dei rapporti giustifica l'azione dell'Unione anche al di fuori della dimensione “infra-europea”, nella realizzazione di una cooperazione giudiziaria in materia civile attraverso la conclusione di accordi internazionali con Stati terzi. L'importanza della dimensione “esterna” della politica europea nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sottolinea la necessaria integrazione di queste politiche nelle politiche generali dell'Unione europea ⁽⁶⁹⁾.

L'art. 216, par. 1, del TFUE, stabilisce che “[l]’Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora i trattati lo prevedano o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell’ambito delle politiche dell’Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell’Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata”. Sulla scorta della giurisprudenza *AETR* ⁽⁷⁰⁾, l’esercizio della competenza interna dell’Unione in ambito internazionalprivatistico legittima, dunque, il “parallelismo” esterno delle stesse competenze, finalizzate alla conclusione di accordi di cooperazione giudiziaria in materia civile con Stati terzi. Tale competenza esterna sembra trovare ragione, oltre

norma straniera designata dalle norme di conflitto comunitarie può essere esclusa solo se tale applicazione risulti “manifestamente” incompatibile con i principi e i valori fondamentali dell’ordinamento del foro inglobati nella sua nozione di ordine pubblico. V. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano 2009, p. 128.

⁽⁶⁹⁾ “The external dimension is essential to address the key challenges we face and providing greater opportunities for EU citizens to work and do business with countries across the world. The external dimension of JLS is crucial to the successful implementation of the objectives of this programme and should in particular be taken into account in, and be fully coherent with, all other aspects of EU foreign policy”. *The role of Europe in a globalized world – the external dimension*, p. 1, Programma di Stoccolma del Consiglio europeo del 2 dicembre 2009.

⁽⁷⁰⁾ Sentenza 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio*, causa C- 22/70, in *Racc.*, 1971, p. I-263; v. anche sentenza 14 luglio 1976, *Kramer e a.*, cause riunite 3, 4 e 6/76, in *Racc.*, 1976, p. I-1279. V. anche A. BORRÁS, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padova, 2004, p. 449 ss., spec. p. 459.

che nel rapporto con le disposizioni specifiche definite nei Trattati, con gli obiettivi unitari che essa intende perseguire in base al Trattato ⁽⁷¹⁾. La Corte di giustizia si è pronunciata sulla competenza dell'Unione per concludere accordi internazionali che rientrino nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006 ⁽⁷²⁾. La Corte, investita della domanda avanzata dal Consiglio (ai sensi dell'art. 300, n. 6, del TCE, ora art. 218 TFUE) riguardante la competenza esclusiva o concorrente della Comunità europea a concludere la “nuova” convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, destinata a sostituire l'attuale Convenzione di Lugano, ha affermato che tale competenza “rientra interamente nella competenza esclusiva della Comunità europea”. Ripercorrendo le principali pronunce giurisprudenziali ricordate dal Consiglio relative alle competenze esterne implicite dell'Unione ⁽⁷³⁾, la Corte ha rilevato che, qualora l'accordo internazionale rientri nell'ambito di applicazione delle norme comuni o comunque in un settore già in gran parte disciplinato da tali norme, gli Stati non possono, se non per tramite delle istituzioni comuni, assumere impegni internazionali, e ciò anche se non vi siano contraddizioni tra questi ultimi e le norme comuni. Allorché l'Unione includa nei suoi atti legislativi interni clausole relative al trattamento da

⁽⁷¹⁾ La Corte ha definito determinante il carattere “coerente e globale” del regolamento n. 44/2001, sottolineando così il carattere unitario dell'azione della progressa ed allora Comunità nell'ordinamento internazionale (v. sentenza 1° marzo 2005, *Owusu*, causa C-281/02, *cit.*).

⁽⁷²⁾ Parere 1/03 della Corte (seduta plenaria) del 7 febbraio 2006, in *Racc.*, 2006, p. I-01145.

⁽⁷³⁾ A questo proposito, il Consiglio illustra i tre profili del problema della competenza della Comunità a concludere l'accordo previsto. Esso verifica innanzitutto l'eventuale esistenza di una competenza esterna esplicita, poi l'eventuale esistenza di una competenza esterna implicita e, infine, l'eventuale esclusività di tale competenza (punti 33-45 del parere, nei quali è citata la giurisprudenza che riassume il parere 1/76 della Corte del 26 aprile 1977, sulla competenza esterna implicita dell'Unione. Tale giurisprudenza comprende le sentenze 5 novembre 2002, *Commissione c. Danimarca*, cause C-465/98, in *Racc.*, p. I-9519; *Commissione c. Svezia*, causa C-468/98, in *Racc.*, p. I-9575; *Commissione c. Finlandia*, causa C-469/98, in *Racc.*, p. I-9627; *Commissione c. Belgio*, causa C-471/98, in *Racc.*, p. I-9681; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-472/98, in *Racc.*, p. I-9741; *Commissione c. Austria*, causa C-475/98, in *Racc.*, p. I-9797; *Commissione c. Germania*, causa C-476/98, in *Racc.*, p. I-9855.

riservare a cittadini di paesi terzi ⁽⁷⁴⁾, essa acquisisce espressamente una competenza esterna esclusiva in misura corrispondente ai suddetti atti.

Vi sono dei casi in cui gli Stati membri possono concludere accordi di cooperazione giudiziaria con Stati terzi, riconducibili a due ordini di situazioni. Nel primo caso, lo Stato membro potrebbe avere un interesse a disciplinare situazioni che presentino elementi di estraneità rispetto alle quali il diritto dell'Unione non è ancora applicabile ⁽⁷⁵⁾. In secondo luogo, gli Stati potrebbero anche concludere accordi su materie già disciplinate in un precedente accordo concluso dall'Unione, purché i due trattati siano compatibili ⁽⁷⁶⁾. Tuttavia, lo Stato membro che intenda avviare un negoziato con uno Stato terzo in materia civile deve seguire una procedura di previa concertazione con le istituzioni europee. È quanto disposto dal regolamento n. 662/2009 del 13 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi nella materia della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali ⁽⁷⁷⁾, nonché, per quanto riguarda l'ambito dei rapporti matrimoniali, della responsabilità genitoriale e delle obbligazioni alimentari, dal regolamento n. 664/2009 del 7 luglio 2009 ⁽⁷⁸⁾. La Commissione potrebbe negare l'autorizzazione a procedere qualora vi sia un interesse dell'Unione a concludere tale accordo, oppure qualora le previsioni del trattato non siano conformi al diritto dell'Unione.

⁽⁷⁴⁾ V. regolamento n. 44/2001 (a cui, con la conclusione della Convenzione di Lugano, tende ad allinearsi), articoli 2 e 4.

⁽⁷⁵⁾ Potrebbe questo essere il caso per cui lo Stato membro sia interessato nei rapporti giudiziari con Stati terzi con riferimento ai propri cittadini ai quali non si applica la normativa dell'Unione. In proposito, in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968, v. sentenza 27 giugno 1991, *Overseas Union Insurance Limited e altri c. New Hampshire Insurance Company*, causa C-351/89, in *Racc.*, 1991, p. I-03317, punto 13.

⁽⁷⁶⁾ F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, cit., p. 476. V. Dichiarazione n. 36 annessa al Trattato di Lisbona per cui “gli Stati membri possono negoziare e concludere accordi con paesi terzi o organizzazioni internazionali [...] purché detti accordi siano conformi al diritto dell'Unione”. In questo senso è emblematico il trattato concluso il 7 dicembre 2006 tra Italia e Moldova, in materia di assistenza giudiziaria, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile, reperibile sul sito <http://www.itra.esteri.it>.

⁽⁷⁷⁾ In GUUE L 200 del 31.7.2009, p. 25 ss.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, p. 45 ss.

L'Unione europea si pone dunque, nel contesto della cooperazione esterna con Stati terzi, quale soggetto dell'ordinamento internazionale. Gli strumenti preposti al raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – che conosce così una ripercussione “extra-europea” – sono gli strumenti propri del diritto internazionale (il cui procedimento di adozione è descritto puntualmente all'art. 218 TFUE).

Ci rimettiamo, in primo luogo, a quanto già detto relativamente al necessario rispetto del diritto internazionale consuetudinario e pattizio da parte delle istituzioni europee e degli Stati membri ⁽⁷⁹⁾.

L'esercizio delle competenze dell'Unione contemplate dai trattati – soggetto ai principi di sussidiarietà e proporzionalità – deve poi essere conforme al diritto primario. Nonostante la giurisprudenza della Corte si riferisca ai soli “diritti fondamentali” ⁽⁸⁰⁾, il fondamento della tutela di questi è infatti da rinvenire più generalmente nei Trattati ⁽⁸¹⁾. Con riguardo agli ulteriori limiti all'attività interna dell'Unione nell'ambito di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – vale a dire il rispetto degli ordinamenti e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri –, si presume che anch'essi debbano essere considerati quali vincoli (e valori) all'operato dell'Unione.

L'azione dell'Unione è altresì subordinata al rispetto degli obblighi derivanti da convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. L'art. 351 TFUE, come abbiamo visto, evita agli Stati membri di porsi nelle condizioni di dover violare gli accordi con Stati terzi conclusi prima della loro ratifica (o adesione) all'Unione o gli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione. Secondo questa disposizione, gli Stati membri sono peraltro obbligati a

⁽⁷⁹⁾ V. *supra*, par. 2.

⁽⁸⁰⁾ La Corte di giustizia ha precisato che la prevalenza di un accordo sulla normativa dell'Unione “non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero sono i diritti fondamentali”. Inoltre, “il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto sotto il profilo dei diritti fondamentali” costituisce una “garanzia costituzionale [...] che non può essere compromessa da un accordo internazionale” (sentenza 3 settembre 2008, *Kadi ed a.*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, in *Racc.*, 2008, p. I-6351).

⁽⁸¹⁾ G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 239.

ricorrere a “tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate” tra accordi e Trattati ⁽⁸²⁾. Sia la Convenzione di Bruxelles del 1968, che la Convenzione di Roma del 1980, rispettivamente agli articoli 57 e 21, recavano clausole attraverso le quali erano fatte salve le convenzioni concluse tra gli Stati comunitari e gli Stati terzi anteriormente alla loro ratifica o adesione alla Comunità. Tali clausole di compatibilità sono state trasposte nei relativi regolamenti che hanno oggi sostituito le due convenzioni: si tratta dell'art. 71 del regolamento n. 44/2001 e dell'art. 25 del regolamento n. 593/2008 ⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ Ciò implicherebbe un obbligo di denunciare l'accordo qualora ciò sia consentito e lo Stato non membro non accetti le modifiche necessarie per rimuovere le incompatibilità; vedi sentenze della Corte di giustizia 3 marzo 2009, *Commissione c. Austria*, causa C-205/06 e sentenza 3 marzo 2009, in *Racc.*, 2009, p. I-1301, nonché, in stessa data, *Commissione c. Svezia*, causa C-249/06, in *Racc.*, 2009, p. I-1335, con riferimento ad accordi sugli investimenti stipulati con Stati terzi.

⁽⁸³⁾ Gli articoli citati dei regolamenti nn. 44/2001 e 593/2008 riprendono suddette clausole limitandone tuttavia l'efficacia alle convenzioni delle quali gli Stati membri siano già parti al momento dell'adozione dei regolamenti. L'art. 71 del regolamento 44/2001 stabilisce infatti che “Il [...] regolamento lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari”; allo stesso modo, l'art. 25 del regolamento Roma I stabilisce che “[i]l presente regolamento non osta all'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti contraenti al momento dell'adozione del presente regolamento e che disciplinano i conflitti di leggi inerenti ad obbligazioni contrattuali”. Per un'analisi esaustiva vedi P. FRANZINA, *Art. 26 (Elenco delle convenzioni)*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura di F. Salerno, P. Franzina, in *NLCC*, 2009, pp. 935-946. V. in generale su queste clausole C. BRIERE, *Les conflits des conventions internationales en droit privé*, Paris, 2001. Clausole di compatibilità sono contenute inoltre in altri regolamenti adottati in seno all'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, nonostante siano formulate in maniera diversa: l'art. 60 del regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale si riferisce a convenzioni espressamente elencate; l'art. 20 del regolamento n. 1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, al secondo comma, afferma che “Il [...] regolamento non osta a che i singoli Stati membri concludano o lascino in vigore accordi o intese con esso compatibili volti ad accelerare o a semplificare ulteriormente la trasmissione degli atti”; una clausola corrispondente a quelle descritte si rinviene nell'art. 28 del regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 69 del regolamento 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Per osservazioni relative al coordinamento tra fonti di diritto internazionale privato di matrice convenzionale e fonti di diritto internazionale di diritto dell'Unione, nello specifico in riferimento alle clausole di coordinamento di cui sopra, vedi G. ROSSOLILLO, *Convenzioni concluse dagli Stati membri e diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?*, in *CDT*, 2010, pp. 306-307.

L'art. 216, par. 2, del TFUE, stabilisce che “[g]li accordi conclusi dall’Unione vincolano le istituzioni dell’Unione e gli Stati membri”. È stata avanzata la possibilità che gli accordi conclusi dall’Unione potessero vincolare internazionalmente anche i singoli Stati ⁽⁸⁴⁾. La funzione della disposizione è tuttavia quella di avvicinare gli Stati membri alle istituzioni europee: dal momento della conclusione di un accordo con uno Stato terzo ad opera dell’Unione, tanto gli Stati membri quanto le istituzioni ne sono chiamati al rispetto. Questo articolo, come indicato, ha la funzione di aprire l’ordinamento dell’Unione verso gli accordi da essa stipulati. Il ravvicinamento dichiarato dalla disposizione è strumentale al progetto di integrazione cui è preposta l’Unione: questa integrazione si spinge anche oltre i “confini” europei, ma è finalizzata ad un progetto di più ampio respiro, destinato a ricomprendere tutte le esplicazioni dell’attività dell’Unione, siano ad essa “interne” od “esterne”.

Tali accordi, ha affermato la Corte, “formano parte integrante dell’ordinamento stesso” ⁽⁸⁵⁾. La circostanza per cui gli accordi vincolanti l’Unione producono effetti nell’ordinamento dell’Unione in forza dell’art. 216, par. 2, del TFUE, implica che gli atti normativi “interni” debbano conformarsi ad essi e che, di conseguenza, un atto normativo che non rispetti gli obblighi posti da un accordo, debba essere dichiarato illegittimo. L’art. 216, par. 2, del TFUE, non traccia distinzioni a proposito della produzione o meno di effetti diretti da parte delle disposizioni contenute nell’accordo concluso dall’Unione (la possibilità che queste vengano invocate dall’individuo dinanzi alle giurisdizioni nazionali in caso di violazione); sembra perciò che la tesi per cui la norma-parametro dell’accordo concluso dall’Unione sia rilevante in ogni caso, indipendentemente dal fatto che essa produca effetti diretti. Se così non fosse, invero, verrebbe messa in pericolo la coerenza che il Trattato tende ad

⁽⁸⁴⁾ Anche la Corte ha prospettato che “nel garantire il rispetto degli impegni derivanti da un accordo concluso dalle istituzioni comunitarie, gli Stati membri adempiono un obbligo [...] nei confronti del paese terzo” (sentenza 26 ottobre 1982, *Kupferberg*, causa C-104/81, in *Racc.*, 1982, p. I-3641). G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, cit., p. 233.

⁽⁸⁵⁾ In riferimento agli articoli 300 e 310 TCE (ora articoli 216 e 217 TFUE), v. sentenza 30 aprile 1974, *Haegeman*, causa C-181/73, in *Racc.*, 1974, p. I-449.

assicurare tra l'attività normativa dell'Unione e la conclusione di accordi tra Stati terzi e l'Unione stessa.

6. (Segue). *Le logiche sottese all'azione "esterna" dell'Unione : il "modello-Lugano" e il "modello-Protocollo dell'Aja 2007"*.

Nel quadro "multilivello" delle fonti del diritto internazionale privato in Europa, la disciplina di origine convenzionale richiede un'attenzione peculiare. Se da un lato si è reso necessario tracciare il perimetro delle dimensioni "infra-europea" ed "extra-europea" dell'azione dell'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, dall'altro lato, con riferimento alla dimensione "extra-europea", è essenziale distinguere i *modelli* cui l'Unione informa la sua azione esterna, a cui sono sottese logiche distinte. Tali modelli sono essenzialmente due: il "modello-Lugano" ed il "modello-Protocollo dell'Aja del 2007".

Come abbiamo visto, l'approccio del diritto internazionale privato dell'Unione a regolare situazioni che interessino anche gli Stati terzi e non esclusivamente situazioni "infra-europee", è stato chiarito nel parere 1/03 reso il 7 febbraio 2006 dalla Corte di giustizia europea sulla competenza della Comunità a concludere la "nuova" Convenzione di Lugano ⁽⁸⁶⁾. Tale parere costituisce un incentivo all'elaborazione di norme uniformi a *vocazione universale* nel settore del diritto internazionale privato, impulso accolto, ad oggi, nell'adozione, prima, del regolamento n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari ⁽⁸⁷⁾, del regolamento n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione

⁽⁸⁶⁾ Con riferimento alle conseguenze del parere della Corte su alcune questioni inerenti i rapporti di famiglia e le successioni, v. A. MALATESTA, *The Lugano Convention and Its Consequences in Family and Succession Matters*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, F. Pocar, S. Bariatti, Padova, 2008, p. 19 ss. Generalmente, sulla "nuova" Convenzione di Lugano, v. il commentario alla Convenzione di Lugano curato da A. BUCHER, *Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL) – Commentaire romand*, Basel, 2011, spec. p. 1771 ss.; R. BRAND, *The Lugano Case in the European Court of Justice: Evolving European Union Competence in Private International Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2005, p. 297 ss.

⁽⁸⁷⁾ V. immediatamente *infra*.

rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, nonché del regolamento n. 650/2012 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 ⁽⁸⁸⁾. Sono informati allo stesso principio di universalità anche le proposte di regolamento del 16 marzo 2011 relative, rispettivamente, alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, ed alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate ⁽⁸⁹⁾.

Le istituzioni europee, a questo titolo, hanno interesse a raccordare le proprie soluzioni con quelle applicabili su scala universale (essenzialmente con le convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja, ma anche con le convenzioni adottate da altre organizzazioni internazionali in materia familiare).

L'azione esterna dell'Unione, come accennato, è informata essenzialmente a due logiche. In primo luogo, l'Unione tende ad "espandersi" verso l'esterno, riproponendo su questo versante il proprio modello internazionalprivatistico: è questo il "modello-Lugano". La richiamata Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale, conclusa il 16 settembre 1988 tra gli Stati membri della

⁽⁸⁸⁾ V. dodicesimo *considerando* e art. 4 del regolamento n. 1259/2010; art. 20 del regolamento n. 650/2012.

⁽⁸⁹⁾ Con riferimento alla proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, sarà inevitabile il raffronto con la Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi; ad oggi nella proposta ne è fatta menzione solo con riferimento al principio di sussidiarietà, pertanto si suppone che il coordinamento possa avvenire in via interpretativa (nella proposta, invero, si legge: "convenzione del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, che però soltanto tre Stati membri hanno ratificato e che non danno soluzioni commisurate ai problemi messi in luce dalla presente proposta, la cui entità emerge tanto dallo studio d'impatto che dalla consultazione pubblica. Per la natura e la portata dei problemi incontrati dai cittadini, gli obiettivi possono essere conseguiti soltanto a livello di Unione"). V. A. MALATESTA, *The Lugano Convention and Its Consequences in Family and Succession Matters*, cit., p. 25.

Comunità e gli Stati allora membri della Associazione europea di libero scambio (AELS o EFTA, secondo il più noto acronimo inglese)⁽⁹⁰⁾, riproduce quasi specularmente il contenuto della Convenzione di Bruxelles del 1968 (di cui, difatti, è considerata la convenzione “parallela”). Essa è stata dunque oggetto di revisione il 30 ottobre 2007⁽⁹¹⁾, volta a mantenere il “parallelismo” con il regolamento n. 44/2001, che nel frattempo ha sostituito la Convenzione di Bruxelles, apportandovi alcune modifiche⁽⁹²⁾.

La seconda logica sottesa al coordinamento tra la disciplina internazionalprivatistica europea e le convenzioni internazionali rinuncia all’aspirazione “espansionista” cui è invece informato il primo modello: essa, perseguendo obiettivi di armonizzazione, si allinea al contempo all’esigenza di preservare una certa coerenza tra la normativa “infra-europea” ed il modello dell’Aja: si tratta del “modello-Protocollo dell’Aja del 2007”. Gli obiettivi sopra citati sono perseguiti mediante un complicato “intreccio normativo” tra la normativa dell’Unione e il “diritto dell’Aja”, di cui rappresenta un esempio emblematico il menzionato regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari⁽⁹³⁾. L’art. 15 del regolamento,

⁽⁹⁰⁾ Gli Stati membri dell’EFTA sono: Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera (<http://www.efta.int>).

⁽⁹¹⁾ A fine aprile 1999 un gruppo di lavoro tra l’Unione e gli Stati AELS ha terminato un progetto di revisione che comprendeva la prima parte materiale delle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano. Nel maggio 1999, è entrato in vigore per gli Stati membri il Trattato di Amsterdam, che ha attribuito alle istituzioni europee le competenze nell’ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile. La seconda parte formale della revisione verte essenzialmente sulle disposizioni transitorie, il rapporto con il regolamento n. 44/2001 e con altre convenzioni, la giurisprudenza e la procedura di revisione, nonché la procedura di ratifica e di adesione. Dopo aver subito ritardi nella conclusione dei negoziati, è stata firmata a Lugano, il 30 ottobre 2007, la Convenzione rivista, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La Convenzione deve essere ancora ratificata dalla parti contraenti (la pregressa Comunità ha ratificato la Convenzione il 18 maggio 2009, con effetto per tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca): conformemente alla decisione del Consiglio federale del 31 marzo 2010, la Convenzione sarà ratificata con effetto al 1° gennaio 2011. Per seguire gli sviluppi delle ratifiche, nonché prendere atto della revisione: <http://www.ejpd.admin.ch>.

⁽⁹²⁾ Il riferimento al regolamento n. 44/2001 è esplicito nel Preambolo della Convenzione, nel quale si legge chiaramente che “l’estensione dei principi enunciati nel regolamento (CE) n. 44/2001 alle parti contraenti del presente atto potenzierà la cooperazione giudiziaria ed economica”.

⁽⁹³⁾ V. M. E. CORRAO, *Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari*, in *CDT*, 2011, p. 118 ss.; A. MALATESTA, *Le convenzioni ed il protocollo dell’Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 829 ss.; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *La regulación del Reglamento 4/2009*

che da solo compone il Capo III relativo alla legge applicabile, dispone che “la legge applicabile alle obbligazioni alimentari è determinata secondo il protocollo dell’Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari ... negli Stati membri vincolati da tale strumento”. L’opportunità del coordinamento della normativa europea con le soluzioni accolte dalla Conferenza dell’Aja, in tema di obbligazioni alimentari, è sancita all’ottavo *considerando* del regolamento, laddove è fatta presente la adeguatezza di un rinvio alla disciplina contenuta nella Convenzione sull’esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia e nel Protocollo relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 23 novembre 2007. Un ulteriore profilo di raccordo tra gli strumenti adottati dalle istituzioni dell’Unione e quelle elaborate nell’ambito del “diritto dell’Aja”, con riferimento alle obbligazioni alimentari, è quello relativo alla circolazione “semplificata” di cui godono le decisioni adottate in base al regolamento n. 4/2009, per gli Stati vincolati dal Protocollo ⁽⁹⁴⁾.

Il “dialogo” tra l’Unione europea e la Conferenza dell’Aja ha raggiunto l’apice con l’adesione della prima alla Conferenza nel 2007 ⁽⁹⁵⁾. Invero, a seguito della modifica del proprio statuto ⁽⁹⁶⁾, l’Unione europea ha potuto aderirvi in quanto “organizzazione regionale di integrazione

en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 19, 2010.

⁽⁹⁴⁾ V. sez. 1, capo IV, art. 17 ss., per cui “1. La decisione emessa in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell’Aia del 2007 è riconosciuta in un altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento. 2. Le decisioni emesse in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell’Aia del 2007 che sono esecutive in tale Stato lo sono anche in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione che attesti l’esecutività” (art. 17).

⁽⁹⁵⁾ In merito v. P. FRANZINA., *L’adesione della Comunità europea alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 440 ss. V. anche comunicato stampa del Consiglio GAI, Bruxelles, 27-28 aprile 2006, 8402/06 (Presse 106), reperibile su www.consilium.europa.eu.

⁽⁹⁶⁾ L’art. 3.1 dello Statuto, così come modificato, prevede che: “[g]li Stati membri della Conferenza possono decidere, alla maggioranza dei voti emessi in una riunione sugli affari generali e la politica cui partecipi la maggioranza degli Stati membri, di ammettere come Membro anche un’Organizzazione regionale di integrazione economica che abbia presentato domanda di ammissione al Segretario generale”. Di conseguenza “[i] riferimenti ai Membri nel presente Statuto si intendono fatti a tali Organizzazioni membri, salvo espressa indicazione contraria. L’ammissione diventa effettiva con l’accettazione dello Statuto da parte dell’Organizzazione regionale di integrazione economica interessata”.

economica”. Un’organizzazione di questo genere può infatti divenire membro della Conferenza purché sia “costituita unicamente da Stati sovrani e i cui Stati membri le abbiano trasferito competenze in materie di competenza della Conferenza, compresa la facoltà di assumere decisioni che vincolino i suoi Stati membri per queste materie”. Il Consiglio dell’Unione, con Decisione del 5 ottobre 2006, n. 719 ⁽⁹⁷⁾, ha preso atto dell’azione condotta dalla Conferenza dell’Aja nell’unificazione del diritto internazionale privato, rilevando che l’Unione ha esercitato la propria competenza nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transfrontaliere adottando “una serie di strumenti, molti dei quali coincidono in tutto o in parte con i settori di attività [della Conferenza]”. Per lo stesso Consiglio “è essenziale”, pertanto, “che la Comunità acquisisca uno *status* conforme al suo nuovo ruolo di grande attore internazionale nel settore della cooperazione giudiziaria civile e che possa esercitare le sue competenze esterne partecipando come membro titolare ai negoziati delle convenzioni [della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato] nei settori di sua competenza”. La sintonia che hanno sino ad ora manifestato il “diritto dell’Unione” ed il “diritto dell’Aja” (quasi come tra vasi comunicanti), su entrambi i piani dell’azione delle istituzioni europee - interna ed esterna -, diviene pertanto assimilazione, rafforzandosi (ed istituzionalizzandosi) l’azione condotta dalle istituzioni europee sul piano esterno e l’attività unificatoria della Conferenza nel campo del diritto internazionale privato ⁽⁹⁸⁾. Ad oggi l’Unione europea, oltre ad aver ratificato il Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 2007, ha firmato la Convenzione del 23 novembre 2007 sul recupero internazionale

⁽⁹⁷⁾ Decisione del Consiglio del 5 ottobre 2006 sull’adesione della Comunità alla conferenza dell’Aia di diritto internazionale privato (2006/719/CE), in GUUE del 26.10.2006 L 297, p. 1 ss.

⁽⁹⁸⁾ L’attuale atteggiamento dell’Unione con riferimento all’adesione di alcune convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell’Aja è chiarito in una lettera del 14 ottobre 2008 redatta dalla Commissione dell’Unione presso la Conferenza, firmata dal direttore della Commissione europea presso il Consiglio direttivo generale per la sicurezza, libertà e giustizia, ed il presidente del Comitato del Consiglio dell’Unione per il diritto civile (doc. JUSTCIV 235 del 6 novembre 2008).

di alimenti nei confronti dei figli minori e di altri membri della famiglia ⁽⁹⁹⁾ e la Convenzione del 30 giugno 2005 sugli accordi sulla scelta del foro ⁽¹⁰⁰⁾.

7. *L'influenza reciproca tra "diritto dell'Aja", sistemi internazionalprivatistici nazionali e normativa di diritto internazionale privato dell'Unione.*

La disciplina uniforme contenuta nelle convenzioni dell'Aja ed i sistemi internazionalprivatistici nazionali si influenzano vicendevolmente ⁽¹⁰¹⁾. Allo stesso modo, il "diritto dell'Aja" incide sulla disciplina di diritto internazionale privato dell'Unione anche in maniera "indiretta", al di fuori degli schemi tracciati dal "modello-Protocollo dell'Aja" sopra richiamato.

I sistemi nazionali hanno risentito dell'influenza del "diritto dell'Aja" essenzialmente sotto due aspetti: il primo aspetto attiene ai *metodi*, il secondo alle *soluzioni* accolte dalla Conferenza. Per quanto riguarda i metodi, i sistemi interni di diritto internazionale privato hanno sperimentato l'apertura dei propri ordinamenti nei confronti di valori giuridici stranieri. A dimostrare tale apertura concorrono almeno tre ordini di mezzi attraverso i quali si realizza siffatta politica: l'impiego, da parte del legislatore nazionale, di norme di conflitto bilaterali ⁽¹⁰²⁾, l'interpretazione restrittiva della clausola dell'ordine pubblico ⁽¹⁰³⁾ e l'applicazione *ex officio* delle norme di conflitto da parte del giudice ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁹⁾ *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.*

⁽¹⁰⁰⁾ *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.*

⁽¹⁰¹⁾ Con riferimento ai paesi anglosassoni, v. J. D. MCCLEAN, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Common Law Countries*, in *Recueil des cours*, Vol. 233, 1992, p. 276 ss.

⁽¹⁰²⁾ La bilateralizzazione della norma di conflitto, invero, per cui è abbandonato il primordiale sospetto (tradotto *a contrario* nel carattere della unilateralità) nei riguardi della possibilità che sia una norma straniera a disciplinare una data fattispecie, mostra la predisposizione del legislatore all'apertura del proprio sistema, con la conseguente sistemazione sullo stesso piano delle norme sostanziali interne e straniere. Il fenomeno di bilateralizzazione delle norme di conflitto interne, tuttavia, non è incondizionato. Basti pensare al nostro sistema di diritto internazionale privato che, nonostante si componga per la maggior parte norme di conflitto a carattere bilaterale presenta ancora taluni caratteri di chiusura (v. art. 25 legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

⁽¹⁰³⁾ Le convenzioni dell'Aja, invero, interpretano in via restrittiva la clausola dell'ordine pubblico. V., *ex pluribus*, art. 10 del Protocollo del 2007 sulla legge applicabile

Con riferimento al secondo aspetto, le convenzioni dell'Aja influiscono sul *design* della norma di conflitto interna mediante l'adozione di soluzioni flessibili. La flessibilità che contraddistingue le convenzioni dell'Aja è attestata, da un lato, dall'impiego di una pluralità di criteri di collegamento organizzati in concorso, specie alternativo, e dall'altro da un certo *favor* accordato all'autonomia delle parti ⁽¹⁰⁵⁾. Inoltre, nelle

alle obbligazioni alimentari (“[t]he application of any of the laws declared applicable by the present Convention may be refused *only* when it is *manifestly* contrary to public policy [...]”) oppure art. 22 della Convenzione del 1996 concernente la giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e le misure per la protezione dei minori (“[t]he application of the law designated by the provisions of this Chapter can be refused *only* if this application would be *manifestly* contrary to public policy, taking into account the best interests of the child”). Per quanto riguarda la normativa interna, tra gli altri, v. per il Belgio l'art. 21 della legge 16 luglio 2004 (*Code de droit international privé*), ai sensi del quale il giudice può impedire l'applicazione del diritto straniero qualora questo “produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public”; l'art. 16, par. 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, per cui “[l]a legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico”. La disposizione italiana non prevede la *manifesta* contrarietà degli effetti della legge straniera con l'ordine pubblico del foro (in questo senso anche l'art. 12, par. 3 del *Código Civil* spagnolo); tuttavia, in linea con gli strumenti pattizi e con i sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri, anche la disposizione italiana è da considerarsi in questo senso, al fine di garantirne un'interpretazione restrittiva, scongiurandone un'applicazione arbitraria da parte del giudice italiano.

⁽¹⁰⁴⁾ Così espressamente l'art. 12, par. 6, del *Código Civil* spagnolo (“[l]os Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”); v. anche Cour de Cassation, 1ère Section Civile, sentenze 11 ottobre 1988, *Rebouh*, e 18 ottobre 1988, *Schule* (in *Rev. critique*, 1989, p. 368, con nota di Y. LEQUETTE), in occasione delle quali la Corte ha affermato che le norme di conflitto francesi devono essere applicate d'ufficio dal giudice, a prescindere dal fatto che designino l'applicazione di una norma sostanziale straniera o francese. V. anche D. BUREAU, *L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse*, in *Rev. critique*, 1995, p. 60 ss. Anche nel sistema italiano di diritto internazionale privato, se pur non espressamente enunciato nella nostra legge di riforma, vige il principio dell'applicabilità *ex officio* delle norme di conflitto.

⁽¹⁰⁵⁾ V. art. 8, par. 2, della Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, ai sensi del quale i coniugi possono scegliere quale legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali: “(1) the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation; (2) the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation; (3) the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage”; art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni *mortis causa* per cui “(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State. (2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies. (3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies”.

convenzioni di diritto internazionale privato uniforme dell'Aja è spesso previsto che la disposizione normativa sull'*optio* presenti un ventaglio limitato di ordinamenti da cui le parti possano attingere ai fini della scelta. Il novero delle circostanze entro le quali può essere effettuata la scelta conferisce alla norma di conflitto di appartenenza le sembianze della tecnica del concorso alternativo di criteri di collegamento ⁽¹⁰⁶⁾. Invero, secondo lo schema delineato, le parti possono scegliere alternativamente l'una o l'altra legge tra quelle previste nella lista proposta dalla disposizione, salvo tuttavia che ve ne siano effettivamente i presupposti. A tal riguardo, basti qui accennare che la *ratio* soggiacente all'impiego del concorso alternativo (*sui generis*) nei casi in cui è ammessa la scelta di legge ad opera delle parti è quella finalizzata a scongiurare l'abuso del diritto, una scelta non genuina che possa compromettere il raggiungimento dell'obiettivo materiale sotteso alla disciplina cui appartiene la norma di conflitto (il *favor divortii*, ad esempio), garantendo, al contempo, la autenticità della connessione tra l'ordinamento individuato ed il rapporto giuridico in gioco ⁽¹⁰⁷⁾. Alle parti, infatti, se da un lato viene loro concesso di autoregolamentare il proprio rapporto giuridico attraverso l'*optio* della legge sostanziale (straniera) applicabile, allo stesso tempo viene limitato il novero delle leggi su cui tale scelta può ricadere. È coerente con la tecnica del concorso alternativo in parola il secondo paragrafo dell'art. 55 del *Code de droit international privé* belga del 16 luglio 2004. Tale disposizione è interessante sotto due punti di vista: da una parte essa accorda alle parti la facoltà di scelta della legge applicabile in un ambito, come quello familiare, in cui gli ordinamenti nazionali non consentono generalmente alcuna autonomia privata ⁽¹⁰⁸⁾. In

⁽¹⁰⁶⁾ A esempio, l'art. 8 del Protocollo dell'Aja sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali prevede che il debitore ed il creditore di alimenti possano designare "at any time", una delle leggi ivi indicate (a) the law of any State of which either party is a national at the time of the designation; b) the law of the State of the habitual residence of either party at the time of designation; c) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime; d) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation).

⁽¹⁰⁷⁾ Nel dettaglio v. *infra*, Cap. II, par. 14.

⁽¹⁰⁸⁾ Gli Stati che riconoscono una facoltà di scelta della legge applicabile, se pur limitata, sono Belgio, Germania ed Olanda. P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, cit., p. 90.

secondo luogo, introducendo il legislatore belga un'importante novità – la possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile ai procedimenti di separazione e divorzio – egli ha inoltre indicato precisamente il *momento* entro il quale tale scelta deve essere compiuta, nei termini che seguono: “[t]outefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2° le droit belge. *Ce choix doit être exprimé lors de la première comparution*” (il corsivo è aggiunto). La *flessibilità* sopra richiamata, è perseguita poi attraverso l'impiego di criteri di collegamento basati su legami personali *per se* flessibili, quali notoriamente la residenza abituale, se pur non sempre in maniera esclusiva, bensì spesso combinata con la cittadinanza.

Alcuni Stati membri della Conferenza hanno fatto proprie le soluzioni di alcune convenzioni elaborate in seno ad essa. Ad esempio, l'art. 42 della nostra legge di riforma di diritto internazionale privato rinvia “in ogni caso” – con conseguente estensione della sua sfera di applicazione – alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. Allo stesso modo le Convenzioni dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e del 5 ottobre 1961 sulla forma del testamento sono state incorporate, rispettivamente, negli articoli 18 e 26 dell'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EBGB) ⁽¹⁰⁹⁾.

Le convenzioni dell'Aja esercitano infine una *vis attractiva* su questioni che non rientrerebbero nel proprio ambito di applicazione. Qualora, ad esempio, un giudice francese ritenesse applicabile *ratione materiae* la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in

⁽¹⁰⁹⁾ Per una critica alla scelta del legislatore tedesco di incorporare norme di conflitto di natura pattizia a fianco di norme di conflitto di diritto comune, v. K. SIEHR, *The Hague Conference on Private International Law and Germany*, in *NILR*, cit., p. 138.

materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione di minori ⁽¹¹⁰⁾, e qualora tale Convenzione non potesse trovare applicazione vuoi perché il minore in questione non è residente in uno Stato contraente oppure perché egli è considerato minore ai sensi della propria normativa nazionale, ma non ai sensi di quella dello Stato in cui è residente, la reazione del giudice francese sarebbe quella di applicare comunque la Convenzione del 1996 ⁽¹¹¹⁾. L'applicazione della disciplina disposta negli strumenti pattizi adottati in seno alla Conferenza è inoltre impiegata in via giurisprudenziale dai giudici nazionali anche laddove la convenzione in questione non sia in vigore per quello Stato, senza che sussista pertanto alcun obbligo per il giudice in questione in tal senso. Tale impiego può avvenire a doppio titolo, a seconda che il sistema di diritto internazionale privato cui appartiene l'autorità giudicante sia codificato o meno; nel primo caso il riferimento ad una convenzione dell'Aja avrà valore interpretativo ⁽¹¹²⁾, nel secondo la convenzione di riferimento potrebbe essere espressione di "razionalità" ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ La Convenzione del 1996 ha sostituito la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, così come disposto all'art. 51.

⁽¹¹¹⁾ Seppur con riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1961, v. H. GAUDEMET-TALLON, *The Influence of the Hague Conventions on Private International Law in France*, cit., p. 43; v. anche P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10ème ed., Paris, 2010, per cui, in relazione alla Convenzione del 1961, "[t]he sphere of application of the convention is so wide that is preferable where feasible to bring the residual general law into line with the convention solutions"; A. E. VON OVERBECK, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 132, 1971, p. 1 ss.

⁽¹¹²⁾ V., tra le altre (sebbene il ragionamento condotto dal giudice non sia conforme alla procedura prevista dalla l. 218/95 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, con riferimento all'accertamento del diritto straniero), la sentenza 11 marzo 2011 resa dal Tribunale di Verona in tema di legge applicabile alle misure di protezione dei maggiori d'età (in *Famiglia e Diritto*, 2012, p. 191 ss., con nota di E. CALÒ), in cui il giudice di merito osserva che la Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 riguardante l'interdizione e le altre misure analoghe implicanti una restrizione della capacità di agire è stata sostituita dalla Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti del 13 gennaio 2000. L'Italia, che pure ha firmato tale Convenzione nel 2008, non l'ha ancora ratificata e non ne è dunque vincolata. Il Tribunale, tuttavia, nota come la mancata ratifica non implica che quest'ultima "sia priva di qualsivoglia effetto nel nostro ordinamento", potendo essa assolvere "una funzione ausiliaria sul piano interpretativo". Su una linea simile, v. anche Trib. Varese, decreto 10 febbraio 2012 (reperibile al sito <http://www.ilcaso.it>), ai sensi del quale l'Italia, pur non avendo sottoscritto la Convenzione dell'Aja del 2000, essa trova applicazione per il tramite della cd. *cortesia internazionale*, potendo richiedere, lo Stato che vi ha interesse, di beneficiare del tessuto connettivo della convenzione sottoscritta dall'altro Stato (nel caso di specie la Svizzera), in via di applicazione interpretativa dei medesimi principi.

Dopo la seconda guerra mondiale, l'influenza tra l'attività "unificatrice" della Conferenza ed il lavoro di codificazione (e di elaborazione giurisprudenziale) dei sistemi di diritto internazionale privato nazionali si fa più stretto: l'influsso che i due livelli di discipline esercitano l'uno sull'altro si confonde e si evolve, al contempo, nella stessa direzione. Lo sviluppo simultaneo dei due "livelli" ha avuto come obiettivo principale l'integrazione delle persone nel tessuto sociale dello Stato "d'accoglienza", trovandosi tale scopo a convergere con uno dei principali obiettivi dell'Unione europea (si pensi, a titolo esemplificativo, alle nuove codificazioni di diritto internazionale privato adottate in Belgio nel 2004 ed in Olanda nel 2011, che impiegano il criterio della residenza abituale quale legame personale prevalente).

A tal proposito si impongono alcune precisazioni. Gli strumenti di diritto internazionale privato uniforme di matrice europea perseguono obiettivi *politici* che sono propri dell'Unione e di cui il "diritto dell'Aja" è invece sprovvisto. La disciplina uniforme di diritto internazionale privato dell'Unione, strumentale alla realizzazione di obiettivi di integrazione, opera entro una cornice "costituzionale", composta essenzialmente dalle libertà fondamentali garantite dal diritto primario, tra cui la libera circolazione delle persone attraverso le frontiere. L'azione "istituzionalizzata" dell'Unione, tesa alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e guidata dai diritti fondamentali sanciti primariamente dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, è soggetta inoltre alla funzione interpretativa "accentrata" della Corte di giustizia, che garantisce l'efficacia e l'applicazione uniforme della disciplina sovranazionale. L'obiettivo di integrazione sotteso alle convenzioni dell'Aja si distingue pertanto dall'obiettivo di integrazione europea, perché *di volta in volta* perseguito mediante singoli strumenti pattizi, che per definizione rispondono ad una logica settoriale, e non sono coinvogliati in alcun progetto politico, di più ampio respiro.

(¹¹³) V. ad esempio A. MALAN, *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, in *J.D.I.*, 2004, p. 443 ss.

Il legislatore europeo, nell'elaborazione della disciplina di conflitto uniforme in materia familiare, ha attinto anche dal "linguaggio" impiegato dalle convenzioni dell'Aja, plasmandolo su interessi che sono propri dell'ordinamento dell'Unione ed a cui sono informate le medesime norme di conflitto uniformi. Tale fungibilità terminologica risente delle considerazioni sopra svolte: le espressioni impiegate ora "all'Aja", ora "a Bruxelles" assumono una *colorazione* diversa.

È emblematico a tal proposito l'esempio del richiamato criterio della residenza abituale, tradizionalmente impiegato nelle prime convenzioni dell'Aja ⁽¹¹⁴⁾. Questa espressione, originando da un contesto diverso da quello sovranazionale, assume nel quadro dell'Unione un'autonomia propria, pur mantenendo un collegamento "originario" con il concetto di residenza abituale così come impiegato nel "diritto dell'Aja". Questo criterio, interpretato in maniera autonoma secondo i criteri ermeutici propri del diritto dell'Unione, assume un significato unitario, strumentale alla realizzazione di obiettivi "costituzionali" dello spazio "integrato" cui appartiene. Ad oggi, tuttavia, il grado di autonomia del concetto "europeo" di residenza abituale non è tale da sganciarne del tutto il significato in origine assunto nel contesto dell'Aja: non si esclude che questo concetto sviluppi, nel corso del tempo, caratteri originali, pur sempre innestati sul tronco comune dell'Aja.

A quanto precede occorre aggiungere un'ulteriore precisazione. Le norme di conflitto uniformi in materia familiare oggi applicabili in Europa hanno un carattere universale ⁽¹¹⁵⁾. Ciò potrebbe condurre l'interprete ad applicare il diritto sostanziale di uno Stato terzo, individuato sulla base di criteri di collegamento uniformi. A nostro avviso, anche in questo caso, l'interpretazione dei criteri di collegamento in gioco – nello specifico ci riferiamo al criterio di collegamento della residenza abituale –, proprio in ragione dell'applicazione della normativa di conflitto uniforme, debba avvenire in maniera autonoma, come se la scelta delle parti ovvero i criteri di collegamento operanti in via oggettiva, conducessero all'applicazione di

⁽¹¹⁴⁾ V. nel dettaglio *infra*, Cap. II, par. 6.

⁽¹¹⁵⁾ V. *supra*, par. 6.

una disciplina sostanziale più “prossima” alla realtà europea. Ciò muove da almeno due ordini di considerazioni. In primo luogo, come abbiamo visto, il diritto internazionale privato dell’Unione è interessato a regolare anche fattispecie giuridiche “distanti” dalla realtà dell’Unione (mediante la previsione di norme di conflitto a carattere universale): queste ultime, pur “socialmente” distanti, sono pur sempre “giuridicamente” vicine all’ordinamento europeo, in quanto ricomprese, in forza di norme sovranazionali, nella sfera giurisdizionale degli Stati membri. Se così non fosse, invero, le norme di conflitto uniformi non si applicherebbero *ab origine*. In secondo luogo, il diritto internazionale privato dell’Unione, per le logiche che vedremo immediatamente di seguito ⁽¹¹⁶⁾, *richiede* di essere applicato in maniera uniforme.

Gli Stati membri, in questo ambito, godono sì di un certo margine discrezionale, potendo, anche nel quadro della normativa uniforme, affermare politiche proprie, nazionali. Tale margine tuttavia non inficia il funzionamento della norma di conflitto dell’Unione (e dunque la sua interpretazione, alla luce di “coordinate” uniformi), né di conseguenza l’individuazione del criterio di collegamento impiegato. La discrezionalità statale non si esprime invero a livello della “meccanica” della norma di conflitto, ma a livello dei suoi esiti. La norma di conflitto, pertanto, funzionerà allo stesso modo anche laddove conduca all’applicazione di un diritto “non integrato”. Nel caso in cui ne ricorrano le condizioni, successivamente, saranno gli esiti materiali che potranno essere corretti – mediante il meccanismo dell’ordine pubblico, ad esempio – alla luce delle particolarità di questo o quell’ordinamento nazionale.

Ai fini della nostra ricerca, tra le convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell’Aja, rilevano, oltre a quelle già menzionate, anche la Convenzione del 5 ottobre 1961 sui conflitti di legge relativi alla forma delle disposizioni testamentarie ⁽¹¹⁷⁾, la Convenzione del 1° giugno 1970 sul

⁽¹¹⁶⁾ V. *infra* in questo Capitolo, Sezione II.

⁽¹¹⁷⁾ *Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions.*

riconoscimento dei divorzi e delle separazioni (¹¹⁸), le Convenzioni del 14 marzo 1978 sulla celebrazione e il riconoscimento della validità dei matrimoni (¹¹⁹) e sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi (¹²⁰), la Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (¹²¹), la Convenzione del 1 agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni *mortis causa* (¹²²), la Convenzione del 19 ottobre 1996 relativa alla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione sulla responsabilità genitoriale e le misure per la protezione dei minori (¹²³).

Nonostante non tutte le convenzioni sopra menzionate riguardino la disciplina dei conflitti di leggi in materia familiare, ma si concentrino anche su aspetti relativi alla competenza giurisdizionale ed al riconoscimento delle decisioni, e benché non tutte abbiano riscontrato la stessa “fortuna” tra gli Stati (tra esse solo la Convenzione del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori risulta aver suscitato un'attenzione maggiore) (¹²⁴), il motivo del nostro interesse è duplice. Da una parte, invero tali convenzioni costituiscono il più prossimo “precedente” di molti strumenti normativi adottati dall'Unione europea (ed in corso di adozione); dall'altra, la giurisprudenza elaborata soprattutto dagli ultimi gradi di giurisdizione (¹²⁵) ad opera degli Stati parti delle convenzioni menzionate può influire indirettamente sull'applicazione delle convenzioni stesse venendo così a definire una sorta di linee-guida per il giudice nazionale all'ora di interpretare certe disposizioni, ovvero parametri indicativi che il

(¹¹⁸) *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations.*

(¹¹⁹) *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.*

(¹²⁰) *Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.*

(¹²¹) *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.*

(¹²²) *Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons.*

(¹²³) *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.*

(¹²⁴) V. *infra*, nota 149.

(¹²⁵) V. *infra*, *Abbott c. Abbott*.

legislatore europeo potrà considerare in sede di elaborazione di strumenti normativi sui conflitti di leggi in materia familiare.

8. *Risultati e prospettive dell'azione dell'Unione in ambito internazionalprivatistico.*

La necessità di un confronto tra gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione e le soluzioni elaborate al di fuori di essa è data dalla natura di strumento di *governance* del diritto internazionale privato stesso⁽¹²⁶⁾. Il diritto internazionale privato dell'Unione, invero, ha per natura la funzione di dischiudere l'ordinamento europeo verso valori ad esso estranei, operando un coordinamento tra valori. Tale coordinamento avviene, come è noto, attraverso meccanismi di apertura e di chiusura che sono tesi, al contempo, a salvaguardare valori fondamentali del foro.

La illustrata sinergia tra “livelli” è funzionale ad uno scopo di cui il diritto internazionale privato costituisce il motore: tale organizzazione tra fonti, che evita che queste si muovano “alla cieca”, esaminandosi vicendevolmente, ha come obiettivo, tra gli altri, quello dell'armonia delle soluzioni⁽¹²⁷⁾. Il diritto internazionale privato dell'Unione si colloca in questo quadro⁽¹²⁸⁾. Da una parte, il diritto internazionale privato europeo si dota di norme che, nel corso del processo, permettano di sospendere il procedimento qualora tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni

⁽¹²⁶⁾ A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, cit., spec. p. 26 ss., nonché *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, in SSRN, marzo 2012, spec. p. 4 ss. L'a. propugna la “variable geometry” in risposta al problema di “hierarchy” delle fonti del diritto internazionale privato, affiancando inoltre la soluzione di “peer governance” alla questione relativa alla “heterarchy”, intesa quale “absence of institutional structures comparable to those in federal systems to support international developments”. V. anche H. MUIR-WATT, *Private International Law: Beyond the Schism, from Closet to Planet*, 2012, in works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/, spec. p. 11 ss.

⁽¹²⁷⁾ V. F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 895 ss., spec. p. 902 ss.

⁽¹²⁸⁾ Art. 26 TUE, paragrafi 1 e 2. In aggiunta alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, si è soliti riferirsi alla libera circolazione delle decisioni come alla “quinta libertà”.

incompatibili (mediante gli istituti della connessione e della litispendenza) ⁽¹²⁹⁾; dall'altra parte, di previsioni che consentano il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in forma "semplificata" ⁽¹³⁰⁾. Tale armonia, poi, ed è ciò che qui interessa ai fini del nostro ragionamento, può essere perseguita non solo attraverso meccanismi propri del settore della competenza giurisdizionale, ma anche attraverso dispositivi che riguardano l'ambito dei conflitti di leggi.

Ci si interroga sulla struttura del *corpus* che compongono gli atti normativi dell'Unione in ambito internazionalprivatistico, nonché sulla possibilità che tale insieme frammentario sia organizzato in modo tale da poter essere considerato un "sistema" di diritto internazionale privato sovranazionale. Si tratta invero di capire se l'insieme delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione, oltre che un'unità, costituiscano un'unità sistematica (inteso il "sistema" come una totalità ordinata, come un insieme di enti tra i quali esiste un certo ordine) ⁽¹³¹⁾. La difficoltà in cui si incorre immediatamente è di carattere generale e consiste nell'impossibilità di individuare una gerarchia delle fonti nel diritto dell'Unione. L'ordine

⁽¹²⁹⁾ Tra gli altri, articoli 6 e 27 ss. del regolamento n. 44/2001 (art. 29 ss. regolamento "Bruxelles I-bis"); art. 19 ss. del regolamento n. 2201/2003.

⁽¹³⁰⁾ Tra gli altri, art. 32 ss. del regolamento n. 44/2001 (art. 36 ss. del regolamento "Bruxelles I-bis"); art. 21 ss. del regolamento n. 2201/2003. Per un approfondimento in merito all'abolizione dell'*exequatur* nella prospettiva della revisione del regolamento n. 44/2001, v. G. BIAGIONI, *L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 971 ss. ed anche O. FERACI, *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 *Riv. dir. int.*, 2011, p. 832 ss. Con riferimento ai diritti fondamentali v. P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?*, in *IPRAX*, 2010, p. 249 ss.

⁽¹³¹⁾ Perché vi sia ordine è necessario che gli enti costitutivi – le norme di diritto internazionale privato dell'Unione – non siano soltanto in rapporto col tutto, ma siano anche in rapporto di coerenza tra loro (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, spec. p. 69 ss.). Sul diritto internazionale private dell'Unione come *sistema* v. S. BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford, 2011, spec. p. 57 ss. ("the set of rules adopted by the EU which are directly or indirectly linked – by function or objective – to article 81 TFUE is being developed in a system of EU private international law to the extent in which the coordination or replacement of national provisions on conflict of law and jurisdiction is proposed, as the case may be, making them consistent with one another [...]”, senza tuttavia tralasciare “the fact that EU private international law rules are established by means of a range of acts and instruments that vary widely as to their nature and scope, which at present are not always coordinated, and at times present conspicuous gaps.”).

gerarchico è noto, ma in via indiretta, non perché sia chiaramente definito dai Trattati: così i Trattati e la Carta di Nizza ne occuperanno il vertice, seguiti dai principi generali, dagli accordi conclusi dall'Unione con Stati terzi, dalle norme di diritto internazionale generale vincolanti l'Unione ed infine dagli atti normativi che le istituzioni adottano in base ai Trattati. A questo aspetto "genetico" seguono talune considerazioni che mettono in dubbio l'unitarietà del diritto dell'Unione, anche in ambito internazionalprivatistico, tanto da negargli una struttura completa ed autarchica e, di conseguenza, l'appellativo di "sistema" ⁽¹³²⁾. Il lavoro di integrazione necessario nei confronti di alcune disposizioni di diritto internazionale privato dell'Unione ad opera delle normative nazionali conferma l'inesistenza dell'indipendenza di cui, invece, dovrebbe essere dotato l'apparato di diritto internazionale privato dell'Unione qualora di "sistema" si trattasse; lo stesso vale per l'assenza di meccanismi di riparazione in caso di violazione di obblighi derivanti dalle relative discipline di diritto dell'Unione ⁽¹³³⁾. Come già più volte menzionato, il diritto internazionale privato dell'Unione si fonda su un collegamento tra le istituzioni europee e gli Stati membri, sia nel momento genetico dell'atto normativo (il rispetto dell'Unione per gli ordinamenti e le tradizioni giuridiche di questi) che nel momento finale, cioè nella sua applicazione all'interno dei sistemi nazionali (l'integrazione normativa ed interpretativa ad opera degli Stati).

⁽¹³²⁾ V. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I, cit.*, p. 108, in riferimento allo *status* di "work in progress" del diritto dell'Unione (relativamente all'inesistenza di una "European contract law") e, di conseguenza, all'inesattezza dell'espressione di "legislatore" europeo. V. Corte di giustizia, sentenza 1° giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV.*, causa C-126/97, in *Raccolta*, 1999, p. I-3055 (in riferimento ad un ordine pubblico "europeo").

⁽¹³³⁾ Spetta a ciascuno Stato membro provvedere secondo le rispettive regole a rimuovere le norme interne contrastanti e a porre in essere una normativa conforme agli obblighi posti dal diritto dell'Unione. Un'eventuale dichiarazione di illegittimità delle norme interne, con la conseguente abrogazione dei loro effetti, soddisferebbe solo in parte l'esigenza del rispetto delle norme dell'Unione, perché, fino a quando non siano emanati provvedimenti normativi di attuazione, gli obblighi derivanti da norme dell'Unione resterebbero di regola inadempiti. Secondo il diritto dell'Unione sarebbero allora esperibili un procedimento di infrazione (art. 258 ss. TFUE) e, nei casi in cui sia ammessa, un'azione per far valere la responsabilità dello Stato membro (v. sentenza Corte di giustizia 19 novembre 1991, *Franovich*, cause C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, 1991, p. I-5403); tuttavia sono rimedi che tendono solo ad attenuare le conseguenze della mancata applicazione del diritto dell'Unione e che, inoltre, non sono molto efficaci.

Valgono a questo punto le considerazioni condotte in riferimento alla forma regolamentare che hanno perlopiù assunto gli atti delle istituzioni che, per definizione, tende ad uniformare la materia internazionalprivatistica⁽¹³⁴⁾. In quest'ottica riteniamo opportuno fare luce nuovamente sul riscontro che avrà il regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale⁽¹³⁵⁾, adottato il 20 dicembre 2010 tramite una procedura di cooperazione rafforzata, ed applicabile dal 21 giugno 2012⁽¹³⁶⁾. Esempio di applicazione differenziata del diritto dell'Unione, nonostante preveda la possibilità di adesione successiva di altri Stati che non abbiano avviato la cooperazione, esso si applicherà esclusivamente negli ordinamenti degli Stati membri partecipanti, che difficilmente risulteranno al completo. La cooperazione rafforzata e, allo stesso modo, altri aspetti che comportano un'applicazione differenziata delle norme di diritto dell'Unione (ad esempio la particolare posizione della Danimarca in riferimento alla partecipazione alla Parte III, Titolo V del TFUE), non remano certo a favore di un'uniformazione del "sistema" internazionalprivatistico dell'Unione.

Tuttavia, concorre alla creazione di un "sistema" di diritto internazionale privato dell'Unione, il rapporto che unisce gli atti adottati sino ad ora adottati in questo ambito, l'obiettivo comune di realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le prospettive dell'azione

⁽¹³⁴⁾ V. *supra*, par. 2.

⁽¹³⁵⁾ In riferimento alla proposta di regolamento v. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro del Reglamento Roma III*, in *CDT*, 2009, p. 36 ss.; O. LOPES PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *CDT*, 2010, p. 126 ss.

⁽¹³⁶⁾ Sul regolamento "Roma III", v. K. BOELE-WOELKI, *For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2010, p. 1 ss.; P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *CDT*, 2011, p. 85 ss.; P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n° 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 des corps*, in *Rev. critique*, 2011, p. 291 ss.; J.-J. KUIPERS, *The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperatoin*, in *European Law Journal*, 2012, p. 201 ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España*, in *La Ley*, n. 8238, 2012, p. 2 ss.; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 601 ss.; A. ZANOBETTI, *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *NLCC*, 2012, p. 250 ss.

dell'Unione nel settore del diritto internazionale privato si collocano difatti nel quadro degli obiettivi attualmente delineati nel Programma di Stoccolma definito dal Consiglio ⁽¹³⁷⁾.

Si inseriscono poi nel contesto di uniformazione “sistemica” alcuni fenomeni che potremmo definire di *soft law* ⁽¹³⁸⁾, poiché non compresi nel novero di atti normativi delle istituzioni europee ⁽¹³⁹⁾. Nell'ampliamento del diritto internazionale privato dell'Unione, tali fenomeni si inseriscono nella dinamica evolutiva consistente nella strategia interpretativa del diritto internazionale privato europeo, in contrapposizione alla strategia normativa i cui risultati si qualificano come strumenti di *hard law*.

La rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale si inserisce nello schema delineato da ultimo dal Programma di Stoccolma ⁽¹⁴⁰⁾. Si tratta di una misura a carattere non settoriale e con finalità non specifiche, elaborata dalle istituzioni nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile ⁽¹⁴¹⁾. Essa, inizialmente strumentale al processo di “comunitarizzazione”, è ora funzionale all'evoluzione del diritto

⁽¹³⁷⁾ V. *supra*, nota n. 4.

⁽¹³⁸⁾ L'espressione *soft law* nasce al principio degli anni settanta in seno alla dottrina internazionalistica di matrice anglosassone e da allora il suo significato ha subito un'estensione, a discapito della sua capacità descrittiva (in quanto, dilatandosi la sua espressione, è venuta meno la precisione dei suoi contenuti, alimentandone suddetta estensione la povertà degli stessi). In questa progressiva dilatazione del suo significato, con *soft law* si sono venuti ad identificare quell'insieme disomogeneo di atti *latu sensu* normativi, caratterizzati in senso negativo come non giuridicamente vincolanti, privi in apparenza di un elemento positivo e differenziale. L'origine della locuzione nasce infatti per distinguere le normali fonti del diritto internazionale, consuetudini e trattati, da alcune manifestazioni normative di origine più recente, portatrici di norme di comportamento di carattere non spiccatamente autoritativo. A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in 54 *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499; v. anche L. BLUTMAN, *In the Trap of a Legal Methaphor: International Soft Law*, in *ICLQ*, 2011, p. 605 ss.

⁽¹³⁹⁾ È da sottolineare l'osservazione che insiste sulla differenza tra la nozione di *soft law* da un lato e *self* e *reflexive regulation* dall'altro. Queste tipologie sono concettualmente distinte, in quanto la seconda inerisce alle metodologie per il tramite delle quali viene posta in essere la regolamentazione, distinguendo gli atti di origine autoritativa da quelli che, all'opposto, sono il frutto di procedimenti partecipativi, attraverso i quali gli stessi soggetti regolati pongono in essere le norme che li riguardano. La *soft law* sembra voler far leva, invece, sulla particolare efficacia giuridica delle norme.

⁽¹⁴⁰⁾ V. anche regolamento n. 743/2002 del 25 aprile 2002 che istituisce un quadro generale comunitario di attività per agevolare la cooperazione giudiziaria in materia civile (in GU L 115 del 1.5.2002, p. 1 ss.).

⁽¹⁴¹⁾ Decisione del Consiglio 2001/470/CE del 28 maggio 2001, che la istituisce, ed inoltre decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 568/2009/CE del 18 giugno 2009, che ne ha introdotto la riforma (in vigore dal 1° gennaio 2011).

internazionale privato dell'Unione, in quanto si preoccupa di agevolare il conseguimento dei fini di cui agli articoli 67 e 81 TFUE, promuovendo la corretta applicazione delle norme sovranazionali e accrescendo l'effettività della cooperazione tra gli Stati membri ⁽¹⁴²⁾, con attenzione anche alle convenzioni internazionali vigenti tra due o più Stati membri ed al diritto interno degli Stati membri ⁽¹⁴³⁾. La rete giudiziaria europea, quale strumento di *governance*, istituisce una struttura organizzativa a scopo informativo che conferisce all'orizzonte della cooperazione tra Stati membri un aspetto di uniformità ⁽¹⁴⁴⁾: la strategia della rete si sviluppa infatti anche sul piano del dialogo tra le autorità degli Stati coinvolte nella concreta esperienza dell'azione giudiziaria. La frammentarietà che caratterizza l'azione del diritto dell'Unione nel processo civile è così contrastata dall'approccio "integrale" della rete giudiziaria europea che esercita uno sforzo di coordinamento non indifferente. A differenza dell'attività interpretativa giurisprudenziale, la rete ha il vantaggio di nascere dall'esperienza pratica, con il chiaro obiettivo di raggiungere dunque le *best practices*, di fissare, cioè, modelli di cooperazione che le stesse autorità giudichino opportune, capaci di accrescere l'efficienza delle misure di diritto dell'Unione esistenti o un migliore raccordo tra esse.

Un'ulteriore attività di rilievo nell'evoluzione del diritto internazionale privato dell'Unione, che rientra nella dinamica di cui è parte la rete giudiziaria europea, è l'attività interpretativa dei tribunali. Questa si

⁽¹⁴²⁾ Generalmente, per tutti, v. P. FRANZINA, *Il ruolo della rete giudiziaria europea nell'applicazione e nello sviluppo degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile – Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Como, 2008, p. 185 ss.

⁽¹⁴³⁾ Ai sensi dell'art. 3, par. 2, lett. b) della decisione 2001/470/CE, la rete sviluppa le proprie attività in particolare con la finalità di "predisporre e alimentare un sistema d'informazione, destinato al pubblico, sulla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione europea, sugli strumenti comunitari ed internazionali pertinenti, nonché sul diritto interno degli Stati membri, con particolare riferimento all'accesso alla giustizia".

⁽¹⁴⁴⁾ V. A. MILLS, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, cit. Per l'autore, "private international law should not be dismissed as a technical part of civil procedure, or even viewed as principally part of national law, but rather be recognised as a system of global governance for the management of private law legal pluralism – a system that could play a crucial role in the international legal order as a counterpoint to the universalist claims and aspirations of public international law" (p. 4).

differenza dal *modus procedendi* della rete giudiziaria in quanto, frutto di un'azione giurisdizionale che, prendendo le mosse dinanzi al giudice, ha un approccio meno pragmatico rispetto a quello della rete. L'attività giurisprudenziale in parola non è esclusivamente quella espletata dinanzi alla Corte di giustizia; abbiamo visto come le pronunce della Corte abbiano contribuito all'evoluzione dell'ambito internazionalprivatistico dell'Unione ed alla definizione di certi aspetti codificati, in taluni casi, in atti normativi. All'opera della Corte di Lussemburgo si affianca, come abbiamo visto, l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma l'azione interpretativa delle istituzioni giudiziarie non si ferma alle istituzioni sovranazionali. Essa invero si estende anche alle pronunce dei giudici nazionali, vale a dire alle decisioni rese dalle giurisdizioni più alte, dai tribunali di ultima istanza tanto degli Stati membri, quanto di Stati extra-europei. Il collegamento tra il sistema internazionalprivatistico dell'Unione e l'attività svolta dalle giurisdizioni degli Stati che non ne sono membri è stabilito con la partecipazione di questi Stati alle Convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja. Le convenzioni che hanno visto la luce in seno alla Conferenza e che abbracciano temi di fondamentale importanza, hanno riscontrato un forte successo tra gli Stati, ottenendo un elevatissimo numero di ratifiche ed adesioni ⁽¹⁴⁵⁾. Il diritto internazionale privato europeo, anche e soprattutto a seguito dell'adesione dell'Unione alla Conferenza, attinge al "diritto dell'Aja", stabilendo un contatto che ne determina l'evoluzione. L'esposizione sino ad ora condotta è funzionale alla considerazione per cui anche la pronuncia di un tribunale di ultima istanza di uno Stato extra-europeo, membro della Conferenza (o non membro, ma parte della convenzione cui si fa riferimento), che abbia ad oggetto una convenzione dell'Aja, influisce sul "sistema" di diritto internazionale privato dell'Unione. In riferimento al *certiorari* pronunciato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel caso *Abbott c. Abbott* ⁽¹⁴⁶⁾, la Corte ed i

⁽¹⁴⁵⁾ *Ex pluribus*, la Convenzione del 5 ottobre 1961 che sopprime la legalizzazione di atti pubblici esteri (104 Stati) e, come anticipato, la Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (89 Stati).

⁽¹⁴⁶⁾ Corte Suprema degli Stati Uniti, *certiorari* del 17 maggio 2010, *Abbott c. Abbott*, n. 08-645. V. L. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and*

giudici dissenzienti hanno dibattuto sull'interpretazione dei “diritti di custodia” e dei “diritti di visita” così come definiti nell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. In maniera particolare si trattava di ricondurre il diritto di *ne exeat* del padre del minore di cui si chiedeva il ritorno (¹⁴⁷). Entrambe le opinioni si riferiscono alla necessità di un'interpretazione uniforme della convenzione, richiamando a sostegno di questa tesi la Relazione esplicativa che la accompagna e che ne definisce certi aspetti interpretativi (¹⁴⁸). Tuttavia, le differenti conclusioni a cui giungono la Corte ed i giudici dissenzienti dimostrano come l'uniformità sia ancora *in fieri*. Tenuto conto delle difficoltà interpretative e delle motivazioni della decisione, l'attività svolta in sede giurisdizionale si inserisce nella menzionata strategia interpretativa, nell'orizzonte evolutivo di ampliamento del diritto internazionale privato dell'Unione.

Il fenomeno di cui sono portatrici la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale e le esperienze interpretative giurisprudenziali sopra delineate, attraversano il mondo della produzione delle norme giuridiche, rispondendo alle innovate esigenze di regolazione emergenti dal mondo reale. Ciò è importantissimo nel panorama internazionalprivatistico del diritto dell'Unione. Invero, la regolazione “leggera” affianca ed integra le norme giuridiche di carattere *hard*, rispondendo ad esigenze di regolamentazione in modo ora più puntuale, ora con strumenti più flessibili (¹⁴⁹). Questo modello di disciplina “a rete” risponde alla richiesta attuale in

Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, in *Oklahoma Law Review*, 2011, p. 733 ss.

(¹⁴⁷) La Corte riconosce che un genitore ha un diritto di custodia a causa del proprio diritto di *ne exeat*: il minore è dunque stato “wrongfully removed” (ex art. 3) a motivo della violazione, da parte della madre, di suddetto diritto in capo al padre e deve esserne perciò ordinato il ritorno ai sensi della Convenzione. I giudici dissenzienti, considerando che Mr. Abbott sia detentore di un mero diritto di veto, di una “travel restriction” (anche conosciuta come “*ne exeat* right”), sostengono che non sussista una sottrazione illegale così come indicato dalla Convenzione, in quanto non è stato violato alcun diritto di custodia. Per questi ultimi non deve essere ordinato il rientro del minore.

(¹⁴⁸) Relazione esplicativa Pérez-Vera sulla Convenzione del 24 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, reperibile sul sito della Conferenza.

(¹⁴⁹) Rimandiamo ad altra sede la trattazione completa della materia ricompresa nella *soft law*; tuttavia, per una completa esegesi a riguardo v., *ex pluribus*, L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Oxford, Portland, 2004; A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, cit.; A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

un contesto di globalizzazione delle relazioni e di espansione oltre le frontiere dei rapporti, riproducendo, sul piano delle fonti – come siamo venuti dicendo sin dall'inizio – il pluralismo degli ordinamenti giuridici e la loro sempre più stretta interrelazione, costituendo tra l'altro un elemento di raccordo e coordinamento ⁽¹⁵⁰⁾.

9. Elementi per un raffronto fra l'esperienza dell'Unione europea ed altre esperienze di cooperazione internazionale ed unificazione normativa in tale settore.

Oltre alla Conferenza dell'Aja, esistono altre organizzazioni intergovernative che contribuiscono all'evoluzione ed all'unificazione del diritto internazionale privato, ora attraverso la conclusione di convenzioni internazionali, ora attraverso l'elaborazione di principi generali. Tra queste, meritano di essere menzionate la già anticipata Commissione internazionale dello stato civile (CIEC) ⁽¹⁵¹⁾, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT) ⁽¹⁵²⁾ e la Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (UNCITRAL) ⁽¹⁵³⁾. A parte la duplice attività espletata dalla Commissione internazionale dello stato civile, preposta sia all'elaborazione di convenzioni internazionali vincolanti i rispettivi Stati

⁽¹⁵⁰⁾ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

⁽¹⁵¹⁾ V. *supra*, par. 1. L'organizzazione ammette anche la partecipazione di Stati in qualità di osservatori: cfr. il Protocollo del 25 settembre 1950 ed il Protocollo addizionale del 25 settembre 1952, consultabili sul sito <http://www.ciec1.org/Statuts-5-12-2011-Ang.pdf>. Avendo specifico riguardo alla materia dei conflitti di leggi nei rapporti di famiglia distacchiamo, tra le altre, la Convenzione n. 19 del 5 settembre 1980, firmata a Monaco, sulla legge applicabile ai nomi ed ai cognomi.

⁽¹⁵²⁾ L'*International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* è un'organizzazione intergovernativa indipendente con sede a Roma. Obiettivo dell'UNIDROIT è lo studio dei metodi tesi all'evoluzione, all'armonizzazione ed al coordinamento del diritto privato e commerciale tra gli Stati, attraverso la formulazione di principi uniformi. Ogni informazione in merito è reperibile al sito: <http://www.unidroit.org>. V. anche L. PETERS, *UNIDROIT*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, *cit.*, p. 137 ss.

⁽¹⁵³⁾ Ogni informazione relativa alla *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, organizzazione a respiro universale tesa allo sviluppo ed all'armonizzazione del diritto del commercio internazionale, è reperibile al sito: <http://www.uncitral.org>. V. P. ZUMBANSEN, M. PANEZI, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 663 ss.

partecipanti sia all'elaborazione di principi non vincolanti ⁽¹⁵⁴⁾, tali organizzazioni menzionate sono deputate all'elaborazione di principi di diritto espressi attraverso lo strumento di raccomandazioni, dichiarazioni o risoluzioni – di natura *soft* – destinati a fornire all'operatore giuridico linee-guida per l'interpretazione di norme di natura *hard*, nonché “suggerimenti” per l'opera del legislatore, tanto nazionale quanto europeo. A tal proposito è opportuno annoverare anche la Commissione sul diritto europeo della famiglia (CEFL) ⁽¹⁵⁵⁾ e l'*American Law Institute (ALI)* ⁽¹⁵⁶⁾. Nonostante l'attività di queste istituzioni sia diretta alla predisposizione di principi comuni ai fini dell'armonizzazione del diritto di famiglia sostanziale degli Stati, rispettivamente, dell'Unione e degli Stati Uniti, tali principi hanno influenzato e stimolato l'elaborazione di strumenti normativi di diritto internazionale privato vertenti su materie analoghe ⁽¹⁵⁷⁾.

Si affianca all'attività unificatrice della Conferenza dell'Aja, organizzazione intergovernativa, l'attività di istituzioni indipendenti, preposte alla c.d. codificazione scientifica del diritto internazionale privato

⁽¹⁵⁴⁾ L'elenco aggiornato delle raccomandazioni adottate dalla Commissione Internazionale dello stato civile è consultabile al seguente indirizzo: <http://ciec1.org/ListeRecommandations.htm>.

⁽¹⁵⁵⁾ La *Commission on European Family Law (CEFL)* (<http://www.ceflonline.net>) è stata istituita nel 2001 con l'obiettivo di armonizzare il diritto di famiglia in Europa attraverso l'elaborazione di principi comuni agli Stati membri, da considerarsi quali “quadro normativo di riferimento” per successivi interventi legislativi di diritto dell'Unione. Si distaccano, in particolar modo, i Principi relativi al divorzio ed alle obbligazioni alimentari tra ex coniugi (2004) ed i Principi relativi alla responsabilità parentale (2007). K. BOELE-WOELKI, *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in *Common Core and Better Law in European Family Law, European Family Law Series*, a cura di K. Boele-Woelki, 2005, p. 15 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ L'*American Law Institute (ALI)* (<http://www.ali.org>), composto da più di 4000 membri tra giudici, avvocati e professori universitari, è la maggior organizzazione indipendente degli Stati Uniti d'America, avente il precipuo obiettivo di emanare raccomandazioni volte a chiarire, modificare ed adattare il diritto vigente. Sono frutto dell'elaborazione condotta dall'*American Law Institute* i *Principles of the Law Family Dissolution* (2003), reperibili sul sito <http://www.divorcereform.org/ali.html>.

⁽¹⁵⁷⁾ A titolo esemplificativo, si segnalano i *CEFL Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* (reperibili al sito <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>), che presentano alcune analogie con il regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (il riferimento è all'art. 7 del regolamento – “Validità formale” – ed il Principio 1:6 – “Content and Form of the Agreement”).

(¹⁵⁸). Tra questi, il Gruppo europeo di diritto internazionale privato (*GEDIP*) (¹⁵⁹), che si occupa specificamente di diritto internazionale privato, l'*International Law Association (ILA)* (¹⁶⁰), l'Istituto di diritto internazionale (*IDI*) (¹⁶¹) ed il *T. M. C. Asser Instituut* (¹⁶²). È di rilievo anche l'attività condotta dall'Accademia dell'Aja di diritto internazionale, di promozione del confronto tra le varie esperienze giuridiche nazionali, attraverso attività di studio aventi ad oggetto tematiche di diritto internazionale pubblico e privato (¹⁶³). Si tratta di un'istituzione culturale che agisce a livello universale, il cui insegnamento può essere considerato quale "insegnamento

(¹⁵⁸) Così P. FRANZINA, *La codificazione cinese delle norme sui conflitti di leggi: elementi per un'analisi in chiave comparatistica*, in *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese - La legge del 28 ottobre 2010 sul diritto applicabile ai rapporti civili con elementi di estraneità*, a cura di R. Cavaliere e P. Franzina, Milano, 2012, p. 17 ss.

(¹⁵⁹) Il *Group européen de droit international privé (GEDIP)* (<http://www.gedip-egpil.eu>), fondato nel 1991, è composto da accademici, provenienti da Stati membri e da organizzazioni internazionali, specializzati nel campo dei rapporti tra il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione.

(¹⁶⁰) L'*International Law Association (ILA)* (<http://www.ila-hq.org>), fondata a Bruxelles nel 1873, è un'organizzazione non governativa avente come obiettivo "the study, clarification and development of international law, both public and private, and the furtherance of international understanding and respect for international law". V. T. STEIN, *International Law Association*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 872 ss.

(¹⁶¹) L'*Institut de droit international (IDI)* (<http://www.idi-iil.org>), fondato nel 1863, è un'organizzazione indipendente avente il fine di elaborare risoluzioni sottoposte in un secondo momento all'attenzione delle autorità governative, delle organizzazioni internazionali e della comunità scientifica. L'Istituto si prefigge il compito di evidenziare alcune caratteristiche *de lege lata* per promuoverne l'evoluzione, così come di emettere risoluzioni *de lege ferenda* al fine di contribuire allo sviluppo del diritto internazionale, pubblico e privato. V. P. MACALISTER-SMITH, *Institut de Droit International*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 219 ss.

(¹⁶²) L'*Asser Institute - Centre for International and European Law* (<http://www.asser.nl>), con sede a La Aja, è stato fondato nel 1965 con la collaborazione di alcune facoltà di diritto olandesi. Esso prende il nome di Tobias Michael Carel Asser, figura di rilievo nel campo del diritto internazionale di fine ottocento. Lo scopo dell'Istituto è quello di promuovere il dialogo tra le facoltà di diritto olandesi e straniere, attraverso attività di ricerca ed incontri di studio nell'ambito del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea.

(¹⁶³) The *Hague Academy of International Law* ha sede a L'Aja, nei locali adiacenti alla Corte internazionale di giustizia, (questo il sito ufficiale: <http://www.hagueacademy.nl>). In generale, v. C. FEINÄUGLE, *Hague Academy of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 663 ss. V. anche R.-J. DUPUY, *La contribution de l'Académie au développement du droit international*, in *Recueil des cours*, Vol. 138, 1974, p. 51 ss.; K. SKUBISZEWSKI, *The Contribution of the Academy to the Development of the Science and Practice of Public International Law*, in *Recueil des cours*, Vol. 271, 1999, p. 61 ss.; A. V. M. STRUYCKEN, *La contribution de l'Académie au développement de la science et de la pratique du droit international privé*, *ibid.*, p. 21 ss.

universale” che si avvale di un linguaggio – “universale”, appunto – che va oltre alle peculiari differenze degli ordinamenti giuridici degli Stati ⁽¹⁶⁴⁾.

Conviene qui anticipare, da ultimo, il ruolo fondamentale che ricoprono, all'interno del processo di evoluzione ed unificazione del diritto internazionale privato dell'Unione europea, gli strumenti internazionali di natura pattizia in cui conviene l'affermazione dei diritti fondamentali a tutela della persona umana ⁽¹⁶⁵⁾, con precipuo riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ⁽¹⁶⁶⁾. La CEDU, soprattutto, individuando i diritti fondamentali della persona, considerata individualmente e nel contesto familiare, ha considerevoli riflessi, non solo sul diritto internazionale privato comune ma anche sulla disciplina internazionalprivatistica dell'Unione. Rilevano a questo proposito gli articoli 8 (“Diritto al rispetto della vita privata e familiare”), 12 (“Diritto al matrimonio”), 14 (“Divieto di discriminazione”) e 5 del Protocollo 7 (“Parità tra i coniugi”), cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è spesso rivolta con riferimento a fattispecie che presentavano aspetti di rilievo internazionalprivatistico ⁽¹⁶⁷⁾.

Sezione 2

L'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea

⁽¹⁶⁴⁾ Il linguaggio “universale” utilizzato dall'Accademia trova poi diffusione nella *Recueil des cours*, in cui sono raccolti gli argomenti oggetto dei corsi.

⁽¹⁶⁵⁾ Tra cui la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 - con specifico riferimento agli articoli 12, 16, par. 3 e 25, paragrafi 1 e 2 -, la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali - coi suoi articoli 7, 10 e 11 -, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 - agli articoli 17, par. 1, 23, paragrafi 1 e 4 e 24 - la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - in particolare gli articoli 9 e 33.

⁽¹⁶⁶⁾ Per D. MARTINY (*Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*, *cit.*), la CEDU costituisce “an implicit recognition of the contours of a ‘European Family Law’” (p. 2). V. anche G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andriani, Padova, 2007, p. 135 ss. e *ibid.* V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, p. 115 ss. V. *infra*, Cap. III.

⁽¹⁶⁷⁾ V. anche F. SEATZU, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato e processuale: temi scelti*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, 2011, p. 205 ss. In merito all'incidenza dei diritti dell'uomo sui legami personali v. *infra*, Cap. III, par. 2.

10. *Le principali questioni di metodo relative all'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato.*

L'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato pone problemi peculiari, in parte diversi da quelli suscitati dall'interpretazione di qualsiasi norma giuridica. La peculiarità di tali problemi riflette, nel contempo, la particolare natura degli elementi costitutivi delle norme di diritto internazionale privato e la funzione da esse perseguita. Se è vero, infatti, che tali norme sono chiamate, in generale, a coordinare le determinazioni espresse dai vari ordinamenti nazionali quanto alla regolamentazione delle situazioni e dei rapporti di diritto privato, è vero anche che tale funzione di coordinamento – implicante un “dialogo” fra culture giuridiche diverse – viene perlopiù perseguita dalle norme di diritto internazionale privato impiegando nozioni tecnico-giuridiche proprie dei singoli ordinamenti nazionali.

La dialettica fra queste due spinte impone all'interprete di identificare anzitutto il “contesto” (di regole, di concetti, di categorie) al quale di volta in volta ancorare l'operazione tesa a determinare il senso delle espressioni impiegate nelle norme di diritto internazionale privato, in funzione dell'applicazione di queste ultime al caso di specie.

La necessità di una simile scelta può emergere, anche se in termini non necessariamente omogenei, in rapporto ai diversi elementi costitutivi delle norme di diritto internazionale privato. Così, per quanto riguarda le norme di conflitto (ci riferiamo qui, per semplicità, alle norme basate sul c.d. metodo tradizionale dei conflitti di leggi)⁽¹⁶⁸⁾, la previa determinazione dell'“orizzonte” interpretativo si rende necessaria sia per ricostruire i concetti utilizzati dalla norma al fine di determinare il proprio oggetto (le

⁽¹⁶⁸⁾ P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padova, 2004, p. 485 ss., nonché, dello stesso autore, *Les méthodes de coordination entres ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 276, 1999, p. 9 ss. PICONE individua quattro metodi di coordinamento tra ordinamenti, che si ispirano a presupposti concettuali e tendono a risultati pratici notevolmente diversi. Questi sono il metodo classico (basato sulla localizzazione della fattispecie), il metodo materiale del conflitto di legge, il metodo del *jurisdictional approach* (applicazione generalizzata della *lex fori*) ed il metodo del riferimento all'ordinamento (straniero) competente.

“obbligazioni nascenti dalla legge”, ad esempio), sia per dare un senso alle nozioni impiegate per descrivere il pertinente criterio di collegamento, ove naturalmente si tratti di nozioni giuridiche ⁽¹⁶⁹⁾ (il “fatto da cui deriva l’obbligazione”, stando all’esempio precedente ed alla luce dell’art. 61 della legge n. 218/1995).

Nella dottrina internazionalprivatistica, il problema a cui abbiamo appena fatto riferimento è oggetto di una lunga tradizione di studi, riconducibili all’ampia e controversa tematica della *qualificazione* ⁽¹⁷⁰⁾.

Come è noto, sono state prospettate in quest’ambito almeno tre ricostruzioni. In base al criterio della c.d. qualificazione *lege fori*, l’interpretazione delle espressioni tecnico-giuridiche contenute nelle norme di diritto internazionale privato è ricondotta ai parametri contenuti nell’ordinamento del foro. Ogni Stato, nel coordinare il proprio diritto con quello di altri Stati, assumerebbe infatti a riferimento il proprio sistema giuridico, risultando allora “naturale” impiegare le categorie da esso stabilite per determinare, specie nei casi dubbi, il funzionamento delle norme preposte a tale coordinamento. Una seconda ricostruzione, che prospetta la qualificazione secondo *lex causae*, àncora la qualificazione delle fattispecie costitutive della norma internazionalprivatistica alle

⁽¹⁶⁹⁾ *Ex pluribus*, v. T. PFEIFFER, *Private International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 459 ss., spec. p. 465; O. LOPES PEGNA, *Criteri di collegamento*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 91 ss., spec. p. 96.

⁽¹⁷⁰⁾ V. tra gli altri B. ANCEL, *L’objet de la qualification*, in *Journal du droit international*, 1980, p. 227; G. BARILE, *Qualificazione (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 1 ss., per cui “[l]’operazione di qualificare costituisce un’esigenza imprescindibile dell’attivazione della normativa di d.i.p. *strictu sensu*, mentre si pone in termini meno complessi rispetto alle norme sulla competenza giurisdizionale”; R. BARATTA, *Qualificazioni*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, cit., p. 315 ss.; S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 361 ss.; E. A. BARTIN, *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, in *Recueil des cours*, Vol. 31, 1930, pp. 561 ss.; K. LIPSTEIN, *Characterization*, in *International encyclopedia of comparative law*, Vol. III, 1999, p. 3 ss.; F. MOSCONI, *La difesa dell’armonia interna dell’ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 5 ss.; K. SIEHR, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications: de lege lata and de lege europea ferenda*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2005, p. 17 ss., spec. p. 35 ss.; W. WENGLER, *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, in *Rev. critique*, 1954, p. 69 ss.

categorie della legge richiamata dalla norma stessa ⁽¹⁷¹⁾. L'applicazione della *lex causae* ai fini della qualificazione permette all'interprete di non uniformarsi in maniera troppo rigida esclusivamente alle valutazioni dello Stato del foro, aprendo così l'opera interpretativa a parametri contemplati dagli ordinamenti stranieri cui la fattispecie in esame è contemplata. Tuttavia, questa applicazione provocherebbe un'inversione tra oggetto e scopo della norma di conflitto (“*circulus inextricabilis*”), dal momento che si farebbe *dipendere* la qualificazione dalla determinazione della legge applicabile richiamata dalla norma, provocando dunque un'inversione illogica ⁽¹⁷²⁾. Per superare le perplessità derivanti dalla qualificazione operata ora secondo la *lex fori*, ora secondo la *lex causae*, una terza soluzione inclina per la qualificazione in chiave “comparativa” o “internazionalistica” ⁽¹⁷³⁾. Secondo quest'ultima ricostruzione, l'interpretazione delle categorie giuridiche impiegate nella norma internazionalprivatistica andrebbe basata su principi e concetti giuridici comuni a più esperienze giuridiche nazionali, da individuarsi attraverso una ricerca storica, giurisprudenziale e dottrinale.

La teoria che trova però i più ampi riscontri è quella fondata sul ricorso alla *lex fori*, che valorizza i parametri interpretativi propri dell'ordinamento di appartenenza delle norme di diritto internazionale

⁽¹⁷¹⁾ Anche con riferimento ai criteri di collegamento (e non solo alla cittadinanza, notoriamente qualificata alla stregua dell'ordinamento dello Stato che la prospetti) che, anche per necessità di uniformità interpretativa, dovrebbero essere interpretati alla luce dell'ordinamento competente a regolare la fattispecie v. G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, p. 99 ss.; L. M. BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1958, p. 107 ss.; G. SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, p. 54 ss.

⁽¹⁷²⁾ La determinazione della legge applicabile, infatti, presuppone l'operare di una certa norma di diritto internazionale privato e, quindi, che sia preventivamente risolto il problema della qualificazione. Questo tipo di interpretazione rientrerebbe nel c.d. “circolo vizioso” descritto da BARILE, *cit.*, p. 7 (per superare il quale, secondo l'autore, sono adottati gli argomenti relativi alla tesi della doppia qualificazione, p. 7).

⁽¹⁷³⁾ R. BARATTA, *Qualificazioni*, *cit.*, p. 318, che, tuttavia, limita tale funzione al giudice nazionale. Per LIPSTEIN “[t]he operative facts making up the conflict rules of the forum and the claim or defence presented in terms of rules of a particular legal system must each be analysed in terms of the other [...]”, per cui “[t]his process, known as characterization or qualification, relies both on the *lex fori* and the alleged *lex causae* in order to ascertain the applicable law in the light of each other” (respingendosi così sia la teoria della *lex fori*, sia quella della *lex causae*). V. K. LIPSTEIN, *Characterization*, *cit.*, p. 5.

privato (¹⁷⁴). Questo approccio, come vedremo, sembra imporsi – salvo talune precisazioni – anche in relazione al diritto internazionale privato dell'Unione europea.

11. *L'interpretazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea.*

La questione interpretativa delle categorie giuridiche costitutive delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea assume un carattere di “specialità” rispetto alle ricostruzioni prospettate in riferimento alle norme di diritto internazionale privato di diritto comune.

In tali casi, l'opera dell'interprete muove dalle peculiarità della struttura sovranazionale dell'Unione europea, in quanto dotata di caratteri che la contraddistinguono (in parte) dagli ordinamenti nazionali, cui ci siamo riferiti per la rassegna delle tecniche interpretative di diritto comune.

In primo luogo, esso è per definizione un diritto uniforme: l'autonomia, come abbiamo visto, è un carattere necessario delle disposizioni di diritto dell'Unione, non solo internazionalprivatistiche, che garantisce l'effettività delle stesse, tramite la loro interpretazione ed applicazione omogenea all'interno di tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Perché tale interpretazione, dunque, sia conforme in tutti gli Stati dell'Unione, essa deve essere autonoma, indipendente, vale a dire, da concetti il cui significato sia strettamente riconducibile agli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri (¹⁷⁵).

(¹⁷⁴) *Ex pluribus v. F. MOSCONI, La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari, cit., p. 5.*

(¹⁷⁵) La prima pronuncia in merito alla necessità di un'interpretazione uniforme delle norme di diritto comunitario è la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia il 19 marzo 1964 nel caso *Unger*, causa 75/63, in *Racc.*, p. I-347, in relazione alla nozione di “travailleur salarié ou assimilé”, utilizzata nel regolamento comunitario n. 3 del Consiglio della CEE relativo alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti. La Corte ha affermato in questa occasione che tale nozione ha “une portée communautaire”, alla stessa stregua del termine “travailleur” di cui agli articoli 48-51 del Trattato CEE, e si riferisce a tutti coloro che, in quanto tali e senza riguardo al modo in cui vengono denominati, sono tutelati dai vari sistemi nazionali di previdenza sociale (“[...] le règlement n. 3 crée un droit social autonome européen et contient des notions spécifiquement communautaires”). In riferimento all'interpretazione autonoma delle norme di diritto internazionale privato, la prima pronuncia è stata resa il 14 ottobre 1976, nel caso *LTU c. Eurocontrol*, causa 29/76, in *Racc.* pag. I- 1541, in cui la Corte di giustizia, per la prima volta, ha fornito

Le peculiarità sopramenzionate si rinvengono, *mutatis mutandis*, nelle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme ⁽¹⁷⁶⁾. Rispetto a queste ultime, tuttavia, il diritto internazionale privato dell'Unione presenta ulteriori peculiarità: esso, invero, è uno strumento concepito ai fini di realizzare obiettivo di integrazione. Gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione si affiancano dunque ad altre esperienze di cooperazione internazionale interstatale, integrandone i contenuti in funzione della progressiva costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tali strumenti, inoltre, a differenza delle esperienze pattizie volte all'unificazione del diritto internazionale privato, sono parte di un "ordinamento giuridico", quello dell'Unione europea, che progressivamente si va dotando di caratteristiche proprie, tra cui, come abbiamo visto, un proprio linguaggio e dei propri valori. Le espressioni impiegate nelle norme di conflitto uniformi stanno acquisendo una propria autonomia, sganciata dal significato che assume lo stesso termine in un contesto diverso. È questo il caso, ad esempio, e come sopra accennato, della nozione di residenza abituale impiegata nelle norme di conflitto uniformi il cui senso, pur originando dal "diritto dell'Aja", ha assunto un'accezione "europea", funzionale al raggiungimento di obiettivi propri dell'Unione.

Il diritto internazionale privato dell'Unione tuttavia, non costituisce un sistema completo ed autosufficiente, mancando a tal fine un diritto (sostanziale) europeo uniforme cui fare riferimento ai fini della ricostruzione delle categorie giuridiche impiegate dalle norme di diritto

un'interpretazione della nozione di "materia civile e commerciale" in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in merito alla quale "pour l'interprétation de la notion de 'matière civile et commerciale' aux fins de l'application de la Convention [...] il convient se référer non au droit de l'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention, et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux". Per un'ampia rassegna giurisprudenziale in merito all'interpretazione autonoma del norme di diritto internazionale privato dell'Unione, v. F. SALERNO, *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention*, in *European Private International Law*, a cura di K. Boele-Woelki, 1998, Trier, p. 115 ss., spec. p. 117; M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *J.D.I.*, 2004, p. 797 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ V. S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale uniforme*, Padova, 1986, p. 138 ss.

internazionale privato dell'Unione (¹⁷⁷). Sulla traccia delle lacune menzionate, di ordine sostanziale e processuale, vi è un'ulteriore caratteristica che differenzia l'ordinamento giuridico europeo dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri, evidenziandone così le differenze, soprattutto ai fini dell'interpretazione dei concetti contenuti nelle norme di diritto internazionale privato. Spetta in primo luogo al giudice nazionale assicurare l'interpretazione e l'applicazione uniforme delle norme che compongono il diritto dell'Unione. Egli riveste dunque il ruolo di "primo giudice comunitario" (¹⁷⁸) ma, nel contempo, poiché partecipa della realtà giuridica dello Stato membro a cui appartiene, è di fatto esposto a condizionamenti di ordine giuridico o, più ampiamente, culturale, suscettibili di conferire un carattere "particolare" o nazionale agli esiti della sua opera. D'altronde l'Unione poggia su esperienze e tradizioni giuridiche nazionali profondamente radicate e tra loro molto diverse, che non pretende (né forse potrebbe) soppiantare del tutto.

Dovendo privilegiare l'approccio interpretativo *lege fori*, emergono conseguenze di due tipi: in primo luogo la necessità per l'interprete di guardare all'insieme dell'ordinamento dell'Unione (alla luce delle finalità cui le norme, nello specifico, sono volte a realizzare) e, in secondo luogo, l'impossibilità (o almeno la non convenienza) di attingere dagli ordinamenti giuridici nazionali per definire i concetti ivi espressi e, tantomeno, dell'interpretazione operata *lege causae* (per cui potrebbe venire in risalto

(¹⁷⁷) S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni di diritto internazionale uniforme*, cit., p. 363. L'affermazione per cui non è possibile rinvenire un reticolato normativo di diritto materiale in ambito europeo non deve essere dunque radicale, in quanto, sebbene non in maniera completa e solo relativamente ad alcuni settori, si rinvenivano norme materiali di "diritto" dell'Unione (nel campo delle assicurazioni, del lavoro etc.), quali "indizi" che segnalano una "identità" normativa europea, distinta, appunto, da quella degli Stati membri.

(¹⁷⁸) V., tra gli altri, la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 luglio 2008 sul ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo (2007/2027(INI)), in cui si legge che "il diritto comunitario resta lettera morta se non viene debitamente applicato negli Stati membri, anche dai giudici nazionali, i quali sono pertanto l'elemento centrale del sistema giudiziario dell'Unione europea e svolgono un ruolo fondamentale e imprescindibile per la creazione di un ordinamento giuridico unico europeo, anche nell'ottica delle recenti realizzazioni del legislatore comunitario [in riferimento al regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del TUE] nel senso di un maggiore coinvolgimento e di una maggiore responsabilizzazione dei giudici nazionali nell'attuazione del diritto comunitario".

l'utilizzazione di nozioni e concetti di uno Stato non membro, là dove la pertinente disciplina di conflitto abbia carattere "universale"). A questo proposito, la "scarsa profondità regolatoria" del diritto dell'Unione, vale a dire l'assenza di concetti e categorie capaci di descrivere in modo sufficientemente preciso la realtà del diritto privato sostanziale e gli istituti processuali, impedisce talora al legislatore europeo di prescindere dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri: esso, a differenza di questi ultimi, quali ordinamenti originari, non rappresenta un ordinamento "completo", rimanendo continuamente esposto, di conseguenza, ad eventuali "declinazioni interpretative" interne.

L'elaborazione di nozioni autonome si rivela dunque difficoltosa. Tale difficoltà lascia trasparire la mancanza di autosufficienza delle norme uniformi di diritto internazionale privato (siano esse di origine pattizia o contenute in atti derivati dell'Unione), nonché l'impossibilità di prescindere da "norme non uniformi": qualora vi sia una lacuna, invero, le nozioni autonome dovranno essere integrate dalle disposizioni contenute negli ordinamenti giuridici nazionali.

L'idea di un'interpretazione autonoma è ormai consolidata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che la preferisce a soluzioni di carattere "conflittuale" in chiave "statocentrica", volte, cioè, a stabilire i criteri secondo i quali viene identificato l'ordinamento statale competente a stabilire il significato del concetto giuridico considerato ⁽¹⁷⁹⁾. Attraverso tale prospettata soluzione "conflittuale", tuttavia, l'uniformità applicativa non viene per questo abbandonata, ma viene perseguita in via mediata, attraverso un'operazione interpretativa "guidata" dalla lettera della disposizione di riferimento ⁽¹⁸⁰⁾. L'autonomia è dunque garanzia

⁽¹⁷⁹⁾ V. P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5.1 del Regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, p. 71 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, cit., p. 153. Così, recentemente, la Corte di giustizia nella sentenza 22 novembre 2012, *Bank Handlowy*, causa C-116/11, non ancora pubblicata in *Racc.*. Chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della nozione di "chiusura della procedura di insolvenza" ai sensi del regolamento n. 1346/2000, la Corte ha affermato che il regolamento, per quanto riguarda riguarda i criteri che consentono di constatare in concreto l'esistenza di tale situazione, rinvia al diritto nazionale. Questa interpretazione, secondo la Corte, "è l'unica

dell'uniformità applicativa delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione; l'impiego di nozioni autonome è il modo più diretto ed efficace ai fini del raggiungimento di tale uniformità. A motivo delle difficoltà che l'interprete incontra all'ora di qualificare in via autonoma i concetti racchiusi nelle norme di diritto internazionale privato dell'Unione, tra cui, come abbiamo visto, la scarsa “profondità regolatoria” dell'ordinamento giuridico dell'Unione, emerge dunque la necessità di valorizzare altre vie interpretative, siano esse suggerite dal legislatore europeo oppure, in via giurisprudenziale, dalla Corte di giustizia nella sua opera interpretativa⁽¹⁸¹⁾. Di questa necessità sono espressione, per quanto riguarda la via interpretativa alternativa “suggerita” dal legislatore europeo, gli articoli 59 e 60, comma 3, del regolamento n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Ai sensi dell'art. 59, invero (ed in riferimento alle sole persone fisiche): “1. [p]er determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale. 2 Qualora una parte non sia domiciliata nello Stato membro i cui giudici sono aditi, il giudice, per stabilire se essa ha il domicilio in un altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato⁽¹⁸²⁾”; ai sensi dell'art. 60, comma 3, (relativo, invece, alle società ed alle persone giuridiche) “[p]er definire se un *trust* ha domicilio nel territorio di

idonea ad evitare le ineluttabili difficoltà che deriverebbero, in assenza di una definizione della nozione di insolvenza nel regolamento, dall'applicazione da parte di giudici diversi di concezioni nazionali divergenti in merito alla nozione di insolvenza” (punto 71).

⁽¹⁸¹⁾ V. sentenza 6 ottobre 1976, causa C-12/76, *Tessili*, in *Racc.*, 1976, p. I-1473, punto 11 ss., per cui “[...] la soluzione migliore va studiata di volta in volta per ciascuna norma della Convenzione, in modo tale tuttavia da garantire la piena efficacia di quest'ultima, nella prospettiva delle realizzazioni volute dall'art. 220 del Trattato”. V. S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 361 ss., per la quale l'interpretazione autonoma sarebbe consigliabile, se non obbligatoria per le norme ed i concetti che determinino l'ambito di applicazione di un determinato atto, “che non può dipendere né dalla *lex fori*, né da alcuna legge nazionale; mentre considerazioni di diverso tipo dovrebbero essere fatte per la ricostruzione dei concetti che assolvono, nella norma considerata, un'altra funzione: quella ad esempio del criterio di collegamento o di titolo di giurisdizione (quale il caso del concetto di “evento dannoso”, ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* ex art. 5, comma 3, del reg. 44/2001).

⁽¹⁸²⁾ Si veda il “precedente” art. 52 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (“[p]er determinare se una parte ha il domicilio sul territorio dello Stato contraente in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge interna”).

uno Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato”. Sarebbe infine garantita in tutti i modi l’uniformità interpretativa e, dunque, applicativa, delle norme di diritto internazionale privato dell’Unione qualora, ai fini dell’interpretazione delle fattispecie giuridiche ivi contenute, si facesse riferimento ad un unico *corpus* di regole sostanziali appartenenti ad un unico Stato membro.

12. *L’uniformità interpretativa come garanzia di effettività del diritto internazionale privato dell’Unione europea.*

Perché la disciplina internazionalprivatistica dell’Unione si inserisca in maniera appropriata nella logica di integrazione di cui sopra, finalizzata alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è indispensabile che sia garantita l’effettività delle disposizioni che la compongono. Di conseguenza, per assicurare l’effettività in questione, l’ordinamento giuridico dell’Unione predispone i metodi necessari alla loro applicazione uniforme. Uniformità ed effettività sono dunque consequenziali, nonostante possano essere analizzati nella loro esplicazione quasi simultanea. L’uniformità si esplica in prima battuta (ed *a priori*) attraverso la tecnica redazionale scelta dal legislatore europeo di fare riferimento ad una definizione “autonoma” delle nozioni tecnico-giuridiche impiegate. L’uniformità è poi garantita *a posteriori*, attraverso l’interpretazione dei giudici nazionali ed europeo.

A tal fine si deve tenere conto che le norme di diritto internazionale privato dell’Unione devono essere considerate nel loro insieme, con attenzione agli strumenti normativi già adottati nello stesso settore (e non solo), nonché alle convenzioni di diritto internazionale uniforme concluse dall’Unione, alla luce di una fondamentale (se pur non sempre imprescindibile) ⁽¹⁸³⁾ “continuità interpretativa”. La Corte di giustizia, nell’affermazione di un’interpretazione autonoma delle nozioni contenute nelle norme di diritto internazionale privato, si è spesso riferita alla

⁽¹⁸³⁾ V. più avanti, sentenza 8 novembre 2005, *Leffler*, causa C-443/03, in *Racc.*, 2005, p. I-9611, punto 47, nonché punto 32 delle conclusioni dell’avv. gen. Stix-Hackl, presentate il 28 giugno 2005.

necessità di continuità, all'esigenza, ovvero, di considerare l'insieme degli elementi "rapportati" (nello specifico, le relative pronunce della Corte) alla norma considerata, all'ora di fornirne un'interpretazione. Tale espressione di necessaria continuità è valida allo stesso modo sia che venga riferita alla qualificazione di una categoria giuridica, sia che si tratti dell'interpretazione di un criterio di collegamento c.d. giuridico contenuto nella norma di diritto internazionale privato dell'Unione. La Corte a questo proposito, nell'ottica di una continuità che può essere definita "orizzontale", ritiene necessario il coordinamento che deve sussistere sia tra le prime convenzioni di diritto internazionale privato uniforme ⁽¹⁸⁴⁾ (principalmente la Convenzione di Bruxelles del 1968, la "parallela" Convenzione di Lugano del 1988 ⁽¹⁸⁵⁾ e la Convenzione di Roma del 1980, nonché i rispettivi lavori preparatori e, invero, la rispettiva giurisprudenza), sia tra gli atti normativi adottati in seno alle istituzioni europee nella sfera delle competenze ad esse attribuite nel campo del diritto internazionale privato. Sempre nell'ambito della così definita "continuità orizzontale", è necessario che vi sia rispondenza nell'interpretazione del previo strumento pattizio di diritto internazionale privato e del corrispondente "risultato" di diritto dell'Unione, derivante dal più volte richiamato processo di "comunitarizzazione".

Tali apprezzamenti relativi ad una necessaria continuità interpretativa, nonostante in larga misura condivisi, richiamano tuttavia l'attenzione, da una parte, su tale esigenza e, contemporaneamente, sulla

⁽¹⁸⁴⁾ Sentenza 15 marzo 2011, causa C-29/10, *Koelzsch*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 33 ss. e conclusioni dell'avv. gen. Trstenjak, presentate il 16 dicembre 2010, punto 70 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Un esempio pratico dell'effettiva riprova di interpretazione ed applicazione uniforme è la "rete" istituita a corollario della Convenzione di Lugano del 1988 (nonché della "nuova" Convenzione del 2007). Secondo l'articolo 1 del Protocollo n. 2 concernente l'interpretazione uniforme della convenzione, invero, i tribunali di ogni Stato contraente tengono equamente conto, nell'applicazione e nell'interpretazione delle disposizioni della convenzione, dei principi sviluppati nelle decisioni più importanti rese dai tribunali degli altri Stati contraenti relativamente alle disposizioni della stessa convenzione. A tal fine, gli Stati contraenti sono tenuti ad istituire un sistema di scambio di informazioni relative alle decisioni importanti emanate in applicazione della Convenzione di Lugano *nonché* della Convenzione di Bruxelles. Tale sistema prevede, in particolare, la comunicazione delle decisioni dei tribunali di ultima istanza e della Corte di giustizia dell'Unione nonché di altre decisioni particolarmente importanti che hanno acquisito forza di cosa giudicata, rese in applicazione della Convenzione di Lugano o della Convenzione di Bruxelles (art. 2 del Protocollo n. 2). Ogni informazione è reperibile sul sito <http://www.bfm.admin.ch>.

pari necessità di conservare la natura e le peculiarità dello strumento oggetto di analisi. La continuità in parola dunque, alla luce di quanto appena detto, viene ad essere *un elemento* del processo interpretativo, e non essenzialmente *l'elemento* primario ⁽¹⁸⁶⁾.

La continuità in questione si inserisce, conviene ricordarlo, nell'ottica di integrazione sistemica cui è preposta la normativa di diritto internazionale privato dell'Unione, in collaborazione con essa, senza contrapporvisi. L'obiettivo di integrazione, in questa sede spesso richiamato, ha condotto la Corte, nella sua opera qualificatrice delle fattispecie giuridiche contenute nelle disposizioni di diritto internazionale privato, al confronto tra gli atti di diritto derivato dell'Unione ed altri strumenti di natura convenzionale, frutto di un'esperienza di collaborazione esterna al diritto dell'Unione.

Il termine di raffronto cui la Corte fa maggiormente riferimento è senza dubbio il "diritto dell'Aja". I testi pattizi che lo compongono, che, seppur informalmente costituiscano un "diritto" peculiare, a motivo del "dialogo" che intrattengono tra loro, hanno spesso costituito il "punto di partenza", lo spunto, per la successiva adozione di atti derivati dell'Unione ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Sentenza 8 novembre 2005, *Leffler*, causa C-443/03, *cit.* In questo caso la Corte si è pronunciata sull'impossibilità di fare riferimento, ai fini dell'interpretazione dell'art. 8, comma 1, del regolamento n. 1348/2000 sulla trasmissione e notificazione o comunicazione di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, ai lavori preparatori della "precedente" convenzione del 26 maggio 1997, mai entrata in vigore, individuando così un "elemento di rottura" nella continuità in parola. Dalla pronuncia della Corte si deduce, tuttavia, come tale "punto di rottura" sia necessario ai fini dell'interpretazione uniforme del regolamento. Discostandosi da quanto avanzato dall'avv. gen., la Corte ha affermato che "i commenti contenuti nella relazione esplicativa della convenzione, che è stata adottata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, non sono opponibili a un'interpretazione autonoma del regolamento, la quale impone una conseguenza uniforme al rifiuto dell'atto in quanto non redatto in una lingua ufficiale dello Stato membro richiesto o in una lingua dello Stato membro mittente compresa dal destinatario. Nello stesso tempo, occorre rilevare che la giurisprudenza della Corte, quale emerge dalla citata sentenza *Lancray* [sentenza 3 luglio 1990, causa C-305/88, in *Racc.*, pag. I-2725, punti 29 ss.], si colloca nel contesto dell'interpretazione di uno strumento giuridico *di natura diversa* e che, a differenza del regolamento, non era diretto a istituire un sistema di notificazione e comunicazione intracomunitario" (punto 47).

⁽¹⁸⁷⁾ V. *supra*, par. 7. Tra gli altri, v. ottavo *considerando* del regolamento n. 4/2009 relativo alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, per cui è "opportuno tener conto", ai fini dell'interpretazione di questo regolamento, delle convenzioni sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia

La logica interpretativa sin qui delineata può ascriversi ad un sistema di cerchi concentrici, di cui l'atto normativo di diritto internazionale privato dell'Unione costituisce il nucleo. L'interprete, alla luce delle funzioni della disciplina in cui si inserisce la nozione da qualificare, e nella direzione di un'interpretazione autonoma (o meglio, della creazione di un "sistema" di diritto internazionale privato autonomo), si avvale da una parte delle altre disposizioni contenute nel regolamento stesso, alla luce della creazione di uno spazio di sicurezza, di libertà e giustizia, dall'altra fa riferimento ad altri strumenti anche del tutto esterni al diritto dell'Unione europea.

Nella direzione che la Corte segue per qualificare le nozioni contenute nelle disposizioni di diritto internazionale privato dell'Unione (dall'interno verso l'esterno, nella logica dei cerchi concentrici sopra delineata), essa ha fatto talora riferimento al combinato delle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme sopra menzionate e dei testi convenzionali quali, a titolo esemplificativo, la Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 ⁽¹⁸⁸⁾, la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili ⁽¹⁸⁹⁾, nonché la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, quale strumento pattizio di diritto internazionale privato uniforme "complementare" ⁽¹⁹⁰⁾, ed alla

("Convenzione dell'Aja del 2007") e del protocollo relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari ("Protocollo dell'Aja del 2007").

⁽¹⁸⁸⁾ V. sentenza 8 maggio 2008, causa C-14/07, *Weiss*, in *Racc.*, 2008, p. I- 1925, punto 24; v. anche sentenza 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML*, in *Racc.*, 2006, p. I-12041, punto 24 e sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, *cit.*, punto 25. Questa è stata richiamata per rievocare, tra le altre cose, la necessità del rispetto dei diritti della difesa, derivanti dal principio del diritto ad un equo processo, sancito nel suo art. 6.

⁽¹⁸⁹⁾ La Convenzione di Vienna del 1980 è stata invocata ai fini dell'interpretazione dell'art. 5, comma 1, del regolamento n. 44/2001 e, nello specifico, dell'individuazione dei criteri di distinzione tra "compravendita di beni" e "prestazione di servizi". V. sentenza 25 febbraio 2010, causa C-381/08, *Car Trim*, in *Racc.*, 2010, p. 1, punto 9 e punto 36 ss. In argomento v. P. FRANZINA, *Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 655 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5.1 del Regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *cit.*, p. 81. Nel caso *Koelzsch* (sentenza 15 marzo 2010, causa C-29/10, *cit.*, punto 33), la Corte ha ribadito che, nell'interpretazione del criterio del "paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro" ai sensi dell'art. 6, comma 2, della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, non si deve prescindere da quanto stabilito nella Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in

Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ⁽¹⁹¹⁾. A questo proposito rileva la considerazione per cui, se in riferimento al primo accostamento, relativo alla CEDU, entrano in gioco valori universalmente condivisi, seppur non si tratti di una convenzione conclusa dall'Unione, o a cui essa non abbia (ancora) aderito ⁽¹⁹²⁾, il raffronto integrativo con la Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili potrebbe generare alcune perplessità ⁽¹⁹³⁾.

13. *(Segue). Il ruolo della Corte di giustizia ed i mezzi preposti al soddisfacimento della esigenza di uniformità interpretativa: l'impiego dei canoni ermeneutici propri del diritto dell'Unione.*

materia civile e commerciale, “quando fissano norme per la determinazione della competenza giurisdizionale per le stesse materie e stabiliscono nozioni analoghe”. Infatti, prosegue la Corte, “dal preambolo della Convenzione risulta che [la Convenzione di Roma del 1980] è stata conclusa per continuare l'opera di unificazione giuridica nel settore del diritto privato internazionale, intrapresa con l'adozione della Convenzione di Bruxelles”. Conforme, v. sentenza 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, in *Racc.*, 2009, p. I-9687, punto 22).

⁽¹⁹¹⁾ Per un necessario raccordo tra la disciplina sui conflitti di leggi e quella sulla competenza giurisdizionale dell'Unione, v. settimo *considerando* del regolamento n. 593/2008 (“Roma I”) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, per il quale il proprio campo di applicazione dovrebbe essere coerente “con il regolamento (CE) 44/2001 [...] concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e con il regolamento (CE) n. 864/2007 [...] sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”. V. in questo senso anche la sentenza 8 marzo 1988, causa C-9/87, *Arcado*, in *Racc.*, 1988, p. I-1539 ss., punti 15 e 16. La Corte, nella ricomprensione della fattispecie controversa nel novero delle controversie contrattuali ai sensi dell'art. 5, comma 1, del reg. 44/2001, si riferisce al disposto dell'art. 10 della Convenzione di Roma del 1980. A questo proposito v. B. HAFTEL, *Entre “Rome II” et “Bruxelles I”*: *l'interprétation communautaire uniforme du règlement “Rome I”*, in *Journal du droit international*, 2010, p. 761 ss.; P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 331 ss.; anche E. LEIN, *The New Rome I/Rome II/Brussels I Synergy*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2008, p. 177 ss.; nonché R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, 2a ed., London, 2006.

⁽¹⁹²⁾ Ai sensi dell'art 6, commi 2 e 3, del TUE, invero, “[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. 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”.

⁽¹⁹³⁾ È significativo, a questo proposito, che il Regno Unito non abbia ratificato la Convenzione.

Per conseguire un'interpretazione autonoma dei concetti contenuti nelle norme di diritto internazionale privato dell'Unione (¹⁹⁴), la Corte di giustizia si avvale dei criteri ermeneutici comuni, vale a dire il metodo letterale, sistematico e teleologico (¹⁹⁵). In riferimento alla tecnica dell'interpretazione letterale (o esegetica), il giudice fa appello *in primis* al significato testuale delle espressioni usate dalla norma, cioè all'accezione che esse possiedono secondo le regole semantiche o sintattiche proprie della lingua (o delle lingue) in cui il testo è formulato. Esso è dunque un elemento imprescindibile nel discorso ermeneutico (¹⁹⁶). Questo metodo interpretativo tuttavia non garantisce, da solo, un risultato soddisfacente: esso è semplicemente *primus inter pares* (¹⁹⁷), avendo bisogno di essere talora integrato dagli altri strumenti richiamati, soprattutto a motivo delle difficoltà derivanti dalla sua applicazione. Le possibili divergenze linguistiche che si trova a dover fronteggiare l'interprete (si pensi, ad esempio, che il

(¹⁹⁴) Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 1993, causa C- 125/92, *Mulox*, in *Racc.*, 1993, p. I-4075 ss., punto 10, in cui essa afferma, in riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968, che “*per quanto possibile, [si deve procedere] in senso favorevole ad un'interpretazione autonoma dei termini impiegati nella Convenzione, in modo da garantire a questa piena efficacia conformemente agli scopi dell' art. 220 del Trattato CEE, ai sensi del quale essa è stata stipulata*” (il corsivo è aggiunto). V. anche sentenza 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, in *Racc.*, 2000, p. I-6917 ss., punto 43, per cui “[d]alle esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio d'uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione uniforme ed autonoma da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa in questione”.

(¹⁹⁵) Conviene qui rammentare l'art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (*Regola generale di interpretazione*), per cui “[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”. In merito ai contributi della Corte di giustizia allo spazio di sicurezza, libertà e giustizia, v. K. LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *ICLQ*, 2010, p. 255 ss.

(¹⁹⁶) P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5.1 del Regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, cit., p. 76.

(¹⁹⁷) M. DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 10. V. anche le conclusioni dell'avv. gen. presentate il 24 gennaio 1980, rese in vista della sentenza 28 febbraio 1980, causa C-67/79, *Fellinger*, in *Racc.*, 1980, p. I-550, per cui “[I]orsque le sens d'une loi est clair il faut l'appliquer suivant celui-ci, même si on peut considérer la solution comme peu satisfaisante. Ce n'est pas dire cependant que l'interprétation littérale d'un texte doit toujours être acceptée...*sens clair et sens littérale ne sont pas synonymes*” (il corsivo è aggiunto, punto 3 ss.).

regolamento n. 44/2001 è redatto in venti lingue, tutte ufficiali) ⁽¹⁹⁸⁾, nonché il carattere evolutivo del diritto dell'Unione, costituiscono uno dei motivi ostativi all'impiego esclusivo dello strumento letterale, che richiede dunque di essere integrato con gli altri mezzi interpretativi menzionati.

Per quanto il metodo sistematico e teleologico siano spesso utilizzati in maniera congiunta dalla Corte, essi si prestano a considerazioni che possono essere illustrate separatamente. Le riflessioni che seguono sono rivolte ad entrambi i corpi di regole sulla competenza giurisdizionale ed il riconoscimento delle decisioni, nonché alle norme di conflitto dell'Unione. Per quanto riguarda l'interpretazione sistematica, l'espressione allude all'esistenza di un "sistema" cui riferirsi, alla luce del quale procedere per qualificare il concetto contenuto in una norma di diritto internazionale privato dell'Unione, in maniera autonoma. Anche sulla scorta dell'art. 31, comma 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati ⁽¹⁹⁹⁾, la Corte ha spesso ricostruito tale "sistema" alla luce, come sopra accennato, delle convenzioni con cui la norma di diritto internazionale privato era destinata a coordinarsi ⁽²⁰⁰⁾. L'interpretazione sistematica richiama in questo modo le riflessioni già avanzate sulla necessaria continuità interpretativa tra strumenti di diritto internazionale privato (convenzionali e derivati, appartenenti al "corpo normativo" dell'Unione ed esterni ad esso, di diritto internazionale privato processuale e di diritto internazionale privato *tout court*). A titolo esemplificativo, una categoria giuridica (e, *mutatis mutandis*, un criterio di collegamento giuridico) contenuta in una disposizione di diritto internazionale privato di cui si richieda l'interpretazione, dovrà essere qualificata avendo riguardo primariamente al

⁽¹⁹⁸⁾ Ad oggi le lingue ufficiali dell'Unione sono ben ventitré. Si veda a riguardo il regolamento n. 1/1258 del 15 aprile 1958 (in GU L 17 del 6.10.1958, p. 385 ss.) che stabilisce il regime linguistico dell'Unione, così come modificato, da ultimo, dal regolamento n. 1791/2006 del 20 novembre 2006 (in GUUE L 363 del 20.12.2006, p. 1 ss.).

⁽¹⁹⁹⁾ L'articolo dispone che, ai fini dell'interpretazione "[s]i terrà conto, oltre che del contesto [...], di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti".

⁽²⁰⁰⁾ V. sentenza 17 febbraio 2011, *Weryński*, causa C-283/09, in *Racc.*, 2011, p. I-00601, in riferimento all'interpretazione del combinato degli articoli 14 e 18 del regolamento n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in coordinazione con la Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione della prove all'estero in materia civile e commerciale (punto 65 ss.).

suo tenore letterale e, successivamente, qualora questo criterio non sia sufficiente, l'interprete dovrà procedere all'analisi dell'insieme delle norme in cui esso si inserisce, con attenzione alle disposizioni contenute in altri strumenti "integrativi". Il concetto dovrà essere interpretato, infine (ma abbiamo visto come si tratti di un'operazione perlopiù parallela), alla luce del suo scopo ⁽²⁰¹⁾ e dello scopo dell'insieme delle disposizioni di cui è parte la norma. Le nozioni contenute nelle disposizioni relative ai fori speciali del regolamento n. 44/2001, ad esempio, dovranno essere interpretate tenuti in considerazione gli obiettivi cui sono preposte le norme che lo compongono, alla luce del combinato dei principi di prossimità, prevedibilità (in favore del principio di certezza del diritto) ed armonia decisoria ⁽²⁰²⁾.

La Corte di giustizia, in definitiva, oltre ad assolvere un ruolo di garante dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione, ha anche la funzione di promuovere lo sviluppo della disciplina internazionalprivatistica europea, in direzione di un "sistema" autonomo di diritto internazionale privato. Nello specifico, promuove tale sviluppo l'*intensità* dell'attività interpretativa "accentrata" della Corte. Questa azione, invero, si distingue dall'attività interpretativa "isolata" dei giudici degli Stati contraenti delle convenzioni dell'Aja. Come abbiamo visto ⁽²⁰³⁾, quest'ultima, pur concorrendo allo sviluppo di nozioni uniformi, in seno alle convenzioni considerate, di concetti impiegati dal "diritto dell'Aja", presenta un carattere profondamente disorganico, sotto due profili. Da una parte, dal punto di vista "geografico", la dislocazione dell'attività interpretativa in capo ai

⁽²⁰¹⁾ Per un'interessante analisi delle analogie e delle divergenze tra norme di conflitto e norme di diritto internazionale privato sulla competenza giurisdizionale v. P. MANKOWSKI, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht: Parallelen und Divergenzen*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, a cura di S. Lorenz, Beck, München, 2005, p. 867 ss.

⁽²⁰²⁾ P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5.1 del Regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, cit., p. 109. Tali principi possono avere di volta in volta un'importanza maggiore rispetto all'altro, uno può prevalere sull'altro, tuttavia devono essere considerati tutti e tre insieme. In riferimento alla Convenzione di Bruxelles, v. SALERNO (*Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 2), il quale, tra le finalità della Convenzione, attribuisce la preminenza alla circolazione delle decisioni.

⁽²⁰³⁾ V. *supra*, par. 7.

giudici degli Stati contraenti, spesso “lontani” ed appartenenti a tradizioni giuridiche tra loro molto diverse, non veicola la funzione interpretativa verso un obiettivo comune: manca, in definitiva, una “autorità” centrale che dia coordinate uniformi per un’interpretazione omogenea. Dall’altra, dal punto di vista “giuridico”, come abbiamo in parte già detto, manca una “cornice politica”, sono assenti quegli obiettivi politici comuni che, invece, sono propri del diritto dell’Unione. Il panorama europeo, in altri termini, è più “denso” di quello dell’Aja: gli attori designati ad applicare il diritto dell’Unione dialogano continuamente, tra loro e con la Corte di giustizia. È da questo dialogo che si sviluppa ed acquista una progressiva maturità ed autonomia il diritto internazionale privato dell’Unione, nel contesto dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰⁴⁾ P. FRANZINA, *Les acteurs de l’espace judiciaire européen en matière civile*, in *La justice civile européenne en marche*, a cura di M. Douchy-Oudot, E. Guinchard, Paris, 2012, p. 7 ss.

CAPITOLO II
CARATTERI ED EVOLUZIONE DEI LEGAMI PERSONALI NEI
SISTEMI INTERNAZIONALPRIVATISTICI NAZIONALI E NELLE
CONVENZIONI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: SEZIONE 1 – L’IMPIEGO DEI LEGAMI PERSONALI NELLA DISCIPLINA DELLO “STATUTO PERSONALE”. – 1. La logica “localizzatrice” sottesa al metodo tradizionale dei conflitti di leggi e la funzione assolta dai legami personali. – 2. (*Segue*). Natura ora giuridica ora fattuale dei criteri di collegamento basati su legami personali. – 3. La vicenda storica dei legami personali nella disciplina dello statuto personale: vani tentativi di unificazione ed armonizzazione. – 4. (*Segue*). Il domicilio. – 5. (*Segue*). La cittadinanza. – 6. (*Segue*). La residenza abituale. – 7. I fattori dell’evoluzione. – 8. ...di ordine politico. – 9. (*Segue*). ... sociologico. – 10. (*Segue*). ... assiologico. – 11. (*Segue*). ... ed economico. – SEZIONE 2 – IL COORDINAMENTO FRA I LEGAMI PERSONALI ED ALTRI CRITERI DI COLLEGAMENTO EVENTUALMENTE CONCORRENTI. – 12. Necessità di una lettura d’insieme della disciplina di conflitto applicabile ad un dato rapporto giuridico familiare. – 13. Articolazione tra criteri di collegamento basati su legami personali e criteri di collegamento oggettivi. – 14. Legami personali e scelta di legge.

1. *La logica “localizzatrice” sottesa al metodo tradizionale dei conflitti di leggi e la funzione assolta dai legami personali.*

Gli strumenti di diritto internazionale privato dell’Unione adottati in materia familiare accordano una preferenza alla logica “localizzatrice” ⁽¹⁾ sottesa al metodo tradizionale dei conflitti di leggi ⁽²⁾. L’attenzione, in

⁽¹⁾ M. V. BENEDETTELLI, *Connecting Factors, Principles of Coordination Between Conflict Systems, Criteria of Applicability: Three Different Notions for a “European Community Private International Law”*, in *Dir. Unione europea*, 2005, p. 421 ss., spec. p. 424 ss.; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, cit., p. 485 ss. Se pur preferita dalle istituzioni europee, all’ora di predisporre la disciplina di conflitto dei rapporti di famiglia, la logica localizzatrice trova significative deroghe. V. ad esempio l’art. 15 della proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, per cui, senza alcuna possibilità di scelta per i partner, “[l]a legge applicabile agli effetti patrimoniali dell’unione registrata è la legge dello Stato in cui l’unione è stata registrata”. Così, al di fuori della materia familiare, anche l’art. 4 del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure d’insolvenza, per cui “si applica alla procedura d’insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura”.

⁽²⁾ V. P. PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 5 ss., spec. p. 14 ss. L’a. osserva come, nell’evoluzione della prospettiva tradizionale, si siano sedimentate nel corso del tempo tre diverse modalità di localizzazione della fattispecie: la localizzazione *diretta* (localizzazione per così dire materiale, per cui la legge straniera viene resa applicabile ad un fattispecie a prescindere dal fatto che tale legge voglia regolarla, dal suo punto di vista); la localizzazione *condizionata* (tramite coordinamento dei sistemi di conflitto); la designazione per *autocollegamento*. Queste tre varianti corrispondono a tre diversi gradi di rispetto, da parte del foro, del modo

questo ambito, ricade sulla localizzazione della *persona fisica* ⁽³⁾. Come vedremo subito di seguito, tale logica, tradotta perlopiù nell'impiego di criteri basati sui legami del domicilio e della residenza abituale, è strumentale al perseguimento dell'obiettivo di integrazione (di cittadini europei e di Stati terzi) negli Stati membri d'accoglienza, nel rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito nell'art. 18 del TFUE e delle libertà fondamentali di circolazione e stabilimento delle persone sul territorio dell'Unione europea. È opportuno, a tal riguardo, far precedere una considerazione. In questo contesto, il criterio della residenza abituale potrebbe apparire come criterio *fungibile*, impiegato *formalmente* nello stesso modo (vale a dire con gli stessi obiettivi di integrazione) sia nel "diritto dell'Aja" che nel "sistema" di diritto internazionale privato dell'Unione ⁽⁴⁾. Tuttavia, nonostante vi sia certamente un minimo comune denominatore nel suo impiego da parte degli strumenti pattizi dell'Aja ed in quelli dell'Unione, l'obiettivo di integrazione della disciplina di conflitto europea si inserisce in un disegno politico che non sussiste invece nella logica del "diritto dell'Aja". Le convenzioni elaborate in seno alla Conferenza nel settore dei conflitti di leggi in materia familiare impiegano il criterio della residenza abituale con una finalità integrativa *settoriale*, in considerazione cioè degli interessi *di volta in volta* in gioco ⁽⁵⁾.

Il metodo tradizionale della localizzazione della fattispecie ⁽⁶⁾, notoriamente risalente a Savigny ⁽⁷⁾ e ad oggi svincolato dalle sue originarie

di essere originario ed effettivo dei valori giuridici stranieri richiamati e, nell'ambito dei sistemi di conflitto degli Stati europei – basati normalmente su norme di conflitto *bilaterali* – è la seconda variante ad essere largamente prevalente. In riferimento ai rapporti intercorrenti, poi, tra norme di conflitto *bilaterali*, da una parte, e norme di conflitto *unilaterali*, dall'altra. V. anche H. BATTIFFOL, *Le pluralisme de méthodes en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 139, 1973, p. 75 ss., spec. p. 136 ss.

⁽³⁾ D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Genève, 1994.

⁽⁴⁾ V. *supra*, Cap. I, par. 7.

⁽⁵⁾ V. A. MALAN, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, Aix en Provence/Marseille, 2002, spec. p. 190 ss.

⁽⁶⁾ V. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 144 ss.

⁽⁷⁾ Savigny, conviene ricordarlo, si preoccupa della localizzazione astratta dei rapporti giuridici; con riferimento alla persona, egli ritiene che debba essere collegata al proprio *domicilio*, dal momento che l'esperienza secolare del diritto romano mostra che esso costituisce il criterio *naturale* della localizzazione della persona. Sul pensiero di Savigny v., *ex pluribus*, H. BATTIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé – Sources, Nationalité, Condition des étrangers, Conflits de lois (théorie générale)*, 8° éd.,

rigidità ⁽⁸⁾, è caratterizzato per la risoluzione dei conflitti di leggi attraverso l'applicazione della legge in astratto più idonea, dal punto di vista spaziale, a regolare ogni singola fattispecie ⁽⁹⁾. Il principale obiettivo del metodo tradizionale di soluzione dei conflitti di leggi risiede nel principio di “armonia internazionale delle decisioni” che, allo stesso tempo, opera quale limite intrinseco al funzionamento delle norme di conflitto riconducibili al metodo in questione.

Il metodo della localizzazione della fattispecie, come accennato, ha conosciuto significative evoluzioni, che trovano riscontro nelle recenti codificazioni nazionali di diritto internazionale privato ⁽¹⁰⁾. Tali evoluzioni, di cui ha risentito da ultimo la disciplina europea dei conflitti di leggi in

Paris, 1993, spec. p. 398 ss.; D. J. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 118, 1966, p. 313 ss.; P. H. NEUHAUS, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, in *RabelsZ*, 1949, p. 364 ss.

⁽⁸⁾ La rigidità di Savigny risiede notoriamente nell'astratta pretesa universalistica di poter individuare la sede naturale di ogni rapporto (per l'orientamento originario, dunque, la localizzazione della fattispecie esprime automaticamente l'ambito di applicazione delle leggi per esse competenti). Il modello savigniano si è col tempo adattato con flessibilità alle evoluzioni dei sistemi internazionalprivatistici nazionali, aprendosi – ai fini della costruzione della norma di conflitto – ad una più articolata individuazione dei criteri di collegamento idonei a soddisfare gli interessi sottesi alla localizzazione delle varie categorie di fattispecie. V. in proposito B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflits (Sur la « crise » des conflits de lois)*, in *Recueil des cours*, Vol. 186, 1984, p. 219 ss., spec. p. 271 ss.

⁽⁹⁾ P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, spec. p. 213 ss.

⁽¹⁰⁾ V., *ex pluribus*, la *Loi portant le code de droit international privé* belga del 16 luglio 2004, riprodotta in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 231 ss., con un'analisi articolo per articolo in *Journal des tribunaux*, 2005 p. 173 ss., e tradotta all'inglese in *Yearb. Private Int. Law*, 2004, p. 319 ss. (in dottrina, per tutti, M. FALLON, *Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 315 ss.); la legge di diritto internazionale privato polacca, tradotta al francese in *Rev. critique*, 2012, p. 225 ss. (in dottrina, M. PAZDAN, *Das neue polnische Gesetz über das internationale Privatrecht*, in *IPRax*, 2012, p. 77 ss.; T. PAJOR, *La nouvelle loi polonaise de droit international privé*, in *Rev. critique*, 2012, p. 6 ss.; E. ULRICH, *Das polnische IPR-Gesetz von 2011. Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung*, in *RabelsZ*, 2012, p. 597 ss.); la legge che modifica il Libro 10 del Codice civile olandese, in vigore dal 01.01.2012, reperibile in inglese in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 657 ss.; per un'esperienza lontana da quella europea, v. la legge di diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese (decreto del Presidente della Repubblica popolare cinese 28 ottobre 2010), tradotta all'inglese in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 256 ss., sulla quale, per tutti, v. *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese - La legge del 28 ottobre 2010 sul diritto applicabile ai rapporti civili con elementi di estraneità*, a cura di R. Cavalieri e P. Franzina, Milano, 2012. In generale sugli aspetti relativi alle codificazioni di diritto internazionale privato, v. E. JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1982, vol. 177, p. 21 ss.; D. BUREAU, *La codification du droit international privé*, in *La codification*, Paris, 1996, p. 120 ss., nonché, più recentemente, S. C. SYMEONIDES, *Codification and Flexibility in Private International Law*, in *SSRN*, 2011, p. 1 ss.

materia familiare, riguardano il contenuto delle norme di conflitto riconducibili al metodo in questione e, per quanto qui interessa, i legami personali impiegati. In primo luogo esse sono state rese conformi al principio di uguaglianza. Con il ridimensionamento dell'impiego del legame della cittadinanza – che, adoperato in maniera esclusiva, soprattutto in questo settore, conduceva in certi casi a trattamenti privilegiati di una sola delle parti coinvolte nel rapporto, solitamente il marito o il padre ⁽¹¹⁾ –, vengono meno anche le disparità di trattamento derivanti dall'applicazione della legge individuata dalla norma di conflitto ⁽¹²⁾. L'uso moderato del legame personale della cittadinanza è dettato da ragioni “ordinatorie” del diritto dell'Unione ⁽¹³⁾.

L'evoluzione del metodo della localizzazione della fattispecie si traduce pertanto nell'impiego alternato, nel tempo, dei criteri basati sui legami personali, a seconda delle esigenze dell'ordinamento giuridico di appartenenza e delle ragioni politiche cui esso, di volta in volta, è ordinato ⁽¹⁴⁾. Invero, l'evoluzione più significativa è data dall'affermarsi dell'orientamento tendente a sostituire alle astratte modalità di

⁽¹¹⁾ La legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, costituisce un esempio di suddetta evoluzione. L'utilizzo del criterio della cittadinanza previo all'avvento di tale legge è stato considerato discriminatorio dalla Corte costituzionale nelle note sentenze 5 marzo 1987, n. 71 e 10 dicembre 1987, n. 477, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 374 ss., che hanno dichiarato l'incostituzionalità parziale degli articoli 18 (rapporti personali tra coniugi) e 19, comma 1 (rapporti patrimoniali tra coniugi) e 20, comma 1 (rapporti tra genitori e figli), disp. prel. c.c., riconoscendo come la scelta del criterio di collegamento, da parte del legislatore, non possa essere sottratta – in quanto tale – a una verifica tesa ad accertarne la conformità ai valori della Costituzione. V. E. VITTA, F. MOSCONI, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5a ed., Torino, 1994, p. 213 ss.; A. GIARDINA, *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 5 ss.

⁽¹²⁾ V. W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Rev. critique*, 1963, p. 203 ss.

⁽¹³⁾ V. nel dettaglio *infra*, par. 5.

⁽¹⁴⁾ Per una panoramica dell'evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi, v. P. PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, *cit.*, spec. p. 43 ss. Nel segnalare l'evoluzione, l'a. distingue tra le novità a carattere *estrinseco* e le novità a carattere *estrinseco*. A quest'ultima categoria sono da ricondurre il fenomeno della specializzazione dei criteri di collegamento (col seguente accoglimento di collegamenti “a cascata”) e la crescente “materializzazione” delle regole medesime. Sulla questione relativa alla “materializzazione” delle norme di conflitto (del rilievo, ovvero, assunto dagli obiettivi di carattere strettamente materiale), v. P. PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 277 ss., spec. p. 340 ss. Per un approfondimento sul funzionamento dei criteri di collegamento, invece, v. M. DECLEVA, *I criteri di collegamento complementari e sussidiari nel diritto internazionale privato*, in *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Trieste*, 1943, p. 5 ss.

localizzazione della fattispecie accolte dalle originarie norme di conflitto (basate spesso su un solo criterio, quale la cittadinanza, appunto), con criteri di collegamento basati su legami personali concreti e specifici che abbiano un “legame più stretto”, dal punto di vista spaziale, con la fattispecie ⁽¹⁵⁾.

La disciplina europea dei conflitti di leggi nei rapporti di famiglia fotografa lo stadio presente dell’evoluzione della logica localizzatrice del metodo tradizionale dei conflitti di leggi e, generalmente, delle trasformazioni in cui sono incorse le norme di conflitto.

I cambiamenti sopra descritti possono essere spiegati attraverso la tendenza moderna del diritto internazionale privato verso la *materializzazione*, la *flessibilizzazione* e la *specializzazione* e, tra le altre cose, il conseguente abbandono della pregressa logica di neutralità della norma di conflitto ⁽¹⁶⁾. Invero, ai fini della designazione della normativa applicabile, il legislatore europeo tende ad accordare una preferenza ai criteri basati su legami personali che siano quanto più “prossimi”, dal punto di vista spaziale, ai soggetti cui si rivolgono le norme di conflitto ⁽¹⁷⁾ e che ne determinino, per quanto più possibile, l’integrazione nel tessuto sociale dello Stato d’accoglienza.

La designazione della normativa applicabile attraverso criteri basati su legami personali che perseguono una logica di vicinanza ed integrazione, tuttavia, si flette dinanzi alla tendenza delle istituzioni europee a valorizzare sempre di più l’autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile,

⁽¹⁵⁾ Per un approccio sistematico generale, v. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, Vol. 196, 1986, p. 9 ss.

⁽¹⁶⁾ V. J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours*, Vol. 287, 2000, p. 9 ss.

⁽¹⁷⁾ Per tutti, v. art. 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, che prevede quattro criteri di collegamento disposti “a cascata”, vale a dire – ed in mancanza di valido accordo tra i coniugi - a) la residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l’autorità giurisdizionale, o, in mancanza; b) l’ultima residenza abituale dei coniugi sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l’autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l’autorità giurisdizionale, o, in mancanza; c) la legge dello Stato di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l’autorità giurisdizionale, o, in mancanza; d) la *lex fori*.

anche in materia familiare ⁽¹⁸⁾. Si consideri ciò nondimeno che il criterio di collegamento soggettivo della *optio iuris* riveste un ruolo preminente anche nel contesto della logica localizzatrice della fattispecie ⁽¹⁹⁾: esso invero è determinante nella individuazione dei criteri di collegamento personali tesi alla designazione del diritto applicabile poiché, alla base di ciascuno di essi, risiede l'esercizio della facoltà di scelta del soggetto ⁽²⁰⁾.

2. (Segue). *Natura ora giuridica ora fattuale dei criteri di collegamento basati su legami personali.*

I criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale, come accennato, svolgono un ruolo funzionale alla localizzazione della fattispecie nella disciplina dei conflitti di leggi, con riferimento alla materia familiare.

Si rende necessaria, per evitare di incorrere in facili errori, una prima classificazione, data dalla natura ora giuridica, ora fattuale, dei legami in menzione. Come è noto ⁽²¹⁾, i legami espressi attraverso concetti giuridici, apprezzabili soltanto alla stregua di un determinato parametro valutativo, sono considerati, appunto, legami *giuridici*, mentre sono annoverabili tra i legami *di fatto* i criteri che siano riscontrabili mediante i dati dell'esperienza empirica. È utile ricordare che la residenza abituale, contrariamente a quanto sostenuto in passato ⁽²²⁾, è un legame *essenzialmente* fattuale ⁽²³⁾. Il criterio

⁽¹⁸⁾ Per tutti, v. art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010. Per un efficace *excursus* del favore accordato all'autonomia della volontà da parte degli strumenti dell'Unione adottati sulla base dell'art. 81 TFUE, v. G. BIAGIONI, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione europea*, in *CDT*, 2010, p. 16 ss.

⁽¹⁹⁾ Sia qui premesso che P. PICONE (*I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 639 ss., spec. p. 666 ss.) considera che il funzionamento del criterio dell'autonomia della volontà delle parti nella scelta della legge applicabile (a parte la sua operatività nel campo dei contratti) non realizzi un metodo *autonomo* di coordinamento tra ordinamenti, bensì sia *funzionale* all'uno o all'altro dei quattro metodi che egli individua. In questo senso, v. anche N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 1 ss., spec. p. 70 ss.

⁽²⁰⁾ V. *infra*, Cap. IV, par. 4.

⁽²¹⁾ V. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2011, p. 52 ss.; O. LOPES PEGNA, *Criteri di collegamento*, *cit.*, spec. p. 93 ss.; F. VISCHER, *Connecting Factors*, *cit.*, spec. 7 ss.

⁽²²⁾ Il criterio basato sul legame personale della residenza abituale è stato invero inteso in questi termini, nel contesto dell'elaborazione delle convenzioni dell'Aja: “[p]ar là elle [la Convention] suit une tendance très marquée en droit international privé moderne et notamment des dernières conventions internationales, de prendre comme critère de

di collegamento della residenza abituale impiegato nelle norme di conflitto in materia familiare individua un *rapporto giuridico*, localizzandolo nello spazio, attraverso dati che appartengono per lo più alla realtà empirica. Tali considerazioni incidono profondamente soprattutto sulla questione relativa alla qualificazione dei legami considerati (problematica che non si porrebbe, invece, qualora si trattasse di un legame *completamente* fattuale, quale, ad esempio, il luogo della situazione della cosa) ⁽²⁴⁾. Oltre alla questione attinente alla qualificazione, che qui interessa maggiormente, l'apprezzamento della residenza abituale quale legame personale fattuale piuttosto che giuridico ha una conseguenza di rilievo sul piano processuale in quanto, se considerata alla stregua di un legame fattuale, essa non potrebbe essere oggetto di ricorso dinanzi ad un tribunale di ultima istanza ⁽²⁵⁾.

È opportuno precisare poi, sin da ora, che la residenza abituale, se pur impiegata in maniera seriale e sistematica dalle norme di conflitto di diritto internazionale privato dell'Unione, nella specifica materia familiare che qui interessa, non traduce un concetto unico ed omologante. Essa al contrario è un legame personale flessibile ed articolato, che si conforma

rattachement non pas un concepte juridique, mais une notion de fait". V. W. VON STEIGER, in *Actes et Documents de la IX Session de la Conférence de La Haye*, 1960, p. 226 ss., citato da L. I. DE WINTER, *Nationality or Domicile? The present state of affairs*, in *Recueil des cours*, Vol. 129, 1969, p. 442, nonché da D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, cit., p. 90, nota 24. V. anche H. BATIFFOL, in *Actes de la IXe Session de la Conférence de La Haye*, cit., p. 163: « [l]a Conférence a estimé que cette notion [de résidence habituelle] était dans l'esprit de la Convention essentiellement de fait », citato anche da D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, cit., p. 91.

⁽²³⁾ V. E. M. CLIVE, *The Concept of Habitual Residence*, in *Juridical Review*, 1997, p. 137 ss., per cui, senza dubbio alcuno, "[h]abitual residence is a statutory concept", nonché P. H. NEUHAUS, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, cit., p. 226.

⁽²⁴⁾ Sia pertanto scongiurata sin dall'inizio la erronea considerazione di cittadinanza e domicilio quali unici legami giuridici e della residenza abituale quale legame di fatto. V., *ex pluribus*, A. RICHEL-PONS, *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, Lyon, 2004, p. 1 (la quale, citando J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, la couple*, Paris, 2004, p. 455) considera la residenza, così come il domicilio, un elemento di localizzazione giuridica della persona e che "replacer celle-ci dans son cadre territorial, la qualifier par un lieu, par un point fixe, c'est encore une manière de l'individualiser. Ce qui tend à brouiller ces localisations, c'est l'inaliénable liberté locomotrice").

⁽²⁵⁾ V., tra gli altri, art. 360 c.p.c. e art. 447 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola.

all'interesse cui è sotteso il rapporto giuridico di volta in volta considerato, ad esso, al contempo, funzionale.

Orbene, nell'individuazione dei legami personali cosiddetti giuridici, conviene distinguere due momenti rilevanti. Da un lato, il problema dell'interpretazione della fattispecie normativa prevista dalla norma di diritto internazionale privato ⁽²⁶⁾, la riconduzione, invero, dell'espressione "domicilio" o "residenza" impiegata in astratto da una norma di conflitto, da risolvere secondo i principi già indicati per la qualificazione ⁽²⁷⁾. Dall'altro lato, emerge la questione afferente alla rilevazione della fattispecie reale, vale a dire all'individuazione del domicilio o della residenza della persona *in concreto* (quest'ultima operazione è condotta, per ovvie necessità, caso per caso). È il rilievo attribuito a quest'ultimo aspetto che potrebbe pertanto determinare la inesatta qualificazione della residenza abituale. Essa si presta generalmente – più del domicilio ⁽²⁸⁾ – ad una ricostruzione operata attraverso elementi concreti che individuano l'effettiva localizzazione del soggetto cui si riferisce la norma di conflitto. Tuttavia, all'ora di individuare il criterio della residenza, elevato a legame personale, è indispensabile non prescindere dalla sua giuridicità, considerandone, da un lato, l'appartenenza ad un dato ordinamento e, anzitutto, l'essenza di legame partecipe della ricerca del collegamento più stretto, vale a dire della localizzazione del rapporto giuridico.

3. *La vicenda storica dei legami personali nella disciplina dello statuto personale: vani tentativi di unificazione ed armonizzazione.*

Per "statuto personale" intendiamo oggi "l'ensemble des qualités qui déterminent [la] situation [de la personne] dans la cité, dans la famille ou comme individu" ⁽²⁹⁾. Si tratta di un'espressione che ha trovato difficoltà ad

⁽²⁶⁾ G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 100.

⁽²⁷⁾ V. *supra*, Cap. I, Sezione 2.

⁽²⁸⁾ V. *infra*, paragrafi 8 e 9.

⁽²⁹⁾ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Vol. I, Bruxelles, 1990, p. 10. V. anche, generalmente, A. GOGOS-GINTRAND, *Les Statuts des Personnes. Etude de la Différenciation des Personnes en Droit*, Paris, 2011, per cui per *statuto* si intende un "ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent la condition" (p. 10). Per i motivi anticipati nell'introduzione al presente lavoro, nonostante la materia successoria possa essere ricompresa nella materia familiare, si è qui scelto di escluderla dall'ambito.

afferinarsi ⁽³⁰⁾ e che pur non essendo contemplata nella gran parte degli ordinamenti (sostanziali) nazionali ⁽³¹⁾, è largamente impiegata nell'ambito del diritto internazionale privato ⁽³²⁾.

Per “statuto personale”, che si contrapponeva, nella nota dottrina degli statuti ⁽³³⁾, allo “statuto reale”, si intendeva lo statuto – la *legge* – cosiddetto *favorevole*, derogante cioè al diritto comune (il diritto romano) in senso favorevole alla persona, e si applicava extraterritorialmente, anche laddove, ovvero, lo statuto cosiddetto *odioso* (derogante cioè al diritto comune in senso sfavorevole alla persona) aveva carattere territoriale ⁽³⁴⁾. Tale distinzione individuava, pertanto, la legge applicabile, da una parte, ai beni (*statuto reale territoriale*) e, dall'altra, alla persona (*statuto personale extraterritoriale*).

Uno dei temi cruciali del diritto internazionale privato attiene proprio alla questione relativa alla legge applicabile alla disciplina dello statuto personale. Il processo storico che ha interessato questo argomento in Europa ha visto alternarsi, ai fini dell'individuazione della legge applicabile, i criteri basati sui legami personali del domicilio e della cittadinanza. Come vedremo nel dettaglio in seguito, oltre ad aver assunto un rilievo sempre maggiore il criterio soggettivo della volontà delle parti, ai criteri in

⁽³⁰⁾ M. HUNTER-HENIN, *Pour un redéfinition de statut personnel*, Aix en Provence/Marseille, 2004, spec. p. 24 ss.

⁽³¹⁾ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, 1992, p. 135 s. L'espressione “statuto personale” appariva frequentemente nel diritto interno dei Paesi islamici. Ad oggi, tuttavia, si assiste alla sostituzione di questa espressione con quella di “Code de Famille”. A titolo esemplificativo, v. la codificazione marocchina, per cui il precedente *Code de statut personnel et des successions au Maroc – Moudawana - Dahirs du 22 de novembre et 18 décembre 1957*) è stato sostituito dal *Dahir n. 1-04-22 du 3 février 2004 portant promulgation de la loi n. 70-03 portant Code de la Famille* (in <http://adala.justice.gov.ma>); v. anche, per la Tunisia, il *Décret du 13 août 1956, portant promulgation du Code du statut personnel – Magalla -*, in *Journal Officiel tunisien*, n. 104 du 28 décembre 1956 (in <http://www.iort.gov.tn>).

⁽³²⁾ Invero, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, cit., per cui con l'espressione “statuto personale” si allude, in buona sostanza, “alla disciplina della capacità e dei diritti della personalità delle persone fisiche, dei rapporti di famiglia e delle successioni per causa di morte, sempre delle persone fisiche” (p. 162).

⁽³³⁾ Per tutti, v. D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. Salerno, Padova, 1996, spec. p. 18 ss.

⁽³⁴⁾ M. MIELE, *Sul domicilio nel diritto internazionale privato*, Pisa, 1935, spec. p. 5 ss. Tuttavia, data la distinzione non sempre chiara ed inequivoca di statuto personale e reale, a queste categorie se ne contrappose una terza, quella dello *statuto misto*, partecipante di volta in volta, cioè, dell'uno e dell'altro carattere delle prime due.

questione si è aggiunto anche quello del legame personale della residenza abituale, cui riserveremo, per le questioni che interessano questo studio, un approfondimento separato ⁽³⁵⁾.

Inizialmente, la teoria degli statuti considera applicabile alle materie rientranti nello statuto personale la *lex domicilii*. Il concetto di *domicilio* considerato allora era quello derivante dal diritto romano: all'epoca della dottrina statutaria, tale nozione, inteso il domicilio come criterio normale di soggezione dell'individuo al sovrano, si confondeva con quella che noi oggi denominiamo cittadinanza. Col passaggio, poi, dalle monarchie assolute agli Stati liberi, una volta avvenuta la trasformazione del *suddito* in *cittadino*, si pone la questione relativa all'opportunità di mantenere il criterio tradizionale del domicilio oppure di adottare quello della cittadinanza per la determinazione della legge applicabile alle varie categorie di rapporti giuridici, tra cui anche quelli rientranti nella disciplina dello "statuto personale". Pur reagendo alla dottrina degli statuti, grazie all'influenza del pensiero di Savigny, il criterio del domicilio continua ad essere il criterio favorito per la determinazione dello statuto personale.

Con l'affermarsi del principio di nazionalità propugnato da Mancini ⁽³⁶⁾, la cittadinanza succede nel tempo al criterio basato sul legame personale del domicilio; si assiste così alla preferenza accordata alla legge nazionale del soggetto nella disciplina di tutte quelle materie che Mancini denominava "diritto privato necessario", e che coincidono in buona parte con quelle che la dottrina degli statuti chiamava "statuto personale" ⁽³⁷⁾. Molti legislatori nazionali aderiscono a questo principio, intervenendo sui propri sistemi di diritto internazionale privato, mentre altri, invece,

⁽³⁵⁾ V. *infra*, Cap. IV.

⁽³⁶⁾ V. *infra*, par. 5.

⁽³⁷⁾ V. anche Risoluzione 7 settembre 1880 dell'*Institut de droit International*, adottata nella sessione di Oxford, *Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public*, che accoglie questo orientamento. *L'Institut* auspica che tale regola venga adottata "d'une manière uniforme dans les lois civiles de toutes les nations et que leur maintien soit garanti par des traités internationaux". V. spec. art. 1, VI: "[l]'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité". Solo in subordine "[l]orsqu'une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis par les lois de son domicile". Tutte le Risoluzioni dell'*Institut de droit International* di seguito menzionate sono reperibili sul suo sito ufficiale (<http://www.idi-iil.org>).

rimangono fedeli al criterio basato sul legame personale del domicilio ⁽³⁸⁾, oppure aderiscono ad una soluzione intermedia ⁽³⁹⁾.

Il criterio della cittadinanza, tuttavia, quasi contestualmente alla sua nascita, viene sottoposto ad un netto processo di revisione: in Europa si levano voci favorevoli alla reintroduzione del domicilio ⁽⁴⁰⁾, accompagnate dalla discussione relativa al problema della preferenza da accordarsi all'uno o all'altro criterio. Si assiste pertanto al radicarsi, in alcuni Stati, del ristabilito criterio basato sul legame personale del domicilio ed all'affermarsi, in altri, di quello della cittadinanza, entrambi impiegati per individuare l'ordinamento applicabile finalizzato a disciplinare i rapporti giuridici rientranti nell'ambito dello statuto personale.

Il domicilio, come vedremo più avanti nel dettaglio ⁽⁴¹⁾, presenta difficoltà operative di non poco conto. Da un lato invero, ogni Stato si munisce di una nozione propria di domicilio, funzionale al proprio sistema giuridico (domicilio *interno* o *legale*) ⁽⁴²⁾; d'altra parte, con riferimento al criterio di collegamento del domicilio impiegato nelle norme di conflitto di diritto comune (domicilio *internazionale*), si pone la questione, già anticipata, relativa alla sua qualificazione. Con riferimento ad entrambe le funzioni di domicilio, è significativa poi la distinzione esistente tra la nozione di domicilio adottata negli Stati continentali e quella di *domicile* adottata nei Paesi anglosassoni.

Sin dall'inizio del secolo scorso, si è cercato di dare una risposta a tali problematiche. Una prima soluzione si concretizza inizialmente nell'idea di una necessaria uniformazione delle diverse soluzioni accolte

⁽³⁸⁾ R. CASSIN, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits des lois*, in *Recueil des cours*, Vol. 34, 1930, p. 655 ss., spec. p. 721-724; A. K. KUHN, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux États-Unis*, in *Recueil des cours*, Vol. 21, 1928, p. 193 ss., spec. p. 228 ss.

⁽³⁹⁾ V. a tal proposito N. BENTWICH, *Le développement récent du principe du domicile en droit anglais*, in *Recueil des cours*, Vol. 49, 1934, p. 375 ss., nonché V. TEDESCHI, *Il domicilio nel diritto internazionale privato*, Genova, 1938, p. 3 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sulla dottrina tedesca, v. W. SIMONS, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*, in *Recueil des cours*, Vol. 15, 1926, p. 437 ss., spec. p. 524 ss.; sul pensiero italiano, v. P. FEDOZZI, *Appunti sul progetto di riforma di diritto internazionale privato in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1931, p. 9 ss. e V. TEDESCHI, *Il domicilio nel diritto internazionale privato*, cit.

⁽⁴¹⁾ V. *infra* par. 5.

⁽⁴²⁾ Sui diversi significati del termine "domicilio" v. W. VON STEIGER, *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht*, Bern, 1934, spec. p. 35 ss.

negli Stati europei, ai fini di ricomporre il panorama disomogeneo. Il 3 agosto 1931, con questo proposito, l'*Institut de droit international*, nella sessione di Cambridge, prendendo atto che nel corso dell'incontro tenutosi ad Oxford nel 1880, lo stesso *Institut* si era pronunciato a favore della applicabilità della legge nazionale in materia di statuto personale, considera che “il serait désirable de rechercher s'il ne conviendrait pas de diminuer la compétence de la loi nationale en matière de capacité, en vue d'élaborer, pour la solution des conflits de lois en cette matière, une règle qui serait universellement admise”⁽⁴³⁾. Date le premesse per cui è necessario diminuire il ruolo della legge nazionale nelle materie dello statuto personale, nel corso della stessa sessione, l'*Institut* adotta i *Principes pour la solution des conflits de lois en matière de domicile civil*, finalizzati ad individuare una regola comune agli Stati per la determinazione del domicilio. L'*Article premier* prevede che siano i tribunali di ciascuno Stato a determinare, ai sensi della propria disciplina sostanziale, “quels sont les individus domiciliés ou non dans ce pays”. L'*Institut* getta poi un “ponte di passaggio”⁽⁴⁴⁾ dalla nozione di domicilio adottata nel sistema romanistico-continentale verso il sistema anglosassone, che adotta il cosiddetto concetto di “domicilio di origine”⁽⁴⁵⁾. Invero, l'*Article 6* della Risoluzione prevede che “[u]n individu ne peut perdre son domicile sans en acquérir un nouveau. A défaut d'un autre domicile, tout individu doit néanmoins posséder, dès sa naissance, un domicile au lieu où il est né”. Tuttavia, “ce lieu est inconnu, la *lex fori* est applicable”.

A motivo del carattere non vincolante delle risoluzioni dell'*Institut*, le direttrici in esse contenute circa l'adozione di una soluzione uniforme non hanno avuto un riscontro pratico negli Stati. Ciononostante, il 15 giugno 1955, viene adottata all'Aja una convenzione sulla disciplina dei conflitti tra la legge nazionale e quella del domicilio. Dispone l'*Article premier* della convenzione che, nel caso in cui lo Stato in cui un soggetto è domiciliato prescriva l'applicazione della sua legge nazionale, ma quest'ultima prescriva l'applicazione della legge del domicilio, “tout Etat contractant

⁽⁴³⁾ M. M. GEORGES STREIT e J. H. P. NIBOYET (Rapporteurs), Risoluzione 31 luglio 1931, adottata nella sessione di Cambridge, *Conflits de lois en matière de capacité*.

⁽⁴⁴⁾ Così M. MIELE, *Sul domicilio nel diritto internazionale privato*, cit., p. 13.

⁽⁴⁵⁾ V. *infra*, par. 4.

appliquera les dispositions du droit interne de la loi du domicile”⁽⁴⁶⁾. Per la prima volta, inoltre, viene disposta, all’art. 5, una definizione uniforme di domicilio, per cui “[l]e domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu’il ne dépende de celui d’une autre personne [...]”.

Un esempio simile si rinviene nella *Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado*, fatta a Montevideo l’8 maggio 1979 e recante norme uniformi per la determinazione del domicilio delle persone fisiche⁽⁴⁷⁾. Sebbene possa essere presa a modello ai fini di un’eventuale uniformazione (o armonizzazione) delle norme sul domicilio, la convenzione, aperta anche all’adesione di Stati estranei all’Organizzazione, è stata ratificata solo da pochi Stati membri⁽⁴⁸⁾.

In tempi più recenti, l’*Institut de droit international*, accettata la dicotomia tra i criteri di cittadinanza e domicilio sia nei conflitti di leggi che nei conflitti di giurisdizioni, nonché “le caractère relatif des avantages et des inconvénients de chacun de ces critères” e l’inopportunità di preconizzare l’adozione di una norma di conflitto fondata esclusivamente su uno dei due, ha ritenuto che fosse conveniente formulare dei principi tali da suscitare una certa *armonizzazione* - abbandonando così l’obiettivo dell’uniformità - (anche) delle norme di conflitto in vigore nei diversi Stati⁽⁴⁹⁾. In materia di statuto personale - considerandosi in essa ricompresi i regimi matrimoniali,

⁽⁴⁶⁾ Article première della *Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*. La Convenzione dell’Aja del 1955, che, a differenza dei principi contenuti nelle Risoluzioni dell’*Institut de droit international*, ha carattere vincolante tra gli Stati parte, non è mai entrata in vigore, essendo all’uopo necessario il deposito di cinque strumenti di ratifica (art. 10 della convenzione): ad oggi, invero, hanno sottoscritto la convenzione Belgio, Spagna, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi, ma solo questi ultimi ed il Belgio l’hanno ratificata.

⁽⁴⁷⁾ La Convenzione, che non è settoriale ma si riferisce al diritto internazionale privato generale, è reperibile sul sito dell’Organizzazione degli Stati Americani, www.oas.org. V. nello specifico il suo art. 2, per cui “[e]l domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”.

⁽⁴⁸⁾ El Salvador, Guatemala, Messico, Paraguay, Perù e Uruguay. La convenzione è in vigore per questi Stati dal 14 giugno 1980.

⁽⁴⁹⁾ M. YVON LOUSSOUARN (Rapporteur), Risoluzione 19 settembre 1987, adottata nella sessione del Cairo, *La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé*.

personali e patrimoniali, nonché le successioni – vi si legge la raccomandazione diretta agli Stati verso il *favor* da accordare alla volontà delle persone ⁽⁵⁰⁾. Benché non facciano alcun riferimento all’opera dell’*Institut*, si può dire che le istituzioni europee, qualche decennio più tardi ne abbiano recepito le raccomandazioni.

Il 18 gennaio 1972, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa aveva adottato la Risoluzione (72)1 *Relative à l’unification des concepts juridiques de “domicile” et de “résidence”* ⁽⁵¹⁾. Tale Risoluzione, cercando di ovviare alla necessità di un’interpretazione uniforme delle due nozioni, riflette, da una parte, la sensibilità della Comunità internazionale verso la garanzia dell’interpretazione uniforme del criterio del domicilio e, dall’altra, la presa di coscienza dell’incedere di un terzo criterio, basato sul legame personale della residenza. Il Comitato dei Ministri ritiene che l’interpretazione difforme attribuita a questi concetti dai vari Stati pregiudichi l’effetto pratico delle convenzioni europee tese ad uniformare certe regole giuridiche, temendo che il giudice nazionale, all’ora di interpretare tali nozioni, seppur contenute in una convenzione internazionale, faccia riferimento alla propria nozione interna di domicilio o residenza. Per questo motivo, considerando che “l’unification des concepts fondamentaux du droit serait de nature à réduire considérablement les difficultés surgissant en matière de conflits de lois”, è “souhaitable de procéder dès lors à une unification progressive des concepts juridiques de ‘domicile’ et de ‘résidence’”. Il Comitato dei Ministri raccomanda così agli Stati di ispirarsi alla lettera della Risoluzione (72)1, all’ora di adottare nei propri ordinamenti delle disposizioni impieganti i criteri del domicilio e

⁽⁵⁰⁾ Parte B. (*Conflits des lois*): “3. En matière de régimes matrimoniaux, il est recommandé aux Etats dont la règle de conflit est fondée sur un rattachement objectif d’offrir aux époux une option entre la loi de la nationalité et la loi du domicile de l’un d’entre eux. 4. En matière de successions, il est recommandé aux Etats de permettre que toute personne puisse, dans ses dispositions de dernière volonté, soumettre la dévolution de ses biens soit à sa loi nationale, soit à la loi de son domicile. 5. En matière d’effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps, il est recommandé aux Etats d’offrir aux époux une option entre la loi nationale et la loi du domicile, lorsqu’ils ont une nationalité commune et un domicile commun, dans les cas où l’Etat national est différent de l’Etat où est situé le domicile”.

⁽⁵¹⁾ *Resolution (72) 1 relative à l’unification des concepts juridiques de “domicile” et “résidence” (adoptée par le Comité des Ministres le 78 janvier 1972, lors de la 206e réunion des Délégués des Ministres)*, in www.coe.int, nonché riprodotta in *Rev. critique*, 1973, p. 847 ss.

della residenza, “en ce qui concerne, au moins, leurs applications dans le domaine international”, senza pregiudizio, tuttavia “de tout sens spécifique pouvant être attribué à ces concepts à des fins déterminés”. La Risoluzione contiene poi un Allegato recante undici regole tese ad individuare le caratteristiche dei legami personali del domicilio e della residenza, cui faremo riferimento più avanti.

4. (Segue). Il domicilio.

La questione relativa alla legge applicabile alla determinazione del domicilio nel diritto internazionale privato ha dato luogo ad un acceso dibattito in seno alla dottrina agli inizi del secolo scorso⁽⁵²⁾. Come abbiamo visto, il domicilio è stato per lungo tempo considerato un elemento fondante lo statuto personale e, di conseguenza, da molti ritenuto che fosse la legge nazionale a doverne determinare l'individuazione. All'opposto, alcuni⁽⁵³⁾ ritenevano che dovesse essere la *lex loci* – la legge del luogo dove si considerasse stabilito il domicilio – l'unica competente a tal fine, considerando il domicilio come un'istituzione di diritto pubblico, invero rinvenendosi le sue origini nella sovranità dello Stato. A queste due, si aggiungevano anche le teorie per cui il domicilio deve essere individuato attraverso la *lex fori* o la “loi de l'institution”⁽⁵⁴⁾. Quest'ultima tesi, per cui, ai fini della sua determinazione si applica la legge in cui il domicilio dispiega i suoi effetti (la legge dell'ordinamento, ovvero, cui appartiene la norma di conflitto di riferimento), come abbiamo visto⁽⁵⁵⁾, è quella accolta dalla dottrina maggioritaria.

⁽⁵²⁾ V. tra gli altri G. LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931, spec. p. 24 ss.

⁽⁵³⁾ Tra gli altri, v. J. M. BARBOSA DE MAGALHAES, *La doctrine du domicile en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 23, 1928, p. 1 ss.; J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2ème éd., Paris, 1949.

⁽⁵⁴⁾ D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, cit., p. 20. Si aggiunge tuttavia a queste ultime citate teorie della *lex fori* e della “loi de l'institution” anche la teoria minoritaria, sostenuta da V. LOISEAU (*Du domicile comme principe de compétence législative*, Paris, 1893), secondo cui il domicilio è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. In questo senso, v. anche G. LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé français*, cit., p. 59 s. e, con riferimento alla “loi de l'insitution”, p. 93 ss.

⁽⁵⁵⁾ V. *supra*, Cap I, Sezione 2.

Le problematiche relative alla qualificazione del criterio di collegamento del domicilio, nella disciplina di conflitto dello statuto personale, sono tanto più significative ed ostative ad una nozione uniforme del concetto, quanto più difformi sono le percezioni di domicilio adottate nei sistemi interni di diritto internazionale privato. A tal proposito si impone pertanto una breve analisi comparata ⁽⁵⁶⁾, da cui emerge principalmente, come accennato, la contrapposizione tra la concezione di domicilio radicata negli Stati continentali, da una parte, e, dall'altra, quella di *domicile* accolta negli Stati anglosassoni.

La nozione di domicilio, criterio giuridico per eccellenza ⁽⁵⁷⁾, è *relativa*, varia, cioè, di Stato in Stato (nonostante non manchino gli autori che ne prospettano il carattere *universale*) ⁽⁵⁸⁾. Certamente la funzione che il domicilio ha rivestito nei sistemi interni di diritto internazionale privato, anche di elaborazione giurisprudenziale, è di rilievo centrale ⁽⁵⁹⁾. Tuttavia, nonostante le pronunciate differenze tra nozioni, il concetto di domicilio è composto di un nucleo comune a tutti i sistemi internazionalprivatistici nazionali: un attaccamento psicologico (l'elemento soggettivo o *animus manendi*) e, al contempo, materiale (l'elemento oggettivo o *corpus*), ad un determinato luogo ⁽⁶⁰⁾. In teoria, proprio la ricorrenza di tali elementi

⁽⁵⁶⁾ Per un approfondito studio comparato sulla nozione di domicilio, v. il contributo di J. VANDERLINDEN, *Ubi domicilium, ibi ius universale?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1985, p. 303 ss.

⁽⁵⁷⁾ La nozione di domicilio è “juridique par excellence puisqu'elle n'existe pas dans la réalité sociale et n'a de fonctions que dans un cadre juridique”, così J. VANDERLINDEN, *Ubi domicilium, ibi ius universale?*, *cit.*, p. 304.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.* p. 303.

⁽⁵⁹⁾ Alcuni autori, invece, ne hanno sminuito il significato: P. FRANCESCAKIS, *Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel*, in *Travaux du comité français, Année 1962-1964*, 1964, p. 291 ss., spec. p. 301. V. anche R. CASSIN, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits des lois*, in *Recueil des cours*, Vol. 34, 1930, p. 655 ss., a p. 664: “[...] la notion élémentaire du domicile a conservé, à peu près, dans les définitions variées des législations contemporaines, les mêmes traits essentiels” o, ancora, J. M. BARBOSA DE MAGALHAES, *La doctrine du domicile en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 23, 1928, p. 1 ss., spec. 95, per cui le divergenze tra definizioni “ne portent pas sur le fond des choses”.

⁽⁶⁰⁾ J. VANDERLINDEN, *Ubi domicilium, ibi ius universale?*, *cit.*, p. 304 s. L'a., nello specifico, traendo spunto dallo studio comparato delle diverse nozioni esistenti in almeno quaranta paesi del mondo, suddivide le componenti del concetto di domicilio in *fait* e *volonté*. Egli individua dunque sei specie di fatti: *simple*, *qualifié*, potendo essere quest'ultima *qualifié par la stabilité (indéterminée o déterminée)* o *qualifié par les activités (indéterminées, professionnelles o familiales)*; nonché tre specie di volontà: *simple*, *déclaré* e *présumée*. La determinazione del criterio del domicilio, a seconda delle politiche dello Stato cui appartiene la norma – di conflitto nel nostro caso – sarà *simple* (si ricaverà ovvero dal solo impiego di uno dei due fattori), ovvero *complexe* (facendo appello ad almeno due

strutturali comuni del concetto potrebbe indurre ad individuarne il carattere *universale*. Tuttavia, la prassi giurisprudenziale degli Stati mostra come sussistano profondi impedimenti al raggiungimento di una “universalità interpretativa”: tale difficoltà risiede soprattutto nella valutazione difforme in cui incorrono perlopiù i giudici e generalmente gli operatori giuridici, al momento di verificare la sussistenza più o meno intensa dell’elemento soggettivo. A ciò si aggiunge l’atteggiamento “colpevole” del giudice, che tende ad individuare il domicilio con attenzione al contesto nel quale si colloca la situazione o il rapporto giuridico di riferimento, con lo scopo di raggiungere un determinato risultato materiale ⁽⁶¹⁾.

Ad oggi, l’uniformità interpretativa della nozione di domicilio, per definizione realizzabile mediante lo strumento del trattato multilaterale, non è ancora stata raggiunta ⁽⁶²⁾, nonostante la necessità in questo senso sia stata avvertita soprattutto sul piano internazionale, ed espressa, tra le altre, nella richiamata Risoluzione (72)1 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa. Già nel 1972, il Comitato dei Ministri auspicava una “unification progressive” della nozione di domicilio, e raccomandava al legislatore nazionale ed all’interprete in generale di osservare a tal fine linee-guida uniformi. Oggi, tale auspicio ha lasciato il passo alla residenza abituale (ed a nuove elaborazioni che la vedono impiegata in combinato con il criterio di collegamento della cittadinanza), che ha in qualche modo risolto, eludendola, la questione relativa all’uniformazione, o armonizzazione, della nozione di domicilio.

Per scendere nel dettaglio, nel limite in cui tale analisi sia funzionale alla nostra ricerca, ci pare opportuno muovere dalla nozione di *domicile* impiegata nei sistemi anglosassoni. Tale concetto, che esaspera l’elemento soggettivo, costituisce un grande impedimento al raggiungimento di una nozione autonoma, per quanto riguarda la disciplina europea dei conflitti di

degli elementi individuati). Per l’assimilazione del domicilio (legale) alla possessione, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l’enfant, la couple*, Paris, 2004, p. 468.

⁽⁶¹⁾ Con riferimento alla giurisprudenza anglosassone fino al 1985, se pur in relazione alla determinazione del domicilio ai fini dell’individuazione della competenza giurisdizionale, v. il contributo di J. J. FAWCETT, *Result Selection in Domicile Cases*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, p. 378 ss.

⁽⁶²⁾ V. tuttavia il tentativo contenuto nell’art. 5 della Convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sui conflitti tra la legge nazionale e la legge del domicilio (*supra*, par. 3).

leggi in materia familiare ⁽⁶³⁾. Ai fini della individuazione del *domicile* anglosassone, l'*animus manendi* riveste un ruolo preponderante, più di quanto non lo sia negli ordinamenti continentali ⁽⁶⁴⁾.

In via preliminare, conviene specificare che il criterio che qui interessa è quello basato sul legame personale del domicilio inteso nella sua dimensione *internazionale*, che traduce ovvero il legame di un individuo all'ordinamento di uno Stato, senza pertanto reclamare di essere individuato in un punto specifico del territorio. Questo concetto di domicilio, più del domicilio *interno*, si presta ad essere interpretato in maniera uniforme, avulso da ogni significato nazionale. Nella materia dello statuto personale, poi, il concetto uniforme di domicilio richiederebbe una stabilità particolare, proprio a motivo della disciplina cui si riferisce. Il processo teso alla ricerca di un significato uniforme di domicilio (internazionale) tra gli Stati, che abbiamo visto non avere raggiunto il risultato auspicato, avanza tuttavia in maniera pressappoco parallela all'evolversi delle nozioni di domicilio legale di ciascun ordinamento nazionale. Anche per comprendere tale parallelismo è opportuno riferirsi ai sistemi anglosassoni, nonché, nel dettaglio, al particolarismo insito nella nozione di *domicile*, così radicato da influenzare anche i tentativi di uniformazione (ed armonizzazione) del concetto a livello internazionale.

Nei sistemi anglosassoni – nella specie Regno Unito ed Irlanda – si rinvencono due tipi di domicilio: il *domicile of origin* ed il *domicile of*

⁽⁶³⁾ Se pur con riferimento alla competenza giurisdizionale, v. regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, art. 3, par. 1, lett. *a*), sesto trattino, nonché dello stesso articolo, lett. *b*) e par. 2, per cui “[s]ono 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 [...] 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’; 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”. Il riferimento al *domicile* nella accezione impiegata nel Regno Unito ed in Irlanda si rinvia anche agli articoli 6, lett. *a*) (“Carattere esclusivo della competenza giurisdizionale di cui agli articoli 3, 4 e 5”), 7, par. 2 (“Competenza residua”), 51, lett. *b*) (“Cauzione o deposito”) e 66, lett. *b*).

⁽⁶⁴⁾ Per un concetto “romantico” di domicilio, v. E. D. GRAUE, *Domicil, Nationality, and the Proper Law of the Person*, in *German Yearbook of International Law*, 1976, p. 254 ss., e così E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, Vol. 251, 1995, p. 9 ss., spec. p. 206 ss.

choice ⁽⁶⁵⁾. Il primo si acquisisce al momento della nascita e perdura fino a che il soggetto non consegue il secondo o se, una volta acquisito, lo abbandona. Il *domicile of choice* si acquista per scelta volontaria, una volta raggiunta la maggiore età ⁽⁶⁶⁾, nel luogo in cui una persona stabilisca la sua unica o principale residenza, “with an intention of continuing to reside there for an unlimited time” ⁽⁶⁷⁾. Il domicilio d’origine, definito come *permanent home* ⁽⁶⁸⁾, rimane così *sospeso e riaffiora* qualora il soggetto abbandoni il *domicile of choice* (si parla a tal proposito di *revival* del domicilio di origine, connesso all’*esprit de retour*) ⁽⁶⁹⁾ e perdura sino a quando questi non ne abbia acquisito un altro; esso è caratterizzato da un aspetto di durevolezza che eguaglia (se non, addirittura, vi aggiunge qualcosa) quello

⁽⁶⁵⁾ V. G. C. CHESHIRE, P. M. NORTH, J. J. FAWCETT, *Private International Law*, 14a ed., Oxford, 2008, p. 153 ss. e A. DICEY, J. MORRIS, L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14a ed., Londra, 2006, p. 130 ss. Con la sentenza *Ramsay v. Royal Liverpool Infirmary* ([1930] AG 588), la House of Lords ha negato che un certo George Bowie, nativo di Glasgow, avesse acquisito un *domicile of choice* in Inghilterra, nonostante avesse risieduto trentasei anni a Liverpool. Da qui il l’atteggiamento negativo dei giudici inglesi nei confronti dell’abbandono del *domicile of origin* (in quel caso i giudici avevano ritenuto che la perdita dello spirito di ritorno nel domicilio di origine del Sig. Bowie non fosse stata provata a sufficienza, avendo questi più volte dimostrato il suo attaccamento affettivo per la Scozia). Questa e le altre decisioni inglesi ed irlandesi menzionate nel presente lavoro sono state reperite sul sito del *British and Irish Legal Information Institute* (<http://www.bailii.org/>). V. anche J. J. FAWCETT, *Result Selection in Domicile Cases*, cit., p. 383 ss.

⁽⁶⁶⁾ Nel Regno Unito, la maggiore età si raggiunge ai diciotto anni, ad eccezione della Scozia, che la prevede al compimento dei sedici anni.

⁽⁶⁷⁾ V., *ex pluribus*, *Re Fuld*, [1968] P 675.

⁽⁶⁸⁾ G. C. CHESHIRE, P. M. NORTH, J. J. FAWCETT, *Private International Law*, cit., p. 123. Tra le altre, v. *Whicker v. Hume*, (1858) 7 HLC 124: “[b]y domicile we mean home, the permanent home; and if you do not understand your permanent home I am afraid that no illustration drawn from foreign writers of foreign languages will very much help you to it”.

⁽⁶⁹⁾ In merito alla dottrina del c.d. *revival* del domicilio d’origine, finalizzata a preservare la “common law’s abhorrence of vacuum” (così P. B. CARTER, *Domicil: The Case for Radical Reform*, cit., p. 716), e respinta dal sistema statunitense, neozelandese ed australiano, v. G. C. CHESHIRE, P. M. NORTH, J. J. FAWCETT, *Private International Law*, cit., p. 151 ss. Il *domicile of choice*, pertanto, non fa altro che *sospendere* il domicilio d’origine. Nella giurisprudenza v. *Udny v. Udny*, [1869] LR 1 Sc&Div 441, *Winans v. Attorney-General*, [1904] AC 287, e *IRC v. Bullock*, [1976] 1 WLR 1178. Con riferimento alla prima delle tre decisioni menzionate, “[d]omicil of choice is a conclusion or inference which the law derives from the fact of a man fixing voluntarily his sole or chief residence in a particular place, with an intention of continuing to reside there for an unlimited time. This is a description of the circumstances which create or constitute a domicile, and not a definition of the term. There must be a residence freely chosen, and not prescribed or dictated by any external necessity, such as the duties of office, the demands of creditors, or the relief from illness; and it must be residence fixed not for a limited period or particular purpose, but general and indefinite in its future contemplation. It is true that the residence originally temporary, or intended for a limited period, may afterwards become general and unlimited, and in such a case so soon as the change of purpose, or *animus manendi*, can be inferred the fact of domicil is established” (il corsivo è aggiunto).

inerente al criterio della cittadinanza ⁽⁷⁰⁾. Vi sono poi diverse tipologie di *domicile*, plasmate sulle caratteristiche del soggetto interessato (la donna, il minore, l'incapace), che si sono venute adattando alle necessità sociali di volta in volta percepite. Così, sensibile ai mutamenti del concetto di "famiglia", è stato abolito (se pur non retroattivamente) il domicilio dipendente della donna sposata, mentre il domicilio dipendente del minore non è più individuato presso quello del padre, bensì presso la madre, qualora i genitori siano separati ed il minore risieda con lei, etc. Il *domicile*, che nel sistema anglosassone ha di per sé una vocazione *internazionale* in quanto lega l'individuo non tanto ad un luogo, ma ad un determinato ordinamento giuridico, è disciplinato dalla *common law*; tuttavia, il *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973 prima (in vigore dal 1° gennaio 1974) ed il documento redatto dalla *Law Commission* e dalla *Scottish Law Commission (Private International Law – The Law of Domicile)*, adottato il 31 luglio 1987 ⁽⁷¹⁾, poi, hanno apportato – e proposto di apportare, nel caso del secondo ⁽⁷²⁾ – significative modifiche.

Uno dei principali argomenti controversi attiene alla *prova* dell'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'individuazione del *domicile of choice* (il cui onere è in capo al soggetto che allega il cambiamento del domicilio) ⁽⁷³⁾. A tal proposito, il giudice anglosassone è chiamato ad effettuare una sorta di *probatio diabolica*: a partire dal momento in cui sia necessario stabilire se il soggetto interessato ha il domicilio in un luogo piuttosto che in un altro (momento della morte o della presentazione della

⁽⁷⁰⁾ Invero, per un principio di *necessità*, nessuna persona può essere sprovvista di un domicilio, mentre è ammesso che vi siano persone apolide (oltre al principio di *necessità*, si aggiunge anche quello di *unicità* e di *presunzione di continuità* del domicilio preesistente, sino a che non ne venga acquisito un altro. V. L. I. DE WINTER, *Nationality or Domicile? The present state of affairs*, cit., p. 419. V. anche P. B. CARTER, *Domicil: The Case for Radical Reform in the United Kingdom*, in *ICLQ*, 1987, p. 713 ss. Per l'a. il rapporto che intercorre tra il *domicile of origin* ed il *domicile of choice* è simile a quello tra cittadinanza acquisita alla nascita e cittadinanza acquisita per naturalizzazione (a p. 723).

⁽⁷¹⁾ In riferimento a quest'ultimo rapporto, ci riferiamo ai documenti *Law Com. No. 168* e *Scot. Law Com. No. 107*. Entrambi i documenti, insieme al *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973 sono reperibili sul sito <http://www.legislation.gov.uk>.

⁽⁷²⁾ Le raccomandazioni elaborate dalle due Commissioni hanno invero modificato solo alcune delle disposizioni del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973. Per un'analisi della riforma v. A. DICEY, J. MORRIS, L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 159 ss.

⁽⁷³⁾ V. *IRC v. Bullock*, [1976] cit., per cui l'espressione "'for an unlimited time' requires some further definition".

domanda, ad esempio), procedendo a ritroso, il giudice dovrà verificare se dai fatti risulta che l'intenzione della persona fosse quella di permanere indefinitamente in quel luogo ⁽⁷⁴⁾. Questa operazione si presta ad una difficile sistematizzazione ⁽⁷⁵⁾, per cui il giudice deve procedere necessariamente caso per caso. Questo procedimento, criticato dalle Commissioni per essere oltremodo gravoso e per condurre sovente all'individuazione di un domicilio in un luogo che non ha alcuna connessione con l'individuo, pregiudica la certezza del diritto. A motivo della *fiction* che caratterizza tale procedimento, la *Law Commission* e la *Scottish Law Commission* hanno avanzato la possibilità di sostituire al criterio basato sul legame del domicilio quello della residenza abituale o della cittadinanza ⁽⁷⁶⁾, concludendo però che il “domicile should continue to be available as a connecting factor in the law of England and Wales, Scotland and Northern Ireland”. Tuttavia, le Commissioni riconoscono “that it will always be important when jurisdictional or choice of law rules are under review to assess which connecting factor (or combination of factors) is most appropriate *in the particular circumstances*. Sometimes it will always be the general law of domicile; in other circumstances it will be some other connecting factor or combination of connecting factors” (il corsivo è aggiunto).

Sebbene i sistemi di *civil law* non conoscano il domicilio d'origine, la problematica afferente all'elemento strutturale della volontà si rinviene anche nei sistemi di diritto internazionale privato continentali. Per esempio, ai sensi dell'art. 102, par. 1, del *Code civil* francese (del *Titre III*, rubricato

⁽⁷⁴⁾ V. già la sentenza resa nella causa *Barry v. Butlin* [1838] 2 Moo P.C.C. 480, per cui, ai fini della rilevazione della volontà del soggetto attraverso dati sensibili della realtà “it is enough that the authorities emphasise that the conscience of the court must be satisfied by the evidence”. Per la critica alla riforma delle due Commissioni, nel senso di non aver affrontato la questione per cui il domicilio attuale di un soggetto debba dipendere dal risultato di una indagine storica o cronologica, v. P. B. CARTER, *Domicil: The Case for Radical Reform in the United Kingdom*, cit., p. 722 ss.

⁽⁷⁵⁾ V. P. B. CARTER, *Domicil: The Case for Radical Reform in the United Kingdom*, cit., per cui “[d]omicile is certainly easier to illustrate than it is do define” (a p. 714).

⁽⁷⁶⁾ Sulle considerazioni relative ai vantaggi ed agli svantaggi sottesi all'impiego dei due criteri, v. par. 3.4 ss. del documento elaborato dalle Commissioni *Private International Law – The Law of Domicile*. Più recentemente, in dottrina, v. G. ZOHAR, *Habitual Residence: An Alternative to the Common Law Concept of Domicile?*, in *Whittier Journal of Child and Family Advocacy*, 2010, p. 169 ss.

Du domicile) ⁽⁷⁷⁾, “[l]e domicile de tout Français, quant à l’exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement”. Le disposizioni successive disciplinano il cambiamento del domicilio, che “s’opérera par le fait d’une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l’intention d’y fixer son principal établissement” (art. 103); la prova della volontà di permanervi “résultera d’une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l’on quittera, qu’à celle du lieu où on aura transféré son domicile” (art. 104) e, in assenza di dichiarazione espressa, “dépendra des circonstances” (art. 105). L’art. 40 del *Código civil* spagnolo (*Título III*, rubricato *Del domicilio*) ⁽⁷⁸⁾ dispone che “[p]ara el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual [...]”. Il nostro codice civile ⁽⁷⁹⁾, inoltre, all’art. 43 stabilisce che “[i]l domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”, specificando, al secondo comma, che “[l]a residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale”.

Questo brevissimo *excursus* in chiave comparatistica introduce la seconda questione problematica attinente alla definizione del criterio di collegamento del domicilio, relativa alla verifica, nella realtà empirica, dell’elemento strutturale oggettivo: quali sono gli elementi di fatto da tenere in considerazione ai fini della determinazione del centro degli interessi di una persona (nell’ottica della disciplina dei conflitti di leggi)? È interessante, a tal proposito, richiamare la definizione di domicilio suggerita agli Stati nel 1972 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, sopra ricordata: “[l]e concept de domicile implique un lien de droit entre une personne et un pays où s’applique un système juridique déterminé ou un lieu situé dans un tel pays. Ce lien de droit résulte *du fait* que cette personne établit ou maintient volontairement sa résidence unique ou principale dans ce pays ou en ce lieu, avec l’intention d’en faire et d’y maintenir *le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques*” (il corsivo è aggiunto)

⁽⁷⁷⁾ *Code Civil* francese, nella sua versione consolidata al 1° gennaio 2013, consultato su <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁽⁷⁸⁾ *Código civil*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

⁽⁷⁹⁾ *Codice civile*, ed. Giuffrè, Milano, 2011.

(⁸⁰). L'intenzione di stabilire in quel luogo il proprio centro di interessi "peut, notamment, être déduite de la durée de la résidence effectuée et envisagée ainsi que de l'existence d'autres liens de nature personnelle ou professionnelle entre cette personne et le pays ou le lieu dont il s'agit". La Risoluzione tiene separata la concezione di vita familiare e vita professionale (⁸¹). In alcuni paesi, inoltre, la determinazione del domicilio richiede la registrazione presso gli uffici deputati a tal fine.

Le difficoltà delineate (⁸²) hanno guidato il legislatore nazionale – e gli Stati nell'elaborazione delle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme –, con specifico riferimento alla materia dello statuto personale, a preferire, progressivamente, al criterio del domicilio quello della residenza abituale e della cittadinanza. Tali criteri, invero, a differenza del domicilio, si prestano ad un'interpretazione più univoca. La legge 31 maggio 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, n. 218, ad esempio, collega la disciplina dei rapporti personali tra coniugi – ai sensi dell'art. 29 – alla loro legge nazionale comune (ed in mancanza di cittadinanza comune oppure qualora i coniugi abbiano una pluralità di cittadinanze comuni, tali rapporti saranno regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata) (⁸³). In senso

(⁸⁰) Inoltre, ai sensi della seconda regola predisposta nella Risoluzione, "[l]e domicile d'une personne est considéré comme étant conservé jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile". La Risoluzione, che si occupa anche del domicilio dipendente venuto meno con le riforme sopramenzionate, prevede poi che qualora il domicilio di una persona non possa essere determinato secondo le regole che precedono, questa "sera considérée comme domiciliée au lieu de cette résidence", e così allo stesso modo per le persone rifugiate, che non abbiano ancora stabilito il proprio domicilio conformemente alla prima regola.

(⁸¹) Per un'analisi della Risoluzione in questo senso, v. D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, cit., p. 79 s.

(⁸²) V. la sentenza resa dalla Court of Appeal inglese il 24 febbraio 2006, nel caso *Agulian & ANR v. Cyganik*, [2006] EWCA Civ 129. Il giudice, pur accogliendo il ricorso e declinando di conseguenza la competenza giurisdizionale nei confronti del giudice cipriota, afferma che "I do not do so with any enthusiasm since I find it rather surprising that the somewhat antiquated notion of domicile should govern the question whether the estate of a person, who was, on any view, habitually resident in England should make provision for his dependants. Now that many family matters are decided by reference to habitual residence, there may, perhaps, be something to be said for reconsidering the terms of section 1 of the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975".

(⁸³) V. anche articoli 30, 1° comma (*Rapporti patrimoniali tra coniugi*), 31, 1° comma (*Separazione personale e scioglimento del matrimonio*), 33, 1° comma (*Filiazione*), 34, 1° comma (*Legittimazione*), 35, 1° e 2° comma (*Riconoscimento di figlio naturale*), 36 (*Rapporti genitori e figli*), 38 (*Adozione*), 39 (*Rapporti fra adottato e famiglia adottiva*) e 43 (*Protezione dei maggiori d'età*).

analogo, l'art. 9 del *Código civil* spagnolo dispone che “[l]a ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”; tale ordinamento disciplinerà “la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte” (1° comma). Ai sensi della stessa disposizione, anche gli effetti del matrimonio sono disciplinati dalla legge nazionale comune dei coniugi “al tiempo de contraerlo” (2° comma), così come “[e]l carácter y contenido de la filiación”, etc.

Il ruolo del domicilio è stato confinato a titolo di giurisdizione principale, prima nella Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e poi nel regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (art. 2) ⁽⁸⁴⁾. In particolare, l'art. 59 del regolamento stabilisce che “[p]er determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale” ⁽⁸⁵⁾ e l'art. 60, poi, definisce in maniera autonoma il domicilio delle persone giuridiche ⁽⁸⁶⁾. Il titolo di giurisdizione basato sul criterio del domicilio è stato mantenuto anche nel regolamento n. 1215/2012 recante la rifusione del regolamento

⁽⁸⁴⁾ V. anche articoli 2 e 59 della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, così come la Relazione esplicativa redatta da Fausto Pocar, par. 26. Nonostante il Gruppo *ad hoc* incaricato di elaborare le disposizioni della Convenzione avesse valutato l'opportunità di dare una definizione autonoma diretta di domicilio nella Convenzione, in luogo del rinvio al diritto nazionale operato dalle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano del 1988, pur riconoscendo l'utilità di una nozione comune il Gruppo ha preferito lasciare alle legislazioni nazionali il compito di definire, se ritenuto opportuno, il domicilio con riferimento alla durata della presenza della persona nel territorio. Pertanto, la disposizione dell'art. 59 è invariata rispetto alla corrispondente disposizione dell'art. 52 della Convenzione del 1988, e il domicilio delle persone fisiche continua ad essere determinato dal diritto nazionale dello Stato in cui esse sono domiciliate.

⁽⁸⁵⁾ Con riferimento al Regno Unito, v. *The Civil Jurisdiction and Judgements Order 2001, no. 3929, Section 41 (Domicile of individuals)*, recante una definizione “europea” di *domicile*, limitata, tuttavia, al solo regolamento n. 44/2001 (essa invero non ha niente a che vedere con la nozione tradizionale di domicilio anglosassone). V. anche la *Section 44*, rubricata *Persons deemed to be domiciled in the United Kingdom for certain purposes* (riferita ai contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro).

⁽⁸⁶⁾ “1. Ai fini dell'applicazione del presente regolamento una società o altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova: a) la sua sede statutaria, o b) la sua amministrazione centrale, oppure c) il suo centro d'attività principale [...]”.

⁽⁸⁷⁾ Articoli 4 e 62 ss. del regolamento “Bruxelles I-bis”.

“Bruxelles I” sulla giurisdizione e l’efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale ⁽⁸⁷⁾.

5. (Segue). *La cittadinanza.*

Il criterio di collegamento basato sul legame personale della cittadinanza ha così deposto quello originario, nella disciplina dello statuto personale, del domicilio: il principale motivo di tale destituzione risiede nel progressivo affermarsi del principio manciniano di nazionalità ⁽⁸⁸⁾. Secondo Mancini, il principio di nazionalità viene inteso nel senso che ogni uomo, nei suoi rapporti personali, deve essere sottoposto al diritto della sua patria di origine. Mancini cerca di rendere concreto il concetto di Nazione individuando ne “la Regione, la Razza, la Lingua, le Costumanze, la Storia, le Leggi, le Religioni” le varie componenti di una comunione ⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, secondo il suo pensiero, non bastano la razza, la lingua e il territorio per creare una Nazione, bensì occorre un elemento soggettivo, il supporto della “coscienza della nazione”, o meglio “la coscienza della nazionalità”, cioè “il sentimento che essa acquista di sé medesima e che la rende capace di costituirsi al di dentro e di manifestarsi al di fuori” (è questo l’aspetto volontaristico del principio di nazionalità) ⁽⁹⁰⁾. Nel pensiero di Mancini la nazionalità è un elemento innato nell’uomo ⁽⁹¹⁾: la cittadinanza, pertanto,

⁽⁸⁷⁾ Articoli 4 e 62 ss. del regolamento “Bruxelles I-bis”.

⁽⁸⁸⁾ Sul principio di nazionalità v. per tutti E. VITTA, *Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 345 ss.

⁽⁸⁹⁾ V. *Prelezione al corso di diritto pubblico esterno ed internazionale privato*, tenuta da P. S. Mancini nella R. Università di Torino, il 22 gennaio 1851, in E. JAYME, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, cit., p. 40.

⁽⁹⁰⁾ G. SPADOLINI, *Per Pasquale Stanislao Mancini*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L’uomo, lo studioso, il politico*, a cura di O. Zecchino, Napoli, 1991, p. 11.

⁽⁹¹⁾ V. il discorso presentato il 25 marzo 1863 in Parlamento, in occasione della discussione sulla proposta di emendamento dell’onorevole Cairoli del disegno di legge sulla cittadinanza agli emigrati italiani, presentato dallo stesso Mancini. Egli invero considera che la legge non possa *conferire* agli Italiani alcun diritto di sorta (“[...] l’ufficio della legge sarà semplicemente dichiarativo; essa non farà che riconoscere uno stato giuridico, il quale di già prima ed indipendentemente dalla legge medesima appartiene a tutti gl’Italiani per la identica qualità di nazionali, che tutti necessariamente hanno l’uno rispetto dell’altro”), in quanto “a tutti gl’Italiani i quali non ancora dipendono dal Governo del Regno d’Italia appartiene il *godimento* de’ diritti civili e politici inerenti alla qualità di *nazionale*, secondo le leggi vigenti nel Regno anzidetto. Questo godimento non siamo noi che lo conferiamo agli Italiani, e tanto meno debbe conferirlo decreto di ministro o di Re: ad essi già appartiene per un decreto più alto ed incancellabile, il decreto della natura, il decreto della provvidenza” (*Discorsi Parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini, raccolti*

quale connessione giuridica tra Stato e persona, non può essere *attribuita* dalla legge, ma tutt'al più da questa *dichiarata* ⁽⁹²⁾. Questa idea di nazionalità, tradottasi nel criterio di cittadinanza, è stata recepita dall'art. 6 delle Preleggi al Codice Civile italiano del 1865, che sottoponeva lo statuto personale dei soggetti “alla legge della Nazione di cui esse fanno parte” ⁽⁹³⁾ e, a motivo del ruolo di rilievo assunto da Mancini nel panorama internazionale nell'unificazione del diritto internazionale privato, elevato a criterio di collegamento cardinale nelle prime convenzioni dell'Aja.

Tuttavia, il criterio della cittadinanza, quasi contestualmente alla sua scoperta e promozione ad opera di Mancini, ha subito un significativo ridimensionamento ⁽⁹⁴⁾; la cittadinanza, impiegata come criterio di collegamento nella disciplina di conflitto dell'Unione in materia familiare è stata poi riscoperta ed ancora impiegata, attraverso un nuovo apprezzamento dei valori ad essa sottesi, anche a fianco o in combinazione con il criterio di collegamento della residenza abituale ⁽⁹⁵⁾.

e pubblicati per deliberazioni della Camera dei Deputati, Vol. 1, Roma 1893, pp. 266-269).

⁽⁹²⁾ V. E. GENTILE, *Nazione*, in *Enciclopedia Italiana (Treccani)*, Roma, 2000, p. 278 ss. Mancini si è interessato al concetto della Nazione in senso culturale (“Kulturnation”) e non della Nazione come fondamento dello Stato nazionale (“Staatsnation”). Nonostante nel suo pensiero il rapporto tra Nazione e Stato non rimangano non del tutto chiari, egli tuttavia non ha mancato di mettere in evidenza la differenza tra i due concetti: anche se il solo Stato ha la capacità di emanare norme giuridiche, al di sopra dello Stato esiste – secondo Mancini – quello della Nazione, incancellabile ed inviolabile da parte dello Stato. Lo Stato nazionale, pertanto, sarebbe opera della natura, immutabile ed eterno. V. E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento un praktischer Jurisprudenz*, cit., p. 58.

⁽⁹³⁾ V. A. PIETROBON, *Cittadinanza e legge applicabile: crisi di una tradizione?*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di L. Zagato, Venezia, 2011, p. 85 ss., spec. p. 89 ss. Il Mancini, nell'enunciare il principio di nazionalità, poi tradotto sul piano legislativo nell'art. 6 delle Preleggi al codice civile italiano, trae a sua volta ispirazione dall'art. 3.3 del *Code civil* napoleonico. Questo, in materia di statuto personale, sanciva che lo statuto personale dei francesi sarebbe stato regolato dalla legge nazionale ovunque i francesi medesimi si fossero trovati.

⁽⁹⁴⁾ Non si vuole con ciò intendere un ridimensionamento del *ruolo* che il legame personale della cittadinanza riveste nel diritto internazionale privato moderno, bensì l'*adattamento* di questo criterio agli sviluppi ed alle necessità della società, che ne hanno determinato così (non un'involuzione o un deterioramento, bensì) la contestuale evoluzione. A proposito P. FRANZINA, *The evolving role of nationality in private international law*, in *The Changing Role of Nationality in a Globalized World*, a cura di A. Annoni e S. Forlati, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁵⁾ V., tra gli altri, J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflicts de nationalité en droit de l'Union européenne*, in *Rev. critique*, 2010, p. 429 ss., spec. p. 447 ss.; F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 634 ss. nonché anteriormente, dello stesso autore, *Qualche*

Il criterio di collegamento della cittadinanza impiegato nelle norme di conflitto di fonte interna, convenzionale o sovranazionale, è prima di tutto uno *status* di diritto pubblico, che crea uno stretto rapporto politico tra l'individuo e lo Stato di cittadinanza ⁽⁹⁶⁾. Con la cittadinanza, la persona acquista un determinato *status civitatis*, i cui riflessi si propagano tanto nello Stato d'appartenenza quanto nei confronti di Stati terzi ⁽⁹⁷⁾.

La disciplina dei presupposti per l'attribuzione della cittadinanza rientra nei poteri sovrani degli Stati ⁽⁹⁸⁾. Da una parte, invero, non esiste un concetto generalmente riconosciuto di cittadinanza, quale espressione di appartenenza politica ⁽⁹⁹⁾; dall'altra, la cittadinanza come espressione di appartenenza di un individuo ad una comunità politica è il prodotto dello sviluppo storico e sociale di ciascuno Stato ⁽¹⁰⁰⁾. Per questo motivo, il diritto internazionale non disciplina direttamente le condizioni per l'attribuzione dello *status* di cittadino, limitando tuttavia le scelte operate dagli Stati in via indiretta, in ragione del divieto di discriminazione nella definizione dei criteri attributivi della cittadinanza ⁽¹⁰¹⁾, del principio teso ad evitare e

interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza, Ibid., 1999, p. 421 ss.

⁽⁹⁶⁾ S. BARIATTI, *Cittadinanza*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 35 ss.; S. FORLATI, *La cittadinanza nel diritto internazionale*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di L. Zagato, Venezia, 2011, p. 65 ss.

⁽⁹⁷⁾ F. SALERNO, *Diritto internazionale: principi e norme*, Padova, 2011, p. 313 ss.

⁽⁹⁸⁾ V. L. PILGRAM, *International Law and European Nationality Laws*, Firenze, 2011, p. 1 ss. Anche le convenzioni internazionali elaborate in tempi più o meno recenti confermano che è prerogativa della sovranità statale determinare le condizioni di attribuzione della cittadinanza alle persone. L'art. 1, lett. a) della Convenzione dell'Aja su determinate questioni relative ai conflitti di legge sulla cittadinanza, firmata all'Aja il 13 aprile 1930 (in *Treaty Series*, vol. 179, p. 89, no. 4137) stabilisce che “[e]ach State shall determine under its own law who are its nationals”. Con riferimento alla cittadinanza italiana, v. S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1996.

⁽⁹⁹⁾ Tra gli altri, v. S. WIESSNER, *Die Funktion der Staatsangehörigkeit [The Function of Nationality]*, Tübingen, 1989.

⁽¹⁰⁰⁾ H. VAN GOETHEM, *A Few Legal Observations Pertaining to Nationality*, in *Armenian Journal of Public Policy*, 2006, p. 1 ss.

⁽¹⁰¹⁾ H. VAN GOETHEM, *A Few Legal Observations Pertaining to Nationality*, cit., p. 4 ss. Tuttavia il divieto di non discriminazione sancito dal diritto internazionale pubblico non proibisce agli Stati di trattare in maniera differenziata i cittadini che hanno acquisito la cittadinanza per nascita e quelli che l'hanno acquistata per naturalizzazione. Questo principio è codificato nella Convenzione europea sulla cittadinanza, firmata a Strasburgo il 6 novembre 1997, all'art. 5, par. 1, per cui “[t]he rules of a State Party on nationality shall not contain distinctions or include any practice which amount to discrimination on the grounds of sex, religion, race, colour or national or ethnic origin” (in *European Treaty Series*, n. 166). Ad oggi la Convenzione europea sulla cittadinanza è stata ratificata da venti Stati membri del Consiglio d'Europa (nove Stati l'hanno solo firmata). Oltre alla

ridurre l'apolidia e del divieto della deprivazione arbitraria della cittadinanza ad opera degli Stati ⁽¹⁰²⁾, disciplinando inoltre certi aspetti che riguardano lo *status* di rifugiato ⁽¹⁰³⁾.

Non esiste, a livello internazionale, una nutrita giurisprudenza in materia di cittadinanza ⁽¹⁰⁴⁾. Sul tema, tuttavia, si è pronunciata la Corte internazionale di giustizia il 6 aprile 1955, nella nota causa *Liechtenstein v. Guatemala* ⁽¹⁰⁵⁾, formulando il c.d. “principio *Nottebohm*”. Nella fattispecie, si trattava di un caso di esercizio della protezione diplomatica da parte del primo Stato ⁽¹⁰⁶⁾. Il Sig. Nottebohm, cittadino tedesco, si era trasferito in Guatemala, vi aveva vissuto per molti anni senza tuttavia mai acquisirne la cittadinanza; nel frattempo si era naturalizzato cittadino del Liechtenstein (perdendo di conseguenza la cittadinanza tedesca), Stato con il quale, tuttavia, non aveva intrattenuto rapporti particolari, né vi aveva vissuto per periodi prolungati (egli aveva anzi ottenuto dal Liechtenstein una deroga ai

Convenzione europea del 1997 sulla cittadinanza e quella dell'Aja del 1930 su determinate questioni relative ai conflitti di leggi sulla cittadinanza sopra richiamata, conviene menzionare, tra le altre, la Convenzione di New York del 20 febbraio 1957 sulla cittadinanza delle donne sposate (in *UN Treaty Series*, vol. 309, p. 65) – l'unica convenzione cui non è stata apposta alcuna riserva ad opera degli Stati parte (ciò conferma la forza dei diritti garantiti da questa) e la Convenzione di Strasburgo del 6 maggio 1963 sulla riduzione dei casi di multipla cittadinanza e sugli obblighi dei militari in caso di multipla cittadinanza (in *European Treaty Series*, n. 043) – V. O. W. VONK, *Dual Nationality in the European Union - A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Leiden/Boston, 2012, p. 90 ss.

⁽¹⁰²⁾ V. Convenzione di New York del 28 settembre 1954 sullo *status* degli apolidi (in *UN Treaty Series*, vol. 360, p. 117) e la Convenzione di New York del 30 agosto 1961 sulla riduzione dell'apolidia (in *UN Treaty Series*, vol. 989, p. 175). V. inoltre la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R (99) 18 agli Stati membri sull'annullamento e la riduzione dell'apolidia (reperibile sul sito www.wcd.coe.int).

⁽¹⁰³⁾ A tal proposito v. la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1954 sullo *status* dei rifugiati (in *UN Treaty Series*, vol. 189, p. 137), nonché il Protocollo del 1967 (in *UN Treaty Series*, vol. 606, p. 267).

⁽¹⁰⁴⁾ V. Corte permanente internazionale di giustizia, parere 7 febbraio 1923 sui decreti di cittadinanza promulgati in Tunisia e Marocco, Serie B, n. 4, 1923, spec. p. 24 (<http://www.icj-cij.org>).

⁽¹⁰⁵⁾ La sentenza è reperibile sul sito della Corte internazionale di giustizia: <http://www.icj-cij.org>.

⁽¹⁰⁶⁾ Ai sensi dell'art. 1 del Progetto di articoli adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2006 sulla protezione diplomatica “consists of “invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State to a natural or legal person that is national of the former State with a view to the implementation of such responsibility” (v. *Draft Articles on Diplomatic Protection*, 2006, in <http://untreaty.un.org>).

requisiti previsti per la naturalizzazione) ⁽¹⁰⁷⁾. Durante il secondo conflitto mondiale, egli era stato trattato in Guatemala come cittadino tedesco, e non come cittadino di uno Stato neutrale: il Lichtenstein reclamava pertanto dinanzi alla Corte internazionale di giustizia che il trattamento riservato dal Guatemala al proprio cittadino fosse contrario agli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato guatemalteco. Il Guatemala, *a contrario*, rilevava che il ricorso dinanzi alla Corte non potesse essere accolto per difetto di legittimazione, non riconoscendo al Sig. Nottebohm lo *status* di cittadino del Liechtenstein. La Corte accoglie le ragioni del Guatemala, riconoscendo, da una parte, il consolidato principio per cui “[n]ationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition of its nationality”. Allo stesso tempo, essa afferma che la “nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties”. La Corte dichiara inoltre che “[t]he courts of third States, when they have before them an individual whom two other States hold to be their national, seek to resolve the conflict by having recourse to international criteria and their prevailing tendency is to prefer the *real and effective nationality* [...] *as the exact juridical expression of a social fact of a connection* which existed previously or came into existence thereafter” (il corsivo è aggiunto). In definitiva, la Corte formula il principio della cittadinanza effettiva per cui, in caso di doppia (o multipla) cittadinanza, è da preferire quella dello Stato con cui la persona ha un “genuine link” ⁽¹⁰⁸⁾.

Dal canto suo, l’Unione europea, pur non discostandosi dalla soluzione adottata nel diritto internazionale (che essa ritiene costituire un “principio di diritto consuetudinario internazionale”) ⁽¹⁰⁹⁾, non è del tutto

⁽¹⁰⁷⁾ V. S. FORLATI, *La cittadinanza nel diritto internazionale*, cit., p. 78 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Per un’analisi dell’evoluzione di questo concetto, v. R. D. SLOANE, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, in *Harvard International Law Journal*, 2009, p. 1 ss. Per le (non) ripercussioni del principio della cittadinanza effettiva nell’esperienza della Corte di giustizia dell’Unione v. *infra*, Cap. IV, par. 5.

⁽¹⁰⁹⁾ V. Corte di giustizia, sentenza 20 febbraio 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur*, causa C-192/99, in *Racc.*, 2001, p. I-1237, punto 20. V. inoltre sentenza – cui si riferisce la Corte in *Kaur* - 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, in *Racc.*, 1992, p. I-4239, punto 10 (“[I]a determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella

estranea ai metodi ed alle condizioni cui è sottesa l'attribuzione della cittadinanza da parte degli Stati membri: invero la Corte ha sancito, nel caso *Rottmann*, che “il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 17 CE [ora art. 20 TUE], non osta a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato acquisita per naturalizzazione, qualora questa sia stata ottenuta in maniera fraudolenta, a condizione che tale decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità” ⁽¹¹⁰⁾.

Il diritto primario dell'Unione sancisce invero, all'art. 18 TFUE, il divieto di “ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”. Gli articoli 9 e 20 TUE, in conformità con quanto previamente stabilito dal Trattato di Maastricht del 1992, nonché con la giurisprudenza anteriore della Corte di giustizia ⁽¹¹¹⁾, istituiscono poi la cittadinanza dell'Unione, il cui presupposto è la detenzione della cittadinanza di uno Stato membro ⁽¹¹²⁾; lo *status* di cittadino dell'Unione si aggiunge a quello di cittadino dello Stato membro ⁽¹¹³⁾, senza sostituirla ⁽¹¹⁴⁾.

Tale *status*, “destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri” ⁽¹¹⁵⁾ consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione “di ottenere, nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal

competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario”).

⁽¹¹⁰⁾ Sentenza il 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, in *Racc.*, 2010, p. I-1449. In quest'occasione la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla questione dell'ampiezza del potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri per determinare i propri cittadini.

⁽¹¹¹⁾ V., tra le altre, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos García Avello c. Stato belga*, in *Racc.*, 2003, p. I-11613.

⁽¹¹²⁾ V. il documento della Commissione europea del 27 ottobre 2010, *EU Citizen Report 2010. Dismantling the obstacles to EU citizens' rights*, COM(2010)603 final.

⁽¹¹³⁾ V., in particolare, sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, in *Racc.*, 2002, p. I-6191, punto 27.

⁽¹¹⁴⁾ Per un'esauritiva trattazione dei rapporti intercorrenti tra la cittadinanza nazionale di uno Stato membro e la cittadinanza dell'Unione, v. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro presentate il 30 settembre 2009 in relazione alla causa *Rottmann*. V. anche G. DE GROOT, *The Relationship between Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship*, in *European Citizenship: An Institutional Challenge*, a cura di M. La Torre, The Hague, 1998, p. 115 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R. c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2002, p. I-7091, punto 82.

riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”⁽¹¹⁶⁾. La cittadinanza europea conferisce all’ordinamento dell’Unione un carattere autonomo che è proprio di un ordinamento giuridico *tout court* e, al contempo, attribuisce alla persona un’identità che va al di là della propria identità nazionale⁽¹¹⁷⁾. Questa “identità complementare” acquisita dalla persona sul piano sovranazionale, si riflette in qualche modo sul “sistema” di diritto internazionale privato dell’Unione: esso si colloca pertanto in un reticolato normativo nel quale le persone si identificano *direttamente* e che conferisce all’Unione una *raison d’être* che non è più puramente economica⁽¹¹⁸⁾. Anche il diritto internazionale privato dell’Unione, pertanto, quale strumento di *governance*, si muove nel senso di una valorizzazione sempre maggiore della persona, tramite i canali che gli sono propri (tra gli altri, il potenziamento dell’autonomia della volontà, ma anche del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, a volte in combinazione con il criterio di collegamento della cittadinanza)⁽¹¹⁹⁾.

Nonostante il divieto generale di non discriminazione in ragione della cittadinanza sancito nelle disposizioni del Trattato possa far riflettere nel senso di un totale abbandono di questo criterio, il diritto derivato dell’Unione ne fa ampiamente uso, in vari settori⁽¹²⁰⁾. Con riferimento

⁽¹¹⁶⁾ V., *ex pluribus*, sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in *Racc.*, 2001, p. I-6193, punto 31, nonché *D’Hoop*, *cit.*, punto 28.

⁽¹¹⁷⁾ È chiarificatore in questo senso un passaggio delle conclusioni dell’avvocato generale Poiras Maduro rese nella causa *Rottmann*. Egli invero sottolinea il “miracolo” della cittadinanza dell’Unione, poiché essa rafforza i legami che uniscono gli individui ai propri Stati, “dato che siamo cittadini europei proprio in quanto siamo cittadini dei nostri Stati” e, al contempo, li emancipa “dato che ora siamo cittadini al di là dei nostri Stati. L’accesso alla cittadinanza europea passa attraverso la cittadinanza di uno Stato membro, che è disciplinata dal diritto nazionale, ma, come qualsiasi forma di cittadinanza, costituisce il fondamento di un nuovo spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono fissati dal diritto dell’Unione e non dipendono dallo Stato. Ciò, a sua volta, legittima l’autonomia e l’autorità dell’ordinamento giuridico europeo” (punto 23).

⁽¹¹⁸⁾ V., tra gli altri, J. SHAW, *Citizenship of the Union: Towards Post-National Membership?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1995, p. 237 ss., spec. p. 251 ss.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso, se pur con riferimento alla competenza giurisdizionale, v. A. MILLS, *Normative Individualism and Jurisdiction in Public and Private International Law: Toward a ‘Cosmopolitan Sovereignty’?*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss. Nello specifico v *infra*, in questo capitolo, par. 14 e *infra*, Cap. IV.

⁽¹²⁰⁾ L’ambito a cui ci riferiamo è quello della funzione pubblica dell’Unione. Poiché questo aspetto esula dalle materie trattate nel presente lavoro, basti accennare ai principali riferimenti normativi che rilevano in questo contesto. Da una parte, alcune disposizioni dello Statuto dei funzionari confermano l’insignificanza della cittadinanza (v. art. 7, per cui “[t]he Appointing Authority shall, acting solely in the interest of the service

all'ambito del diritto internazionale privato che qui interessa, il criterio della cittadinanza è variamente impiegato, senza che tuttavia si creino situazioni discriminatorie (eccezion fatta per alcuni casi, sempre più ricorrenti, di doppia o plurima cittadinanza) ⁽¹²¹⁾. Esso è utilizzato come criterio di collegamento personale – nonostante sia ampiamente preferito il criterio della residenza abituale – ai fini della designazione dell'ordinamento applicabile ai procedimenti di divorzio e separazione personale ai sensi del regolamento n. 1259/2010: l'art. 5, par. 1, lett. c), invero, annovera, tra le leggi che possono designare i coniugi di comune accordo - se pur osservando i requisiti di validità sostanziale e formale previsti dal regolamento - la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo. Inoltre l'art. 8, lett. c), dello stesso regolamento – che individua in via oggettiva, e disposti “a cascata”, i criteri di collegamento volti alla designazione della legge applicabile –, indica la legge dello Stato di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale. Anche il Protocollo dell'Aja del 2007, a cui l'art. 15 del regolamento n. 4/2009 rinvia, in tema di legge applicabile alle obbligazioni alimentari, impiega questo criterio in subordine a quello della residenza abituale. Nello specifico, all'art. 4, par. 4, laddove stabilisce che “[i]f the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Article 3 and paragraphs 2 and 3 of this Article, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of their common nationality, if there is one, shall apply”. Inoltre, tra gli altri, anche l'art. 8, par. 1, lett. a), stabilisce che il creditore ed il debitore di alimenti possono designare, in qualsiasi momento,

and *without regard to nationality*, assign each official by appointment or transfer to a post in his function group which corresponds to his grade” (il corsivo è aggiunto); nonché art. 27, par. 2: “[n]o posts shall be reserved for nationals of any specific Member State”). Attribuisce per contro rilevanza alla cittadinanza l'Allegato VII, art. 4, per cui hanno diritto all'indennità di espatrio gli ufficiali “who are not and have never been nationals of the State in whose territory the place where they are employed is situated, and who during the five years ending six months before they entered the service did not habitually reside or carry on their main occupation within the European territory of that State”. In caso di cittadinanze plurime di un funzionario, la giurisprudenza dell'Unione si è pronunciata in favore del pieno riconoscimento di ciascuna cittadinanza, anche non effettiva, ai fini della disciplina dell'indennità di espatrio. V. in un senso analogo per l'indennità di espatrio accordata ai funzionari della Banca Centrale europea, sentenza del Tribunale della funzione pubblica 4 dicembre 2008, causa F-6/08, *Jessica Blais c. BCE*, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁽¹²¹⁾ V. nel dettaglio, *infra*, Cap. IV, par. 5.

anche la legge “of any State of which either party is a national at the time of the designation” (¹²²).

Il criterio della cittadinanza è impiegato anche dal regolamento n. 2201/2003, sulla competenza, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Il regolamento lo eleva a titolo di giurisdizione nell’art. 3, par. 1, lett. *a*), sesto trattino (individuando la competenza del giudice dello Stato nel cui territorio si trova “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’”) e lett *b*) (ai sensi del quale è competente il giudice dello Stato membro “di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell’Irlanda, del ‘domicile’ di entrambi i coniugi”).

6. (Segue). *La residenza abituale.*

I rapporti tra i criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza e della residenza abituale nella disciplina di conflitto dell’Unione in materia familiare saranno oggetto di riflessioni più avanti (¹²³); in questa sede ci limiteremo pertanto a definire i tratti caratteristici della residenza abituale, con alcune valutazioni preliminari.

Il merito dell’affermazione del criterio basato sul legame personale della residenza abituale è da rapportare alle convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato (¹²⁴). Sin dall’inizio della sua attività, ancor prima dell’entrata in vigore del proprio Statuto, la Conferenza ha dimostrato un’attenzione particolare nei confronti di questo criterio, inizialmente impiegato in via sussidiaria al criterio della cittadinanza. La residenza allora, introdotta in prima battuta con riferimento

(¹²²) V. anche art. 6, per cui “[i]n the case of maintenance obligations other than those arising from a parent-child relationship towards a child and those referred to in Article 5, the debtor may contest a claim from the creditor on the ground that there is no such obligation under both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one”.

(¹²³) V. *infra*, Sezione 2.

(¹²⁴) V. D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1994; D. F. CAVERS, “*Habitual Residence*”: *A Useful Concept?*, in *The American University Law Review*, 1972, p. 475 ss. e D. MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, cit., p. 83 ss.

al minore ⁽¹²⁵⁾, e solo in un secondo momento arricchita dell'attributo "abituale", viene in breve tempo preferita, *in primis*, al legame personale del domicilio e via via anche a quello della cittadinanza ⁽¹²⁶⁾. La residenza abituale si presenta (apparentemente) avulsa da ogni riferimento normativo – di cui invece è per definizione intriso il domicilio –, ed è considerata come il luogo in cui la persona, di fatto, ha il proprio centro di interessi e con il quale è, pertanto, più strettamente collegata (in senso territoriale): essa pare così individuare senza difficoltà l'ordinamento deputato a disciplinare i rapporti giuridici afferenti allo statuto personale ⁽¹²⁷⁾. Negli Atti della sesta sessione della Conferenza dell'Aja si legge che "[l]a notion de résidence habituelle a été préférée à celle du domicile proposée au début par certaines délégations. En effet la notion du domicile diffère trop d'un pays à l'autre et, en l'adoptant, on se serait heurté à des difficultés insolubles chaque fois que des conceptions nationales différentes du domicile seraient entrées en conflit, puisque, pour savoir laquelle de ces conceptions doit faire règle, il faudrait rechercher quelle est celle de la loi nationale de l'intéressé et que justement, en l'espèce, il ne possède pas de nationalité". Da qui, in principio, la concezione della Conferenza nei confronti della residenza abituale quale legame personale *esclusivamente* fattuale ⁽¹²⁸⁾. Tale originaria considerazione è in realtà comprensibile, dal momento che questo criterio viene inizialmente inteso per contrastare il legame personale del domicilio, inteso quale criterio giuridico per eccellenza. È con la pratica successiva – soprattutto giurisprudenziale – relativa all'applicazione delle disposizioni di alcune convenzioni dell'Aja che si sono manifestate le difficoltà sottese all'impiego del criterio della residenza abituale, a motivo, da una parte, del

⁽¹²⁵⁾ Già a partire dagli atti della seconda conferenza, nel 1894, la residenza subentra al domicilio. I delegati si interrogarono sull'opportunità dell'impiego del legame personale della residenza abituale quale criterio sussidiario della cittadinanza nell'ipotesi in cui il minore "n'a conservé aucun domicile dans son pays d'origine et si la personne, autorisée à cette fin par la loi nationale du mineur, lui a nommé un tuteur, domicilié dans le même pays que le mineur". In quel caso il rappresentante italiano rilevò che in questo modo si dava adito ad un circolo vizioso: invero, il minore ha il domicilio nel domicilio dei propri genitori o del tutore, ed è esattamente la legge della tutela che lo determina. Così, il domicilio venne soppresso e sostituito con quello della residenza del minore. V. Atti della Seconda Conferenza dell'Aja del 1894, p. 94.

⁽¹²⁶⁾ Nel dettaglio, v. immediatamente *infra*, par. 8.

⁽¹²⁷⁾ M. H. VAN HOOGSTRATEN, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*, in *Recueil des cours*, Vol. 122, 1967, p. 337 ss.

⁽¹²⁸⁾ V. *supra*, par. 3

carattere giuridico dello stesso e, dall'altra, della valutazione dei suoi elementi costitutivi.

Non esiste una definizione uniforme di residenza abituale ⁽¹²⁹⁾, sebbene un tentativo in questa direzione, come abbiamo visto, sia stato compiuto dalla Risoluzione 72(1) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. L'assenza di definizione uniforme, che pregiudica un'applicazione omogenea delle norme di conflitto di diritto internazionale privato uniforme che la innalzano a principale criterio di collegamento e titolo di giurisdizione, risiede essenzialmente nella necessità di valutare caso per caso, a seconda del rapporto giuridico in questione, i fattori di volta in volta rilevanti e nella conseguente impossibilità di indicarli esaustivamente *a priori*.

La residenza abituale si compone, in parte come il domicilio, di un elemento oggettivo (il *factum*) e di un elemento soggettivo (l'*animus residendi*).

Essa si presta inoltre ad una definizione in chiave quantitativa, con riferimento alla *durata* del soggiorno ed insieme qualitativa, con riferimento al *centro degli interessi* della persona. Tale doppio carattere appare chiaramente già nella Risoluzione 72(1) laddove, alla regola n. 9, afferma che “[p]our déterminer si une résidence est habituelle, il sera tenu compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre une personne et sa résidence”. Come vedremo più avanti nel dettaglio ⁽¹³⁰⁾, si aggiunge un'ulteriore questione problematica (come questione preliminare, supponiamo) ⁽¹³¹⁾, , è quella attinente all'importanza da accordare ora all'elemento soggettivo (ed alla delimitazione del suo perimetro d'azione)

⁽¹²⁹⁾ A tal proposito, tra gli altri, v. P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law, cit.*, spec. p. 147 ss.; M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 691 ss.

⁽¹³⁰⁾ V. *infra*, Cap. IV, par. 2.

⁽¹³¹⁾ A nostro avviso, prima di procedere alla rilevazione dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo, è necessario valutare l'importanza da accordare ora all'uno ora all'altro elemento, ovvero ritenere che anche tale valutazione debba essere compiuta caso per caso, non esistendo alcuna gerarchia tra *factum* ed *animus*.

(¹³²), ora a quello oggettivo ai fini della determinazione della residenza abituale. Con riferimento all'elemento della *durata* del soggiorno, si pone la questione relativa al periodo temporale che deve essere di fatto considerato perché la residenza possa definirsi "abituale".

Mediante la sostituzione del domicilio con il criterio basato sul legame personale della residenza abituale sembrano apparentemente superate le difficoltà emerse nell'impiego del primo, individuate essenzialmente, come abbiamo visto, nella giuridicità del criterio (e spesso nel requisito della necessaria autorizzazione amministrativa di diritto interno) (¹³³) e nella conseguente impossibilità di individuarne una nozione uniforme, nonché, con riferimento ai sistemi anglosassoni, nella superiorità accordata all'elemento soggettivo (e di conseguenza nel dibattuto concetto di *domicile of origin* e di *esprit de retour*). La residenza abituale, con riferimento a quest'ultimo aspetto, si presenta come mezzo idoneo a rimuovere la difformità esistente tra le tradizioni continentali, da una parte, e quelle di *common law*, dall'altra, che accordano le loro preferenze, rispettivamente, al legame personale della cittadinanza ed a quello del domicilio (¹³⁴).

Tuttavia, il criterio basato sul legame personale della residenza abituale nella disciplina dello statuto personale comincia a farsi spazio anche nei sistemi continentali di diritto internazionale privato. Significativa, a tal proposito, è la *Loi 16 juillet 2004* recante il *Code de droit international privé* belga, che la eleva a criterio di collegamento principale e, in maniera innovativa, ne reca una definizione all'art. 4, par. 2 (¹³⁵). La nostra legge 31

(¹³²) V. *infra*, Cap. IV, par. 3. Il riferimento è ai due momenti in cui viene in gioco la volontà del soggetto: un primo momento, ad integrare l'elemento oggettivo (la scelta della residenza) e, in un secondo momento, ad integrare l'aspetto dell'abitualità.

(¹³³) V. Regola n. 7 della Risoluzione 72(1) del Comitato dei ministri, per cui "[l]a résidence d'une personne est uniquement déterminée par des critères de faits; elle ne dépend pas d'une autorisation de résider".

(¹³⁴) Tuttavia, v. C. HALL, *Cruse v. Chittum: Habitual Residence Judicially Explored*, in *ICLQ*, 1975, p. 1 ss. V. nel dettaglio *infra*, Cap. IV, par. 3.

(¹³⁵) Con riferimento alle persone fisiche, "[...] la résidence habituelle se comprend comme: 1° le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens". V., tra gli altri, P. WAUTELET, *Le nouveau droit international privé belge*, Bruxelles, 2005, spec. p. 18 ss. V. anche l'art. 2.570 (*La détermination et la preuve de la résidence habituelle*) del nuovo codice civile romeno

maggio 1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato invece, anch'essa fedele al criterio di collegamento della cittadinanza, nel caso in cui la persona in questione sia apolide o rifugiata, richiama *in primis* le legge dello Stato del domicilio e, in un secondo momento, quella della residenza, priva dell'aggettivo "abituale" (art. 19, comma 1) ⁽¹³⁶⁾. La nuova legge polacca di diritto internazionale privato del 4 febbraio 2011, invece, laddove la cittadinanza non possa essere stabilita oppure la persona in questione sia apolide o rifugiata, richiama direttamente l'ordinamento della residenza abituale ⁽¹³⁷⁾.

7. I fattori dell'evoluzione.

L'alternarsi in Europa dell'impiego nelle norme di conflitto – di natura pattizia, sovranazionale ed interna –, dei criteri di collegamento basati sui legami personali ora della cittadinanza ora del domicilio, ora della residenza abituale, è dovuto a determinati fattori, di cui abbiamo individuato principalmente quattro ordini: politico, sociologico, assiologico ed economico. Le norme di conflitto in materia familiare riflettono invero i mutamenti nel tempo dell'assetto statale e della società, sono informate alla ricerca di un equilibrio tra valori intimi e fondamentali nella dimensione familiare, spesso contrastanti e, al contempo, a fattori di ordine economico. Gli ordini di fattori qui individuati – che abbiamo suddiviso per comodità espositiva, coesistono tra loro, convogliati nello stesso periodo storico considerato.

pubblicato nel *Monitorul Oficial* del 15 luglio 2011, parte I, n. 505, tradotto in *Rev. critique*, 2012, p. 459 ss., per cui "(1) Au sens du présent livre, la résidence habituelle de la personne physique se situe dans l'Etat où la personne a sa résidence principale, même si elle n'a pas accompli les formalités légales d'enregistrement. La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu de son établissement principal. (2) Afin de déterminer la résidence principale seront prises en compte les circonstances personnelles et professionnelles qui indiquent des liens durables avec l'Etat en cause ou l'intention d'établir de tels liens".

⁽¹³⁶⁾ Per un interessante impiego del legame della residenza abituale nella nuova legge di diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese, Decreto del Presidente della Repubblica Popolare Cinese 28 ottobre 2010 (tradotta all'inglese da Y. GAN, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 256 ss.), v. P. FRANZINA, *La codificazione cinese delle norme sui conflitti di leggi: elementi per un'analisi in chiave comparatistica*, cit., spec. p. 37 ss.

⁽¹³⁷⁾ V. *supra* nota 10.

Si assiste, nell'epoca attuale, ad un fenomeno di globalizzazione, di mondializzazione (¹³⁸), che investe tutti gli aspetti della società e, tra questi, anche la famiglia (¹³⁹): lo statuto personale (comprensivo dei rapporti e delle situazioni familiari) e la relativa disciplina internazionalprivatistica sono così sottoposti ad una lettura rivisitata (¹⁴⁰).

La famiglia dunque è in divenire (¹⁴¹): la nuova “famiglia europea” (¹⁴²) si incardina oggi in una realtà complessa, si muove, si internazionalizza, determinando un incontro (meglio, uno “scontro”) di culture spesso molto diverse tra loro (¹⁴³). Nel paradigma “postmoderno”, la famiglia intrattiene con il territorio un rapporto frammentario ed instabile (¹⁴⁴). Le persone si muovono liberamente all'interno del territorio europeo (¹⁴⁵): aumenta il numero dei c.d. matrimoni internazionali e, di conseguenza,

(¹³⁸) Tra gli altri, M. H. VAN LOON, *Quelques aspects de la mondialisation dans le domaine des conflits de juridictions*, in *Travaux du comité français, Année 2005-2006*, p. 227 ss. Con riferimento alla Conferenza dell'Aja, l'a. afferma che il processo di mondializzazione si concretizza nella crescita dell'interesse che suscitano l'organizzazione ed i suoi lavori: invero, non è solo aumentato il numero degli Stati parte della Conferenza, ma anche degli Stati partecipanti ad alcune convenzioni elaborate in seno ad essa (a p. 230).

(¹³⁹) A tal proposito, per tutti, H. MUIR-WATT, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, in *Archives de philosophie du droit*, 2001, p. 271 ss.

(¹⁴⁰) M. HUNTER-HENIN, *Pour un redéfinition de statut personnel*, cit. Anche per una definizione di “postmodernismo”, v. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix en Provence/Marseille, 2006, spec. p. 17 ss.; in generale A. J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1998.

(¹⁴¹) G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, cit., p. 15.

(¹⁴²) Per una definizione di “famiglia” a livello europeo, T. STEIN, *The Notion of the Term Family on European Level with a Focus on the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum Walter Pintens*, a cura di A.-L. Verbeke, J.M. Scherpe, C. Declerck, T. Helms e P. Senaeve, Intersentia, 2012, p. 1375 ss. Secondo H. MUIR-WATT, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, cit., essa è “produit du droit vivant, pluraliste, égalitaire, sociologique, pédocentrique, opposant plasticité et volontarisme aux rigueurs de l'ancien modèle monolithique, patriarcal, sacralisé et légitime” (p. 273).

(¹⁴³) V. J. DEPPEZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, in *Recueil des cours*, Vol. 211, 1998, p. 9 ss.; S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*, New York, 1996; M.-C. NAJM, *Principes directeurs de droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, 2005.

(¹⁴⁴) Per un'esaustiva trattazione dell'impatto del postmodernismo sul diritto internazionale privato v. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, Vol. 251, 1995, p. 9 ss. Jayme individua i tratti salienti della materia con riferimento a quattro concetti: “le pluralisme, la communication, la narration et le retour des sentiments” (p. 247).

(¹⁴⁵) V. J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Paris, 2011, che individua un vero e proprio “droit à la mobilité internationale”.

il numero dei procedimenti che ne interessano la fase patologica, anche negli aspetti che riguardano i minori ⁽¹⁴⁶⁾. Le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione, insieme alla libertà di movimento, incoraggiano la dislocazione delle persone, provenienti anche da Stati terzi che, alla stregua dei cittadini europei, richiedono di essere integrati nel tessuto sociale dello Stato d'accoglienza. Cresce di conseguenza anche il fenomeno della plurima cittadinanza: sono sempre di più le persone in possesso di due o più cittadinanze di Stati membri dell'Unione, al contempo anche cittadini di Stati terzi ⁽¹⁴⁷⁾. L'intensificarsi dei rapporti a carattere transnazionale nel settore familiare è favorita anche dallo sviluppo di reti di comunicazione istantanee, da Internet ⁽¹⁴⁸⁾, dalla tecnologia in generale. Dal mutamento della società familiare in questo senso, caratterizzata dalla mobilità e da una sempre crescente instabilità ⁽¹⁴⁹⁾, discendono due ordini di conseguenze immediate, entrambe riconducibili al fenomeno della *transnazionalizzazione* del diritto internazionale privato.

Da un lato, la “famiglia postmoderna”, che si muove all'interno del territorio dell'Unione, continua ad essere portatrice di un'identità culturale propria dell'ordinamento d'origine, sia che essa provenga da uno Stato

⁽¹⁴⁶⁾ Secondo una statistica condotta dalla Commissione europea (MEMO/10/100), in Europa si celebrano 122 milioni di matrimoni all'anno, di cui circa 16 milioni (il 13 %) sono considerati “internazionali” (perché i coniugi sono di nazionalità differenti, vivono in paesi diversi oppure vivono in uno Stato diverso da quello della loro cittadinanza). Nel 2007 vi sono stati più di un milione di divorzi nei 27 Stati membri, di cui 140.000 (il 13 %) caratterizzati da un “elemento di estraneità”. Lo studio della Commissione, del 24 marzo 2010, è reperibile al sito <http://www.europa.eu>.

⁽¹⁴⁷⁾ Con riguardo alle problematiche sollevate dalla doppia cittadinanza nell'ambito dei conflitti di leggi nei procedimenti di separazione e divorzio (di cui *infra*, Cap. IV, par. 5), v. sin da ora S. DE VIDO, *The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe*, in *CDT*, 2012, p. 222 ss.; in relazione alla rilevanza della plurima cittadinanza nel diritto internazionale generale, v. per tutti A. M. BOLL, *Multiple Nationality and International Law*, Leiden/Boston, 2007.

⁽¹⁴⁸⁾ V. D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, 2a ed., Kluwer Law International, 2012; v. anche, tra gli altri, T. SCHULTZ, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, in *The European Journal of International Law*, 2008, p. 799 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Lo scioglimento del matrimonio, se pur a condizioni più o meno rigide, è ammesso in tutti gli Stati del mondo, ad eccezione delle Filippine e dello Stato del Vaticano (v. da ultimo il referendum indetto il 29 maggio 2011 a Malta – l'unico Stato europeo in cui non era ancora riconosciuto il divorzio –, da cui il *Civil Code – Amendment Act, 2011*, in *Government Gazette of Malta* n. 18.784 del 29 luglio 2011, reperibile in lingua maltese ed inglese al sito <http://www.doi.gov.mt>). Lo sviluppo delle tecnologie, nonché l'avvento dei social network, contribuisce all'aumento del numero dei divorzi (sulla “digitalizzazione” della vita matrimoniale, v. gli articoli del 3 gennaio 2012, *In Gran Bretagna un divorzio su tre è “colpa” di Facebook*, in *Il Sole24ore*, e *Facebook sotto accusa: “Causa un terzo dei divorzi”*, in *La Repubblica*).

membro dell'Unione o da uno Stato terzo. Invero, la velocità di movimento e stabilimento della famiglia moderna, la maggiore caducità dei rapporti (conseguente, tra le altre cose, alla possibilità di esperire un facile procedimento di separazione o divorzio), non dissolvono l'identità culturale dei componenti della famiglia ⁽¹⁵⁰⁾, bensì ne rafforzano il bisogno di protezione. L'ordinamento d'accoglienza, pertanto, deve farsi carico non solo della realizzazione delle politiche di integrazione, ma anche della salvaguardia di tale identità culturale ⁽¹⁵¹⁾.

In secondo luogo, l'evoluzione del rapporto giuridico tra persone all'interno della famiglia, ne comporta la progressiva *privatizzazione*. La persona emerge dall'interno dell'organizzazione familiare, si guadagna e si garantisce un ruolo ed uno spazio che inizialmente si confondevano con quello del rigido nucleo familiare ⁽¹⁵²⁾. Tale emersione traduce la logica individualista accolta dagli ordinamenti interni occidentali – dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ma anche dal diritto internazionale privato dell'Unione, come vedremo –, che tendono a privilegiare un approccio fondato sull'*interesse* (del minore, dei genitori-coniugi, del creditore di alimenti). Il soddisfacimento degli interessi dei componenti della famiglia (che ne fanno il luogo in cui tali interessi si incontrano e si affrontano) si traduce, nella logica internazionalprivatistica, anche nella facoltà loro concessa, sempre più frequente, di scegliere la legge applicabile ai loro rapporti e situazioni familiari ⁽¹⁵³⁾, nonché il foro competente ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ V. in generale D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000.

⁽¹⁵¹⁾ V. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit. Dello stesso autore, v. anche *Multicultural Society and Private Law. German Experience*, Roma, 1999.

⁽¹⁵²⁾ V. H. MUIR WATT nella *Préface* a G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé*, cit., afferma che “[...] lieu d'épanouissement affectif du sujet, à géométrie variable, la famille constitue le relais entre l'individu et l'État dans un univers complexe de réseaux complémentaires et contradictoires. A son tour, la postmodernité 'ne dissout pas l'identité'. Plutôt, elle est dynamique 'faite de dépassement et de retour au sources vers une modernité qui, en fin de compte n'a cessé de nous habiter'” (p. 11).

⁽¹⁵³⁾ Per tutti, v. art. 5 del regolamento n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

⁽¹⁵⁴⁾ V. art. 4 del regolamento n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

Il diritto internazionale privato, pertanto, si adatta alle necessità della famiglia odierna: è alle norme di conflitto dell'Unione (e non ad un illusorio diritto uniforme europeo della famiglia) ⁽¹⁵⁵⁾, ed anche alla disciplina di conflitto di origine convenzionale ed interna, che spetta rendere effettiva la funzione strutturante della persona attraverso la protezione del proprio statuto giuridico ⁽¹⁵⁶⁾. Le norme di conflitto applicabili ai rapporti ed alle situazioni giuridiche familiari di volta in volta considerati, acquisiscono sempre più un carattere materiale. Esse vengono concepite per il soddisfacimento di determinati interessi: da qui la comparsa di una pluralità di *favores* sottesi alle nuove norme di conflitto a “sapore” sostanziale (*favor matrimonii, favor divortii, favor filii, favor legitimationis aut legitimitatis, favor recognitionis*, nonché, per gli effetti economici, *favor creditoris* in materia d'alimenti) ⁽¹⁵⁷⁾.

A tal riguardo, il “sistema” internazionalprivatistico dell'Unione si dota sempre più sovente di norme di conflitto a *vocazione integrativa* “adattabile” ⁽¹⁵⁸⁾, di norme, ovvero, che incorporano, attraverso l'impiego di una gerarchia di criteri di collegamento, un'attitudine a seguire l'evoluzione della situazione familiare nel tempo. I criteri basati sui legami

⁽¹⁵⁵⁾ V. in questo senso l'attività condotta dalla *Commission on European Family* (<http://ceflonline.net>), insieme a K. BOELE-WOELKI, *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in *Common Core and Better Law in European Family Law*, European Family Law Series, a cura di K. Boele-Woelki, 2005, p. 15 ss.; della stessa autrice v. anche *What Comparative Family Law Should Entail*, in *Debates in Family Law Around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, 2009, p. 3 ss., nonché *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997, p. 1 ss. V. anche D. MARTINY, *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*, in SSRN, 2010, p. 1 ss. Inoltre v. il volume *Perspective for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di K. Boele-Woelki, Antwerp/Oxford/New York, 2003, con specifico riferimento ai contributi di N. DETHLOFF, *Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, p. 37 ss.; D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, p. 65 ss.; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, p. 105 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Tuttavia v. E. JAYME, *Multicultural Society and Private Law. German Experience*, per cui “[t]he German experience shows that it is the interpretation and construction of domestic law rather than the resort to conflicts law that generates new rules adequately coping with situations of cultural differences” (a p. 12).

⁽¹⁵⁷⁾ A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 283, 2000, p. 19 ss., spec. p. 46.

⁽¹⁵⁸⁾ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, cit., spec. p. 303 ss. L'a. considera che l'adattabilità della norma di conflitto alle necessità della famiglia internazionale sia perseguibile attraverso una gerarchia di criteri di collegamento, senza tuttavia ammettere tra questi l'autonomia delle parti.

personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale impiegati da tali norme di conflitto assolvono in quest'ottica un compito importantissimo. Comprimerne i fattori dell'impiego nel tempo è imprescindibile per capire quali siano ad oggi i valori che sono sopravvissuti e che hanno prevalso nel corso di tale evoluzione, nonché, eventualmente, per cercare di addivenire ad una soluzione tesa a colmare potenziali lacune di "sistema".

8. (*Segue*). ...*di ordine politico*.

In primo luogo, l'impiego nel tempo dei criteri di collegamento personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale nelle norme di conflitto di natura convenzionale, interna e sovranazionale è informato a fattori di ordine politico.

Il principio di nazionalità manciniano, che trova terreno fertile dalla metà del diciannovesimo ed agli inizi del ventesimo secolo, ha subito, come abbiamo visto, un forte ridimensionamento, quasi contestuale al proprio affermarsi. Come è ovvio, tale principio - forza di espressione identitaria della "Nazione" ⁽¹⁵⁹⁾ -, si basa anch'esso sulla persona: ciò potrebbe indurre a ritenere che, inteso in questo senso, il precursore principio di nazionalità sia compatibile con le esigenze della famiglia "postmoderna", in un'epoca, come l'attuale, contraddistinta da un'elevata mobilità delle persone e dall'internazionalizzazione dei rapporti. Tuttavia, il legame personale della cittadinanza inteso alla luce del principio di nazionalità, nel diritto internazionale privato della famiglia, risponde ad una logica di *sovranità* che solo di riflesso interessa l'individuo e che, nel tempo, si rivela insoddisfacente nel panorama politico che si viene delineando di lì a poco.

L'avvento dello Stato liberale avvia una trasformazione della natura dei conflitti di leggi: la persona reclama la propria soggettività, e si

⁽¹⁵⁹⁾ F. SALERNO, *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 29 ss., spec. p. 30 s. Mancini, invero, "plasmò all'uopo [ai fini dell'affermazione dell'idea di Nazione] le categorie logiche e normative di diritto internazionale e si adoperò per la formulazione di leggi nazionali che le attestassero". L'atteggiamento di Mancini, comune a larga parte della cultura giuridica italiana del tempo, era teso a determinare "i contorni identitari del nuovo Stato, anche insistendo sull'afflato 'nazionale' della codificazione unitaria del 1865 o manipolandola all'occorrenza".

capovolge la tradizionale considerazione *oggettivistica* della norma di conflitto. In altri termini, l'individuo esige di essere *soggetto*, non più oggetto, delle norme di conflitto ⁽¹⁶⁰⁾. La persona, secondo la classica impostazione internazionalprivatistica, è esposta alle diversità delle soluzioni in quanto risultanti dalla divergenza delle politiche legislative statali, consacrazione normativa, queste, di interessi generali. L'individuo pertanto, nonostante si trovi ad essere al centro di dette politiche, si vede imposte tali diversità di soluzioni senza che tuttavia gli sia riconosciuto un diritto soggettivo ad essere inquadrato in una situazione giuridica *unica*. La necessità avvertita, pertanto, risiede nel conferimento alla persona di un diritto individuale, tale che i conflitti di leggi che la riguardano siano risolti, contemporaneamente, sia nel contesto di armonia delle soluzioni – uno degli obiettivi primordiali del diritto internazionale privato –, sia attraverso una soluzione unica attraverso i sistemi considerati. La richiesta si sostanzializza nel bisogno della persona, da una parte, di essere libera *dal* determinismo statale (libertà negativa) e, al contempo, di essere libera *di* scegliere (libertà positiva).

I flussi di persone che attraversano le frontiere – sempre più permeabili, porose – si fanno più consistenti, agevolati anche dal sempre più semplice accesso all'informazione, anche giuridica ⁽¹⁶¹⁾: si assiste al mutamento del contesto di *internazionalità*, caratteristico dell'epoca manciniana, in un contesto di *transnazionalità* “fluida” ⁽¹⁶²⁾. Le società moderne, infatti, non curanti oramai dei limiti nazionali, si sono redistribuite

⁽¹⁶⁰⁾ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 341, 2009, p. 148 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Oltre alla rilevanza *sociale* di internet, la tecnologia attuale favorisce anche un'informazione giuridica che facilita il movimento prudente delle persone attraverso le frontiere, rafforzando così la certezza del diritto. Si pensi al *Free Access to Law Movement (FALM)* - <http://www.falm.info> -: si tratta di un movimento, appunto, composto da organizzazioni (membri in seguito all'accettazione della *Declaration on Free Access to Law*) che offrono un servizio gratuito di informazione giuridica. Tra le altre, sono membri del *FALM*, il *British & Irish Legal Information Institute (BAILII-<http://www.bailii.org/>)*, l'*Asian Legal Information Institute (AsianLII- <http://www.asianlii.org/>)*, l'*Institut Français d'information Juridique (<http://www.droit.org/>)*. Sul tema, v. G. GREENLEAF, G. PERUGINELLI, *A Comprehensive Free Access Legal Information System for Europe*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss.

⁽¹⁶²⁾ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2002, spec. p. 210.

lungo “confini” transnazionali ⁽¹⁶³⁾: tale movimento di riallocazione statale non lascia indifferente la disciplina internazionalprivatistica, sia nella sua applicazione pratica – l’aspetto *normativo* del diritto internazionale privato – che nella sua evoluzione dottrinale – il suo aspetto, potremmo dire, *disciplinare* – ⁽¹⁶⁴⁾.

Il diritto internazionale privato, inizialmente concepito per delimitare la sovranità statale ⁽¹⁶⁵⁾, subisce pertanto una progressiva depoliticizzazione, nonché una parallela *privatizzazione*, come accennato; la famiglia è sottoposta ad un equivalente processo di *contrattualizzazione*. Anche a motivo della configurazione, in capo agli individui, di un vero e proprio “diritto alla mobilità internazionale”, che traduce l’emergere della persona sulla scena internazionale, gli interessi privati divengono di primordiale importanza, adombrando così gli interessi di natura statale ⁽¹⁶⁶⁾. Tale capovolgimento degli interessi in gioco determina il venire meno della pregressa superiorità degli interessi generali sugli interessi individuali, tanto da far prevalere i primi esclusivamente laddove sia strettamente necessario; gli interessi statali, pertanto, si configurano oggi essenzialmente quali *limiti* agli interessi dei privati ⁽¹⁶⁷⁾.

⁽¹⁶³⁾ La riflessione richiama il pensiero di George Scelles (in merito al quale v. H. THIERRY, *The European Tradition in International Law: George Scelle*, in *EJIL*, 1990, p. 193 ss.).

⁽¹⁶⁴⁾ Questo secondo aspetto, cui ci limitiamo ad accennare, nell’economia del presente lavoro, richiama il carattere *transnazionale* della dottrina internazionalprivatistica moderna e, allo stesso tempo, dell’attività dei pratici del diritto internazionale privato. Invero, si assiste oggi ad una *transnazionalizzazione* del diritto internazionale privato (a tal riguardo, l’Università di Ginevra rilascia proprio un *certificat de droit transnational* - <http://www.unige.ch/droit/transnational/index.html>): da ciò anche lo sviluppo di grandi *law firms*, dotate di competenze *transdisciplinari*.

⁽¹⁶⁵⁾ Nel diritto internazionale privato classico d’inizio diciassettesimo secolo, infatti, nell’espressione “conflitti di leggi” riecheggiava l’idea di “conflitti di sovranità”. In quest’ottica, si parlava di *comity*, ovvero, dal punto di vista di uno Stato sovrano, di “respect for sovereign acts done within the territory of a sovereign” e di “non-interference with the exercise of that power”. Sul tema della *comity*, rispetto alla quale la dottrina ha recentemente dimostrato un rinnovato interesse, v. A. BRIGGS, *The Principle of Comity in Private International Law*, in *Recueil des cours*, Vol. 354, 2012, p. 9 ss.; T. SCHULTZ, D. HALLOWAY, *Retour sur la comity. Première partie: Les origines de la comity au carrefour du droit international privé et du droit international public*, in *Journal du droit international*, 2011, p. 863 ss., nonché, degli stessi autori, *Retour sur la comity. Deuxième partie: La comity dans l’histoire du droit international privé*, *ivi*, 2012, p. 571 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ J. GUILLAUME, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé*, *cit.*, spec. p. 335 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Sull’interferenza tra autonomia privata ed interessi pubblici nel diritto di famiglia, v. L. D. WARDLE, *Reconciling Private Autonomy and Public Interests in Family*

Il diritto internazionale privato dell'Unione europea si colloca nel quadro delineato: l'attività legislativa delle istituzioni europee nell'ambito della disciplina dei conflitti di leggi in materia familiare risente delle dinamiche descritte, dell'incedere sempre più incalzante dell'individuo, a detrimento dello Stato nazionale e degli interessi generali, presidiati da norme imperative. Per perseguire il raggiungimento degli interessi in capo ai privati in questo settore, le norme di conflitto dell'Unione, da una parte, si "colorano" di un significato materiale e, dall'altra, favoriscono l'impiego della *optio iuris* (con particolare attenzione, per quanto interessa la presente indagine e come vedremo più avanti, alla sua accezione *correttiva*)⁽¹⁶⁸⁾. Le norme di conflitto materiali dell'Unione si inseriscono così nella tendenza che ripercorre l'intera disciplina internazionalprivatistica "postmoderna"⁽¹⁶⁹⁾, favorendo il conseguimento di determinati risultati: il soddisfacimento dell'interesse superiore del minore⁽¹⁷⁰⁾, la protezione del creditore di alimenti⁽¹⁷¹⁾, la pronuncia di separazione o divorzio, etc.⁽¹⁷²⁾.

Il processo di *privatizzazione* del diritto internazionale privato della famiglia subisce gli effetti, pertanto, di uno sviluppo che investe tutti i "livelli" del diritto internazionale privato (nazionale, convenzionale e

Law, in Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum Walter Pintens, cit., p. 1747 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ V. *infra*, par. 14. In questo senso, v. P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 488 ss., spec. p. 451, nonché M. BOGDAN, *The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law*, in *International Family Law for the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, p. 303 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general, cit.*, spec. p. 320 ss., con riferimento al processo di materializzazione.

⁽¹⁷⁰⁾ V. dodicesimo *considerando* ("[è] opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale"), articoli 12, 15 e 23 del regolamento n. 2201/2003.

⁽¹⁷¹⁾ V. diciannovesimo *considerando* ("[a]l fine di accrescere la certezza del diritto, la prevedibilità e l'autonomia delle parti, il presente regolamento dovrebbe permettere alle parti di scegliere di comune accordo l'autorità giurisdizionale competente in funzione di fattori di collegamento determinati. Per assicurare la protezione della parte debole, una siffatta scelta del foro dovrebbe essere esclusa per le obbligazioni alimentari nei confronti di un minore di diciotto anni"), art. 4 del regolamento n. 4/2009, nonché art. 8 del Protocollo dell'Aja.

⁽¹⁷²⁾ V. articoli 5 e 8 del regolamento n. 1259/2010.

sovranzionale): l'importanza dell'individuo e degli interessi privati in capo ad esso si riverbera sull'intero operare della disciplina internazionalprivatistica preposta alla regolamentazione della persona. Questa tendenza, che come abbiamo accennato si traduce anche nella *specializzazione* e nella *flessibilizzazione* delle norme di diritto internazionale privato (preposte sia all'individuazione della competenza giurisdizionale del giudice, che alla designazione dell'ordinamento sostanziale applicabile), comporta la redistribuzione degli spazi rispettivamente occupati dall'autodeterminazione del singolo e dalle norme imperative ⁽¹⁷³⁾. In questo senso, si assiste ad una trasfigurazione delle norme *di direzione* (di carattere *ordopolitico*, ordinatrici, ovvero, della "vita" economica e sociale di uno Stato) ⁽¹⁷⁴⁾ in norme perlopiù *di protezione*, rivolte prioritariamente alla salvaguardia della sfera individuale del soggetto. Le norme di direzione hanno ad oggetto, per definizione, interessi a portata generale, vale a dire interessi che non appartengono ai titolari del rapporto giuridico, ma si trovano al di fuori di esso ⁽¹⁷⁵⁾. Tale evoluzione in senso protettivo della persona – nel contesto familiare che qui interessa –, costituisce la *raison d'être* dell'accennato mutamento della fisiologia delle norme di conflitto preposte all'individuazione dell'ordinamento applicabile ai rapporti ed alle situazioni familiari, strutturate in modo tale (attraverso la previsione di criteri di collegamento basati su legami personali flessibili e disposti "a cascata") da designare la

⁽¹⁷³⁾ Così P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, cit., a p. 493.

⁽¹⁷⁴⁾ V. J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general*, cit., per cui "[l]es règles de direction' ont un caractère que l'on peut appeler 'ordopolitique', car elles imposent les principes ordonnateurs de la vie économique et sociale d'un Etat, en configurant ainsi son modèle social et économique" (p. 374). V. anche, se pur in un contesto diverso da quello dei rapporti di famiglia, v. M. P. DIAGO DIAGO, *El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del proceso Kimberley*, in *CDT*, 2009, p. 72 ss. Le norme che compongono la disciplina del commercio internazionale di diamanti "tienen como finalidad proteger la política económica de la Unión Europea, encaminada a crear un sistema de protección" (p. 87).

⁽¹⁷⁵⁾ Con riferimento alla materia contrattuale, v. trentasettesimo *considerando*, nonché art. 9, par. 1, del regolamento n. 593/2008, ai sensi del quale viene data per la prima volta una definizione autonoma delle norme di applicazione necessaria, che "[s]ono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese 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 rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento".

legge che presenti un collegamento quanto più stretto con la fattispecie considerata. Al contempo muta di assetto anche la clausola dell'ordine pubblico, che da ordine pubblico *di direzione*, posto a presidio di modelli familiari *tipici* dell'ordinamento del foro e dei valori sociali che in essi si incarnano ⁽¹⁷⁶⁾, si evolve in ordine pubblico *di protezione*, principalmente rivolto alla protezione dell'individuo quale membro del gruppo. L'attuale carattere *protettivo* dell'ordine pubblico (strumento, come è noto, relativo nel tempo e nello spazio) ⁽¹⁷⁷⁾ si modella sulle necessità delle nuove forme di famiglia – si pensi ai partenariati registrati o ai matrimoni omosessuali – che si allontanano dalla tipicità del modello familiare monolitico, incentrato sulla figura patriarcale, ed innalzano la figura del singolo.

Dal punto di vista politico, pertanto, nella disciplina di conflitto europea della famiglia, il panorama delineato suggerisce, a favore dell'individualismo sopra descritto, che tutti i rapporti facenti capo alle persone che vivono nello stesso luogo siano disciplinati dalla stessa legge ⁽¹⁷⁸⁾. Da qui la ragione del ridimensionamento dell'impiego del criterio di collegamento della cittadinanza inteso in senso manciniano, a favore dell'applicazione della legge nazionale di ciascun componente ai rispettivi rapporti: la logica *integrazionista* sottesa al criterio della residenza abituale, scongiurando in questo modo le difficoltà derivanti dall'uso del criterio della cittadinanza, frequenti tra l'altro a motivo dei sempre più consueti episodi di plurima cittadinanza, assorbe la logica *nazionalistica* di quest'ultimo criterio di collegamento.

9. (Segue). ... *sociologico*.

Per “dimensione sociale” del diritto internazionale privato si intende l'impatto che certi fatti sociali hanno sullo sviluppo, sull'operare e sugli

⁽¹⁷⁶⁾ P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, cit., a p. 493, nonché, anche *ibid.* citato da FRANZINA, A. GOGOS-GINTRAND, *Les Statuts des Personnes. Etude de la Différenciation des Personnes en Droit*, cit., p. 324 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ V. M. FORTEAU, *L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public*, in *Journal du droit international*, 2011, p. 3 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, spec. p. 323 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Allo stesso modo R. VANDER ELST, *La loi nationale dans les conventions de La Haye*, cit., p. 403.

effetti dello stesso diritto internazionale privato ⁽¹⁷⁹⁾. Si tratta di vedere pertanto se certi fattori sociali, allo stesso modo in cui esercitano un'importante influenza su tutti gli ambiti del diritto sostanziale, condizionino anche, per quanto qui interessa, il diritto internazionale privato dell'Unione europea e, più nello specifico, le norme di conflitto dell'Unione in materia familiare.

Sotto l'influenza del pensiero di Savigny, e fino alla metà del ventunesimo secolo, era opinione diffusa ⁽¹⁸⁰⁾ che il diritto internazionale privato fosse estraneo a qualsiasi influenza sociale, eccezione fatta, tuttavia, per il meccanismo dell'ordine pubblico. Quest'ultimo invero, è da sempre concepito quale valvola di chiusura dell'ordinamento del foro – nell'ambito dei conflitti di leggi – avverso l'entrata di valori i cui effetti siano incompatibili con i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere degli istituti di tale ordinamento, in ogni campo della convivenza sociale, dalle relazioni familiari a quelle di lavoro e a quelle commerciali ⁽¹⁸¹⁾.

L'internazionalizzazione dei rapporti, di per sé, rappresenta un *fenomeno sociale* ⁽¹⁸²⁾. Oggi, come abbiamo visto, le politiche dell'Unione europea, inizialmente informate a principi economici, tese alla realizzazione di un mercato comune, hanno acquistato un'accezione sociale: allo stesso modo, soprattutto con l'avvento del Trattato di Lisbona, anche il diritto internazionale privato dell'Unione riveste una funzione sociale ⁽¹⁸³⁾. Ciò è strettamente collegato all'affermarsi di un vero e proprio “diritto alla mobilità internazionale” in capo all'individuo, che consegue, tra le altre cose, al rinnovato apprezzamento delle libertà fondamentali di circolazione

⁽¹⁷⁹⁾ Così, per tutti, K. ZWIGERT, *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws ?*, in *University Colorado Law Review*, 1972, p. 283 ss., p. 291.

⁽¹⁸⁰⁾ V. tuttavia M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 29, 1929, p. 287 ss., per cui in nessun ambito del diritto la storia riveste un ruolo così importante quanto nel diritto internazionale privato (a p. 290).

⁽¹⁸¹⁾ Così F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 5a ed., cit., p. 231.

⁽¹⁸²⁾ M. J.-S. BERGE, *La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé*, in *Travaux du comité français, Année 2004-2005*, p. 29 ss., a p. 30.

⁽¹⁸³⁾ Per tutti, v. A. BUCHER, *La dimension social du droit international privé*, cit., p. 27 ss., spec. 130 ss.

nel territorio dell'Unione, non più semplicemente intese come principi direttori dei rapporti tra Stati membri dell'Unione e del mercato interno, bensì come diritti individuali degli attori di tale mercato e dei cittadini dell'Unione.

La figura del migrante ha assunto un ruolo di fondamentale rilievo nel contesto delle politiche dell'Unione, e così anche nel panorama internazionalprivatistico europeo: il diritto internazionale privato dell'Unione, strumentale alla realizzazione delle politiche europee, si mostra favorevole al fenomeno migratorio⁽¹⁸⁴⁾.

Dal punto di vista sociologico, la scena internazionalprivatistica degli inizi del diciannovesimo secolo è mutata, e la trasformazione *sociale* cui essa è soggetta si riflette in primo luogo sulla scelta dei legami personali impiegati quali titoli di giurisdizione o criteri di collegamento, ad opera del legislatore nazionale e del legislatore europeo. “Le critère de rattachement” – invero – “exprime le point de vue particulier de politique législative de chaque Etat, cette politique législative étant dictée souvent par le souhait de faire face à divers facteurs sociaux”⁽¹⁸⁵⁾. Nel periodo di affermazione del principio di nazionalità difeso da Mancini, al legame della cittadinanza era sotteso un significato che oggi è in parte superato. In un momento storico come quello in cui tale principio affondava le proprie radici, in cui l'emigrazione era molto consistente (Mancini si riferiva quella italiana), l'essenza del legame di cittadinanza era quello di preservare la *natura* dell'individuo, quale appartenente ad una determinata comunità statale, anche (soprattutto) qualora non nascesse sul territorio italiano⁽¹⁸⁶⁾. La nazionalità, che si traduce nel diritto internazionale privato nel criterio della cittadinanza, non si limitava ad indicare l'appartenenza, in senso *politico*, della persona all'ordinamento italiano, ma aveva un'accezione carica del significato di cui è intriso il concetto di *Nazione*. Si trattava di un'epoca, in

⁽¹⁸⁴⁾ V. VAN DEN EECKHOUT, *Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?*, in SSRN, 2013, p. 1 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, cit., p. 135, che cita S. VRELLIS, *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice*, in *Recueil des cours*, Vol. 328, 2007, p. 175 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ V. *supra* nota 91. V. *Discorsi Parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini, raccolti e pubblicati per deliberazioni della Camera dei Deputati*, cit., spec. pp. 266-269.

definitiva, in cui era forte il bisogno di far risaltare le proprie origini, l'appartenenza politica, ma soprattutto etica e culturale ad un determinato Stato. Va da sé che la preferenza accordata al criterio della cittadinanza non favorisse l'integrazione dell'individuo nel tessuto sociale di cui non fosse cittadino: la cittadinanza accompagnava la persona, sin dalla nascita, alla stregua di una sfera di cristallo che, isolandola, non le consentiva alcun dialogo con l'ordinamento e, generalmente, la cultura dello Stato che non fosse quello della propria cittadinanza.

Il criterio del domicilio prima e soprattutto, della residenza abituale poi, hanno capovolto tale impostazione. Quest'ultima, più del primo, elevata a criterio di collegamento principale nelle norme di conflitto dell'Unione, ha di per sé vocazione integrativa e ricerca una prossimità *sociale* del soggetto con il paese in cui ha il proprio centro di interessi, personali e professionali (¹⁸⁷). Ciò comporta l'applicazione della legge sostanziale del paese in cui l'immigrato si è integrato, piuttosto che quella dello Stato da cui proviene.

La funzione sociale di integrazione del singolo nell'ordinamento "d'accoglienza" è perseguita, oltre che attraverso l'impiego, ad opera delle norme di conflitto europee, del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, anche mediante la politica di *favor* accordata dal diritto internazionale privato alla circolazione dei modelli familiari creati all'estero. Il diritto internazionale privato dell'Unione garantisce in questo modo, alla luce – tra gli altri – dell'art. 8 CEDU, che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e la *continuità transnazionale* dei rapporti familiari attraverso le frontiere (¹⁸⁸): i rapporti e le situazioni familiari *effettivamente creati all'estero e di fatto esistenti* (¹⁸⁹) devono

(¹⁸⁷) V. A. L. CALVO CARAVACA, *El "Derecho internacional privado multicultural" y el revival de la ley personal*, in *La Ley*, n. 7847, 2012, p. 1 ss., spec. p. 5; Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8 (Legge applicabile in mancanza di scelta ad opera delle parti)*, in *Reg. 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*, a cura di P. FRANZINA, in *NLCC*, 2011, p. 1491 ss., p. 1495; P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *CDT*, 2011, p. 85 ss.

(¹⁸⁸) In generale sull'argomento, v. F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, in *Recueil des cours*, 1989, Vol. 213, p. 94 ss.

(¹⁸⁹) P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Aboard*, in *DUDI*, 2011, p. 609 ss., con riferimento, tra gli altri alla pronuncia 3 maggio 2011 della Corte europea dei diritti

essere riconosciuti nell'ordinamento dello Stato richiesto salvo il funzionamento, *in via eccezionale*, della clausola dell'ordine pubblico⁽¹⁹⁰⁾. Gli *status* personali ed i rapporti familiari correttamente formati all'estero ed effettivamente esistenti al momento in cui se ne chiede il riconoscimento, esigono di essere riconosciuti in quanto costitutivi, nello Stato d'origine, di una *social reality*⁽¹⁹¹⁾.

È pertanto manifesta, oggi, l'influenza che esercitano sul funzionamento del diritto internazionale privato i fattori sociali sopra descritti, i nuovi modelli familiari (il matrimonio omosessuale, i partenariati registrati)⁽¹⁹²⁾, non potendosi dire, al contrario, che la disciplina internazionalprivatistica sia estranea a tali mutamenti sociali del tempo.

dell'uomo resa nel caso *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, punto 71. In questo caso la Corte ha stabilito che lo Stato convenuto, attraverso il rifiuto del riconoscimento di un provvedimento di adozione emesso da un tribunale statunitense, aveva violato, tra gli altri, anche il diritto alla vita privata e familiare sancito all'art. 8 della Convenzione.

⁽¹⁹⁰⁾ Per FRANZINA, “*ordre public* is traditionally conceived as a safeguard to national policies, i.e. as a means by which the operation of private international law rules may be limited whenever they (designate a foreign law or) allow the recognition of a foreign judgment being irretrievably incompatible with the basic values of the forum. [...] That said, the Court’s view is arguably that – for the purposes of Article 8 – the public policy of a contracting State cannot be understood as being made solely of national values”. Pertanto, ai fini del riconoscimento di provvedimenti stranieri in relazione a *status* personali o a rapporti di famiglia, “*ordre public* [...] should be treated as the result of a dynamic process of osmosis between local and regional policies” (p. 614).

⁽¹⁹¹⁾ Punto 74 della sentenza *Negrepointis*; v. anche Corte EDU, decisione 27 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, punto 133 e, in relazione a questa, P. PIRRONE, *Limiti e ‘controlimiti’ alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: il caso Wagner*, in *DUDI*, 2009, p. 151 ss., spec. p. 156.

⁽¹⁹²⁾ Sull'imperativo riconoscimento delle unioni omosessuali in Europa, in favore di una concezione ampia di “famiglia”, v. J. BORG-BARTHET, *The Principle Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU*, in *Journ. Private Int. Law*, 2012, p. 359 ss. V. Corte di cassazione, sentenza 12 marzo 2012, n. 4184, riprodotta in *NGCC*, 2012, p. 1 ss., con i saggi di M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, p. 451 ss. e di E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, p. 461 ss. In commento alla sentenza v. anche M. WINKLER, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 7 ss. Sul tema dei *same-sex marriages*, v., tra gli altri, M. BONINI BARALDI, *EU Family Policies Between Domestic ‘Good Old Values’ and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 517 ss.; L. MAGI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 396 ss.; M. WINKLER, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1236 ss., nonché, dello stesso autore, *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di A. Lorenzetti, B. Pezzini, 2011, p. 297 ss.

A nostro avviso, il diritto internazionale privato dell'Unione è attualmente condizionato – oltre che, generalmente, dal mutamento della società nel tempo – anche da fattori sociologici “regionali”, variabili, ovvero, a seconda della dinamicità dei rapporti consumati nella “regione geografica” considerata. Con tale espressione non intendiamo riferirci necessariamente ad un territorio statale: infatti ciascuno Stato può recare al suo interno realtà sociologiche tra loro molto diverse, capaci di condizionare il funzionamento delle norme di conflitto considerate. Così, nell'individuazione del criterio di collegamento personale della residenza abituale dei coniugi ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile ai procedimenti di separazione e divorzio, l'interprete dovrà tenere conto dei tratti peculiari dell'ambiente sociale in cui essi si presume abbiano raggiunto un apprezzabile grado di integrazione. I fattori di integrazione da considerare volta per volta ai fini della determinazione della residenza abituale, in altri termini, richiedono di essere valutati in rapporto al determinato luogo d'accoglienza, influenzato da tradizioni spesso ancorate ad usi propri della zona geografica cui si fa riferimento. Ad esempio, per accertare se una persona risiede a Londra, potrebbe essere sufficiente verificare se quella persona, trovandosi in tale città, abbia sottoscritto un abbonamento semestrale al servizio di *Underground*, perché questo fatto – riferito ad un ambiente con cui molti intrattengono relazioni brevi, “veloci” e mutevoli, è plausibilmente rivelatore di una sufficiente integrazione. Al contrario, per accertare se un individuo ha stabilito la propria residenza in una piccola e tranquilla cittadina calabrese, potrebbero rendersi necessari indizi di integrazione assai più consistenti e di lunga maturazione, come la partecipazione dell'interessato alla vita “folkloristica” del luogo (ad esempio, alle celebrazioni annuali in onore del patrono locale).

10. (*Segue*). ... *assiologico*.

Le norme di conflitto dell'Unione in materia familiare sono attraversate da una tensione *assiologica*, alla ricerca di un *equilibrio* tra valori *potenzialmente* contrastanti ⁽¹⁹³⁾. Abbiamo individuato

⁽¹⁹³⁾ Per una ricognizione dei valori e degli obiettivi cui sono informate le norme di diritto internazionale privato dell'Unione in materia familiare, v. tra gli altri D. MARTINY,

essenzialmente due ordini di tensioni tra valori, entrambe concorrenti alla ricerca di un bilanciamento.

In primo luogo, la disciplina di conflitto europea della famiglia è tesa al conseguimento di un equilibrio tra l'obiettivo di *integrazione* dell'individuo nel tessuto sociale in cui vive ed opera e l'obiettivo della salvaguardia della propria identità culturale (del proprio statuto personale, della propria capacità, il nome, le radici etiche e religiose) ⁽¹⁹⁴⁾. Gli obiettivi di integrazione e di rispetto dell'identità culturale delle persone costituiscono, come abbiamo visto ⁽¹⁹⁵⁾, importanti assiomi cui è informato il diritto internazionale privato dell'Unione, teso alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quadro da ultimo delineato dal Consiglio europeo nel Programma di Stoccolma..

La globalizzazione incoraggia l'identità culturale ⁽¹⁹⁶⁾: la questione relativa alla sua conservazione emerge effettivamente quando le persone temono che questa sia in pericolo ⁽¹⁹⁷⁾. Il valore dell'identità culturale concerne così, *per se*, quello d'integrazione ⁽¹⁹⁸⁾, ed il diritto internazionale privato riveste in questo contesto una funzione *conciliativa*. Tuttavia, si potrebbe dire che la tensione tra i valori di identità culturale ed integrazione sia ad oggi allentata (senza per questo supporre che tali valori, oggi, coincidano), a motivo della crescente *fiducia* che gli individui hanno acquisito nei confronti del processo di *transnazionalizzazione*. Il merito di ciò è ascrivibile anche alla funzione strumentale del diritto internazionale privato.

Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law, in *International Family Law For the European Union*, cit., p. 69 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Per una ricostruzione del concetto di identità culturale, nella sua dimensione personale e collettiva, v. Y. M. DONDEERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, Antwerpen, 2002, p. 12 ss. (per cui, tuttavia, "there is no generally accepted legal definition of 'cultural identity'"). V. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit.

⁽¹⁹⁵⁾ V. *supra*, par. 9.

⁽¹⁹⁶⁾ Si potrebbe parlare a tal proposito di identità culturale nella sua accezione *positiva* (che richiama l'idea di *inclusione* di individui) e *negativa* (che richiama l'idea di *esclusione*). Così Y. M. DONDEERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, cit., p. 125 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, spec. 173 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ L'idea di integrazione e quella di protezione dell'identità culturale – nello specifico con riferimento ai beni culturali – sono invero *interdipendenti*. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 35.

La seconda tensione che ripercorre il diritto internazionale privato della famiglia, ed esula in certo modo dalla logica internazionalprivatistica classica – poiché manifestatasi soprattutto in epoca attuale, sulla spinta dei fattori sociologici che abbiamo visto – interessa il principio di *territorialità*, da una parte, e l'*istantaneità* che contraddistingue i rapporti familiari moderni, dall'altra ⁽¹⁹⁹⁾. Il principio di territorialità, valore fondamentale del diritto internazionale privato, richiama un'idea di stabilità, di attaccamento temporalmente significativo di un certo rapporto o situazione giuridica ad un determinato contesto spaziale: da ciò deriva che la presenza in un determinato luogo deve essere anche *duratura*. Tuttavia, i caratteri della famiglia “postmoderna”, in quanto partecipa dei fenomeni di mobilità propri del nostro tempo, male si attagliano alla fissità insita in tale principio: oggi la famiglia intrattiene col territorio un rapporto precario e frammentato ⁽²⁰⁰⁾. Tale instabilità richiede in via preliminare due ordini di precisazioni. In primo luogo, si parla di instabilità intesa nel senso di *volubilità* dei rapporti familiari: come accennato, i legami che compongono la famiglia internazionale sono meno solidi, a motivo, tra le altre cose, della mobilità internazionale che li caratterizza, nonché, tra gli altri, del *favor divortii* che permea la disciplina internazionalprivatistica dell'Unione in materia familiare. In secondo luogo, l'instabilità è intesa in senso spaziale: la famiglia, come abbiamo visto, si muove, instaura relazioni personali e professionali, riparte. I tempi si accorciano, su ogni frangente: la rapidità con cui le persone si muovono attraverso le frontiere, con cui la famiglia si stabilisce e riparte alla volta di un nuovo Stato, destabilizza il rapporto che questa stabilisce con il territorio che le ospita, caratterizzato dall'*immediatezza*, alterando lo “statuto geografico” della famiglia. La velocità con cui vengono avviati i rapporti familiari e con cui la famiglia determina il luogo in cui desidera ordinare i propri interessi rende - apparentemente - difficoltosa la localizzazione dei rapporti giuridici

⁽¹⁹⁹⁾ La territorialità, infatti, è da intendersi oggi non più quale espressione della sovranità statale, bensì, sulla traccia delle osservazioni avanzate nel paragrafo precedente, quale principio applicabile al rapporto giuridico facente capo all'individuo. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, cit., p. 61 ss.

⁽²⁰⁰⁾ V. H. RUIZ FABRI, *Immatériel, territorialité et État*, in *Archives de philosophie du droit*, 1999, p. 187 ss.

familiari. In definitiva, il concetto di *stabilità* viene rivisitato e plasmato sulle esigenze della famiglia postmoderna, degli individui che la compongono: di conseguenza, si rende problematico distinguere il luogo *stabile*, da quello, invece, *provvisorio*.

I fattori assiologici delineati hanno forgiato il diritto internazionale privato dell'Unione in materia familiare. Le tensioni esistenti, volte al raggiungimento di un equilibrio tra integrazione e identità culturale, tra territorialità ed istantaneità, hanno ispirato il legislatore europeo nella elaborazione di norme di conflitto capaci di perseguire questi obiettivi. A tal fine le norme di conflitto dell'Unione nel settore familiare – e così anche le norme sulla competenza giurisdizionale – si sono dotate nel tempo di una struttura *a vocazione integrativa adattabile* ⁽²⁰¹⁾, capaci di seguire l'evoluzione della famiglia nel suo dinamismo. Il carattere integrativo si traduce nella previsione di una *gerarchia* di criteri basati su legami *flessibili*. L'impiego di criteri flessibili, tradotti nei legami personali della cittadinanza, del domicilio e, soprattutto, della residenza abituale, organizzati gerarchicamente, consente di perseguire l'obiettivo di bilanciamento tra valori. Allo stesso tempo, è scongiurato il *potenziale* contrasto assiologico: i valori in gioco si rivelano allo stesso modo salvaguardati, dimostrando così il diritto internazionale privato dell'Unione di riuscire a garantirne la coesistenza all'interno della realtà familiare odierna. Emblematico a tal proposito è l'art. 8 del regolamento n. 1259/2010, sopra ricordato ⁽²⁰²⁾. Ai sensi di questa disposizione, recante un concorso successivo di criteri di collegamento flessibili – organizzati “a cascata” –, il divorzio e la separazione personale sono disciplinati dalla legge dello Stato, in ordine: a) della residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, o, in mancanza; b) dell'ultima residenza abituale dei coniugi sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza; c) di cui i due coniugi sono cittadini nel

⁽²⁰¹⁾ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, p. 303 ss.

⁽²⁰²⁾ In commento v. Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8 (Legge applicabile in mancanza di scelta ad opera delle parti)*, cit.

momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza; d) in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

Da ultimo, ma non per questo assolutamente di minor rilevanza, resta da dire che, nel contesto indicato, gioca un ruolo *equilibrante* anche la facoltà, attribuita sempre più frequentemente alle parti nella scelta della legge applicabile ai propri rapporti ed alle proprie situazioni familiari. Il criterio di collegamento soggettivo dell'*optio iuris*, su cui ci soffermeremo più avanti nel dettaglio ⁽²⁰³⁾, riveste anche una funzione *correttiva* ⁽²⁰⁴⁾. La persona, infatti, esercitando la facoltà di *optio* – espressione, inoltre, di autodeterminazione della persona – sceglie, tra le localizzazioni possibili, quella che “sente” con maggiore intensità o che reputa altrimenti più opportuna. In questo modo il soggetto opera un bilanciamento tra valori, scongiurando ogni eventuale conflitto assiologico. A tale obiettivo è informato l'art. 5 del regolamento n. 1259/2010: i coniugi possono difatti designare di comune accordo la legge applicabile al proprio divorzio o separazione personale, purché si tratti di una – alternativamente – tra le leggi ivi elencate, vale a dire: a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; o b) la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; o c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; o d) la legge del foro ⁽²⁰⁵⁾.

11. (Segue). ... ed economico.

Il mercato *interno* dell'Unione europea, come abbiamo visto, ha acquisito una dimensione sociale, che va ad aggiungersi così all'aspetto economico che ha caratterizzato sino a qualche tempo fa, in via esclusiva, il

⁽²⁰³⁾ V. *infra*, par. 14.

⁽²⁰⁴⁾ P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, cit.

⁽²⁰⁵⁾ Per un commento alla disposizione v. G. BIAGIONI, *Art. 5 (Scelta della legge applicabile dalle parti)*, in *Reg. 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*, cit., p. 1470 ss.

mercato *comune* ⁽²⁰⁶⁾. Con riferimento ai fattori di ordine economico che hanno influenzato nel tempo l'impiego dei legami personali nella disciplina di conflitto europea in materia familiare, richiedono tuttavia alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo, è opportuno tenere distinte, in capo all'individuo, le questioni attinenti al suo statuto personale, da quelle – contrapposte – relative all'attività economica, attraverso la quale la persona partecipa al commercio giuridico ⁽²⁰⁷⁾. Lo statuto personale, che mette in gioco l'identità della persona (la sua vita *interna*, la sua intimità), richiede tradizionalmente, come abbiamo visto, l'impiego di legami tendenzialmente stabili (il *domicile* anglosassone e la cittadinanza dei sistemi continentali), che garantiscano, appunto, stabilità e continuità dei rapporti giuridici personali. Le attività economiche, d'altro canto, che riflettono la vita *esteriore* della persona ⁽²⁰⁸⁾, e che si svolgono per definizione nel luogo in cui la persona ha il proprio centro di interessi, individuano tale centro di interessi nel domicilio, nella residenza o nel luogo in cui si svolgono tali transazioni economiche. Come abbiamo avuto modo di constatare, l'evoluzione nell'impiego dei legami personali nella disciplina di conflitto dell'Unione va nel senso di uno spostamento dell'impiego della residenza (abituale) dall'area economica, della vita esterna della persona, a quella del suo statuto personale (si potrebbe in tal senso parlare di un impiego *intimo* del legame personale della residenza abituale).

La dimensione *economica* del diritto internazionale privato, intesa come la disciplina di conflitto dell'Unione adottata nel settore della materia civile e commerciale, non è oggetto della presente ricerca.

Ricade invece nell'oggetto del presente lavoro l'aspetto economico della famiglia nella disciplina di conflitto europea: con ciò si intende anche

⁽²⁰⁶⁾ Rimandiamo in questo senso alle considerazioni avanzate *supra*, Cap. I, par. 2. Ai sensi dell'art. 81, par. 2, del TFUE, per cui “[a]i 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 [...]” (il corsivo è aggiunto).

⁽²⁰⁷⁾ Per questi aspetti, v. per tutti H. MUIR-WATT, *Aspects économiques du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, Vol. 307, 2005, p. 25 ss.

⁽²⁰⁸⁾ Sull'integrazione della persona nella società e le attività economiche da questa condotte, v. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *cit.*, spec. p. 201 ss.

l'influenza che la disciplina di conflitto in materia di famiglia esercita sul mercato interno, nell'idea di un obiettivo di *integrazione economica*, e non solo sociale. Oltre alla disciplina – ancora embrionale – relativa alla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, nonché delle unioni registrate, è rilevante, in questo contesto, l'attenzione riservata dal diritto internazionale privato alla parte debole del rapporto giuridico ⁽²⁰⁹⁾. La valorizzazione del criterio basato sul legame personale della residenza abituale a protezione del minore e del creditore di alimenti ⁽²¹⁰⁾, le parti deboli all'interno della famiglia, comporta delle conseguenze anche sul piano economico. Con riferimento al creditore di alimenti, la scelta del legislatore europeo in direzione della residenza abituale comporta senza dubbi dei vantaggi: da una parte il risparmio delle spese necessarie ai fini dell'accesso alla giustizia, dall'altra, dei costi relativi all'accertamento ed all'applicazione del diritto straniero ⁽²¹¹⁾.

Sezione 2

Il coordinamento fra i legami personali ed altri criteri di collegamento eventualmente concorrenti

12. *Necessità di una lettura d'insieme della disciplina di conflitto applicabile a una dato rapporto giuridico familiare.*

In definitiva, le persone non optano per un unico modello familiare, che conservano per tutta la loro vita, ma adottano nel tempo differenti “atteggiamenti familiari” ⁽²¹²⁾. Tali atteggiamenti determinano una costituzione progressiva della famiglia tramite sequenze dissociate (convivenza, unioni registrate, matrimonio, nascita di figli – all'interno o al di fuori dal matrimonio – separazione e/o divorzio, matrimoni successivi, e

⁽²⁰⁹⁾ Non solo con riferimento al contesto dei rapporti di famiglia, v. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 188, 1984, p. 339 ss.

⁽²¹⁰⁾ Generalmente, v. D. MARTINY, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*, in *Recueil des cours*, Vol. 247, 1994, p. 133 ss.

⁽²¹¹⁾ Sul tema relativo ai costi di giustizia nello spazio giudiziario europeo, v. in generale P. FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 675 ss.

⁽²¹²⁾ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, cit., p. 315 s.

così via). La mancanza di linearità della vita familiare nel tempo, come è noto, non pregiudica il funzionamento della norma di conflitto applicabile alla fattispecie giuridica rilevante: al momento dell'applicazione della norma di conflitto, rileva invero lo stato in cui versa il rapporto giuridico in quel determinato momento. In altri termini, la norma di conflitto applicabile ai rapporti patrimoniali in un matrimonio recante elementi di estraneità non terrà conto degli avvenimenti precedenti – né tantomeno futuri! – al matrimonio considerato. Tale riflessione, evidente poiché congenita al meccanismo internazionalprivatistico della qualificazione delle categorie che compongono la norma di conflitto ⁽²¹³⁾, lascia spazio alla riflessione relativa a quali siano le *forme* attraverso le quali gli atteggiamenti familiari di cui sopra condizionano le norme di conflitto oggi ed i *riflessi* che tali atteggiamenti hanno sulla struttura e sul funzionamento della norma di conflitto applicabile di volta in volta.

Come sopra anticipato, le norme di conflitto dell'Unione in materia familiare si sono dotate di una struttura *a vocazione integrativa adattabile*, indicando questa espressione l'attitudine della norma di conflitto a seguire l'evoluzione della famiglia nel tempo. La norma di conflitto obbedisce spesso a schemi articolati: essa è impostata su un *concorso* di criteri basati perlopiù sui legami personali della cittadinanza e della residenza abituale, cui si affiancano, tuttavia, anche criteri di collegamenti oggettivi, nonché un impiego sempre più frequente del criterio di collegamento soggettivo della volontà delle parti.

La *ratio* sottesa alla configurazione attuale della norma di conflitto – con attenzione ai criteri di collegamento impiegati – risiede nella ricerca, all'interno della disciplina internazionalprivatistica europea, del legame *più stretto* del rapporto giuridico familiare rilevante con un dato ordinamento nazionale. L'obiettivo di prossimità perseguito attraverso l'impiego di una pluralità di criteri di collegamento concorre, al contempo ed in un contesto più ampio, al soddisfacimento degli obiettivi *materiali* cui è informata la norma di conflitto applicabile, senza mai dimenticare l'obiettivo di integrazione sotteso al programma politico dell'Unione.

⁽²¹³⁾ V. *supra* Cap. I, sez. II.

Al fine di garantire gli obiettivi di cui sopra, è necessario che la disciplina di conflitto di volta in volta applicabile ad un dato rapporto giuridico familiare sia letta *nel suo insieme*, alla luce, ovvero, della consistenza, secondo schemi diversi, di una pluralità di tecniche internazionalprivatistiche e di criteri di collegamento ⁽²¹⁴⁾.

13. *Articolazione tra criteri di collegamento basati su legami personali e criteri di collegamento oggettivi.*

Le norme di conflitto di matrice europea in materia familiare tendono generalmente a non impiegare criteri di collegamento oggettivi. A tali criteri di collegamento, classificati come “oggettivi” a motivo dell’attacco che rivelano tra il rapporto giuridico e un dato Stato – e che si riferisce ad elementi del rapporto che non riguardano i soggetti interessati –, il legislatore dell’Unione ha preferito criteri basati invece sui legami personali della cittadinanza (e del *domicile* anglosassone) e della residenza abituale. Pertanto, l’impiego di criteri di collegamento oggettivi (il luogo di celebrazione del matrimonio, ad esempio) persiste in alcuni sistemi internazionalprivatistici nazionali ⁽²¹⁵⁾, se pur in via sussidiaria e nella misura in cui le disposizioni rilevanti non siano scalzate dagli atti normativi di natura sovranazionale.

⁽²¹⁴⁾ In riferimento alla preferenza accordata dal legislatore dell’Unione al metodo “classico” della *localizzazione della fattispecie*, v. *supra* par. 2. Per una riflessione in merito all’eccezione metodologica del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza, interamente informato al metodo del *jurisdictional approach*, M. V. BENEDETTI, *Connecting Factors, Principles of Coordination Between Conflict Systems, Criteria of Applicability: Three Different Notions for a “European Community Private International Law”*, *cit.*, p. 433.

⁽²¹⁵⁾ V. ad esempio gli articoli 28 (forma del matrimonio) e 32 (giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio). La nostra legge di riforma di diritto internazionale privato, con specifico riferimento alla legge applicabile ai procedimenti di separazione e divorzio, impiega anche il criterio di collegamento della prevalente localizzazione del matrimonio all’art 31, comma 1° (v. anche articoli 29, comma 2° - rapporti personali tra coniugi - e 38, comma 1° - adozione -). Quest’ultimo criterio non è annoverabile tra i criteri di collegamento oggettivi, in quanto esso configura una sintesi di criteri, una sommatoria di indizi che deve essere operata e valutata dal giudice per giungere ad individuare la legge competente. Il giudice, pertanto, dovrà procedere pertanto ad una valutazione non solo *quantitativa*, bensì anche *qualitativa*. Si legge così nella Relazione Ministeriale della l. 218/95 (in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 741 ss.) per cui, per stabilire ove la vita matrimoniale sia prevalentemente localizzata, “va tenuto conto, comparativamente, sia della natura sia della durata delle connessioni atte a determinare tale localizzazione”, valutando “l’intero arco della vita coniugale, tenendo conto, oltretutto della residenza dei coniugi, di ogni altra circostanza significativa”.

La preferenza accordata ai criteri di collegamento basati su legami personali dalla disciplina conflittuale europea in questo settore, piuttosto che ai criteri di collegamento oggettivi è insita nelle riflessioni sopra condotte in riferimento ai fattori di ordine politico, sociologico, assiologico ed economico sottesi all'impiego dei legami personali nel tempo. Invero, i criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, della residenza abituale e del domicilio, che per definizione riguardano il soggetto del rapporto giuridico rilevante, rivestono un ruolo funzionale agli obiettivi perseguiti dalla società transnazionale postmoderna, in linea con l'attitudine alla valorizzazione della persona. Il diritto internazionale privato, strumentale al perseguimento degli obiettivi di integrazione dell'individuo nel tessuto sociale dello Stato di accoglienza – sia che tale obiettivo si inserisca o meno in un progetto di più ampio respiro quale il programma politico di integrazione dell'Unione europea –, esprime la sua accezione *individualistica*, valorizzatrice della persona, mediante un *linguaggio* che meglio di altri si addice a questo scopo.

Nella disciplina di conflitto europea nel settore della famiglia, risulta largamente impiegato anche il criterio della *lex fori*. Da una parte, esso rappresenta una tra le limitazioni cui sono assoggettate le parti nella scelta della legge applicabile al procedimento di separazione o divorzio (art. 5, par. 1, lett. *d*), del regolamento n. 1259/2010), dall'altra si colloca nell'ultimo “gradino” della “scala”, rendendosi operativo qualora non sia stato possibile individuare la legge applicabile sulla scorta dei precedenti criteri di collegamento (art. 8, lett. *d*), dello stesso regolamento). Nel primo caso, laddove la legge del foro costituisca un limite alla scelta delle parti, ci chiediamo se questo criterio, piuttosto che a tutela del rapporto giuridico rilevante, non sia preposto alla tutela – in termini di prevedibilità – delle aspettative che i terzi possano aver maturato nei confronti del rapporto giuridico familiare di riferimento.

14. *Legami personali e scelta di legge.*

Come specificato nell'introduzione al presente lavoro ⁽²¹⁶⁾, si è deciso di prediligere l'espressione "legami personali" per indicare i criteri della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale. Tale scelta terminologica ha una doppia finalità, che conviene ora ricordare: da una parte, quella di mettere in evidenza l'attacco di tali connessioni all'individuo, nel contesto del rapporto giuridico rilevante (nel più ampio processo di *personalizzazione* del diritto internazionale privato) e, dall'altra, quella di distinguere tali criteri da quello della volontà delle parti. Quest'ultima, invero, denominata generalmente "criterio di collegamento soggettivo *sui generis*", riveste una funzione peculiare rispetto a quella ricoperta dai legami personali in parola, tanto da dover essere contraddistinta da questi ultimi ⁽²¹⁷⁾.

L'impiego del criterio di collegamento soggettivo della volontà delle parti (alla quale ci si è soliti riferire anche con le espressioni *lex voluntatis*, *optio iuris*, *optio legis*, *electio iuris*, nonché *professio iuris*, nell'ambito delle successioni a causa di morte), rappresenta un principio pilastro del diritto internazionale privato ⁽²¹⁸⁾, oggi in espansione anche nella disciplina internazionalprivatistica dell'Unione ⁽²¹⁹⁾. Se nel campo delle obbligazioni contrattuali l'autonomia delle parti è un criterio oramai largamente impiegato ⁽²²⁰⁾, anche nei sistemi internazionalprivatistici nazionali,

⁽²¹⁶⁾ V. Introduzione, par. 2.

⁽²¹⁷⁾ La volontà delle parti è stata definita dagli autori quale criterio di collegamento soggettivo *sui generis* sia per distinguerlo dai primi, quanto per richiamare l'attenzione sul fatto che, a ben vedere, essa non può essere propriamente considerata quale criterio di collegamento (o titolo di giurisdizione). Il legislatore, invero, consentendo alle parti di scegliere la legge applicabile al loro rapporto giuridico o di scegliere il giudice competente, non determina la connessione idonea a funzionare come attributiva di giurisdizione o come criterio di individuazione della legge applicabile, bensì rinuncia a svolgere tale compito demandandolo alla volontà dei privati interessati. Tuttavia, come anticipato, la sola ammissione della peculiarità (*sui generis*) della *optio*, rispetto ai criteri della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale, ci pare riduttiva.

⁽²¹⁸⁾ E. JAYME (Rapporteur), Risoluzione 31 agosto 1991 dell'*Institut de droit international*, adottata nella sessione di Basilea, *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*.

⁽²¹⁹⁾ Critica tale espansione H. MUIR-WATT, "Party Autonomy" in *international contracts: from the making of a myth to the requirements of global governance*, in *ERCL*, 2010, p. 250 ss., spec. p. 9 ("[p]hilosophically, the shift from obligation to empowerment can be described in Foucault-ien terms as a move to a neo-liberal model of private governance").

⁽²²⁰⁾ L'autonomia della volontà è valorizzata sin dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuale (v. A. BONOMI, *Conversion of the Rome*

nell'ambito del diritto di famiglia la *lex voluntatis* ha invece faticato ad affermarsi ⁽²²¹⁾. Sono pochi, infatti, i sistemi interni di diritto internazionale privato che concedono alle parti la facoltà di scegliere la legge applicabile ai propri rapporti giuridici ⁽²²²⁾; se poi tale scelta è consentita, sono nondimeno numerosi i limiti a cui essa è assoggettata. Tuttavia, l'affermazione dell'individualismo, e dunque l'emersione del ruolo della persona, si manifesta anche tramite la concessione di spazi più ampi alla volontà individuale persino in un campo delicato come quello della famiglia ⁽²²³⁾. Una simile attenzione all'autoregolamentazione dei rapporti giuridici familiari si riscontra anche a livello pattizio, in alcune convenzioni dell'Aja di diritto internazionale privato ⁽²²⁴⁾.

Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission, in *Yearb. Private Int. Law*, 2003, p. 53 ss.); G. BIAGIONI, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione europea*, cit.; J.-J. KUIPERS, *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1505 ss. (spec. p. 1520 ss.); P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999; S. C. SYMEONIDES, *Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective*, in *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, a cura di K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, The Hague, 2010, p. 513 ss.

⁽²²¹⁾ V. P. GANNAGE, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, in *Rev. critique*, 1992, p. 425 ss.

⁽²²²⁾ Ad esempio, l'art. 14 dell'EGBGB, con attenzione agli effetti generali del matrimonio; l'art. 2597 del nuovo codice civile rumeno in tema di legge applicabile al divorzio; l'art. 35 del codice civile dei Paesi Bassi del 2011, sulla scelta di legge applicabile ai rapporti personali tra coniugi. F. STURM, *Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand*, in *Rev. critique*, 1987, p. 41 ss. V. poi generalmente, J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit International privé*, cit.

⁽²²³⁾ E. JAYME, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2009, p. 1 ss. Secondo l'autore, una delle espressioni della restrizione nell'impiego dell'autonomia della volontà risiede nella teoria dell'immutabilità. Tale dottrina, che ancora pervade la disciplina di conflitto applicabile ai regimi matrimoniali, limita "the law applicable to the effects of marriage on the property of the spouses to the time of the celebration of the marriage" (nonostante oggi il carattere di *dogma* della dottrina dell'immutabilità sia in declino). Con riferimento alla *ratio* dell'autonomia della volontà elevata a criterio di collegamento soggettivo nelle norme di conflitto dell'Unione, Jayme considera che "in Europe, introducing party autonomy in international family law is motivated by needs of integration in the European Union, rather than by ideas of self-determination of the person" (a p. 3). V. anche le considerazioni di S. POILLOT-PERRUZZETTO, *La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 51 ss., per cui "l'autonomie de la volonté se présente comme méthode de la concurrence entre les normes dans le marché intérieur, alors qu'elle se présente plutôt comme volonté politique de mettre le citoyen au cœur du système dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice" (a p. 57).

⁽²²⁴⁾ V., a titolo esemplificativo, l'art. 3 della Convenzione del 14 marzo del 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali, e l'art. 6 della Convenzione del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte.

Il criterio della *electio* nel diritto internazionale privato assume vesti differenti a seconda dell'ambito in cui viene impiegato. Da una parte, invero, la previsione contenuta nei regolamenti sulla scelta di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, di una facoltà di scelta *illimitata*, consente alle parti di prescindere dall'esistenza di un collegamento materiale con l'ordinamento richiamato e di esercitare pienamente la loro libertà di designazione della legge regolatrice ⁽²²⁵⁾. Dall'altra, prendendo come esempio l'art. 5 del regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ⁽²²⁶⁾, che prevede invece un novero limitato di ordinamenti tra cui sono chiamati a scegliere i coniugi. Il motivo del contenimento nella previsione della scelta della legge applicabile risiede nella necessità, avvertita più profondamente in questo campo, di prevenire l'abuso del diritto, scongiurando così la frode alla legge, a protezione della parte più debole nel rapporto. L'ordinamento individuato dalle parti dovrà effettivamente presentare una connessione quanto mai più stretta con i rapporti giuridici familiari che è chiamato a disciplinare (dovendo inoltre l'accordo sulla scelta rivestire necessariamente un carattere *genuino*) ⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁵⁾ In questi casi le norme che consentono un'*optio* sembrano chiaramente improntate a valorizzare, più che la scelta della legge applicabile, la deroga alla legge designata sulla base di altri criteri di collegamento. Come accennato, tale fenomeno appare con chiarezza laddove, come nei regolamenti "Roma I" e "Roma II", sia ammessa la scelta di legge rispetto a fattispecie puramente interne, per le quali viene introdotto il solo temperamento del necessario rispetto delle regole inderogabili appartenenti all'unico ordinamento collegato con la fattispecie. In questo senso v. G. BIAGIONI, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 23, nonché, dello stesso autore, *Art. 3 (II)*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)*, a cura di F. Salerno, P. Franzina, in *NLCC*, 2009, 629 ss.

⁽²²⁶⁾ In merito alla natura *conflittuale* della scelta di legge concessa alle parti dal regolamento n. 1259/2010, v. P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, cit., p. 110 ss. V. anche art. 22 ("Scelta di legge") del regolamento n. 650/2012 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 ("[u]na persona può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte [...]").

⁽²²⁷⁾ Oltre alla garanzia sostanziale della genuinità dell'accordo tra le parti, mediante la previsione di limiti all'esercizio dell'autonomia, il regolamento richiede che siano soddisfatti alcuni requisiti sulla validità formale, alla luce di quanto previsto nell'art. 7.

Si assiste nel tempo ad una progressiva penetrazione (nonché *costituzionalizzazione*) ⁽²²⁸⁾ del criterio della volontà delle parti nel diritto internazionale privato europeo della famiglia, con particolare attenzione alla disciplina dei conflitti di leggi ⁽²²⁹⁾. L'importanza attribuita al criterio di collegamento soggettivo della *electio iuris* corre parallela alla sempre più crescente rilevanza conferita al criterio basato sul legame personale della residenza abituale ed in parte a quello della cittadinanza. Lo sviluppo *parallelo* dei legami personali e dell'autonomia della volontà implica tuttavia, come accennato, un "dialogo" di quest'ultima con i primi, un'azione combinata. In tale rapporto dialogico, l'autonomia della volontà riveste una duplice funzione. Da un lato, abbiamo visto che la *electio corregge* le tensioni dialettiche tradizionalmente esistenti tra le culture giuridiche che impiegano nella disciplina conflittuale dei rapporti di famiglia il legame personale della cittadinanza e quelle che invece optano per un criterio domiciliare ⁽²³⁰⁾; allo stesso tempo, la volontà delle parti *rafforza e rinnova* l'operatività dei legami personali della residenza abituale e della cittadinanza ⁽²³¹⁾.

⁽²²⁸⁾ T. M. YETANO, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2010, p. 155 ss., per cui "it could be said that [party autonomy] has become 'constitutionalized', forming part of a fundamental body of rules binding European legislatures and judiciaries" (a p. 156).

⁽²²⁹⁾ Si ricorda come il regolamento n. 2201/2003 non conceda ai coniugi alcuna facoltà di scelta del foro per i procedimenti di scioglimento, separazione ed annullamento del matrimonio. Nella materia successoria, v. anche trentottesimo *considerando* ed art. 22 del regolamento n. 650/2012 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. Per delle prime osservazioni v. A. l'art. 35 del codice civile dei Paesi Bassi del 2011, sulla scelta di legge applicabile ai rapporti personali tra coniugi *des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.

⁽²³⁰⁾ V. *supra* nota 49: l'*Institut de droit international* aveva già auspicato una soluzione di questo tipo. V. M. YVON LOUSSOUARN (Rapporteur), Risoluzione 19 settembre 1987, adottata nella sessione del Cairo, *La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé*, cit.; P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 494.

⁽²³¹⁾ P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, cit., p. 108; v. anche G. BIAGIONI, Art. 5 (*Scelta della legge applicabile alle parti*), in *Reg. 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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1470 ss.

L'autonomia della volontà riveste una funzione di rilievo anche con riferimento agli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione in corso d'adozione ⁽²³²⁾.

Le ragioni sottese al successo dell'autonomia sono dettate da necessità che possono essere sintetizzate, in definitiva, nei seguenti punti: *i*) ragioni di *favor* politico per l'autodeterminazione e per l'autoregolamentazione dell'individuo; *ii*) esigenze ricostitutive di una frattura che potrebbe danneggiare il rapporto familiare, lasciando alle parti la facoltà di essere arbitri; *iii*) necessità di riordinare la disciplina dei rapporti di famiglia, in un panorama frammentario e settoriale come quello internazionalprivatistico dell'Unione; *iv*) ragioni di certezza del diritto, laddove alla scelta di legge si accompagna il pertinente riferimento temporale (atto a cristallizzare la scelta a quel dato momento): garanzia della continuità della vita giuridica familiare oltre le frontiere.

Resta infine da accennare ad un'ultima questione, che verrà sviluppata più avanti ⁽²³³⁾. Abbiamo sin qui delineato i caratteri dell'interazione della volontà delle parti – nelle vesti di criterio di collegamento soggettivo – con i legami personali della residenza abituale e della cittadinanza. È opportuno tuttavia considerare il fondamento volontaristico della residenza abituale (l'influenza che l'*electio* esercita *dall'interno*) e rilevare che, ai fini della individuazione di quest'ultima, l'elemento soggettivo della volontà è essenziale. Esso viene in rilievo in due momenti: nel momento in cui l'individuo sceglie il luogo in cui stabilire la propria residenza abituale (venendo così il fattore soggettivo della volontà ad integrare l'elemento oggettivo). Inoltre, così come da ripetuta giurisprudenza dell'Unione, la volontà viene considerata come elemento

⁽²³²⁾ V. art. 16 della Proposta di regolamento sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi del 16 marzo 2011 (COM(2011) 126 definitivo). La Proposta di regolamento sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, contestuale alla prima, proprio perché non concede ai partner la facoltà di scelta di legge applicabile, non è stata considerata conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione dalla Agenzia europea dei diritti fondamentali (FRA), nel parere 1/2012 del 31 maggio 2012, richiesto dal Presidente del Parlamento europeo il 25 aprile dello stesso anno (reperibile all'indirizzo <http://fra.europa.eu>). Secondo l'Agenzia, la proposta di regolamento così formulata non sarebbe conforme al principio di uguaglianza dinanzi alla legge e al divieto di ogni forma di discriminazione, sanciti agli articoli 20 e 21 della Carta.

⁽²³³⁾ V. *infra* Cap. IV par. 4.

integrativo dell'aspetto della "abitudine" (vedremo, se pur con certe eccezioni, quale elemento "surrettizio" della *electio iuris*).

CAPITOLO III

DIRITTI FONDAMENTALI E LEGAMI PERSONALI NELLA DISCIPLINA EUROPEA DEI CONFLITTI DI LEGGI IN MATERIA FAMILIARE

SOMMARIO: 1. Diritti fondamentali e diritto internazionale privato: aspetti generali. – 2. L’influenza dei diritti fondamentali sulle norme di conflitto dell’Unione europea in materia familiare. – 3. (*Segue*). Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo... – 4. (*Segue*). ...e della Corte di giustizia dell’Unione. – 5. Il domicilio e la residenza abituale... – 6. (*Segue*). ..ed il rischio di discriminazione indiretta nel loro impiego.

1. Diritti fondamentali e diritto internazionale privato: aspetti generali.

Il *leitmotiv* che tiene unita la cultura giuridica contemporanea è rappresentato dal ruolo primordiale che rivestono i diritti fondamentali dell’uomo ⁽¹⁾. Questi ultimi invero permeano anche il diritto internazionale privato.

Superata l’idea, diffusa sino alla metà del secolo scorso, per cui le norme di diritto internazionale privato erano considerate neutrali rispetto alla tutela sostanziale dei diritti fondamentali ⁽²⁾, è oggi pacifico che anche queste, alla stregua delle norme di diritto sostanziale, siano sottoposte ad un

⁽¹⁾ È qui opportuno far precedere un chiarimento terminologico. Abbiamo deciso, nel presente lavoro, di riferirci a “diritti fondamentali” piuttosto che a “diritti dell’uomo”, optando così per la dicitura largamente impiegata nel Trattato di Lisbona. Per una riflessione sulla differenza tra le due espressioni, v. P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, p. 3 ss., spec. p. 6; v. anche M. L. PICCHIO FORLATI, *Criteri di collegamento e di applicazione necessaria alla prova dei diritti fondamentali*, *ibid.*, p. 77 s.

⁽²⁾ Come è noto, si riteneva che le norme di conflitto, a differenza delle norme di diritto sostanziale, non potessero essere oggetto di alcun controllo di compatibilità con le esigenze dei diritti fondamentali, a motivo della loro *strumentalità*, di cui si evidenziano essenzialmente due aspetti. Le norme di conflitto, da una parte, sono infatti regole *indirette*, che non disciplinano direttamente la fattispecie giuridica cui si riferiscono, bensì individuano l’ordinamento da cui attingere tale soluzione. In secondo luogo, le norme di conflitto si caratterizzano notoriamente per essere regole *neutre*: esse designano cioè la legge applicabile in ragione non della semplice superiorità della soluzione disposta, bensì in ragione dei collegamenti che intrattengono i rapporti giuridici con un dato ordinamento. V. in generale P. KINSCH, *Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 318, 2005, p. 9 ss.

controllo teso a verificare l'eventuale violazione delle norme sulla protezione dei diritti fondamentali ⁽³⁾.

Posto che, dunque, le norme di diritto internazionale privato – e nello specifico, le norme di conflitto – non sono indifferenti alla tutela garantita dai diritti fondamentali, ma, anzi, sono *strumentali* alla l'effettività di questi ultimi, evidenzieremo di seguito (i) *quali* sono le fonti da cui attingere la tutela dei diritti fondamentali nel settore del diritto internazionale privato europeo della famiglia e (ii) *in che modo* questi ultimi influenzano la disciplina internazionalprivatistica dell'Unione in questa materia.

(i) L'art. 6, n. 3, del TUE, dispone che “[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ⁽⁴⁾ e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. Tale norma, che, come anticipato, prefigura al paragrafo precedente l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, trae origine dall'art. F, par. 2, del Trattato sull'Unione europea sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992. Ai sensi di questa disposizione “[l]'Unione rispetta i diritti

⁽³⁾ A tal proposito, nell'esperienza italiana, si ricordano le sentenze nn. 71 e 447 del 1987, con cui la Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità degli articoli 18 (sulla legge applicabile ai rapporti personali tra coniugi) e 20 (sulla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli) disp. prel. cod. civ. (v. *supra*, Cap II, nota 11) (per cui v. *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità: atti del convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte Costituzionale*, a cura di B. Barel, C. Costantino, Padova, 1990). Così facendo la giurisprudenza italiana ha incrociato tendenze parallele in Francia ed in Germania, contribuendo a sfatare l'idea della neutralità costituzionale del diritto internazionale privato. V. M. L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, p. 907 ss., spec. p. 919 ss. Con riferimento al sistema francese, per cui sino al 23 luglio 2008 non era possibile effettuare alcun ricorso costituzionale avverso la pretesa violazione, da parte delle norme di diritto internazionale privato, dei diritti fondamentali, v. Y. LEQUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, a cura di R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, Paris, 15ème éd., 2009, p. 101 ss., spec. p. 112.

⁽⁴⁾ La disposizione non si riferisce ai Protocolli addizionali alla CEDU. Tale omissione, probabilmente ispirata da ragioni di brevità, dovrebbe essere interpretata nel senso che solo i Protocolli in vigore tra tutti gli Stati membri (è il caso del Protocollo n. 6 relativo all'abolizione della pena di morte) siano ritenuti vincolanti, alla stregua della Convenzione (non è invece il caso, ad esempio, del Protocollo 12, che sancisce un divieto generale di discriminazione, in vigore tra 18 Stati, di cui solo 7 sono Stati membri dell'Unione). In ogni caso la Corte di giustizia può tenere in considerazione i Protocolli che non siano in vigore tra tutti gli Stati membri come linee-guida per la tutela dei diritti fondamentali. Così – se pur con riferimento al Trattato di Maastricht – G. GAJA, *The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht/Boston/London, 1994, spec. p. 556.

fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario" ⁽⁵⁾).

Sin da prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, la Corte di giustizia si era pronunciata a più riprese sulla rilevanza dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU (e, tra gli altri, di quelli afferenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri) in rapporto al diritto (comunitario prima, e poi) dell'Unione ⁽⁶⁾, dichiarando progressivamente che la Convenzione fosse parte integrante dell'ordinamento comunitario ⁽⁷⁾. Infine, il Trattato di Lisbona ha espressamente riconosciuto il carattere vincolante di tali diritti fondamentali ⁽⁸⁾, garantendo alla Carta dei diritti

⁽⁵⁾ Per tutti, G. GAJA, *The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, cit., p. 549 ss.

⁽⁶⁾ V. *infra* par. 2. Sulle implicazioni dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, v., tra le altre, Corte di giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa C-11/70, in *Racc.*, 1970, p. I-01125 (per cui, al punto 4, "la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità"); sentenza 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, in *Racc.*, 1979, p. I-03727, spec. punto 3; sentenza 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c. Commissione*, causa C-4/73, in *Racc.*, 1974, p. I-00491 (punto 13: "[i] trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario"). Con precipuo riferimento al diritto di famiglia dell'Unione, v. *infra*, nota 115, nonché sentenze 11 luglio 2002, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-60/00, in *Racc.*, 2002, p. I-06279 (spec. punti 40-42) e 17 settembre 2002, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-413/99, in *Racc.*, 2002, p. I-07091 (spec. punto 72).

⁽⁷⁾ Sentenza 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, causa C-341/04, in *Racc.*, 2006, p. I-03813. La Corte ribadisce in questa occasione "il principio generale di diritto comunitario in forza del quale ogni persona ha diritto ad un processo equo. [...] Tale principio si ispira ai diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950" (punto 65). V. anche sentenze 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe c. Commissione*, causa C-185/95 P, in *Racc.*, 1998, p. I-8417, punti 20 e 21; 11 gennaio 2000, *Paesi Bassi e Van der Wal c. Commissione*, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, in *Racc.*, 2000, p. I-1, punto 17, nonché 28 marzo 2000, *Krombach*, cit., punto 26.

⁽⁸⁾ Il carattere vincolante dei diritti fondamentali (nello specifico della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma non solo) anche prima dell'avvento del Trattato di Maastricht è stato difeso da alcuni autori, sulla base dell'art. 234 TCE (v., *ex pluribus*, M. H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human*

fondamentali dell'Unione europea proclamata prima a Nizza il 7 dicembre 2000, e successivamente a Strasburgo il 12 dicembre 2007, “lo stesso valore giuridico dei trattati” e, al contempo, preannunciando l'adesione dell'Unione alla CEDU.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dunque, nonostante l'Unione non vi abbia ancora aderito ⁽⁹⁾, e come ribadito a più riprese dalla stessa Corte di giustizia, è oramai parte del diritto dell'Unione: il suo valore precettivo, in quanto “strumento di ordine pubblico regionale” ⁽¹⁰⁾, condiziona la cooperazione giudiziaria in materia civile nell'ambito dell'Unione europea. Pur consentendo agli Stati un certo margine di apprezzamento, essa incide sull'assetto modulare, da una parte, della sovranità costituzionale dello Stato ⁽¹¹⁾ e, dall'altra, sull'ordinamento dell'Unione, e nello specifico, per quanto interessa ai fini di questo studio, sulla normativa di diritto internazionale privato di matrice europea.

Anche il diritto internazionale privato dell'Unione, pertanto, è oggi fortemente ispirato ai diritti fondamentali, soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ne ha rafforzato la tutela ⁽¹²⁾. Il

Rights, in *Yearb. Eur. Law*, 1981, p. 125 ss.). La Corte di giustizia, tuttavia, non ha sempre mantenuto questa posizione, spesso assumendo che “[g]li strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno collaborato o aderito, possono del pari *fornire indicazioni* di cui si deve tener conto nell'ambito del diritto comunitario” (sentenza 13 luglio 1989, *Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, causa C-5/88, in *Racc.*, 1989, p. I-02609, punto 17 – il corsivo è aggiunto). Negli stessi termini si è espressa nelle sentenze 11 luglio 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, causa C-265/87, in *Racc.*, 1989, p. I-02237, spec. punto 14, e 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas (ERT)*, causa C-260/89, in *Racc.*, 1991, p. I-02925, spec. punto 41 (“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”).

⁽⁹⁾ V. *supra* Cap. I, nota 26. Da ultimo, tra gli altri, v. anche F. BENOIT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Art. 6 UE*, in *RTDE*, 2012, p. 375 ss., spec. p. 382 ss.; B. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2012, in <http://www.sidi-isil.org>, e J. M. CORTES MARTIN, *Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, p. 615 ss.

⁽¹⁰⁾ Così Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, ricorso n. 30961/03, punto 48.

⁽¹¹⁾ F. SALERNO, *L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit., p. 121 ss., spec. p. 144.

⁽¹²⁾ V. tuttavia il Protocollo n. 30, allegato al Trattato, sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, nonché la Dichiarazione relativa a tale Protocollo, oltre alla Dichiarazione della Repubblica ceca sulla

Trattato sull'Unione europea, come vedremo in maniera approfondita più avanti, predispone, all'art. 18, par. 1, il divieto di non discriminazione in ragione della cittadinanza: il diritto derivato (che ricomprende, appunto, i regolamenti europei adottati sulla base dell'art. 81 del TFUE) deve rapportarsi a tale disposizione-parametro ⁽¹³⁾.

L'attuale incedere dei diritti fondamentali nella disciplina internazionalprivatistica – che spesso conduce, come dicono alcuni ⁽¹⁴⁾, ad una proliferazione di questi ⁽¹⁵⁾ – ha dato adito a diffusi dibattiti tra gli autori, vertenti principalmente sul carattere universale o relativo di detti diritti fondamentali ⁽¹⁶⁾. Invero, si può dire che sussista di per sé

Carta dei diritti fondamentali (per cui “3. La Repubblica ceca sottolinea che, laddove la Carta riconosca i principi e i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali principi e diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni). Tale Protocollo sembra implicare l'estensione del principio di *integrazione differenziata* al sensibile ambito delle tutele fondamentali. Tra gli altri, v. S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. Unione europea*, 2009, p. 720 ss.

⁽¹³⁾ La non discriminazione è richiamata anche all'art. 2 TUE come valore fondamentale alla base di ogni società democratica, caratterizzata, inoltre, “dal pluralismo... dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Il principio di non discriminazione in ragione della cittadinanza è inoltre ricordato nella disciplina del Titolo IV del TFUE, relativo alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali (spec. art. 45, n. 2; art. 65, n. 3; art. 114, n. 6; art. 157, n. 2; art. 200, n. 5; art. 326, par. 2).

⁽¹⁴⁾ È stato invero sottolineato che “la prolifération des droits fondamentaux est telle qu'il devient urgent de repenser la définition d'un concept qui permet désormais de coiffer des droits individuels dont le caractère fondamental est pour le moins contestable”. Così L. GANNAGE, *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen – Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman*, in *RIDC*, 2006, p. 101 ss., spec. 115, nonché, citando la stessa autrice, Y. LEQUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, cit., p. 123.

⁽¹⁵⁾ Si ascrive al quadro illustrato, tra le altre, la Risoluzione approvata il 6 luglio 2012 dal Consiglio per i diritti umani, relativa a *The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*. Per la prima volta si è riconosciuto l'accesso ad Internet tra i diritti dell'uomo, “[n]oting that the exercise of human rights, in particular the right to freedom of expression on the Internet is an issue of increasing interest and importance as the rapid pace of technological development enables individuals all over the world to use new information and communications technologies”. Il Consiglio dichiara che i diritti riconosciuti all'uomo *offline* devono essergli garantiti anche *online*, in particolare la libertà di espressione, “applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice”, ai sensi dell'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Riconoscendo pertanto la natura di Internet quale “driving force in accelerating progress towards development in its various forms”, il Consiglio invita gli Stati a promuovere l'accesso alla rete anche tramite la cooperazione internazionale.

⁽¹⁶⁾ Tra gli altri, su questo dibattito, v. i contributi di L. GANNAGE, *À propos de l'“absolutisme” des droits fondamentaux*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 265 ss. e, della stessa autrice, *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen – Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit*

un'antinomia tra questi ed il diritto internazionale privato. Il primo, invero, teso ad organizzare il coordinamento dei vari ordinamenti giuridici, reca un senso di *relatività*, nel contesto del quale esso trova il suo sviluppo; i diritti fondamentali, per contro, evocano l'idea di *assoluto* ⁽¹⁷⁾. Nel discorso internazionalprivatistico, questa opposizione di forze rievoca la già accennata contrapposizione ⁽¹⁸⁾ – particolarmente evidente nell'ambito dei rapporti di famiglia – esistente nel dibattito inerente alla protezione, da una parte, dell'identità culturale degli individui ⁽¹⁹⁾ e, dall'altra, alla promozione di valori di integrazione delle persone nel territorio dello Stato d'arrivo. Il fulcro della controversia si incentra sull'opposizione dei diritti fondamentali al rispetto delle identità culturali ⁽²⁰⁾.

Faremo principale riferimento al diritto primario dell'Unione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, non deve essere trascurata la rilevanza che riveste, tra le altre fonti in tema di tutela dei diritti fondamentali, la Carta delle Nazioni Unite (il cui art. 1, par. 3 stabilisce che tra i fini dell'Organizzazione vi è quello di “conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale, culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per

musulman, cit., spec. 108 ss. (con precipuo riferimento alla situazione francese); F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, *Par-delà l'universalisme et le relativisme: La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 109 ss.

⁽¹⁷⁾ S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme*, Hachette, 1992, p. 107 ss.

⁽¹⁸⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 10.

⁽¹⁹⁾ Per gli aspetti generali, v. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss. e, della stessa autrice, *Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar*, in *CDT*, 2012, p. 5 ss.

⁽²⁰⁾ Questo dibattito è senza dubbio più acceso nei paesi soggetti al flusso migratorio di cittadini provenienti da Stati confessionali, basati, nello specifico, sulla fede islamica. Questi ultimi Stati, irrispettosi del divieto di non discriminazione, sono spesso caratterizzati da un pluralismo esasperato di culture, che contribuisce all'immobilismo dello statuto personale (come succede, ad esempio, in Libano). L'Europa dell'assolutismo dei diritti fondamentali si trova pertanto a dover fronteggiare l'ingresso di rapporti giuridici creatisi (legittimamente) su questi presupposti o l'applicazione di norme straniere foriere di tradizioni giuridico-culturali diametralmente opposte, che tuttavia richiedono, per quanto possibile, di essere tutelate. A tal proposito, v. L. GANNAGE, *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen – Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman, cit.*, pp.102-104 e 109 ss.

tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione”) e la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo ⁽²¹⁾.

(ii) Una delle forme di manifestazione dei diritti fondamentali dell’uomo nella disciplina di diritto internazionale privato (qualunque sia il “livello” considerato) ⁽²²⁾ è notoriamente quella dell’eccezione dell’ordine pubblico ⁽²³⁾. L’ordine pubblico del foro, infatti, se da una parte ne *garantisce* il rispetto, al contempo concorre a *definirne il contenuto*. Come precedentemente ricordato, la definizione del contenuto dei principi di ordine pubblico è ad oggi plasmata sul singolo, a protezione della persona, piuttosto che di interessi generali ⁽²⁴⁾.

All’esplicazione *piena* degli effetti dell’eccezione dell’ordine pubblico, si affianca la funzione dell’*ordre public de proximité* ⁽²⁵⁾. Secondo la teoria dell’effetto *attenuato*, sviluppatasi soprattutto in Francia, l’evizione della norma straniera mediante il funzionamento del meccanismo dell’ordine pubblico opererebbe esclusivamente laddove il rapporto giuridico in questione presenti dei collegamenti con l’ordinamento del foro (ad esempio, la cittadinanza, il domicilio o la residenza). L’*ordre public de proximité*, che ha pertanto l’obiettivo di ridurre le distanze attraverso l’esame della prossimità del rapporto giuridico questionato con l’ordinamento del foro, si presenta come *fattore supplementare* della relatività dell’ordine pubblico, che si aggiusta alla necessità di prendere in considerazione, *volta per volta*, i risultati concreti dell’applicazione della norma straniera ⁽²⁶⁾. Dalla prassi giurisprudenziale francese risulta che

⁽²¹⁾ V. inoltre la Convenzione della Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) del 1958 sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni, n. 111.

⁽²²⁾ V. *supra*, Cap. I, par. 1.

⁽²³⁾ Tra gli altri, v. P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?*, in *IPRax*, 2010, p. 249 ss.; P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique*, 1997, p. 1 ss.; sull’attualità dell’eccezione dell’ordine pubblico a fini di garanzia dei diritti fondamentali, v. B. JURATOWITCH, *The European Convention on Human Rights and English Private International Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2007, p. 173 ss.

⁽²⁴⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 8 *in fine*.

⁽²⁵⁾ V. P. COURBE, *L’ordre public de proximité*, in *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé esprit et méthodes*, Paris, 2005, p. 227 ss.; O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, *cit.*, p. 14 ss.; L. GANNAGE, *L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français, Année 2006-2008*, p. 205 ss.

⁽²⁶⁾ Così P. COURBE, *L’ordre public de proximité*, *cit.*, p. 228.

l'ordine pubblico di prossimità sia stato invocato esclusivamente in tre ambiti, inerenti alla disciplina dello statuto personale e, nello specifico, nella materia di divorzio, filiazione e adozione. A motivo della specifica rilevanza della dottrina dell'effetto attenuato in tali campi, ci riserviamo di addentrarci nel dettaglio di alcune considerazioni nel paragrafo successivo.

La descritta corrente dottrinale dell'ordine pubblico attenuato è stata accolta dall'*Institut de droit international* nella Risoluzione adottata a Cracovia nel 2005 ⁽²⁷⁾. Tra le disposizioni adottate (riguardanti l'istituto del matrimonio, il divorzio, la filiazione e le successioni), in particolare, quella riferita al divorzio prevede, ai fini della tutela dei diritti legittimamente acquisiti all'estero ⁽²⁸⁾, che "l'ordre public ne devrait pas être opposé à la reconnaissance d'un divorce prononcé ou enregistré dans un Etat étranger par une autorité compétente selon la loi de cet Etat, au motif que la procédure suivie est inconnue dans l'Etat de reconnaissance". L'eccezione dell'ordine pubblico, ai sensi del secondo paragrafo, potrà invece essere opposta avverso il riconoscimento del ripudio unilaterale del marito "lorsque la femme a ou a eu la nationalité de l'Etat de reconnaissance ou d'un Etat refusant la répudiation ou lorsqu'elle a sa résidence habituelle dans l'un de ces Etats, à moins qu'elle y ait consenti ou qu'elle ait bénéficié d'une protection pécuniaire suffisante". L'*ordre public de proximité* trova infine la propria consacrazione normativa all'art. 57 della legge belga di diritto internazionale privato (*Dissolution du mariage à l'étranger fondée sur la volonté du mari*) ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ P. LAGARDE (Rapporteur), Risoluzione 25 agosto 2005, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, per cui "l'exclusion réciproque systématique des lois de cultures différentes au moyen de l'exception d'ordre public méconnaîtrait l'exigence de coordination des systèmes juridiques", e "le respect des identités culturelles est devenu un objectif du droit international qui doit trouver à s'appliquer en droit international privé" (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1224 ss.).

⁽²⁸⁾ V. nel dettaglio *infra*, par. 2.

⁽²⁹⁾ La disposizione prevede che un ripudio ("un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage) formatosi all'estero "sans que la femme ait disposé d'un droit égal", non può essere riconosciuto in Belgio. Il secondo paragrafo tuttavia dispone certe condizioni alle quali, in maniera cumulativa, tale atto può essere riconosciuto: "1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi; 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage; 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance".

Con specifico riferimento all'influenza dei diritti fondamentali sulla disciplina internazionalprivatistica dell'Unione ⁽³⁰⁾, concorrono al potenziamento della loro garanzia, come sopra descritto, gli articoli 67 e 81 del TFUE. Entrambe le disposizioni richiedono al legislatore dell'Unione una rinnovata attenzione, al momento dell'elaborazione di norme di diritto internazionale privato, diretta alla salvaguardia dei diritti fondamentali (come se, utilizzando una metafora, fosse richiesto al legislatore dell'Unione di inforcare degli occhiali da vista le cui *lenti* rappresentano, appunto, i diritti fondamentali). L'art. 67, par. 1, conviene ricordarlo, prevede che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia *nel rispetto dei diritti fondamentali* nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri", mentre l'art. 81, par. 2, che il Consiglio adotta atti legislativi nell'ambito del diritto internazionale privato "in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno". Quest'ultima espressione, nello specifico, definisce al negativo gli obiettivi del diritto internazionale privato dell'Unione, che, dopo Lisbona, non si esauriscono in finalità a carattere meramente economico, ma si affiancano (senza per questo sostituirsi) a quelle di tutela dei diritti fondamentali ⁽³¹⁾. L'attenzione per i diritti fondamentali da parte della disciplina internazionalprivatistica si rinviene anche nel processo di "comunitarizzazione" cui sono state soggette le prime convenzioni di diritto internazionale privato. I regolamenti in cui sono state trasfuse le disposizioni contenute originariamente nelle convenzioni, infatti, sono stati modificati in senso rafforzativo della tutela dei diritti fondamentali ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ A proposito dell'interazione tra diritto internazionale privato dell'Unione e diritti fondamentali, tra gli altri, V. VAN DEN EECKHOUT, *The Promotion of Fundamental Rights by the Union as a Contribution to the European Legal Space: The Role of European Private International Law*, in SSRN, 2008, p. 1 ss., nonché, dello stesso autore, *Competing Norms and European Private International Law - Sequel to 'Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law'*, in SSRN, 2008, p. 1 ss. Con precipuo riferimento, poi, al diritto di famiglia, v. H. STALFORD, *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, in *International Family Law For the European Union*, cit., p. 101 ss. e, nello stesso volume, M. FALLON, *Constraints of Internal Market Law on Family Law*, p. 149 ss.

⁽³¹⁾ P. IVALDI, C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, cit., spec. pp. 8 e 11.

⁽³²⁾ Il riferimento è alle disposizioni che tutelano il contraente "debole": per tutti, v. art. 6 del regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che disciplina i contratti conclusi dai consumatori, che prevede una disciplina "rafforzata" per il consumatore, rispetto all'art. 5 della "precedente" Convenzione di Roma del 1980.

Con l'entrata in vigore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'incidenza dei diritti fondamentali sulle norme di diritto internazionale privato è divenuta più considerevole ⁽³³⁾; l'incidenza della Convenzione sul "sistema" internazionalprivatistico dell'Unione si prospetta ancora più incisiva quando quest'ultima vi avrà aderito ⁽³⁴⁾.

A motivo della portata applicativa *regionale* della CEDU – a differenza, a titolo esemplificativo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che ha portata *universale* –, si sono prospettate tre soluzioni, relative all'impatto *indiretto* ⁽³⁵⁾ che la Convenzione esercita sul diritto internazionale privato (e, nello specifico, nel settore dei conflitti di leggi) ⁽³⁶⁾. È opportuno tuttavia premettere a quanto segue che, a nostro avviso, l'impatto dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU debba mutare a seconda del metodo di coordinamento impiegato dalla norma di conflitto, a seconda che questa, ovvero, sia informata al metodo "neutro"

⁽³³⁾ V. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007. Per l'a. la CEDU, da una parte, si presenta quale fattore di coordinamento giurisdizionale e, dall'altra, quale fattore stimolante il coordinamento normativo tra ordinamenti giuridici.

⁽³⁴⁾ L'adesione è preordinata ad istituire un meccanismo di raccordo istituzionale tra la Corte di giustizia dell'Unione e la Corte di Strasburgo, finalizzato alla creazione di un sistema di controllo esterno – da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo – sugli atti e sulle attività delle istituzioni dell'Unione in riferimento al parametro normativo costituito dai diritti fondamentali protetti dalla Convenzione. V. P. IVALDI, C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, cit., spec. p. 22. V. anche A. BULTRINI, *I rapporti fra le Corti nella prospettiva della Corte europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2011, p. 120 ss. In seguito all'adesione dell'Unione alla CEDU, il diritto dell'Unione, tuttavia, non sarà privato della propria autonomia regolatoria (v. in tal senso la Dichiarazione relativa all'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea, ai sensi del quale "[l]a conferenza conviene che l'adesione dell'Unione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione [...]"). È stato da ultimo presentato l'8 gennaio 2013 il progetto di rapporto esplicativo sull'accordo relativo all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in cui si evidenziano i nodi che ancora devono essere sciolti (tra gli altri, il corretto inquadramento del rinvio pregiudiziale in relazione alla condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni), reperibile sul sito <http://www.coe.int>.

⁽³⁵⁾ La dottrina si è invero interrogata anche sull'incidenza *indiretta* della CEDU sulla disciplina internazionalprivatistica, intendendosi con tale espressione la possibilità per cui la Convenzione possa inibire l'applicazione del diritto straniero richiamato dalla norma conflittuale anche nell'ipotesi in cui il medesimo promani da uno Stato non contraente. *Contra*, l'impatto *diretto* della CEDU prevede la necessità che le norme internazionalprivatistiche degli Stati che hanno ratificato la Convenzione siano convenzionalmente orientate, avuto riguardo anche all'*aquis* – alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁽³⁶⁾ F. SEATZU, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato e processuale: temi scelti*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit., p. 205 ss., spec. p. 215 ss.

della localizzazione della fattispecie o che, invece, impieghi il metodo delle considerazioni materiali perché finalizzata al perseguimento di obiettivi a carattere sostanziale ⁽³⁷⁾. La prima delle soluzioni richiamate ammette l'incidenza (indiretta) della Convenzione sul diritto straniero solo nei casi in cui quest'ultimo promani da uno Stato contraente: la Convenzione, secondo questa tesi, sarebbe del tutto estranea rispetto alla *lex causae* individuata dalla norma di conflitto ⁽³⁸⁾. La seconda soluzione implica l'accoglimento *in ogni caso* dei principi riconosciuti dalla CEDU in ambito internazionalprivatistico, a prescindere dalla circostanza in cui sia richiamato l'ordinamento di uno Stato non contraente ⁽³⁹⁾. Infine, è stata prospettata una terza soluzione, quella dell'attenuazione degli standards convenzionali, dal momento che “a full enforcement of the Convention rights by the court of the forum should in that case come as a *fundamental surprise* either to the foreign State or, more importantly, to the private

⁽³⁷⁾ V. P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, cit.

⁽³⁸⁾ A sostegno di questa soluzione può addursi il principio recepito dall'art. 15 della legge di riforma del sistema di diritto internazionale italiano, per cui la legge straniera “è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo” – tra i quali, secondo questa prima teoria, non potrebbero figurare i criteri ermeneutici impiegati dalla Corte di Strasburgo per l'interpretazione della Convenzione. F. SEATZU, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato e processuale: temi scelti*, cit., p. 215.

⁽³⁹⁾ Una consolidata giurisprudenza della Corte riconosce l'applicazione *extraterritoriale* della CEDU. Tale prassi giurisprudenziale è stata inaugurata con la pronuncia resa il 7 luglio 1989 nel caso *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88. In quest'occasione si trattava di decidere in merito alla conformità con gli articoli 3 (“Proibizione della tortura”), 6 (“Diritto a un equo processo”), nonché 2 (“Diritto alla vita” – v. parere conforme del giudice De Meyer) della CEDU dell'extradizione verso gli Stati Uniti di un cittadino tedesco, detenuto in Inghilterra. Nei confronti del sig. Soering, accusato di plurimo omicidio nello Stato della Virginia, sussistevano seri motivi affinché venisse condannato alla pena di morte, qualora fosse stato estradato negli Stati Uniti (Stato che, come è noto, non ha ratificato la Convenzione). La Corte ha affermato dunque che, nonostante “la Convention ne régit pas les actes d'un État tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil État”, tuttavia “[l]a Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales”. Pertanto “[u]n État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce ‘patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit’ auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3) ”.

parties concerned” (il corsivo è aggiunto) ⁽⁴⁰⁾. Ci sembra che la seconda delle teorie sopra prospettate, con riguardo all’ambito oggetto del presente lavoro, sia quella più appropriata. Riteniamo invero che la tesi per cui i valori affermati dalla Convenzione debbano essere rispettati *in ogni caso* dalle norme di diritto internazionale privato (con particolare attenzione alla disciplina internazionalprivatistica dell’Unione, per quanto qui interessa), meglio si adatti alla funzione cui sono preposte le norme che la compongono, con attenzione specifica alle norme di conflitto in materia familiare ⁽⁴¹⁾.

Nel panorama delineato dal Trattato di Lisbona e dalla CEDU – al momento attuale ed in vista della prospettata adesione dell’Unione – in riferimento alla protezione *rafforzata* dei diritti fondamentali, la tutela effettiva di questi si articola essenzialmente in tre tempi. In primo luogo, è il legislatore europeo che, al momento di adottare una misura di diritto internazionale privato, dovrà tenere conto anche del rispetto dei diritti fondamentali, ai sensi dell’art. 67, par. 1, del TFUE. Egli dovrà, a tal proposito, operare un *bilanciamento* concreto che assicuri il pieno godimento delle libertà economiche su cui è fondata l’Unione europea, nel rispetto di adeguati standards di tutela dei diritti fondamentali, in ottemperanza del reciproco affiancamento degli obiettivi cui è preposto il “sistema” di diritto internazionale privato dell’Unione. In secondo luogo, starà poi al giudice nazionale – quale primo giudice europeo –, nonché all’interprete, procedere allo stesso bilanciamento, assicurando così una corretta applicazione delle norme, conformemente alla tutela dei diritti fondamentali ⁽⁴²⁾. La Corte di giustizia, infine, riveste un ruolo decisivo nello schema delineato: essa si fa carico di fissare i termini entro i quali deve operarsi tale bilanciamento. La Corte invero, una volta chiarito che i diritti e le libertà fondamentali non hanno valore assoluto e che non vi è alcuna gerarchia tra essi ⁽⁴³⁾, si propone di stabilire i parametri valutativi

⁽⁴⁰⁾ F. SEATZU, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto internazionale privato e processuale: temi scelti*, cit., p. 216.

⁽⁴¹⁾ V. immediatamente *infra*.

⁽⁴²⁾ Con riferimento al sistema della CEDU, v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

⁽⁴³⁾ V. sentenza 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini e a.*, cause riunite C-317-320/08, in *Racc.*, 2010, p. I-2213. In questa occasione la Corte, investita della questione

entro cui il legislatore ed il giudice dovranno muoversi, garantendone in questo modo una tutela adeguata.

La Corte europea ha stabilito a più riprese l'importanza della CEDU nel panorama internazionalprivatistico dell'Unione, con particolare attenzione, come già accennato, ad alcune disposizioni. In tal senso, è sicuramente l'art. 6 ("Diritto a un equo processo") che ha promosso la giurisprudenza più cospicua⁽⁴⁴⁾. Tuttavia, per il tema che interessa la presente ricerca, rilevano soprattutto gli articoli 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare"), 12 ("Diritto al matrimonio"), 14 ("Divieto di discriminazione"), 5 del Protocollo 7 ("Parità tra i coniugi"). Il Protocollo 12, il cui art. 1 reca la rubrica "Divieto generale di discriminazione", rafforza considerevolmente l'art. 14 della Convenzione, attraverso la previsione per cui "1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge 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. 2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1"⁽⁴⁵⁾. Sulle pretese violazioni dell'art. 14, che spesso la Corte considera in combinato con altre

pregiudiziale vertente sull'interpretazione della direttiva 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), ha dichiarato che essa non osta alla previsione, in un ordinamento nazionale, di un procedimento extra-giudiziale di risoluzione delle controversie, da esperire obbligatoriamente prima del ricorso alla via giurisdizionale. Invero, anche se "subordinando la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali proposti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione, siffatta normativa introduce una tappa supplementare per l'accesso al giudice e tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva, ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", tuttavia "i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti" (spec. punto 63).

⁽⁴⁴⁾ V. in merito, tra gli altri, J. J. FAWCETT, *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*, in *ICLQ*, 2007, p. 1 ss.; O. LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 29 ss.; X. KRAMER, *Enforcement under the Brussels Convention: Procedural public policy and the influence of Article 6 ECHR*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 16 ss.; F. SEATZU, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato e processuale: temi scelti*, cit., spec. p. 221 ss.; C. TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 923 ss.

⁽⁴⁵⁾ V. *infra* par. 2.

disposizioni della Convenzione (⁴⁶), essa si è espressa a più riprese anche sul principio di non discriminazione *per se* considerato (⁴⁷).

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea distacciamo l'importanza che rivestono gli articoli 20 ("Uguaglianza davanti alla legge"), 23 ("Parità tra donne e uomini"), 24 ("Diritti del minore"), 33 ("Vita familiare e vita professionale") e, soprattutto, l'art. 21

(⁴⁶) La Corte invero, in alcune occasioni, ha affermato che "[a]rticle 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. The application of Article 14 does not necessarily presuppose a violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall 'within the ambit' of one or more of the Convention Articles". Così, tra le altre, nella decisione 9 marzo 2010, *Ammdjadi c. Germania*, ricorso n. 51625/08, nonché sentenza 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito*, ricorso n. 13378/05, punto 58.

(⁴⁷) Tra gli altri, v. sentenza 8 luglio 1986, *Lithgow e a. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, punto 177 ("the Court would recall that Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised by the Convention. It safeguards persons (including legal persons) who are 'placed in analogous situations' against discriminatory differences of treatment; and, for the purposes of Article 14, a difference of treatment is discriminatory if it 'has no objective and reasonable justification', that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'"); sentenza 18 dicembre 1986, *Johnston and o. c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82; sentenza 28 ottobre 1987, *Inze c. Austria*, ricorso n. 8695/79, sulla violazione, oltre che dell'art. 14, anche dell'art. 1 del Protocollo n. 1, per cui "Au regard de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'"; sentenza 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, ricorso n. 34369/97, punto 44 ("[t]he Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different").

(“Non discriminazione”) (⁴⁸), con attenzione – in particolar modo – al divieto di discriminazione in ragione della cittadinanza (⁴⁹).

In merito al divieto di discriminazione diretta in ragione della cittadinanza, richiamato *in primis* dall’art. 18 TUE, la Corte di giustizia dell’Unione si è espressa in termini perentori. Essa ha sancito che “l’art. 7 del Trattato CEE [ora art. 18 TUE] vieta agli Stati membri di applicare in modo diverso il proprio diritto alle intese secondo la nazionalità degli interessati, ma non contempla le disparità di trattamento che derivano dalle differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri dal momento che ciascuna di dette legislazioni si applica a chiunque sia ad esse soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità” (⁵⁰). Da quel momento si è andata sviluppando una giurisprudenza oramai consolidata, ai sensi della quale, ai fini di evitare *disparità* di trattamento tra cittadini di Stati diversi, è necessaria l’elaborazione di un sistema di coordinamento (⁵¹). In tale obiettivo di coordinamento, cui è notoriamente

(⁴⁸) Di cui consideriamo fondamentale riportare il testo: “1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale. 2. Nell’ambito d’applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità”. Conviene ricordare che è nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959 che si rinviene l’elenco più completo delle ragioni in base alle quali è proibita ogni forma di discriminazione (“[...] without distinction or discrimination on account of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, whether of himself or of his family”).

(⁴⁹) V. *infra*, par. 2.

(⁵⁰) Sentenza 13 febbraio 1968, *Walt Wilhem e a. c. Bundeskartellamt*, causa C-14/68, in *Racc.*, 1969, p. 1 ss. (punto 13).

(⁵¹) V. anche, in materia di diritti d’autore, sentenza 20 ottobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im*, cause riunite C-92/92, C-326/92, in *Racc.*, 1993, p. I-05145, punti 30 e 32; in materia di previdenza sociale, sentenza 28 aprile 1994, *Albert Hoorn c. Landesversicherungsanstalt Westfalen*, causa C-305/92, in *Racc.*, 1994, p. I- 01525, punto 13; in materia fiscale, sentenza 12 maggio 1998, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, causa C-336/96, in *Racc.*, 1998, p. I-02793; in tema di ripartizione compensativa dei diritti alla pensione in un procedimento di divorzio, sentenza 10 giugno 1999, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, causa C-430/97, in *Racc.*, 1999, p. I-03475. Con riferimento a quest’ultima pronuncia, la Corte, chiamata a decidere sulla compatibilità con il principio di non discriminazione di una norma di conflitto tedesca che sottoponeva certe conseguenze del divorzio alla legge nazionale del marito (la questione era simile a quella sottoposta alla nostra Corte costituzionale, nei confronti degli articoli 18 e 19 disp. prel. cod. civ.), ritenendo che la fattispecie esulasse dall’ambito di applicazione del Trattato, non si è pronunciata sulla questione. Essa ha tuttavia dichiarato che “la nazionalità delle parti della controversia verrebbe presa in considerazione solo in quanto fattore di collegamento accolto dalle norme di diritto internazionale privato” e che “[n]é le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato che determinano il diritto

preposto il diritto internazionale privato – in maniera specifica il diritto internazionale privato dell’Unione, soprattutto nella materia dei rapporti di famiglia –, gioca un ruolo fondamentale l’impiego dei criteri basati sui legami della cittadinanza, del domicilio, della residenza abituale, dell’autonomia delle parti.

Prima di addentrarci nel tema oggetto di questo capitolo – nel ruolo ovvero che i diritti fondamentali rivestono nella disciplina internazionalprivatistica dell’Unione nella materia familiare e, nello specifico, nell’impiego dei legami personali in questo contesto – conviene fare precedere una questione, a nostro avviso pregiudiziale. Il diritto dell’Unione, di cui è parte il diritto internazionale privato, è ordinato a determinate *policies*, funzionali al raggiungimento di obiettivi che sono propri di tale ordinamento. Tali politiche, come sappiamo, concedono alle persone uno spazio crescente, nel contesto di un transnazionalismo che abbatte le frontiere e promuove la libera circolazione. È opportuno, in questo contesto di *spazio integrato*, nel quadro dell’obiettivo di una sempre maggiore integrazione – che si traduce essenzialmente, nel micro-contesto, nell’impiego del criterio basato sul legame personale della residenza abituale – il raccordo tra *policies* avvenga nella consapevolezza dell’esistenza di una forte coesione di valori, tra cui, sicuramente, il *valore della diversità* ⁽⁵²⁾.

2. *L’influenza dei diritti fondamentali sulle norme di conflitto dell’Unione europea in materia familiare.*

Considerando che le relazioni familiari, più di altri rapporti giuridici, sono tributarie di particolarismi culturali ⁽⁵³⁾ – oggi soprattutto a motivo

materiale nazionale applicabile agli effetti di un divorzio tra coniugi, né le disposizioni nazionali di diritto civile che disciplinano materialmente tali effetti rientrano nel campo d’applicazione del Trattato” (punti 25 e 27). Ancora con riferimento ai diritti d’autore, v. sentenza 6 giugno 2002, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co.*, causa C-360/00, in *Racc.*, 2002, p. I-5089, punto 31. Sul principio di non discriminazione ed il diritto internazionale privato v. anche P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, spec. p. 273 ss.

⁽⁵²⁾ Il motto dell’Unione europea, non a caso, è “Uniti nella diversità” (*Unie dans la diversité, United in diversity, In Vielfalt geeint*).

⁽⁵³⁾ C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss. Per l’a. i settori maggiormente sensibili all’ambiente culturale e, dunque, più esposti a conflitti normo-culturali, sono il diritto penale (si pensi ai

della crescente mobilità delle persone attraverso le frontiere – il principio che viene maggiormente in rilievo in questo contesto è quello di non discriminazione⁽⁵⁴⁾.

Superata l'idea della pretesa neutralità delle norme di conflitto nei confronti dei diritti fondamentali, due sono le questioni che subito emergono in questo contesto: l'idea, da una parte, per cui nelle norme di conflitto dimora un intrinseco carattere discriminatorio⁽⁵⁵⁾ e, dall'altra, che il criterio basato sul legame personale della cittadinanza è il criterio che più degli altri suscita riflessioni su questo aspetto⁽⁵⁶⁾. Invero, le norme di conflitto, a motivo dell'obiettivo cui sono preposte – l'individuazione di un determinato ordinamento atto a disciplinare la fattispecie giuridica di riferimento – sono *per se* discriminatorie, e conducono nella pratica alla preferenza di un ordinamento rispetto ad un altro. Se il criterio di collegamento della cittadinanza impiegato dalle norme di conflitto di origine interna, convenzionale o sovranazionale, soprattutto nella disciplina dei rapporti e delle situazioni familiari, è oggetto di discussione proprio per i tratti discriminatori che lo caratterizzano, tuttavia, come vedremo più avanti, e come abbiamo in parte anticipato⁽⁵⁷⁾, oggi continua ad essere impiegato dalle norme di conflitto dell'Unione.

Il principio di non discriminazione ha conosciuto un'importante evoluzione nel tempo: tra le tappe più importanti, la sua

c.d. "reati culturalmente motivati") ed il diritto di famiglia. V. anche L. GANNAGE, *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen – Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman*, cit., p. 110.

⁽⁵⁴⁾ Il principio di non discriminazione contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stato dichiarato dalla Corte di Strasburgo "one of the fundamental principles of democracy" (sentenza 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c. Turchia*, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, punto 80). V., tra gli altri, C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009; F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008. Per una raccolta di fonti normative, di pronunce della Corte di giustizia e della Corte europea sul tema, v. *Materiali per lo studio del diritto antidiscriminatorio*, a cura di C. Favilli, M. P. Monaco, Firenze, 2008.

⁽⁵⁵⁾ Così B. CURRIE, H. SCHRETER, *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Equal Protection*, in *The University of Chicago Law Review*, 1960, p. 1 ss., spec. p. 11.

⁽⁵⁶⁾ F. MICHAELS, *The New European Choice-of-Law Revolution*, in *Tulane Law Review*, 2008, p. 1607 ss., per cui "equal treatment is one of the oldest principles of conflict of laws, and citizenship is a traditional connecting factor" (p. 1633).

⁽⁵⁷⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 5.

costituzionalizzazione in alcuni sistemi giuridici ⁽⁵⁸⁾, la proclamazione dello stesso nel Trattato di Lisbona e nella Carta di Nizza nonché, come sopra ricordato, l'attenzione crescente da parte della giurisprudenza delle Corti europee. Inquadrata nel più ampio contesto del richiamato fenomeno della specializzazione, flessibilizzazione e materializzazione delle norme di diritto internazionale privato ⁽⁵⁹⁾, la "riscoperta" del rapporto tra il principio di non discriminazione e la disciplina internazionalprivatistica ha stimolato una rinnovata riflessione sugli obiettivi di quest'ultima, preposta, tra le altre cose, a combatterne il fenomeno. Così come, invero, le norme di diritto internazionale privato dell'Unione, attualmente interessate dai processi sopra ricordati, si plasmano sugli individui (ricordiamo la struttura *a vocazione integrativa adattabile* della norma di conflitto postmoderna) ⁽⁶⁰⁾ e tendono a soddisfarne gli interessi, così i diritti fondamentali (tra cui il principio di non discriminazione) si adattano, accompagnano e rinforzano le norme di diritto internazionale privato nel contesto dei fenomeni evocati.

Il rischio cui cercano di ovviare le norme di diritto internazionale privato dell'Unione che disciplinano il settore familiare, un ambito particolarmente sensibile e più di altri influenzato dall'incontro di culture spesso radicalmente opposte, è la creazione di situazioni giuridiche "claudicanti" (*limpig situations, rapports juridiques boiteux*). Con tale espressione si indicano quei rapporti giuridici che, se pur validamente costituiti all'estero, non sono riconosciuti nello Stato richiesto poiché contrari a valori da questo ritenuti fondamentali. La sussistenza di un rapporto giuridico claudicante rivela una frattura, una falla nel coordinamento tra sistemi, che è prerogativa della disciplina di diritto internazionale privato.

La tutela garantita dalle norme poste a protezione dei diritti fondamentali, disposta *in primis* dalla CEDU, è di per sé insufficiente senza il richiamato coordinamento a garanzia dell'armonia internazionale, disposto dal diritto internazionale privato: la disciplina internazionalprivatistica è pertanto essenziale ai fini del perseguimento

⁽⁵⁸⁾ Per tutti, v. articoli 3 della Costituzione italiana e 9 della *Constitución española*.

⁽⁵⁹⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 8.

⁽⁶⁰⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 10.

dell'obiettivo sotteso alle norme a tutela dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo, queste ultime hanno una grande influenza, come abbiamo visto, sulle disposizioni di diritto internazionale privato. Tale compenetrazione funzionale tra corpi di norme diventa condizione necessaria al corretto funzionamento di entrambi: il diritto internazionale privato è a gran voce tuttora richiesto, asservito (anche) allo scopo della garanzia dei diritti fondamentali, purché, al contempo, in linea con questi ultimi.

La garanzia della *continuità transnazionale* degli status personali e familiari – che si inquadra nella tutela dell'armonia internazionale – è senza dubbio l'obiettivo principale che si prefigge il diritto internazionale privato della famiglia ⁽⁶¹⁾. Il valore della continuità si affianca così ai valori di integrazione e diversità culturale cui esso si trova a far fronte, attraverso un accurato bilanciamento. Tale bilanciamento tra valori si traspone nella pratica nel *disegno* (a monte) e nella *interpretazione* (a valle) della norma di conflitto, che devono essere compiuti alla luce dei diritti fondamentali.

Conviene tuttavia distinguere due situazioni. La prima riguarda la continuità attraverso le frontiere di situazioni giuridiche validamente formatesi all'estero, di diritti legittimamente acquisiti nello Stato d'origine ⁽⁶²⁾. In questo caso, lo Stato del foro è chiamato a riconoscere semplicemente gli effetti prodotti dall'applicazione della legge straniera all'estero ⁽⁶³⁾. La seconda invece attiene alla creazione, nello Stato richiesto, di nuovi rapporti giuridici attraverso l'applicazione della disciplina straniera ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ V. Cap II, par. 10.

⁽⁶²⁾ V., *ex pluribus*, R. MICHAELS, *EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle and Vested Rights Theory*, in *Journ. Private Int. Law*, 2006, p. 195 ss.; H. MUIR-WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in *Rev. critique*, 1986, p. 425 ss.; E. PATAUT, *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, in *Travaux du comité français, Année 2006-2008*, 2009, p. 71 ss.; A. PILLET, *La théorie générale du droit acquis*, in *Recueil des cours*, Vol. 8, 1925, p. 489 ss.

⁽⁶³⁾ V. P. COURBE, *L'ordre public de proximité*, *cit.*, p. 228; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, *cit.*, p. 17 ss.

⁽⁶⁴⁾ La *Cour de cassation* il 19 aprile 1953, nel noto *Arrêt Rivière*, enunciava il principio per cui “[l]a réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle mette obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français” (in *Revue critique*, 1953, p. 412 ss. Il corsivo è aggiunto).

3. (*Segue*). *Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo...*

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è spesso pronunciata in tema di continuità dei rapporti giuridici creatisi all'estero da una prospettiva internazionalprivatistica, con specifico riferimento all'art. 8 della Convenzione, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare ⁽⁶⁵⁾. La giurisprudenza che si è così venuta consolidando si inquadra nella prima delle situazioni richiamate nel paragrafo precedente: la Corte ha definito i requisiti che devono essere soddisfatti ai fini del riconoscimento nello Stato richiesto di un determinato rapporto giuridico formatosi correttamente all'estero, ed allo stesso modo le condizioni, ai sensi della "clausola di interferenza" contenuta nell'art. 8, par. 2, alle quali tale riconoscimento può essere legittimamente rifiutato ⁽⁶⁶⁾. Nel caso *Wagner*, vertente sul riconoscimento in Lussemburgo di un'adozione legittimante ottenuta in Perù da una cittadina lussemburghese, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 8 CEDU, considerando che le autorità lussemburghesi "refused to

⁽⁶⁵⁾ Tra le altre, v. sentenza 6 maggio 2004, *Hussin c. Belgio*, ricorso n. 70807/01; sentenza 28 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, *cit.*; sentenza 29 aprile 2008, *McDonald c. Francia*, ricorso n. 18648/04; sentenza 6 luglio 2010, *Mary Green and Ajad Farhat c. Malta*, ricorso n. 38797/07; sentenza 3 maggio 2011, *Negreponis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08. Per una "panoramica" sulle pronunce rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ambito internazionalprivatistico nel 2010 e 2011, v. P. KINSCH, *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights*, in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 37 ss. V. F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, nonché a cura dello stesso autore, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002. Con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea sul diritto alla vita familiare per le coppie dello stesso sesso, v. sentenza 2 marzo 2010, *Kozac c. Polonia*, ricorso n. 13102/04; sentenza 22 luglio 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 18984/02; sentenza 31 agosto 2010, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07. *Ex pluribus*, v. L. MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, *cit.*

⁽⁶⁶⁾ La disposizione così recita: "[n]on può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto *a meno che* tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Qualsiasi restrizione che non sia motivata dalle ragioni contemplate nella disposizione stessa (che non rientri pertanto nel margine di apprezzamento dello Stato) è da considerarsi apposta in violazione alla Convenzione. Nella giurisprudenza della Corte europea, v. tra le altre, sentenza 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta*, ricorso n. 17209/02, punto 72; sentenza 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 65900/01, punto 52; sentenza 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, ricorso n. 20458/92, punto 38; sentenza 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca*, ricorso n. 8777/79, punto 40. In dottrina, per tutti, v. A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012.

recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the *social reality* and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption”. Pertanto, “Luxembourg courts could not reasonably refuse to recognise the family ties that pre-existed *de facto* between the applicants and thus dispense with an actual examination of the situation”. La Corte conclude così che “the reasons put forward by the national authorities – namely, *the strict application, in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws [...] are not ‘sufficient’ for the purposes of paragraph 2 of Article 8*” (il corsivo è aggiunto) ⁽⁶⁷⁾. Nel caso *Negrepontis-Giannisis*, la Corte, richiamando *Wagner*, ha affermato che il mancato riconoscimento di uno *status* familiare (nello specifico derivante da un provvedimento statunitense di adozione del nipote maggiorenne da parte dello zio vescovo) per contrasto con l’ordine pubblico del foro costituisce un’ingerenza legittima solo se “fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché” ⁽⁶⁸⁾. In tali occasioni, la Corte ha confermato, tuttavia, l’esigenza del diritto internazionale privato (ad ogni

⁽⁶⁷⁾ Sentenza 28 giugno 2007, *Wagner and J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., punti 133 e 135.

⁽⁶⁸⁾ Sentenza 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, cit., par. 61. Meritano di essere ricordate per l’analogia del ragionamento la sentenza resa dalla *Cour de cassation* l’8 luglio 2010 (in *Revue critique*, 2010, p. 747, con nota di P. HAMMJE) e la sentenza 13 febbraio 2009 della Corte d’appello di Bari (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss., con commento di C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, p. 589 ss.). La *Cour de cassation*, chiamata a pronunciarsi sugli effetti del riconoscimento in Francia di un provvedimento statunitense con il quale una donna francese era stata dichiarata genitore adottivo di un bambino nato da fecondazione eterologa della partner americana, ne ha ordinato l’*exequatur*. La *Cour de cassation* ha invero considerato che la Corte d’appello francese avrebbe leso il diritto alla vita privata e familiare “en faisant prévaloir ses règles de conflit sur la réalité sociale et la situation des personnes concernées”. La Corte d’appello di Bari, sulla stessa linea di pensiero della Corte europea, ha riconosciuto due provvedimenti inglesi attributivi di maternità (*parental orders*) ad una cittadina italiana che aveva stipulato un contratto di maternità surrogata con una donna inglese, motivando tale decisione con la necessità di proteggere “una situazione familiare consolidatasi da oltre dieci anni”. Considerazioni di questo tipo sono state svolte – se pur in contesti diversi – dalla High Court of Justice, nella decisione resa il 9 dicembre 2008 (sempre in merito ad un *parental order*), dalla Corte d’appello di Parigi il 25 ottobre 2007 (che ha decretato la trascrizione dell’atto di nascita redatto in California e attestante la maternità della committente francese) e la Dirección General de los Registros y del Notariado spagnola, nella risoluzione del 18 febbraio 2008 (che ha preso posizione a favore del riconoscimento di effetti di un contratto di maternità per concepimento e gestazione, stipulato in California).

“livello”), *strumentale* all’obiettivo di continuità che l’art. 8 CEDU persegue e che, tuttavia, da solo, non riuscirebbe a realizzare ⁽⁶⁹⁾.

La disciplina delle norme di conflitto dell’Unione in materia familiare si colloca nella seconda categoria di situazioni sopra prospettate, con riferimento ovvero alla creazione, nello Stato richiesto, di nuovi rapporti giuridici attraverso l’applicazione della disciplina straniera designata dalle norme stesse. Si pone pertanto la questione relativa al caso in cui una norma di conflitto designi, a motivo dell’impiego del legame personale della cittadinanza, una normativa straniera che a sua volta introduca nell’ordinamento del foro istituti a questo sconosciuti. Una ipotesi di questo tipo si avrebbe qualora l’ordinamento richiamato dalla norma di conflitto fosse un ordinamento plurilegislativo a base personale, un sistema giuridico multiconfessionale, come è il caso, ad esempio, di Libano ed Israele, i cui rapporti giuridici – familiari, nello specifico – sono disciplinati in modo diverso a seconda della religione professata (nei casi citati quella islamica, ebraica, cattolico-cristiana). Si pensi agli istituti ispirati alla religione islamica della *poligamia*, del *ripudio (talaq)* ⁽⁷⁰⁾, a quelli del *mahr* ⁽⁷¹⁾ e della *kafalah* ⁽⁷²⁾, con i quali i sistemi occidentali si trovano a dialogare con sempre maggiore frequenza. I sistemi giuridici occidentali invero, pregni di un pluralismo e, di conseguenza, di un multiculturalismo esasperato, hanno raccolto la “sfida” (anche a livello pattizio) ⁽⁷³⁾ lanciata

⁽⁶⁹⁾ P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Aboard*, cit., p. 611.

⁽⁷⁰⁾ Per un’analisi comparata del fenomeno v. S. RUTTEN, *Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2004, p. 263 ss.

⁽⁷¹⁾ Si tratta di un donativo nuziale dovuto dal marito a favore della donna. V. per tutti, M. P. DIAGO DIAGO, *La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du droit international privé espagnol*, in *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.

⁽⁷²⁾ Per uno sguardo ricognitivo sugli istituti di diritto islamico ed il loro impatto sulla prassi italiana, v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., nonché R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l’ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

⁽⁷³⁾ V. a riguardo J. H. A. VAN LOON, *The Accomodation of Religious Laws in Crossborder Situations: The Contribution of The Hague Conference on Private International Law*, in *CDT*, 2010, p. 261 ss. Con attenzione all’istituto del ripudio, il riferimento è alle Convenzioni dell’Aja del 1 giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni. La questione della *kafalah* è invece affrontata nella Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale ed espressamente nella Convenzione del 19 ottobre 1996 relativa alla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la

da queste esperienze – che non si esauriscono in esperienze relative alla religione musulmana ⁽⁷⁴⁾ – aprendo loro le “porte”, se pur con certi meccanismi posti a protezione di valori fondamentali del foro. Tali meccanismi di protezione si rendono tanto più necessari laddove i rapporti e le situazioni giuridiche in gioco disconoscano il principio di non discriminazione, su base religiosa e di genere: questi, infatti, caratterizzati di principio da un’immutabilità nel tempo, sono insensibili alle evoluzioni della società, tra le quali, appunto, l’emancipazione del ruolo della donna nei confronti dell’uomo. Questa “apertura”, operata mediante le norme di diritto internazionale privato, come abbiamo visto ⁽⁷⁵⁾, è modulata sul concreto bilanciamento dei valori in gioco, di integrazione, da una parte, e di protezione dell’identità culturale, dall’altra. I meccanismi di chiusura verranno poi sacrificati qualora si tratti di riconoscere nello Stato richiesto un rapporto giuridico, una *realtà sociale*, effettivamente e validamente creatasi all’estero, sulla scorta della richiamata giurisprudenza della Corte europea, con riferimento alla tutela del diritto alla vita privata e familiare. Così, qualora le autorità italiane siano investite della celebrazione di un matrimonio poligamico o dello scioglimento di un matrimonio mediante ripudio – sia per i casi in cui sia ancora applicabile la disciplina contenuta nella legge 31 maggio 1995, n. 218, sia che sia applicabile il regolamento n. 1259/2010 ⁽⁷⁶⁾ – sarebbe a tal riguardo proporzionata una risposta negativa,

cooperazione sulla responsabilità genitoriale e le misure per la protezione dei minori (articoli 3 lett. e) e 33 par. 1).

⁽⁷⁴⁾ Si pensi, ad esempio, al *ghet*, documento di divorzio ebraico, che presenta molte analogie con il ripudio islamico (il documento invero è presentato dall’uomo nei confronti della consorte per porre fine ai diritti e agli obblighi derivanti dal loro matrimonio, trovandosi la donna in una posizione svantaggiata dinanzi al marito). V. T. EINHORN, *Jewish Divorce in the International Arena*, in *Private Law in the International Arena*, a cura di J. Basedow, The Hague, 2000, p. 135 ss. Il *Third Annual Report on Immigration and Asylum (2011)* adottato dalla Commissione europea il 30 maggio 2012 (SWD(2012)139final), riporta, tra le altre cose, un resoconto delle migrazioni da e verso l’Europa nel periodo tra il 1° gennaio ed il 31 dicembre 2011. I maggiori flussi migratori verso l’Europa hanno avuto origine da Paesi dell’Africa del nord, notoriamente di credo islamico.

⁽⁷⁵⁾ V. *supra* Cap. II, par. 10.

⁽⁷⁶⁾ L’art. 10 del regolamento n. 1259/2010, applicabile dal 21 giugno 2012, prevede espressamente l’applicazione della *lex fori* laddove “la legge applicabile ai sensi dell’articolo 5 o dell’articolo 8 non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all’uno o all’altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione”. V. A. LEANDRO, *Art. 10 (Applicazione della legge del foro)*, in *Reg. 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*, a

motivata sulla base dell'eccezione dell'ordine pubblico ⁽⁷⁷⁾. Qualora, invece, le autorità italiane si trovino a riconoscere gli effetti di un matrimonio celebrato all'estero (ad esempio, di un matrimonio poligamico), queste dovranno *in concreto* valutare attentamente che l'applicazione dei meccanismi internazionalprivatistici "di chiusura" siano effettivamente giustificati, *ultima ratio*, da ragioni reputate fondamentali dall'ordinamento del foro ⁽⁷⁸⁾.

cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1503 ss., spec. p. 1507, al quale non sembra che una legge straniera che preveda il ripudio sia nondimeno applicabile se nel foro sia comunque rispettata la parità dei coniugi (attraverso, ad esempio, i mezzi processuali a garanzia del contraddittorio).

⁽⁷⁷⁾ Le disposizioni cardini dell'ordinamento italiano che verrebbero qui in gioco sono quelle, rispettivamente, della monogamicità del matrimonio (imposta dall'art. 86 c.c., quale norma di applicazione necessaria, che richiede lo stato libero dei nubendi) e dell'uguaglianza tra i coniugi (sancita dagli articoli 3 e 29 Cost., nonché dall'art. 5 del Protocollo n. 7 della CEDU). Tra gli altri, v. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, cit., p. 1058.

⁽⁷⁸⁾ V. a tal riguardo la circolare del Ministero dell'Interno italiano del 13 ottobre 2011, n. 25/2011, riprodotta in <http://www.servizidemografici.interno.it>. La circolare, fornendo alcuni chiarimenti in ordine alla trascrizione in Italia di matrimoni celebrati all'estero, rileva in premessa che il matrimonio celebrato in un paese straniero secondo le forme ivi stabilite può essere trascritto in Italia "nel rispetto dei principi di cui alla legge n. 218/1995", di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Il documento si riferisce a titolo esemplificativo ai matrimoni celebrati in Marocco, il cui atto di riconoscimento ai fini civili "ivi effettuato dall'autorità competente successivamente alla celebrazione del matrimonio, non contiene l'espresso accertamento della volontà degli sposi di unirsi in matrimonio, ma si configura come atto di accertamento della sussistenza del vincolo matrimoniale, sulla base di dichiarazioni effettuate solo da uno dei coniugi, e confermate da testimoni, o anche direttamente dai soli testimoni, che attestano che i coniugi sono stati precedentemente uniti in matrimonio e che tale vincolo permane". Ricordando che l'art. 28 della legge n. 218/1995 dispone che "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei due coniugi o dalla legge di comune residenza al momento della celebrazione", si legge nella circolare che "in linea di principio, non è consentito rifiutare la trascrizione del matrimonio solo perché la legge straniera utilizza forme differenti da quella interna" (non avendo d'altro canto la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero "finalità costitutive ma meramente dichiarative"). La circolare ricorda poi la sentenza resa dalla Corte di cassazione il 28 aprile 1990, n. 3599, per la quale il matrimonio celebrato all'estero nelle forme ivi stabilite, comprese le forme dettate da regole religiose, allorché venga riconosciuto idoneo dalla *lex loci* a produrre effetti civili "è immediatamente valido e rilevante nell'ordinamento italiano con la produzione del relativo atto indipendentemente dall'osservanza delle norme italiane relative alla pubblicazione", sempre che "sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dal nostro ordinamento". Asserendo che "il consenso di entrambi i coniugi costituisce sempre un requisito essenziale, di ordine sostanziale, alla sussistenza di un valido vincolo matrimoniale, in mancanza del quale non è possibile riconoscere il matrimonio per chiara contrarietà all'ordine pubblico", la circolare conclude quindi che, ai fini della trascrivibilità del matrimonio in Italia, "resta necessario verificare che, nella sostanza, il matrimonio sia stato contratto volontariamente da entrambi gli sposi, quale requisito per la configurabilità giuridica del matrimonio medesimo".

Di recente, nel caso *Harroudj* ⁽⁷⁹⁾, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso di una cittadina francese cui le autorità francesi avevano negato la possibilità di adottare una minore di cittadinanza algerina, in violazione, secondo la ricorrente, degli articoli 8 e 14 della CEDU. Questa decisione si colloca nella seconda categoria delle norme di conflitto sopra individuata. Invero, il diniego delle autorità francesi era stato fondato sull'art. 370-3 del *code civil* (come modificato dalla legge n. 2001-111 del 6 febbraio 2001), per cui “[l]’adoption d’un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France”. L’ordinamento algerino, richiamato dal criterio di collegamento della cittadinanza della minore, – come in generale gli ordinamenti dei paesi di cultura giuridica islamica – esclude in radice l’adozione (*tabanni*): le esigenze di cura dei minori, specie in stato di abbandono, sono perlopiù soddisfatte, in questi paesi, ricorrendo all’istituto della *kafalah*, che non determina l’insorgere di un rapporto di filiazione fra il minore e l’affidatario, né consente al minore di concorrere alla successione (legittima) di quest’ultimo. Proprio all’istituto della *kafalah* aveva fatto ricorso, nel caso esaminato dalla Corte, la ricorrente francese, la quale – prima di tentare la via dell’adozione – si era resa affidataria a questo titolo della minore, in forza di un provvedimento dell’autorità giudiziaria algerina, riconosciuto in Francia. Negandole l’adozione della piccola, la donna lamentava che le autorità francesi avessero interferito con il rapporto di tipo familiare instauratosi fra lei e la minore, formalizzatosi nella *kafalah*: tale diniego costituiva un’ingerenza illegittima nel proprio diritto ad una vita familiare e, pertanto – ad avviso della ricorrente – incompatibile con l’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. La donna allegava anche violazione dell’art. 14 della Convenzione: le disposizioni del codice civile francese, richiamando la legge nazionale della minore, operavano, a sua detta, una discriminazione ingiustificata fondata sull’origine nazionale.

⁽⁷⁹⁾ Sentenza 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ricorso n. 43631/09.

La Convenzione, afferma la Corte, non deve essere interpretata in maniera isolata ⁽⁸⁰⁾, bensì in armonia con i principi generali del diritto internazionale (tra cui, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”) ed alla luce delle convenzioni sui diritti fondamentali ed in tema di protezione dei diritti dei minori. Essa ritiene tuttavia che né dal testo della Convenzione (né da altri strumenti pattizi) ⁽⁸¹⁾ né dalla propria giurisprudenza ⁽⁸²⁾ si ricava che l'art. 8 garantisca un “droit de fonder une famille ni le droit d'adopter” (punto 41). La Corte rigetta così il ricorso della richiedente, fondando il suo ragionamento essenzialmente su due punti, strettamente connessi.

Da una parte, differenziando questo caso da quello configurato in *Wagner*, la Corte si sofferma sul significato del termine “rispetto”, impiegato dall'art. 8 della Convenzione. Tale nozione, ad avviso della Corte, manca di chiarezza “surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérents à cette notion”, poiché “ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, en raison de la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants”. Così, nonostante il margine di apprezzamento concesso alle autorità degli Stati contraenti possa essere più o meno ampio, è necessario che sia raggiunto un giusto equilibrio tra interesse generale ed interessi dell'individuo ⁽⁸³⁾. Nel caso in esame, secondo la Corte, tale equilibrio è rispettato: la Francia, attraverso la richiamata disposizione del *code civil*, ha agito nell'ambito del margine di apprezzamento (piuttosto ampio, effettivamente) concesso agli Stati dalla

⁽⁸⁰⁾ Sulla dottrina interpretativa del *vacuum* giuridico, che riflette la concezione sistemica del diritto internazionale, v. F. SALERNO, *Diritto internazionale: principi e norme, cit.*, p. 184 s. Nella giurisprudenza della Corte europea, tra le altre, v. sentenza 30 giugno 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2), ricorso n. 32772/02, punto 83 (per cui “la Convention doit être lue comme un tout”).

⁽⁸¹⁾ La Corte richiama espressamente la Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale e la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori.

⁽⁸²⁾ V., tra le altre, la sentenza 28 giugno 2008, *E. B. c. Francia*, ricorso n. 43546/02, punto 41, nonché sentenza 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515/97, punto 32.

⁽⁸³⁾ Sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, punto 72.

Convenzione e, dall'altra, è rispettato l'interesse superiore della minore. La norma di conflitto contenuta all'art. 370-3, secondo la Corte – ed ecco il secondo punto –, tutela appieno l'interesse superiore della piccola “parmi les critères guidant le choix du mode de protection le plus adapté à l'enfant, son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique” (punto 49). La menzionata norma di conflitto, prosegue la Corte, è in ogni caso inquadrata in un ordinamento giuridico che permette alla minore di ottenere, in tempi brevi, la cittadinanza francese (non tenendo in considerazione la Corte le doglianze della ricorrente circa le lungaggini della burocrazia francese): pertanto, attraverso la proibizione dell'adozione, lo Stato francese, “qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante” (punto 51 – il corsivo è aggiunto).

A nostro avviso la Corte, pur sviluppando un ragionamento coerente, non giunge, tuttavia, a conclusioni del tutto condivisibili. A nostro avviso, il peso che viene attribuito al criterio di collegamento della cittadinanza impiegato dalla richiamata norma di conflitto del *code civil* è invero eccessivo. Tenuto conto che la minore era giunta in Francia all'età di soli tre mesi, si può ritenere che ella avesse sviluppato con lo Stato d'arrivo stretti legami culturali, sociali ed affettivi, tali da potersi considerare pienamente integrata nell'ordinamento francese. Di conseguenza, è lecito ritenere che non sussistessero analoghi legami con lo Stato di nascita, proprio a motivo della partenza avvenuta in così tenera età. L'applicazione della legge nazionale della piccola, che esclude la possibilità di essere adottata dalla donna affidataria, le preclude un'integrazione completa in Francia, Stato che, con il “pretesto” del rispetto del pluralismo, non le accorda il godimento di certi diritti (tra gli altri, quelli successori) invece accessibili ai cittadini francesi.

Pur consapevoli del fatto che “integrazione” non significa necessariamente “equiparazione” (e che dunque si possa ritenere che non sia del tutto peregrina l'insistenza della Corte nel dire che lo *status* della piccola, anche solo in virtù della *kafalah*, che è già uno *status* che la integra nel tessuto sociale francese e ne segnala l'acquisita relazione familiare con

l'affidataria), la Corte avrebbe potuto attribuire un rilievo maggiore, nel suo ragionamento, al criterio della residenza abituale della minore. Tanto che lo stesso art. 370-3, come accennato, esclude l'applicazione della legge nazionale "si ce mineur est né et réside habituellement en France". L'esclusione di applicabilità della legge nazionale, composta dal concorso cumulativo dei due criteri (nascita e residenza abituale in Francia) è invero limitativa, ed in un certo senso propende nella direzione opposta rispetto all'obiettivo di "integrazione" cui fa appello la Corte: la Corte opera così, senza esserne del tutto consapevole, un'equiparazione (tra persone aventi cittadinanze diverse) che si discosta dall'auspicato obiettivo di integrazione, inteso nel senso di *bilanciamento* tra rispetto delle tradizioni giuridico-culturali della minore ed inserimento nel tessuto sociale e nell'ordinamento giuridico dello Stato d'arrivo. Nel ragionamento della Corte (in linea con la posizione del Governo francese), invero, la ricorrente avrebbe dovuto avvalersi dei canali preferenziali previsti nella legge 26 novembre 2003, n. 1119 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, che modifica l'art. 21-12 del *code civil* ("Acquisition de la nationalité française par déclaration de nationalité")⁽⁸⁴⁾, al fine di chiedere la naturalizzazione della bambina, procedere all'adozione ed essere così ammessa ai diritti derivanti dallo stabilimento di un rapporto di filiazione.

Tale bilanciamento, teso a garantire l'applicazione della legge sostanziale più "prossima" al rapporto giuridico rilevante, non sembra essere, in questo caso, quello della cittadinanza della minore richiamata dalla norma di conflitto francese, ma, piuttosto, quello della sua residenza abituale. A tutela dell'interesse superiore del minore, in considerazione di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie, a nostro avviso, l'art. 370-3 del codice civile dovrebbe essere letto prediligendo un concorso (non

⁽⁸⁴⁾ La normativa è disponibile sulla banca dati *Legifrance*, all'indirizzo <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Ai sensi dell'art. 21-12: "[...] Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française: 1° L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance; 2° L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'Etat".

cumulativo bensì) alternativo delle condizioni di esclusione della legge nazionale ⁽⁸⁵⁾.

In *Ammdjadi* ⁽⁸⁶⁾, più risalente, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è confrontata con un caso per certi versi simile, nell'ambito di un ricorso proposto avverso la Germania per presunta violazione degli articoli 8 e 12 della Convenzione e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale, ritenendo infine inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 35, paragrafi 3 e 4 della Convenzione. Si trattava in quell'occasione di un ricorso proposto da una donna di cittadinanza iraniana che, successivamente alla pronuncia di scioglimento del matrimonio da parte dei giudici tedeschi, si era vista negare il diritto alla ripartizione compensativa dei diritti a pensione acquisiti dalle parti – così come previsto ai sensi del diritto tedesco ⁽⁸⁷⁾ – in ogni grado del procedimento ⁽⁸⁸⁾. Tale istituto riposa sull'idea che i diritti a pensione maturati da ciascuno degli sposi nel corso del matrimonio, sono il risultato di uno sforzo comune: per questa ragione la normativa tedesca concede al coniuge i cui diritti a pensione sono meno elevati (il coniuge “debole”), un diritto alla compensazione della differenza, in termini di valore, dei diritti a pensione maturati durante il matrimonio ⁽⁸⁹⁾.

Questi brevemente i fatti. I coniugi, entrambi di cittadinanza iraniana, dopo aver celebrato il proprio matrimonio in Iran, si trasferivano in Germania, dove nasceva un figlio. Arrivati in Germania, decidevano che avrebbero cercato di chiarire alcune questioni in merito a “further rights,

⁽⁸⁵⁾ In alternativa alla modifica in via interpretativa di cui, la modifica legislativa potrebbe recitare come di seguito: “[l]’adoption d’un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur, *en considération de son intérêt supérieur*, est né ou réside habituellement en France”. La previsione del concorso alternativo di criteri, nonché l’espressa attenzione alla tutela dell’interesse superiore del minore, vincolerebbe le autorità francesi alla ponderazione di tutti gli interessi in gioco, valutati caso per caso.

⁽⁸⁶⁾ Sentenza 9 marzo 2010, *Ammdjadi c. Germania*, *cit.*, disponibile solo in inglese.

⁽⁸⁷⁾ Nello specifico, ai sensi dell’art. 1587 ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”) e dell’art. 2 della *Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich* del 21 febbraio 1983 (legge sulla regolamentazione delle difficoltà nella ripartizione compensativa dei diritti a pensione).

⁽⁸⁸⁾ Sulla richiesta di ripartizione compensativa dei diritti di pensione v. anche Corte di giustizia, sentenza 10 giugno 1999, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, *cit.*, *supra*, nota 52.

⁽⁸⁹⁾ L’istituto della ripartizione compensativa dei diritti di pensione, introdotto nel diritto tedesco nel 1977 (mentre nei *Länder* della Repubblica Democratica tedesca nel 1992), è previsto, insieme alla Germania, solo nell’ordinamento canadese.

like alimony and pension rights, by their lawyers according to German law”. Diversi anni dopo, il tribunale distrettuale di Köln pronunciava lo scioglimento del matrimonio su richiesta del marito, sulla base della legge iraniana; in quel frangente la moglie non avanzava alcuna richiesta di ripartizione compensativa dei diritti a pensione. Tale domanda veniva presentata pochi anni dopo e respinta dallo stesso tribunale distrettuale di Köln, sulla base dell’art. 8, par. 3 dell’Accordo di transazione tra il Reich tedesco e l’impero di Persia, firmato a Berlino il 13 Agosto 1930 (*Niederlassungsabkommen*). Tale disposizione esclude l’applicazione dell’art. 17, par. 3, n. 2 (“*Scheidung*”), dell’Atto introduttivo al Codice civile tedesco (EGBGB)⁽⁹⁰⁾, che prevede che tale ripartizione compensativa sia operata solo in base alla legge tedesca. In questo modo, l’accordo pattizio intende attribuire al divorzio tutte le conseguenze derivanti dalla legge di cittadinanza comune di entrambi i coniugi (d’altra parte non era stato ritenuto come integrante alcuna violazione dell’ordine pubblico tedesco che la legge iraniana ignorasse l’istituto della ripartizione compensativa dei diritti a pensione).

Non applicandosi in via oggettiva la legge tedesca, e non essendo stata operata da parte dei coniugi alcuna (valida) scelta di legge⁽⁹¹⁾, la Corte considera che, in virtù del menzionato accordo, ai sensi della legge iraniana, la ricorrente non abbia il diritto ad alcuna ripartizione compensativa e che,

⁽⁹⁰⁾ Tale disposizione prevede che “[t]he balancing of future pensions of husband and wife is governed by the law applicable under subarticle 1 first sentence; it shall only be carried out if accordingly German law is applicable and if such balancing is recognized by the law of one of the countries of which the spouses were nationals at the time when the divorce petition was served. Otherwise the balancing of future pensions of husband and wife shall be carried out pursuant to German law on application of a spouse: 1. if the other spouse has acquired during the subsistence of the marriage an inland future pension right; or 2. if the general effects of the marriage during part of the period of the marriage were governed by a law which provides for a balancing of future pensions of husband and wife, insofar as carrying it out would not be inconsistent with equity in light of the economic circumstances of both sides also during the time not spent within the country” (la traduzione all’inglese è reperibile sul sito del Ministero di giustizia tedesco: <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>).

⁽⁹¹⁾ L’art. 14, par. 4, dell’EGBG (“*Allgemeine Ehwirkungen*”) offre ai coniugi la possibilità di scegliere la legge applicabile agli effetti generali del loro matrimonio. Se operata in Germania, affinché la scelta sia valida, essa deve essere certificata dinanzi ad un notaio. La statuizione per cui i coniugi avrebbero “seek to have clarified further rights, like alimony and pension rights, by their lawyers according to German law”, ritiene la Corte, non può essere considerata come valida scelta di legge applicabile.

in definitiva, non si sia perpetrata alcuna violazione dei diritti sanciti agli articoli 8, 14 e 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione.

È interessante, tuttavia, la chiusa della Corte che, pur considerando inammissibile il ricorso proposto dalla donna, statuisce che “especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person’s close connection with his or her home country. Therefore, *even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights*, the decisiveness of a person’s nationality cannot be considered to be without ‘objective and reasonable justification’” (il corsivo è aggiunto). Nonostante nessuna delle parti avesse sollevato la questione, la Corte si sente in dovere, in un certo senso, di “giustificare” l’applicazione della legge iraniana piuttosto che quella tedesca, senza che ciò comporti la violazione di alcun diritto garantito dalla Convenzione. Per impiegare un termine familiare alla nostra legge di riforma di diritto internazionale privato, in effetti, il matrimonio in questione era, di fatto, “prevalentemente localizzato” in Germania (i coniugi vi si erano immediatamente trasferiti dopo le nozze e poco dopo vi era nato un figlio): la Corte, pertanto, avrebbe dovuto considerare l’ordinamento tedesco più adatto a disporre la disciplina sostanziale più “prossima” al rapporto giuridico matrimoniale.

Questa decisione, tuttavia, presenta due distinzioni significative rispetto al caso *Harroudj*. In primo luogo, gli interessi in gioco: l’interesse superiore del minore di quest’ultimo caso, si contrappone agli interessi di tipo patrimoniale scaturenti dallo scioglimento del legame matrimoniale della sig.ra *Ammjadi*. In altre parole, se da una parte la “posta in gioco” è lo stabilimento di un rapporto di filiazione tra una minore e la donna affidataria, ai fini del godimento di tutti i diritti da questo scaturenti (situazione caratterizzata da una “intimità” peculiare, di cui è permeato, per definizione, il diritto di famiglia), dall’altra parte, la fattispecie in rilievo è quella “a valle”, vale a dire gli “aggiustamenti patrimoniali” conseguenti alla fase patologica irreversibile di un legame matrimoniale (situazione che, pur afferente al diritto di famiglia, dimostra un grado di “intimità” minore). La “intimità” in parola è indice del grado di manifestazione “verso

l'esterno" del rapporto familiare che, in questo modo, acquista anche una dimensione sociale.

In secondo luogo, rilevano i differenti livelli di consapevolezza – a motivo dell'età - e, di conseguenza le diverse "profondità" di integrazione nell'ordinamento dello Stato d'accoglienza, dei destinatari delle norme di conflitto in gioco.

A nostro avviso, in conclusione, in entrambi i casi la Corte avrebbe dovuto valutare tutti gli indici rilevatori di un'effettiva integrazione sociale dei soggetti in questione, in via pregiudiziale alla statuizione in merito alla sussistenza delle allegate violazioni della Convenzione. Si tratta, nella sostanza, di una questione di misura o, come siamo venuti discorrendo sino ad ora, della ricerca di un *equilibrio* tra il valore dell'identità culturale e dell'inserimento nella società "d'arrivo". Un bilanciamento di questo tipo, non sufficientemente soppesato dalla Corte, avrebbe dovuto essere operato mediante la "giusta" considerazione, a fianco del criterio di collegamento della cittadinanza, del criterio della residenza abituale: in *Harroudj* in ragione della tenera età della minore, dei legami affettivi (inesistenti nel paese d'origine), delle salde intenzioni della donna affidataria e delle prospettive della bambina in Francia; in *Ammdjadi* a motivo della permanenza ventennale della donna in Germania, in costanza di matrimonio.

4. (Segue). ...e della Corte di giustizia dell'Unione.

Alla luce di quanto evidenziato, si può dire che, a motivo delle mutazioni cui è andato incontro il diritto internazionale privato di origine interna e sovranazionale, sino alle ripercorse modifiche del Trattato di Lisbona, con riguardo alla necessità di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, lo "stile redazionale" manciniano, l'originaria idea di *nazionalità* sottesa all'impiego della norma di conflitto ⁽⁹²⁾, non sarebbe oggi concepibile ⁽⁹³⁾. Le esigenze che scaturiscono dalla società attuale (il

⁽⁹²⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 5.

⁽⁹³⁾ Su questo aspetto ed in generale sui dubbi in ordine alla perdurante attualità del criterio basato sul legame personale della cittadinanza, per tutti, v. F. MOSCONI, *Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 421 ss., spec. p. 434. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, cit., p. 1030.

movimento delle persone sul territorio dell'Unione, la garanzia delle libertà fondamentali, l'incontro di culture spesso radicalmente contrapposte, la necessità di garantire l'integrazione degli individui e, al contempo, di preservarne l'identità culturale) hanno eroso la purezza di tale insegnamento, senza tuttavia sopprimerlo del tutto. Le norme di conflitto dell'Unione in questo ambito possono dunque essere in certo modo considerate come il risultato *ibrido* derivante dalla combinazione dell'idea manciniana di nazionalità e delle considerazioni sino a qui avanzate. La norma di conflitto dell'Unione, invero, attraverso l'impiego del legame della cittadinanza, è oggi espressiva non solo della originaria *coscienza della nazionalità* propugnata da Mancini, ma anche, da una parte, del *diritto fondamentale* dell'individuo al rispetto delle sue radici etniche e culturali ⁽⁹⁴⁾ (senza che sia concesso spazio ad alcuna forma di discriminazione) e, dall'altra, al contempo, della *consapevolezza* dell'altrui diversità. Come vedremo immediatamente di seguito, concorre a questa corrente di pensiero la già accennata cittadinanza dell'Unione europea, a cui rimandiamo.

Il graduale fenomeno di *personalizzazione* che riguarda oggi il diritto internazionale privato dell'Unione (l'avvertita necessità, ovvero, di adattare la norma di conflitto agli interessi della persona, senza mai, tuttavia, tralasciare il contesto *sociale* in cui essa si inquadra) investe, come abbiamo detto ⁽⁹⁵⁾, anche i criteri di collegamento della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale. Nel micro-contesto, pertanto, tali legami personali si plasmano sulla persona, a garanzia del conseguimento dei suoi interessi: essi per primi sono asserviti al perseguimento delle *policies* dell'Unione europea, inquadrate (nel macrocontesto) nel "sistema" di diritto internazionale privato promosso da quest'ultima. I diritti fondamentali (come abbiamo detto più volte, pur inquadrando il discorso da prospettive diverse) rappresentano lo specchio di tale fenomeno: essi irrorano la norma di conflitto e la plasmano a misura d'uomo, nel più ampio contesto delle *policies* dell'Unione, alla cui realizzazione il diritto internazionale privato è strumentale.

⁽⁹⁴⁾ Y. M. DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, cit., p. 340 ss.

⁽⁹⁵⁾ V. *supra*, par. 1.

Così i diritti fondamentali e, in particolare, il principio di non discriminazione pongono dei vincoli alla *formulazione* ⁽⁹⁶⁾ della norma di conflitto dell'Unione. Questi non *correggono* la norma di conflitto, bensì servono da linee-guida nella definizione della politica ad essa sottostante: è necessario pertanto che il *design* delle norme di conflitto che compongono la disciplina europea in ambito familiare rifletta gli interessi sottesi alle norme che ne garantiscono il rispetto.

Come accennato, il criterio basato sul legame personale della cittadinanza ha suscitato, più dei criteri del domicilio e della residenza abituale, accesi dibattiti sul tema della contrarietà al divieto di non discriminazione delle rispettive norme di conflitto. Ciò nonostante, esso è continua ad essere impiegato nelle discipline di diritto internazionale privato di origine interna e pattizia ⁽⁹⁷⁾ e, soprattutto, ai fini del presente lavoro, dalle norme di conflitto di diritto internazionale privato dell'Unione europea ⁽⁹⁸⁾. Tuttavia, la cittadinanza riveste oggi un ruolo *sussidiario* ⁽⁹⁹⁾, impiegato in via subordinata rispetto al criterio basato sul legame personale della residenza abituale oppure in combinazione con quest'ultimo, quale criterio determinante per la sua individuazione, ovvero decisivo ai fini del suo funzionamento. È emblematico in tal senso (nonostante esuli *ratione materiae* dall'ambito di studio del presente lavoro) il ventiquattresimo *considerando* del Preambolo del regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e

⁽⁹⁶⁾ In riferimento all'art. 18 disp. prel. cod. civ., la Corte costituzionale, nella sopra richiamata sentenza 5 marzo 1987, n. 71, ha affermato che tale formulazione esprime "una scelta di ordine normativo che non può non confrontarsi con il principio (o valore) cui la norma stessa si ispira". V. *supra*, nota 3.

⁽⁹⁷⁾ Per una ricognizione delle disposizioni delle Convenzioni dell'Aja che impiegano il criterio basato sul legame personale della cittadinanza, v. R. VANDER ELST, *La loi nationale dans les conventions de La Haye*, cit., p. 398 ss.

⁽⁹⁸⁾ Il criterio basato sul legame personale della cittadinanza è metaforicamente considerato "un phénix toujours prêt à renaître". La cittadinanza invero, nonostante sia retrocessa – quale legame personale – nei rapporti commerciali ed economici (i rapporti che Mancini chiamava di "diritto volontario"), è più difficile che essa sia messa da parte nei rapporti relativi allo statuto personale (i rapporti di "diritto necessario"), in quanto "j'oue ici un rôle dans la construction de l'identité de la personne, même si moins totalisant" rispetto a quanto non lo fosse all'epoca di Mancini. Così M. L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, cit., p. 918.

⁽⁹⁹⁾ Con riguardo alla legge di riforma di diritto internazionale belga del 2004, v. M. VERWILGHEN, *La place de la nationalité dans le code de droit international privé belge*, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, 2007, p. 1687 ss., spec. p. 1692.

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. Esso invero dispone che, qualora sussistano difficoltà in merito all'individuazione della residenza abituale del defunto – prevista quale criterio di collegamento generale ai fini della determinazione sia della competenza che della legge applicabile – “la cittadinanza [...] potrebbe costituire un elemento *speciale* per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali” (il corsivo è aggiunto) ⁽¹⁰⁰⁾.

Il ridimensionamento della cittadinanza a favore della residenza abituale nella disciplina di conflitto dell'Unione in materia familiare è senza dubbio accentuata anche dall'ampiamente ricordato fenomeno della circolazione delle persone attraverso le frontiere, che si incardina nella più estesa ed attuale manifestazione del fenomeno di globalizzazione ⁽¹⁰¹⁾. Il conseguente ed esponenziale accrescersi dei casi di doppia o plurima cittadinanza, una delle ragioni più importanti del declino nell'impiego di questo criterio ⁽¹⁰²⁾, costituisce uno dei fattori del fenomeno di mondializzazione, di transnazionalizzazione, intrinsecamente connesso al processo di trasformazione della sovranità statale e del declino dello Stato-nazione ⁽¹⁰³⁾.

In questo contesto si inquadra il concetto di cittadinanza europea. Essa invero costituisce una delle dimostrazioni dell'erosione del principio di cittadinanza, così come originariamente inteso: se per Mancini la cittadinanza è innata nell'uomo (quasi di natura “divina”), tanto da non potere essere conferita, ma perlopiù dichiarata, la cittadinanza europea reca invece un'idea di *attribuzione*, di dipendenza, in quanto il conferimento di tale *status civitatis* si affianca e *dipende da* quella dello Stato membro

⁽¹⁰⁰⁾ V. anche art. 10 (“Competenza sussidiaria”) del regolamento n. 650/2012.

⁽¹⁰¹⁾ V. *supra* Cap II par. 9. Nello stesso senso M. L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, *cit.*, p. 915 ss.

⁽¹⁰²⁾ T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Dual Nationality = Double Trouble?*, in *Journ. Private Int. Law*, 2011, p. 601 ss.

⁽¹⁰³⁾ Così anche O. W. VONK, *Dual Nationality in the European Union - A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, *cit.*, p. 112 ss., ed inoltre T. FAIST, *Multiple Citizenship in a Globalising World: The Politics of Dual Citizenship in Comparative Perspective*, Willy Brand Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relations 3/03, Malmö, 2004, spec. p. 9 ss.

dell'Unione di cui la persona è cittadina, conferendole di conseguenza una serie di diritti, esplicitamente previsti dagli art. 20 ss. TFUE⁽¹⁰⁴⁾. L'art. 21 TFUE, in particolare, dispone che ogni cittadino europeo “ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi”⁽¹⁰⁵⁾. Nell'esercizio di tale libertà, ricorda l'art. 18 TUE, “[n]el campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”⁽¹⁰⁶⁾.

Oggi, pertanto, il “rivisitato” criterio basato sul legame personale della cittadinanza oscilla tra il menzionato art. 18 TUE – la proibizione assoluta di qualsiasi discriminazione in ragione della cittadinanza – e la necessità di rinvenire un *legame di prossimità* tra la fattispecie giuridica rilevante e lo Stato di cittadinanza⁽¹⁰⁷⁾. La cittadinanza è indice, oltre che

⁽¹⁰⁴⁾ Sull'interazione tra cittadinanze nazionali e cittadinanza europea v. B. CORTESE, *Il rilievo della cittadinanza nel sistema dell'Unione europea: l'interazione tra cittadini “nazionali” e cittadinanza dell'Unione*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, cit., p. 125 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Con la dovuta precisazione per cui una persona che sia in possesso di una doppia (o plurima) cittadinanza non è automaticamente considerata quale “avente diritto” ammesso a beneficiare dei diritti garantiti dal diritto dell'Unione. A tal proposito, con riferimento, nello specifico caso, alla direttiva del 29 aprile 2004, 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, v. sentenza 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-434/09, non ancora pubblicata in *Racc.*, in occasione della quale la Corte ha affermato che l'idea di “potential free movement” non è contemplata dal diritto dell'Unione. Invero, secondo la Corte, “il diritto di libera circolazione non è applicabile alle persone che non abbiano mai esercitato questo diritto, che abbiano ovvero sempre risieduto in uno Stato membro di cui è cittadino, essendo al contempo anche cittadino di un altro Stato membro”. A ciò consegue che “l'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri” (par. 56). Per un commento alla sentenza, v. N. N. SHUIBHNE, in *Common Market Law Rev.*, 2012, p. 349 ss. V. anche sentenza della Corte di giustizia 19 ottobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-200/02, in *Racc.*, 2004, p. I-09925, spec. punto 19.

⁽¹⁰⁶⁾ V. anche art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁽¹⁰⁷⁾ Così J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, cit., p. 448.

dell'appartenenza politica di un individuo ad un dato ordinamento statale, di una *dimensione sociale*, che la Corte di giustizia reputa necessaria ⁽¹⁰⁸⁾.

Ciò premesso, per affrontare la questione relativa alla plurima cittadinanza dalla prospettiva dei conflitti di leggi dell'Unione nel contesto della libera circolazione delle persone, considereremo le pronunce rese dalla Corte di giustizia nei casi *Konstantinidis* ⁽¹⁰⁹⁾, *García Avello* ⁽¹¹⁰⁾ e *Grunkin-Paul* ⁽¹¹¹⁾, in tema di diritto al nome ⁽¹¹²⁾, per alcuni aspetti simili a quelle di cui si è occupata la Corte di Strasburgo ⁽¹¹³⁾. In tali circostanze la Corte ha dichiarato che il diritto internazionale privato degli Stati membri può (e deve) essere “sacrificato” laddove osti all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione, in ossequio al *valore* della *continuità* dei rapporti giuridici personali e familiari attraverso le frontiere ⁽¹¹⁴⁾.

Nel caso *Konstantinidis*, la traslitterazione del nome di un professionista nell'alfabeto latino sul certificato di matrimonio divergeva da quella indicata nel suo passaporto greco ⁽¹¹⁵⁾. La Corte, in tali circostanze, ha dichiarato che le norme nazionali relative alla traslitterazione sono incompatibili con il diritto dell'Unione solo qualora “questa grafia ne risulti

⁽¹⁰⁸⁾ Sentenza 2 aprile 2009, *A*, causa C-523/07, in *Racc.*, 2009, p. I-02805, punti 39 e 44.

⁽¹⁰⁹⁾ Sentenza 30 marzo 1993, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, causa C-168/91, in *Racc.*, 1993, p. I-1191. V. A. LANG, *Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle Corti europee: i casi Konstantinidis e Mentzen*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, a cura di C. Honorati, 2010, p. 139 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Sentenza 2 ottobre 2003, *Carlos García Avello c. Stato belga*, causa C-148/02, in *Racc.*, 2003, p. I-11613.

⁽¹¹¹⁾ Sentenza 14 ottobre 2008, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, causa C-353/06, in *Racc.*, 2008, p. I-07639.

⁽¹¹²⁾ Per un ragguglio su dottrina e giurisprudenza risalenti in tema di diritto al nome, v. G. GAJA, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1963, p. 73 ss. Più recentemente, A. GATTINI, *Il diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 93 ss.; L. TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 891 ss.; S. TONOLO, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 849 ss.

⁽¹¹³⁾ A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 5 ss.

⁽¹¹⁴⁾ V. immediatamente *infra*, par. 3.

⁽¹¹⁵⁾ V. recentemente sullo stesso tema anche la sentenza 12 maggio 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, causa C-391/09, non ancora pubblicata in *Racc.*

alterata e tale alterazione lo esponga al rischio di uno scambio di persone presso la sua clientela potenziale”⁽¹¹⁶⁾.

Con la nota sentenza *García Avello*, la Corte affronta la questione relativa all’attribuzione del doppio cognome a due bambini nati in Belgio, da padre spagnolo (il sig. García Avello) e madre belga (la sig.ra Weber), aventi la doppia cittadinanza in conformità con la normativa rilevante rispettivamente in Spagna e Belgio⁽¹¹⁷⁾. Nello specifico, ai sensi della normativa belga concernente l’attribuzione del cognome⁽¹¹⁸⁾, nell’atto di nascita era stato attribuito ai minori solo il cognome del padre. Secondo l’uso invalso nel diritto spagnolo, invece, il cognome dei figli di una coppia coniugata è composto dal primo cognome del padre seguito da quello della madre⁽¹¹⁹⁾. I genitori chiedevano pertanto alle autorità belghe il cambiamento di cognome dei figli in “García Weber” (così erano infatti stati registrati presso la sezione consolare dell’Ambasciata di Spagna in Belgio). Le autorità belghe rifiutavano di procedere al cambiamento in quanto “qualsiasi richiesta di aggiungere il cognome della madre a quello del padre,

⁽¹¹⁶⁾ Nella decisione 7 dicembre 2004, *Mentzen alias Mencena c. Lettonia*, ricorso n. 71074/01, simile al caso *Konstantinidis*, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha considerato non violare l’art. 8 CEDU il rifiuto delle autorità lettone di trascrivere tal quale, nel passaporto di una cittadina lettone, il cognome acquisito a seguito del matrimonio con un cittadino tedesco e trascritto nell’atto di matrimonio formato dall’ufficiale di stato civile tedesco. La Corte ha ritenuto che la traslitterazione del cognome maritale (da “Mentzen” a “Mencena”) fosse giustificata dall’esigenza di preservare le caratteristiche della lingua lettone, la cui sopravvivenza era stata messa in pericolo durante il regime sovietico. Similmente, tra le altre, v. anche decisioni 7 dicembre 2004, *Kuharec alias Kuhareca c. Lettonia*, ricorso n. 71557/01 e 11 settembre 2007, *Bulgakov c. Ucraina*, ricorso n. 59894/00.

⁽¹¹⁷⁾ T. BALLARINO, B. UBERTAZZI, *On Avello and Other Judgements, A New Point of Departure in the Conflict of Laws?*, in *Yearb. Private Int. Law* (2003), 2004, p. 85 ss. V. anche M. BOGDAN, *The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 303 ss.; G. DE GROOT, *Towards a European Nationality Law*, in *EJCL*, 2004, p. 1 ss., e, dello stesso autore, anche *Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2004, p. 115 ss. V. commenti anche di M. AUDIT, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1476 ss., e di T. ACKERMANN, in *Common Market Law Rev.*, 2007, p. 141 ss.

⁽¹¹⁸⁾ La normativa di riferimento, di origine consuetudinaria – codificata dall’art. 3 della Convenzione dell’Aja del 12 aprile 1930, concernente determinate questioni relative ai conflitti di leggi in materia di cittadinanza - prevede che “la persona avente cittadinanza doppia o plurima può essere considerata come proprio cittadino da ciascuno degli Stati di cui possiede la cittadinanza”. In applicazione di questa regola, quando un cittadino belga possiede al contempo una o plurime cittadinanze, le autorità belghe fanno prevalere la cittadinanza belga.

⁽¹¹⁹⁾ Tra le altre, v. *Dirección General de los Registros y del Notariado*, Risoluzione 27 maggio 2004, in *BIMJ*, 1969, p. 2886.

per un figlio, è abitualmente respinta in quanto, in Belgio, i figli portano il cognome del padre”⁽¹²⁰⁾. La Corte di giustizia, chiamata a rispondere in via pregiudiziale in merito alla legittimità della normativa belga in tema di attribuzione del nome, alla luce del diritto dell’Unione in materia di cittadinanza europea e di libertà di circolazione, utilizza proprio la cittadinanza europea per ricondurre la situazione nello scopo del diritto dell’Unione. Il fatto, invero, per cui i minori avessero la cittadinanza belga ed avessero sempre risieduto in Belgio, per la Corte, è irrilevante: essi, in quanto (anche) cittadini spagnoli residenti in Belgio, non possono essere discriminati in ragione della cittadinanza. Considerare una richiesta di cambiamento di cognome avanzata da persone aventi doppia cittadinanza alla stregua di una richiesta proveniente da soggetto avente una sola cittadinanza, significherebbe dare luogo ad un trattamento discriminatorio. Su queste premesse la Corte decide pertanto che “gli articoli 12 CE e 17 CE [oggi 18 TUE e 20 TUE] devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l’autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro”⁽¹²¹⁾.

Nel caso *Grunkin-Paul*, infine, la domanda sollevata dinanzi alla Corte di giustizia verteva sulla compatibilità della normativa tedesca di conflitto di leggi con il divieto di discriminazione e i diritti dei cittadini

⁽¹²⁰⁾ Sentenza 2 ottobre 2003, *Carlos García Avello c. Stato belga*, cit., punto 18.

⁽¹²¹⁾ A dimostrazione dell’influenza della giurisprudenza *García Avello* sulla prassi giurisdizionale italiana, v. *ex multis*, Tribunale di Verona, decreto 21 gennaio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 698 ss. (per cui, “alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 20 ottobre 2003, Garcia Avello, deve essere accolto il ricorso proposto da un cittadino francese e da una cittadina italiana, volto a imporre al figlio doppio cittadino il solo cognome della madre in base alla legge francese, essendo esclusa la prevalenza della cittadinanza italiana del minore ai sensi dell’art. 19 della legge 31 maggio 1995, n. 218. – art. 311 code civil, per cui il cognome da imporre al figlio da parte dei genitori può essere tanto quello paterno quanto quello materno quanto ancora quello di entrambi, mentre secondo la legge italiana, o per consuetudine, il cognome del figlio deve essere quello del padre”).

sanciti dal Trattato ⁽¹²²⁾. Il minore Leonhard Matthias, nato in Danimarca da genitori tedeschi (Stefan Grunkin e Dorothee Paul), di sola cittadinanza tedesca, aveva risieduto principalmente in Danimarca. Alla nascita era stato registrato con il cognome “Paul” e con il “nome intermedio” (*mellemlavn*) “Grunkin”, in applicazione della norma di conflitto danese relativa all’attribuzione del cognome, che prevede l’applicazione della legge sostanziale dello Stato di cui la persona ha la propria residenza, come definita dalla legge danese ⁽¹²³⁾. Successivamente, il cognome del piccolo veniva modificato dai genitori in “Grunkin-Paul”, in virtù di un certificato amministrativo emesso in conformità con il diritto sostanziale danese, applicabile ai sensi della richiamata norma di conflitto danese. I genitori chiedevano allora l’iscrizione di tale cognome presso le autorità tedesche del luogo in cui il minore soggiornava regolarmente con il padre, a seguito del divorzio intercorso tra i genitori. Le autorità tedesche rifiutavano l’iscrizione, insistendo sul fatto che il cognome scelto dovesse essere o “Grunkin” o “Paul”, dal momento che in Germania, in forza dell’art. 10, n. 1, dell’*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (disposizioni preliminari al codice civile: “EGBGB”), il nome di una persona è determinato in base alla legge dello Stato di cui tale persona possiede la cittadinanza ⁽¹²⁴⁾. Dopo una serie di rifiuti da parte delle autorità tedesche, il

⁽¹²²⁾ J.-J. KUIPERS, *Cartesio and Grunkin Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2009, p. 66 ss.; M. D. ORTÍZ VIDAL, *El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008*, in *CDT*, 2009, p. 143 ss.

⁽¹²³⁾ Pertanto, qualora occorra determinare il cognome di una persona che risiede abitualmente in Danimarca, trova applicazione la legge danese. All’epoca dei fatti della causa in esame, la determinazione dei cognomi in Danimarca era disciplinata dagli articoli 1-9 della legge 29 aprile 1981, n. 193 (*Lov om personnavne* – Legge sui nomi di persona) – poi abrogata dalla legge 24 giugno 2005, n. 524 (*Navnelov* – Legge sui nomi), che consente una scelta più ampia –. Ai sensi dell’art. 1 della detta legge, se i genitori portavano un unico cognome, quello era il cognome assegnato al figlio. Se essi non portavano lo stesso cognome, si poteva scegliere il cognome di uno dei due. Tuttavia, l’art. 9 consentiva anche un cambiamento amministrativo del cognome in un altro, composto dai cognomi di entrambi i genitori, separati da un trattino. In alternativa (ed abitualmente), se il minore porta il cognome di un genitore, il cognome dell’altro genitore può essere usato come “nome intermedio” (*mellemlavn*). I due cognomi sono infatti accostati (senza il trattino). Tuttavia, ai sensi della legge del 1981, solo il secondo elemento (del cognome) del nome composto poteva in tal caso essere trasmesso alla generazione successiva.

⁽¹²⁴⁾ Ai sensi dell’art. 10, n. 3, il cognome di un minore può essere determinato con riferimento al diritto di un altro paese soltanto nel caso in cui un genitore (o la persona che conferisce il nome) sia cittadino di quel paese. Tuttavia, il diritto tedesco può trovare applicazione se nessuno dei genitori ha la cittadinanza tedesca, ma almeno uno di essi è residente in Germania. In base all’art. 1616 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), se i

giudice del rinvio sollevava una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione e chiedeva se sia legittima la norma di conflitto tedesca sull'attribuzione del nome che impieghi il solo criterio di collegamento della cittadinanza, alla luce del divieto di discriminazione e della libertà di circolazione garantita dai Trattati.

Pur avendone avuto l'opportunità, in nessuno di questi tre casi la Corte affronta apertamente il problema relativo alla contrarietà con il principio di non discriminazione della norma di conflitto interna che impieghi la cittadinanza come esclusivo criterio di collegamento, ai fini dell'attribuzione e del riconoscimento del nome. In *Grunkin-Paul*, la Corte si limita a risolvere la questione nel senso per cui "[l]'art. 18 CE [ora art. 21 TUE], in circostanze come quelle della causa principale, osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio – che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro – è nato e risiede sin dalla nascita". La Corte di giustizia ha preferito in questo modo non ingerirsi in un ambito delicato come quello del diritto al nome, non accogliendo di tal guisa l'invito dell'avv. gen, Sharpston a procedere con cautela, ma senza timore ⁽¹²⁵⁾.

La Corte ha purtroppo esasperato tale cautela, omettendo di risolvere (o almeno di soffermarsi su) la questione relativa all'opportunità o meno

genitori portano un unico cognome, quello è il nome assegnato al figlio, come avviene in Danimarca. L'art. 1617 dispone che: "1) Qualora i genitori non portino un cognome coniugale e abbiano la custodia congiunta del figlio, essi devono scegliere, mediante dichiarazione resa dinanzi ad un ufficiale dello stato civile, il cognome del padre o quello della madre al momento della dichiarazione quale cognome da assegnare al figlio alla nascita. (...) La scelta dei genitori si applica anche ai figli che nasceranno in futuro. 2) Qualora i genitori non abbiano effettuato la dichiarazione entro un mese dalla nascita del figlio, il *Familiengericht* [tribunale della famiglia] conferisce ad uno dei genitori il diritto di stabilire il cognome del figlio. Il paragrafo 1 è applicabile *mutatis mutandis*. Il giudice può fissare al genitore un termine per l'esercizio di tale diritto. Qualora il diritto di scegliere il cognome non venga esercitato prima della scadenza del termine, al figlio viene assegnato il cognome del genitore cui è stato conferito tale diritto. 3) Qualora il figlio sia nato al di fuori del territorio tedesco, il giudice attribuisce a un genitore il diritto di sceglierne il cognome ai sensi del paragrafo 2 soltanto se un genitore o il figlio lo richiede, ovvero se occorre indicare il cognome del figlio in un atto dello stato civile tedesco o su un documento d'identità tedesco". L'art. 1617, n. 1, esclude così la possibilità di combinare i cognomi di entrambi i genitori per formare un nuovo nome composto. Tuttavia, esso non osta alla trasmissione di un nome composto esistente che entrambi i genitori già portavano.

⁽¹²⁵⁾ Conclusioni dell'avvocato generale E. Sharpston presentate il 24 aprile 2008, causa C-353/06, punto 41.

dell'impiego, nelle norme di conflitto di diritto interno, del criterio basato sul legame personale della cittadinanza: essa avrebbe potuto considerare l'opportunità dell'impiego di ulteriori criteri, quali la residenza abituale, in sostituzione o in combinazione con il criterio della cittadinanza, ovvero la possibilità, a partire da questo caso, di un intervento legislativo dell'Unione in questo ambito ⁽¹²⁶⁾. La Corte confina la problematica entro i limiti del riconoscimento di situazioni giuridiche validamente create all'estero, ai fini di scongiurare situazioni claudicanti e di ostacolare la libera circolazione delle persone all'interno del territorio dell'Unione ⁽¹²⁷⁾.

In mancanza di una normativa di diritto uniforme in tema di attribuzione e riconoscimento del nome ⁽¹²⁸⁾, gli Stati membri si sono dotati autonomamente di discipline di conflitto che impiegano essenzialmente i criteri della residenza ⁽¹²⁹⁾ ovvero della legge dello Stato di appartenenza

⁽¹²⁶⁾ È opportuno segnalare a questo proposito il Libro verde (COM(2010) 747 definitivo) del 14 dicembre 2010, *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*. La consultazione pubblica avviata col Libro verde – che trae in parte origine dalla pronuncia della Corte ora in esame – è stata lanciata per sviluppare una politica dell'Unione nelle materie sopra indicate ed elaborare le opportune proposte legislative. Tali proposte, contemplate nel Programma di Stoccolma - *Verso un'Europa dei cittadini in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, riflettono la percepita necessità di abolire ogni formalità amministrativa che impedisca o renda gravosa la circolazione delle persone sul territorio dell'Unione. La Commissione internazionale sullo stato civile il 28 aprile 2011, si è espressa a favore di questo progetto, rendendosi disponibile a cooperare con l'Unione.

⁽¹²⁷⁾ Sentenza 14 ottobre 2008, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul, cit.*, punti 25-28.

⁽¹²⁸⁾ Non è ad oggi applicabile tra *tutti* gli Stati membri dell'Unione, infatti, alcuna convenzione di diritto internazionale privato uniforme che disciplini tale materia. Alcuni Stati, tuttavia, sono vincolati da alcuni trattati adottati in seno alla Commissione internazionale dello stato civile, di cui sono parte solo 15 Stati membri (Belgio, Croazia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Spagna, Svizzera, Turchia e Regno Unito). Tali convenzioni (nessuna delle quali è stata ratificata da più di otto Stati membri) in linea di principio dispongono che i nomi di una persona devono essere determinati dalla legge dello Stato di cui la persona ha la cittadinanza, e che gli Stati contraenti autorizzano modifiche al cognome dei cittadini di un altro Stato contraente solo se questi ultimi hanno anche la cittadinanza del primo Stato ma, ove opportuno, rilasciano certificati attestanti cognomi diversi (Convenzioni del 4 settembre 1958, n. 4, sulle modifiche dei cognomi e dei nomi; 5 settembre 1980, n. 19, sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi, e 8 settembre 1982, n. 21, sulla questione di un certificato attestante cognomi diversi). Secondo la Convenzione del 16 settembre 2005, n. 31, sul riconoscimento dei cognomi (non ancora in vigore, firmata solo dal Portogallo), qualora un minore sia cittadino di più di uno Stato contraente, il cognome attribuito nello Stato di nascita sarà riconosciuto negli altri Stati contraenti, ma allo stesso modo sarà riconosciuto un cognome attribuito su richiesta dei genitori in un altro Stato contraente del quale il minore abbia la cittadinanza.

⁽¹²⁹⁾ È il caso, appunto, della Danimarca, ma anche della Lituania e della Finlandia, che si riferiscono al concetto di "dimora abituale", piuttosto che a quello di

(¹³⁰). Nelle sue conclusioni, l'avv. gen. Sharpston riconosce ed evidenzia l'importanza del diritto internazionale privato: la disciplina internazionalprivatistica di ogni paese istituisce un meccanismo di raccordo, che interagisce con i sistemi internazionalprivatistici di altri Stati ed è preferibile che tale interazione tra meccanismi “scorra” (¹³¹).

Lo “scorrimento” in questione, tuttavia, è ostacolato dalla diversità di disciplina che, come mostrano gli esempi tratti dalla giurisprudenza dell'Unione, dispongono i diversi Stati membri. Ci pare invero che la questione relativa al riconoscimento del cognome, affrontata in via esclusiva dalla Corte di giustizia (la questione “a valle”), implichi – ai fini del corretto funzionamento del meccanismo del riconoscimento stesso, strumentale all'obiettivo di armonia delle soluzioni e della continuità dei rapporti giuridici attraverso le frontiere – un presupposto (la questione “a monte”): la norma di conflitto debitamente disegnata.

Per se, la norma di conflitto che prevede l'impiego del criterio di collegamento personale della cittadinanza non è discriminatoria (¹³²), posto che se ne dia una lettura “rivisitata”, alla luce del bilanciamento tra principio di non discriminazione e ricerca di prossimità tra individuo ed ordinamento dello Stato di cittadinanza, nel contesto della libertà di circolazione delle persone sul territorio dell'Unione.

Sindacare la correttezza nell'utilizzo del legame personale della cittadinanza ad opera delle norme di conflitto di origine interna, oppure

“domicilio” così come inteso nei paesi di *common law*). Il diritto ellenico, invece, individua - in determinate circostanze - la legge dell'ultima residenza comune dei genitori.

(¹³⁰) Questo è l'orientamento prevalente tra gli Stati membri. Irlanda e Regno Unito non dispongono tuttavia di una specifica normativa sul conflitto di leggi: la flessibilità del loro diritto interno è tale da accogliere nomi formati secondo la normativa di qualsiasi ordinamento giuridico.

(¹³¹) V. punti 37 e 38 delle conclusioni.

(¹³²) L'avv. gen. Sharpston afferma che “[v]ero è che l'art. 10 dell'EGBGB distingue tra le persone in base alla loro cittadinanza, ma tali distinzioni sono inevitabili quando la cittadinanza rappresenta un collegamento ad un particolare ordinamento giuridico. Per contro, tale norma non discrimina in base alla cittadinanza. L'obiettivo del divieto di tali discriminazioni non è quello di eliminare le differenze che derivano necessariamente dall'essere cittadino di uno Stato membro piuttosto che di un altro (che sono chiaramente mantenute dalla seconda frase dell'art. 17, n. 1, CE) bensì quello di impedire ulteriori differenze di trattamento fondate sulla cittadinanza, che operino a svantaggio dei cittadini dell'Unione” (punto 62 delle conclusioni). In questo senso anche J.-J. KUIPERS, *Cartesio and Grunkin Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, cit., p. 19.

richiederne una modifica che favorisca il criterio di collegamento della residenza abituale, sarebbe inopportuno, costituirebbe un'ingerenza illegittima nelle tradizioni culturali di uno Stato, che le esprime anche attraverso l'impiego dei criteri di collegamento personali.

Qualora la Corte di giustizia avesse “osato” spingersi oltre, affrontando il principio di non discriminazione da una prospettiva “a monte”, dalla prospettiva della *struttura* della norma di conflitto, considerando l'opportunità, ad esempio, di un intervento legislativo sulla base dell'art. 81 TFUE, avrebbe potuto affrontare, tra le altre cose, vantaggi e svantaggi derivanti dall'impiego dei criteri di collegamento basati sui legami personali considerati. La proposta di regolamento europeo auspicata, in linea con il Programma di Stoccolma - *Verso un'Europa dei cittadini in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia* ⁽¹³³⁾, sarebbe preceduta da una stimolante consultazione pubblica senza precedenti.

5. Il domicilio e la residenza abituale.

La fortuna dei criteri basati sui legami personali del domicilio e della residenza abituale nelle norme di conflitto di diritto internazionale privato, come abbiamo visto ⁽¹³⁴⁾, riposa, da una parte, sul ridimensionamento del criterio della cittadinanza e, dall'altra, sul fatto che questi, più della cittadinanza, si conciliano con il diritto dell'Unione. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, invero, i criteri basati sui legami personali del domicilio e della residenza abituale resistono all'impatto “polverizzatore” dei diritti fondamentali, a cui il diritto dell'Unione deve necessariamente adattarsi, anche nel contesto del diritto internazionale privato ⁽¹³⁵⁾.

Abbiamo già messo in evidenza – ma conviene qui ricordarlo – che l'ambito su cui si concentra il presente scritto – quello dei conflitti di leggi dell'Unione nella materia familiare – è prevalentemente ripercorso

⁽¹³³⁾ Consiglio dell'Unione europea, 2 dicembre 2009 (17024/09). V. *supra*, Cap. I, par. 1.

⁽¹³⁴⁾ V. *supra* Cap. II, paragrafi 4 e 6.

⁽¹³⁵⁾ In questi termini M. HUNTER-HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme: combinaison ou confrontation?*, in *Rev. critique*, 2006, p. 743 ss., per la quale, alle antiche cause di *smembramento* del criterio basato sul legame personale della cittadinanza, si aggiunge oggi “l'impact ‘pulvérisateur’ des droits de l'homme et du droit communautaire” (a p. 754).

dall'impiego del criterio di collegamento della residenza abituale, piuttosto che da quello del domicilio (¹³⁶). Il domicilio pertanto continua ad essere oggi largamente impiegato come titolo di giurisdizione. I motivi della preferenza nell'impiego dei criteri "domiciliari" in questione, a dispetto del legame personale della cittadinanza, dalla prospettiva dei diritti fondamentali, tuttavia, sono in certa misura comuni ad entrambi, pur conservando le distinzioni proprie di ciascun criterio, oltre ai caratteri per cui la residenza abituale è preferita al criterio di collegamento del domicilio, da tenere opportunamente sempre ben presenti. Con la considerazione ulteriore, tutt'altro che scontata, per la quale la residenza abituale, inizialmente elaborata quale legame personale *sostitutivo* del criterio del domicilio, ad oggi ha acquisito una dimensione *autonoma*, presentando intrinsecamente numerosi vantaggi rispetto a quest'ultimo (¹³⁷).

Nel diritto internazionale pubblico, il "diritto fondamentale alla residenza" (¹³⁸) è notoriamente rafforzato dalla Convenzione di New York del 1954 relativa allo *status* degli apolidi. Allo stesso tempo, trasposta nel contesto del diritto internazionale privato dell'Unione europea, la residenza rappresenta il *risultato* dell'esercizio della libertà di circolazione, quale *dimensione essenziale* della vita privata, strettamente collegata al diritto di abitazione di ogni individuo (¹³⁹).

A partire dall'impiego promosso ad opera della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, il criterio basato sul legame personale della residenza, nel diritto internazionale privato dell'Unione, è *sempre*

(¹³⁶) Il legislatore europeo non ha considerato opportuno impiegare neanche la nozione di *domicile* invalsa nella tradizione di *common law*, se non negli strumenti normativi riguardanti la competenza giurisdizionale, considerando che tale concetto, in riferimento ad alcuni Stati, debba sostituire quello di "cittadinanza" impiegato nel regolamento di riferimento (v. articoli 3, par. 1, lett. *a*), ultimo trattino, lett. *b*) e par. 2, 6, lett. *b*), 7, par. 2, 51, lett. *b*), 66, lett. *b*), del regolamento n. 2201/2003; diciottesimo considerando ed art. 2, par. 3, del regolamento n. 4/2009).

(¹³⁷) A. RICHEZ-PONS, *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, cit., p. 24 ss.

(¹³⁸) M. L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, cit., p. 920 s. Nello specifico, v. art. 12, par. 1, della Convenzione, per cui "[l]o statuto personale di un apolide è determinato in base alla legge del paese di domicilio o, in mancanza di un domicilio, in base alla legge del paese di residenza".

(¹³⁹) Art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 11 del Patto internazionale dei diritti civili e politici; art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

accompagnato dall'aggettivo *abituale*, sia che esso sia teso ad individuare il giudice competente ovvero designi l'ordinamento idoneo, di volta in volta, a regolare il rapporto giuridico considerato.

L'aggettivo in menzione evoca un'idea di *stabilità* che corrobora il criterio oggettivo della presenza (di per sé già in parte congenito al concetto di "residenza") nel luogo in cui l'individuo ha scelto di stabilire il proprio centro di interessi, personali e professionali. Da tale affermazione derivano essenzialmente due ordini di idee, in parte già richiamate, ma che conviene ora analizzare attraverso le "lenti" dei diritti fondamentali ⁽¹⁴⁰⁾. La prima consiste nella rappresentazione della residenza abituale quale espressione di una *prossimità materiale e geografica* di un rapporto giuridico, facente capo ad individui, con un dato ordinamento giuridico. La seconda richiama l'aspetto *soggettivo* che compone il legame personale della residenza abituale: essa è invero (anche) espressione della *volontà* dell'individuo che sceglie coscientemente il luogo deputato ad essere il centro dei suoi interessi e di conseguenza il diritto sostanziale che disciplinerà i propri rapporti giuridici ⁽¹⁴¹⁾.

A livello sovranazionale, il criterio di collegamento della residenza abituale rappresenta lo strumento – nel micro-contesto delle norme di conflitto in ambito familiare – mediante il quale l'Unione persegue la politica di integrazione delle persone all'interno del proprio territorio. La residenza abituale, nel contesto di tale funzione integratrice, sposa l'obiettivo di tutela dell'identità culturale delle persone, rispettando al contempo il principio di non discriminazione.

Tuttavia, le difficoltà inerenti all'*individuazione* della residenza abituale – molto frequenti nella realtà attuale, in cui i rapporti giuridici familiari sono spesso ripartiti sul territorio di diversi Stati membri – possono pregiudicare gli obiettivi di protezione dei diritti fondamentali. Ad oggi invero non esiste una definizione uniforme di residenza abituale, pur essendo pacifico che si tratta di una nozione autonoma, senza che sia

⁽¹⁴⁰⁾ V. *supra* par. 1.

⁽¹⁴¹⁾ Sia qui anticipato che l'elemento soggettivo appena richiamato è da distinguersi dall'elemento, anch'esso ascrivibile alla sfera soggettiva dell'individuo della cui residenza si discorre, che integra la componente oggettiva della *abitualità* (l'*animus residendi*). V. nel dettaglio Cap. IV, par. 4.

possibile a tal fine attingere dalle definizioni rese nei diversi Stati membri. Non è chiaro quale sia il *peso* da attribuire ora all'elemento qualitativo, ora a quello quantitativo, che la compongono, né è stata stilata una lista esaustiva dei criteri oggettivi cui è necessario riferirsi ai fini della sua individuazione. I giudici interni, nell'interpretare la residenza abituale (anche quale titolo di giurisdizione) impiegata nelle norme di diritto internazionale privato dell'Unione in materia di famiglia, attribuiscono un peso diverso ora all'*animus* ora ai dati di fatto, a seconda del caso, compromettendo così la definizione e l'applicazione uniforme della normativa di riferimento, ai danni, oltretutto, dell'obiettivo di prevedibilità e di certezza del diritto che costituiscono dei pilastri del diritto internazionale privato.

A tali difficoltà si aggiunge anche la questione relativa alla *categorizzazione* del legame personale della residenza abituale: la residenza abituale dovrà essere interpretata, caso per caso, non solo alla luce del contesto e dello scopo dello strumento normativo cui si colloca, ma anche a seconda della *categoria* di soggetti cui si riferisce il criterio (un adulto, un minore, un neonato). Tali problematiche saranno affrontate nel dettaglio nel capitolo successivo ⁽¹⁴²⁾. Basti qui dire che, stanti i vantaggi che derivano dall'impiego del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, vi sono alcuni riscontri che possono risultare pericolosi, quantomeno se non tenuti debitamente in considerazione. Il risvolto negativo è rappresentato dal carattere di *instabilità* che la contraddistingue, che inficia l'*unità* dello statuto personale (originariamente garantito dal criterio *statico* basato sul legame personale della cittadinanza). La semplicità con cui un individuo, nell'esercizio della propria libertà di circolazione garantita dal diritto dell'Unione, può modificare la propria residenza abituale – scevra da ogni procedimento burocratico –, rendendone gravosa l'individuazione, compromette l'utilità e l'applicazione del legame personale stesso (si parla a questo proposito di *conflict mobile*) ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴²⁾ V. nel dettaglio *infra*, Cap. IV, par. 6.

⁽¹⁴³⁾ F. RIGAUX, *Le conflit mobile en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1966, Vol. 117, p. 329 ss., spec. p. 344 ss.; M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Paris, 2005.

In questo contesto rimane da aggiungere un'ultima considerazione, non di minor rilievo: la residenza *illegale* di un individuo sul territorio di uno Stato membro può essere apprezzata ai fini dell'individuazione del di collegamento della residenza abituale, nell'ambito della disciplina europea di conflitto in ambito familiare? Da alcune pronunce della Corte di giustizia, sopra considerate – rese tuttavia in un contesto diverso – (¹⁴⁴), risulta che il periodo di residenza illegale sul territorio di uno Stato membro può essere di fatto computato ai fini della individuazione della residenza abituale, qualora sia giustificato dall'art. 8 della CEDU (si tratta di un *test* di conformità con i diritti fondamentali) (¹⁴⁵). Trasponendo questo ragionamento nella disciplina internazionalprivatistica in esame, ci pare che si possa pervenire ad una conclusione analoga, richiamando a sostegno di tale risultato la seconda delle teorie sopra prospettate in riferimento all'incidenza della CEDU sul “sistema” internazionalprivatistico dell'Unione (¹⁴⁶). Considerando invero che la residenza abituale, definita in maniera autonoma alla luce del contesto e dell'oggetto dello strumento normativo cui si ascrivono le norme di conflitto esaminate, tra le altre cose, non richiede alcun adempimento burocratico, ciò che conta a tali fini è l'individuazione dell'*effettivo* centro degli interessi della persona, con attenzione anche all'elemento soggettivo (¹⁴⁷).

(¹⁴⁴) V. Corte di giustizia, sentenza 23 settembre 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, causa C-109/01, in *Racc.*, 2003, p. I-09607, spec. punto 50 ss.

(¹⁴⁵) Si parla a tal riguardo di “*human rights compliance test*”. V. H. STALFORD, *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 101 ss., nonché C. RICCI, *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III*, 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. 207 ss., spec. p. 218 s.

(¹⁴⁶) V. *supra* par. 1.

(¹⁴⁷) V. C. FORSYTH, *The Domicile of the Illegal Resident*, in *Journ. Private Int. Law*, 2005, p. 335 ss. Possa a tal proposito valere come esempio la decisione resa dalla *House of Lords* nel caso *Mark v. Mark* ([2005] UKHL 42, [2006] 1 AC 98). In quest'occasione i giudici inglesi, nell'individuazione della residenza abituale della ricorrente, cittadina nigeriana richiedente il rilascio di un provvedimento di divorzio ai sensi del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973, hanno ritenuto che l'illegalità del suo soggiorno sul territorio britannico (in violazione dell'*Immigration Act* del 1971) non fosse rilevante alla individuazione della residenza abituale della donna, dal momento che “this is a question of fact and not a question of law”. D. HODSON, *The International Family Law*, 2nd ed., Bristol, 2012, p. 153.

6. (Segue). ...*ed il rischio di discriminazione indiretta nel loro impiego.*

La disposizione contenuta all'art. 18 TUE ha carattere imperativo e produce effetti diretti tanto verticali quanto orizzontali ⁽¹⁴⁸⁾. Le norme di diritto derivato, comprese le norme di diritto internazionale privato adottate ai sensi dell'art. 81 TFUE, devono evidentemente conformarsi al divieto ivi stabilito. Come è stato chiarito dalla Corte di giustizia, tale divieto non si applica solo alle discriminazioni dirette, ma anche a quelle *indirette*, per tali intendendosi le situazioni rispetto alle quali le disposizioni pertinenti, pur impiegando un criterio diverso da quello della cittadinanza, comportano *de facto* un trattamento meno favorevole per il cittadino di un altro Stato membro rispetto al nazionale ⁽¹⁴⁹⁾. La Corte di giustizia si è occupata di casi di discriminazione indiretta ⁽¹⁵⁰⁾ soprattutto entro la cornice della libertà di circolazione dei lavoratori ⁽¹⁵¹⁾. La maggior parte dei casi giunti dinanzi alla

⁽¹⁴⁸⁾ Sugli effetti orizzontali del divieto di discriminazione, per tutti, v. sentenza 12 dicembre 1974, *Walrave e Koch c. Association Union cycliste internationale*, causa 36/74, in *Racc.*, 1974, p. I-01405, punti 31-34.

⁽¹⁴⁹⁾ A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione Europea - parte speciale*, a cura di G. Strozzi, 2a ed., Torino, 2010, p. 64 ss., p. 72. La discriminazione *indiretta* si distingue pertanto dalla discriminazione *a rovescio*, quella situazione nella quale, mentre si garantisce che i cittadini o le imprese di altri Stati membri non siano svantaggiati allorché circolino in un territorio straniero, non si tutela il cittadino o l'impresa che in tale territorio da sempre operano. Le discriminazioni a rovescio costituiscono il risultato della scelta, da parte del legislatore dell'Unione, di non occuparsi di situazioni puramente interne. Sulla discriminazione a rovescio, per tutti, v. G. GAJA, *Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, a cura di M. Waelbroeck, M. Dony, A. de Walsche, Bruxelles, 1999, p. 993 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Per una definizione di discriminazione indiretta v. Corte di giustizia, sentenza 23 febbraio 1994, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari e Cinzia Porcedda*, causa C-419/92, in *Racc.*, 1994, I-00505, punto 7: “[I]’art. 48 [ora 18] del Trattato vieta non solo le discriminazioni palesi, in base alla cittadinanza, ma anche tutte quelle dissimulate che, fondandosi su altri criteri, pervengono di fatto allo stesso risultato. Esso deve pertanto essere interpretato nel senso che, qualora un ente pubblico di uno Stato membro, assumendo personale per posti che non rientrano nella sfera d' applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato, stabilisca di tener conto delle attività lavorative anteriormente svolte dai candidati presso una pubblica amministrazione, tale ente non può, nei confronti di cittadini comunitari, operare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate presso la pubblica amministrazione dello stesso Stato membro o presso quella di un altro Stato membro”.

⁽¹⁵¹⁾ Tra le altre, v. sentenze 30 maggio 1989, *Pilar Allué c. Università degli studi di Venezia*, causa C-33/88, in *Racc.*, 1989, p. I-01591 (la discriminazione indiretta era dovuta alla diversa durata dei contratti dei lettori di lingua straniera); 23 maggio 1996, *John O'Flynn c. Adjudication Officer*, causa C-237/94, *Racc.*, 1996, p. I-02617 (la discriminazione indiretta derivava dalla diversa concessione di indennità funeraria a seconda che la cremazione o la inumazione avvenissero nel Regno Unito o all'estero); 6 giugno 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, causa C-281/98, in

Corte hanno interessato l'interpretazione di disposizioni nazionali che configuravano una situazione discriminatoria in ragione della residenza⁽¹⁵²⁾. Il regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, esprime che al fine di garantire "il diritto di libera circolazione in condizioni obiettive di libertà e di dignità, [è necessario che] sia assicurata *di diritto e di fatto* la parità di trattamento" (quinto *considerando*, il corsivo è aggiunto)⁽¹⁵³⁾.

In questo contesto, si rende a nostro avviso opportuno valutare se, esaminando tale questione dalla prospettiva del diritto internazionale privato dell'Unione, possa del pari concretizzarsi una situazione discriminatoria provocata dal funzionamento di una norma di conflitto che non impieghi il criterio di collegamento della cittadinanza⁽¹⁵⁴⁾. La designazione oggettiva della legge applicabile ai rapporti di famiglia mediante norme di conflitto attraverso l'impiego del criterio di collegamento della residenza abituale potrebbe condurre ad una situazione di discriminazione *de facto*, in violazione del principio sancito dall'art. 18 TUE, ed eventualmente dell'art. 14 CEDU e dell'art. 1 del suo dodicesimo Protocollo addizionale.

Il legislatore dell'Unione, nell'elaborare le norme di conflitto nel settore familiare (e così l'operatore giuridico in sede interpretativa) trova un limite nel determinare differenze di trattamento. Esse invero devono essere compatibili con il principio d'uguaglianza, inteso tuttavia in un'accezione più ampia: nello specifico, tali norme di conflitto devono essere compatibili

Racc., 2000, p. I-04139, punto 31. Sul caso *Angonese*, v. G. GAJA, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1051 ss.

⁽¹⁵²⁾ Tra le altre, v. sentenze 12 febbraio 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, Causa 152-73, in *Racc.*, 1974, p. I-00153; 14 febbraio 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, causa C-279/93, in *Racc.*, 1995, p. I-00225; 27 giugno 1996, *P. H. Asscher c. Staatssecretaris van Financiën*, causa C-107/94, in *Racc.*, 1996, p. I-03089; 27 novembre 1997, *H. Meints c. Minister van Landbouw*, causa C-57/96, in *Racc.*, 1997, p. I-06689; 6 dicembre 2001, *Clean Car Autoservice GmbH c. Stadt Wien e Republik Österreich*, causa C-472/99, in *Racc.*, 2001, p. I-09687; 5 maggio 2011, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, causa C-206/10, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁽¹⁵³⁾ In GUCE L 257 del 19.10.1968, p. 2 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Si chiede se la valutazione della legittimità delle norme di diritto internazionale privato in relazione al principio di eguaglianza non debba avere un oggetto più ampio (se pur dalla sola prospettiva di diritto comune italiano), G. GAJA, *Sulle relazioni fra norme di diritto internazionale privato e principio di eguaglianza*, in *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità – Atti di convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte costituzionale*, cit., p. 77 ss.

con un criterio di *ragionevolezza* ed al contempo trarre origine da una considerazione *non arbitraria* dei criteri di collegamento di ciascuna fattispecie con l'uno o l'altro ordinamento giuridico. Nella prospettiva del diritto italiano, l'esigenza di scelte non irragionevoli o arbitrarie da parte del legislatore (che la Corte costituzionale ha ritenuto implicita nell'art. 3 Cost.)⁽¹⁵⁵⁾ vale, pacificamente, anche per le norme di diritto internazionale privato. Un'analoga necessità si impone a livello sovranazionale. Nella specie, i requisiti di ragionevolezza e non arbitrarietà, che arricchiscono così il principio d'uguaglianza, si concretizzano nel bilanciamento di valori cui è sotteso l'impiego del criterio di collegamento della residenza abituale, come già accennato⁽¹⁵⁶⁾. Se in certi casi può configurarsi una discriminazione illegittima tra le parti di uno stesso rapporto (della donna nei confronti dell'uomo, della moglie nei confronti del marito), in altri casi – più frequenti a motivo dell'incedere dei diritti dell'uomo, anche in ambito internazionalprivatistico –, tuttavia la differenza di trattamento rilevante può esistere anche in relazione a rapporti analoghi che siano diversamente disciplinati.

Il problema si pone in termini particolarmente chiari nell'ambito della disciplina del diritto al nome. Muoveremo da una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Losonci Rose et Rose*)⁽¹⁵⁷⁾, per trarre alcune considerazioni conclusive, relative a questo capitolo.

Si trattava, nel caso appena menzionato, del ricorso di una coppia, lei cittadina svizzera, lui ungherese, entrambi residenti in Svizzera, che lamentavano dinanzi alla Corte la violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione, a motivo dell'impossibilità di mantenere il proprio cognome in costanza di matrimonio. Nei fatti, prima di sposarsi, l'uomo aveva esercitato la facoltà, concessa ai sensi dell'art. 37, par. 2, della legge svizzera di diritto internazionale privato (*Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé* - LDIP), di applicare la propria legge

⁽¹⁵⁵⁾ Per tutti, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 71 e 477 del 1987, *supra* nota 3.

⁽¹⁵⁶⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 10, nonché *infra*, Cap. IV, par. 6.

⁽¹⁵⁷⁾ Sentenza 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Svizzera*, cit. V. J.-P. MARGUENAUD, *Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 novembre 2010, in *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 991 ss.

nazionale alla disciplina relativa al nome ⁽¹⁵⁸⁾: ai sensi della legge ungherese in tema di diritto al nome, dopo il matrimonio, egli avrebbe infatti avuto l'opportunità di mantenere esclusivamente il suo cognome. Allo stesso tempo, i nubendi sceglievano il cognome della donna ("Rose") quale "nom de famille", ai sensi dell'art. 30, par. 2, del codice civile svizzero ("*Changement de nom*") ⁽¹⁵⁹⁾. Tuttavia, le autorità svizzere negavano loro la possibilità di operare tale scelta, poiché, a loro avviso, contraria alla legge. Dal momento che la questione relativa alla scelta del cognome costituiva l'unico ostacolo al loro matrimonio, essi decidevano di procedere alla celebrazione, comunicando al registro dello stato civile del Cantone competente di optare per il cognome della donna come "nom de famille", senza tuttavia chiedere che l'uomo potesse mantenere il suo cognome d'origine. Una volta contratto matrimonio, i coniugi chiedevano all'autorità competente di modificare il doppio cognome del marito scelto in via provvisoria ("Losonci Rose, né Losonci"), con il suo unico cognome ("Losonci"). Tale richiesta veniva respinta dal tribunale amministrativo competente, con le seguenti motivazioni: (i) il diritto al nome in Svizzera è governato dal principio dell'unità del cognome di famiglia; (ii) ai sensi della disciplina sostanziale svizzera, il cognome del marito diviene automaticamente cognome di famiglia; (iii) i coniugi avrebbero avuto la possibilità di chiedere che il cognome della moglie fosse il cognome di famiglia e che l'altro coniuge potesse aggiungere a questo il proprio, mediante la scelta del doppio cognome. Il tribunale riconosceva che tali facoltà erano state effettivamente esercitate, ma constatava allo stesso tempo che non potesse coesistere, da una parte, la scelta di sottoporre la disciplina del nome dell'uomo alla propria legge nazionale e, dall'altra, ai sensi dell'art. 30, par. 2, del codice civile svizzero, la scelta del cognome della moglie quale "nome di famiglia". Chiamato a decidere in ultima istanza, il

⁽¹⁵⁸⁾ "1. Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée. 2 Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national". La legge è reperibile sul sito ufficiale delle Autorità federali della Confederazione Svizzera (<http://www.admin.ch>).

⁽¹⁵⁹⁾ Per cui "[i]l y a lieu d'autoriser les fiancés, à leur requête et s'ils font valoir des intérêts légitimes, à porter, dès la célébration du mariage, le nom de la femme comme nom de famille".

tribunale federale svizzero rigettava nuovamente il ricorso dei coniugi, dichiarando che il tribunale di primo grado, nel ritenere che fosse divenuta obsoleta la scelta dell'uomo di sottoporre il proprio cognome alla disciplina ungherese una volta richiesta l'autorizzazione di portare il cognome della donna come "nom de famille", avesse applicato correttamente il diritto interno. In aggiunta, il tribunale federale, pur riconoscendo che le disposizioni richiamate erano nel loro insieme contrarie al principio d'uguaglianza tra uomo e donna sancito nella Costituzione federale (art. 8, rubricato "Egalité"), ricordava che il Parlamento federale aveva respinto nel 2001 una proposta di modifica legislativa per conformare tali disposizioni al testo costituzionale. Facendo riferimento all'art. 190 della Costituzione federale ("Droit applicable")⁽¹⁶⁰⁾, il tribunale federale considerava di non poter introdurre alcuna modifica della disciplina del diritto al nome, precedentemente rifiutata dal legislatore⁽¹⁶¹⁾.

I ricorrenti lamentavano di essere pertanto vittime di una discriminazione fondata sul sesso: se fosse stato l'uomo ad avere la cittadinanza svizzera e la donna fosse stata ungherese, il cognome del marito sarebbe divenuto automaticamente il cognome di famiglia e la donna avrebbe potuto sottoporre la disciplina del proprio cognome alla propria legge nazionale.

La Corte – non condividendo la posizione assunta dal Governo svizzero – considera che le doglianze dei ricorrenti ricadano nell'ambito d'applicazione dell'art. 8 CEDU⁽¹⁶²⁾. Il diritto al nome, pur non trovando

⁽¹⁶⁰⁾ Per cui "[l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international".

⁽¹⁶¹⁾ Nella sentenza 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, ricorso n. 16213/90, la Corte europea – ribadendo l'importanza dell'interpretazione della Convenzione alla luce "en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination" (punto 28) – non ha constatato la contrarietà della disciplina svizzera relativa al diritto al nome. Nella sentenza 27 settembre 2001, *G.M.B. et K.M. c. Svizzera*, ricorso n. 36797/97 (pur non trattandosi di un caso di rilievo internazionalprivatistico), la Corte ha riconosciuto che il principio dell'unità del "nom de famille" è compatibile con la CEDU.

⁽¹⁶²⁾ *Contra*, v. opinione dissidente dei giudici Pettiti e Valticos in *G.M.B. et K.M. c. Svizzera*, *cit.*, per i quali "l'article 8 de la Convention, sur lequel s'appuie essentiellement l'argumentation de la Cour, n'est pas applicable en matière d'attribution de nom de famille en cas de mariage, du moins dans des circonstances telles que celles sur lesquelles porte la présente affaire. Non seulement cet article ne se réfère pas expressément à cette question, ni même à celle du nom en général, mais les conceptions politiques, juridiques, sociales et religieuses varient encore tellement d'un pays à l'autre dans cette matière, encore en pleine évolution, que ce serait aller certainement au-delà du texte et des engagements assumés par les Etats que de prétendre imposer en l'occurrence telle ou telle conception relative aux

alcuna disciplina espressa nella Convenzione, “en tant que moyen d’identification personnelle et de rattachement à une famille, ... n’en concerne pas moins la vie privée et familiale” della persona in oggetto; la questione relativa al nome è ritenuta invero “englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l’individu de nouer des relations avec ses semblables”. In via preliminare la Corte riflette sulla nozione unitaria di “famiglia” prevalente nei sistemi degli Stati parti della Convenzione: il caso trae origine da una necessità comune dei coniugi, per cui anche la donna può ritenersi vittima, “au moins par ricochet” ⁽¹⁶³⁾, delle decisioni che hanno rifiutato al marito la possibilità di mantenere il proprio cognome ⁽¹⁶⁴⁾. La Corte conclude pertanto che la disciplina sul nome in vigore in Svizzera “engendre une discrimination entre les couples binationaux ⁽¹⁶⁵⁾, selon que c’est l’homme ou la femme qui possède la nationalité suisse” e che “[i]l y a donc eu violation de l’article 14 combiné avec l’article 8 de la Convention” ⁽¹⁶⁶⁾. Questa decisione, in definitiva, ribadendo i principi sanciti nella giurisprudenza anteriore sviluppata in seno alla Corte europea dei diritti dell’uomo ⁽¹⁶⁷⁾, consolida i legami tra nome ed art. 8 della Convenzione: il nome, è così statuito, appartiene al “nocciolo duro” delle considerazioni relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare ⁽¹⁶⁸⁾.

règles qui devraient être suivies en matière de nom de famille en cas de mariage et de divorce”. Tali considerazioni, pronunciate oramai una decade fa, sono a nostro avviso da considerarsi obsolete, a motivo dell’evoluzione della disciplina in tema di diritto al nome (di cui v. immediatamente *infra* nel testo).

⁽¹⁶³⁾ Punto 28 della sentenza.

⁽¹⁶⁴⁾ V. anche *Burghartz c. Svizzera, cit.*, punto 18.

⁽¹⁶⁵⁾ Questa decisione contribuisce ad accreditare l’idea per cui la “coppia”, ai sensi dell’art. 34 CEDU, non può essere considerata né come persona fisica né come gruppo di privati, ed è sul punto di divenire un nuovo soggetto atipico di diritti dell’uomo. L’ammissione della coppia alla titolarità di diritti dell’uomo qui configurata dalla Corte fa eco all’orientamento europeo teso ad attribuire personalità giuridica alla famiglia, rafforzandone di conseguenza l’unità. J.-P. MARGUENAUD, *Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l’homme, cit.*, p. 999 s.

⁽¹⁶⁶⁾ Punto 53 della sentenza.

⁽¹⁶⁷⁾ Nella sentenza 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turchia*, ricorso n. 29865/96, che riprende i principi affermati nel caso *Burghartz* ed anticipa le conclusioni rese in *Losonci Rose et Rose*, la Corte ha ritenuto che “seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe” (punto 53), e che “l’objectif de traduire l’unité de la famille par un nom de famille commun ne saurait justifier la différence de traitement fondée sur le sexe” (punto 68).

⁽¹⁶⁸⁾ Punto 51 della sentenza. Il diritto al nome, pertanto, che sino al caso *Burghartz* era collocato fuori dall’art. 8 CEDU, adesso ne occupa una posizione centrale. La Corte è solita impiegare l’espressione “nocciolo duro” (“noyau dur”) per designare i

L'art. 37 LDIP, pur impiegando il criterio di collegamento basato sul legame personale del domicilio, e pur prevedendo la possibilità che una persona esiga che il suo nome sia regolato dalla propria legge nazionale, combinato con le disposizioni rilevanti del codice civile svizzero, comporta *de facto* un meccanismo che non “scorre”⁽¹⁶⁹⁾, perché ostacolato dalla disciplina materiale svizzera applicata al caso di specie, in ragione del domicilio dei coniugi⁽¹⁷⁰⁾. In questo caso, l'impiego del criterio di collegamento del domicilio ad opera dell'art. 37 LDIP non soddisfa le esigenze sopra evocate di ragionevolezza e non arbitrarietà.

La pronuncia resa nel caso *Losonci Rose et Rose* mette in luce un'implicazione particolare dell'art. 8 della Convenzione, concernente non il diritto al nome di *ciascun* individuo, ma della “famiglia”, considerata come un insieme unitario. La famiglia è qui tutelata non attraverso la previsione (oggettiva ovvero a seguito di scelta delle parti) di un “nom de famille”, bensì attraverso la garanzia attribuita ad entrambi i coniugi di mantenere unicamente il proprio cognome, senza acquisire quello dell'altro. Tale interpretazione dell'art. 8, che ne estende l'ambito di applicazione materiale, costituisce il “triomphe de la dualité du couple sur son unité” e, soprattutto, sull'unità della famiglia⁽¹⁷¹⁾. Questa funzione dell'art. 8, in un certo senso accomodante del pluralismo in seno alla “società familiare”, non deve essere tuttavia confusa con la funzione che è invece propria degli strumenti di diritto internazionale privato. La CEDU invero, reca *valori e limiti* cui i meccanismi internazionalprivatistici nazionali devono confrontarsi e conformarsi.

Si rende pertanto necessaria una rilettura delle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri nel prisma dei valori sanciti dalla Corte europea in *Losonci Rose et Rose* (e così anche per le decisioni rese

diritti più importanti garantiti dalla Convenzione, altrimenti denominati diritti assoluti (a titolo esemplificativo v. sentenza 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, punto 165, nonché M.-A. BEERNAERT, *La Cour européenne des droits de l'homme en demi-teinte sur les limites des traitements inhumains et dégradants*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 359 ss.).

⁽¹⁶⁹⁾ V. *supra*, par. 4.

⁽¹⁷⁰⁾ V. punti 6 e 11 sul rilievo attribuito all'intenzione dei coniugi e del marito di stabilire il proprio domicilio in Svizzera, ai fini dell'applicazione della disciplina sostanziale relativa di tale Stato.

⁽¹⁷¹⁾ J.-P. MARGUENAUD, *Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *cit.*, p. 1000.

dalla Corte di giustizia nei casi *García Avello* e *Grunkin-Paul*), alla luce della facoltà concessa alle parti (o ai genitori nel caso di figli minori e di chi abbia la tutela di persone adulte incapaci) di *scegliere* la disciplina applicabile al proprio nome ⁽¹⁷²⁾.

Tale interpretazione, che si colloca nella logica promotrice della volontà delle parti e nella progressiva privatizzazione del diritto di famiglia – non solo dei rapporti familiari, ma anche di *status* – è in parte accolta dalla Corte stessa in *Losonci Rose et Rose*. Invero la Corte osserva come “un consensus se dessine au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe quant *au choix du nom de famille des époux sur un pied égalité* et que, à l’échelle internationale, les développements au sein des Nations unies quant à l’égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du *droit pour chaque conjoint de conserver l’usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d’égalité au choix d’un nouveau nom de famille*” (punto 47, il corsivo è aggiunto) ⁽¹⁷³⁾. L’*optio*

⁽¹⁷²⁾ Così A. GATTINI, *Il diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza*, cit., p. 106 ss.

⁽¹⁷³⁾ In Italia, il D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 108 del 10 maggio 2012) ha abrogato gli articoli 84-88 del D.P.R. n. 396/2000, unificando i procedimenti di cambiamento di nome e cognome ed individuando nel Prefetto l’unica autorità decisionale in materia. È del 21 maggio 2012 la circolare n. 14/2012 del Ministero dell’Interno, interpretativa del D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54. Pur riconoscendo che “l’istante non ha un diritto soggettivo al cambiamento del nome e/o cognome, trattandosi invece sempre di un provvedimento soggetto a discrezionalità amministrativa” – si legge nella circolare – il procedimento per il cambiamento del cognome disciplina “il delicato equilibrio tra l’esigenza pubblicistica dell’attribuzione dello *status* e il diritto all’identità personale, di più recente emersione. In particolare, accanto alla funzione pubblicistica del cognome, quale elemento che con tendenziale stabilità nel tempo deve poter rispondere alla funzione di identificazione della persona, quale valenza sociale caratterizzata da tendenziale immutabilità del cognome, fa fronte un’esigenza sempre più avvertita di tutela dell’identità personale, che assolve, come la giurisprudenza costituzionale insegna, alla ‘funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità’ (Cassazione, sentenza 24 gennaio 1994, n. 13)”. Recentemente, v. Tribunale di Reggio Emilia, decreto 29 agosto 2012, reperibile su <http://www.ilcaso.it>, che ha dichiarato che non è consentita la variazione del cognome originario, nemmeno in caso di assunzione della cittadinanza italiana. Nel caso di specie si trattava di una cittadina colombiana con doppio cognome (“Ortega Ariza”) che, per decreto del Ministro dell’Interno di conferimento della cittadinanza italiana, aveva visto modificato il proprio cognome in “Ariza” (il decreto disponeva che alla donna “competono il prenome Neila Maria ed il cognome Ortega in conformità alla legge italiana”). Il giudice di merito, rilevando che il diritto al nome costituisce, nell’ordinamento italiano, un diritto inviolabile della personalità tutelato dall’art. 2 della Costituzione, e che l’intangibilità del nome, come identificativo della persona, è corollario di tale diritto, asserisce che, anche alla luce della giurisprudenza dell’Unione (il riferimento è al caso *Grunkin Paul*), l’attribuzione di un nome diverso da quello attribuito e registrato nello Stato di origine ostacola il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Così, il tribunale emiliano, considerando che “né la l. 5 febbraio 1992, n. 91 (“Nuove norme sulla cittadinanza”) dispone che il Prefetto possa modificare le generalità del soggetto al quale è

iuris, da realizzarsi in via interpretativa in seno alla disciplina di diritto internazionale privato comune, dovrebbe essere facilmente consentita tanto al momento della creazione di un rapporto e dell'attribuzione di uno *status* familiare (come in *Losonci Rose et Rose*), quanto in sede di riconoscimento di *status* familiari, (soprattutto) nel contesto "costituzionale" della libera circolazione delle persone in Europa (così nei casi *García Avello* e *Grunkin-Paul*). Inoltre, a nostro avviso, l'*optio* non dovrebbe essere illimitata, bensì circoscritta alla legge nazionale o alla disciplina sostanziale del paese della residenza abituale di ciascuna persona interessata, ai fini di garantire, tra le altre cose, la tutela delle aspettative dei terzi ⁽¹⁷⁴⁾.

In definitiva, nonostante le Corti europee non si esprimano in termini di "divieto di discriminazione indiretta", *di fatto* i criteri di collegamento impiegati dalle norme di conflitto in ambito familiare – *anche di origine sovranazionale* – danno luogo ad una situazione di questo tipo qualora il legislatore dell'Unione (o l'interprete in sede applicativa) non si conformi alle esigenze di ragionevolezza e non arbitrarietà richiamate in apertura.

attribuita la cittadinanza, né il doppio cognome è in contrasto con norme interne atteso che proprio la circolare n. 14/2012 del Ministero dell'Interno, interpretativa del D.P.R. 13 marzo 2012 n. 54", non ravvisa "preclusioni di sorta" al ripristino del cognome di origine modificato in sede di concessione della cittadinanza, accoglie l'istanza di rettificazione del cognome della donna, ripristinando il doppio cognome originario.

⁽¹⁷⁴⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 14.

CAPITOLO IV
LA RESIDENZA ABITUALE
NELLA DISCIPLINA EUROPEA DEI CONFLITTI DI LEGGI
IN MATERIA FAMILIARE

SOMMARIO: 1. La nozione autonoma di “residenza abituale” nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 2. Elementi strutturali e logiche sottese: l’elemento oggettivo. – 3. (*Segue*). L’intenzione come elemento soggettivo. – 4. (*Segue*). L’intenzione come elemento integrante il dato oggettivo. – 5. Cittadinanza e residenza abituale. – 6. Necessità di bilanciamento tra elementi strutturali: verso una categorizzazione dei legami personali.

1. *La nozione autonoma di “residenza abituale” nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Non è possibile rinvenire alcuna definizione esplicita del criterio di residenza abituale, impiegato sia quale criterio di collegamento, sia quale titolo di giurisdizione, in nessuno degli strumenti normativi dell’Unione adottati sulla base dell’art. 81 TFUE.

Il legislatore europeo, infatti, nell’elaborare i regolamenti di cui si è venuto dotando il “sistema” di diritto internazionale privato dell’Unione, si è allineato alla posizione già assunta dalla Conferenza dell’Aja ⁽¹⁾, tesa a garantire la flessibilità del concetto di residenza abituale, evitando così di confinarlo entro rigidi limiti definitivi ⁽²⁾. La questione relativa alla

⁽¹⁾ La Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato (che, come sappiamo è stata precursore nell’impiego del criterio basato sul legame personale della residenza abituale nelle convenzioni) si era effettivamente espressa in termini negativi sull’opportunità di darle una definizione, già nel corso della sessione straordinaria del 1966, in occasione della discussione di un progetto di convenzione internazionale sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale. V. M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, cit., p. 691; K. SIEHR, *General problems of private international law in modern codifications: de lege lata and de lege europea ferenda*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2005, p. 17 ss., spec. p. 33.

⁽²⁾ V. a tal proposito la Relazione esplicativa di A. Borrás alla mancata Convenzione di Bruxelles del 1998 (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 987 ss.), punto 32, nonché la guida pratica che accompagna il regolamento n. 2201/2003, elaborata dai servizi della Commissione europea in consultazione con la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (consultabile all’indirizzo http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_it.htm), nella quale si sottolinea che esso “non si riferisce a nessun concetto di residenza abituale ai sensi della legislazione nazionale, ma a una nozione ‘autonoma’ di diritto comunitario” (a p. 13).

introduzione di una definizione espressa di residenza abituale a livello pattizio si è presentata frequentemente, senza che, tuttavia, la Conferenza sia mai stata disposta a risolvere la questione in termini positivi: essa ha invero ritenuto che, nonostante le sue rilevanti conseguenze giuridiche, il criterio basato sul legame personale della residenza abituale debba rimanere un criterio di fatto (non soggetto, pertanto, a definizione alcuna) ⁽³⁾.

Non se ne rinviene così alcuna enunciazione né nel corpo di articoli dei regolamenti ad oggi in vigore (ed in corso d'adozione) – nonostante ve ne sarebbe la possibilità, tanto più che questi recano spesso una disposizione riservata alle “definizioni” dei termini ivi impiegati ⁽⁴⁾ –, né sono predisposte alcune linee-guida in merito alla sua individuazione nei *considerando* dei rispettivi preamboli ⁽⁵⁾. A dire il vero, rappresenta un'eccezione in questo senso il regolamento n. 650/2012 del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e

⁽³⁾ In merito all'opportunità di definire la residenza abituale, v. per tutti le Relazioni esplicative di P. Lagarde alla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 relativa alla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione sulla responsabilità genitoriale e le misure per la protezione dei minori, par. 40 (“[t]he discussion bore only on the desirability of inserting into the text of the Convention, a provision defining, for its purposes, the concept of habitual residence. A positive definition had been proposed by the International Union of Latin Notaries,, but it went against the Conference’s tradition and received no support. It would have indeed risked disturbing the interpretation of numerous other conventions utilising the same concept. The Commission discussed at greater length a United States proposal defining situations which would have to be considered as not implying a change of habitual residence. The proposal was rejected in so far as it was intended to change the text of the Convention, but the discussions showed that certain elements of it received approval by the Commission. Thus it was accepted that the temporary absence of the child from the place of his or her habitual residence for reasons of vacation, of school attendance or of the exercise of access rights, for example, did not modify in principle the child’s habitual residence”) e alla Convenzione del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, par. 49 (“[n]o definition was given of habitual residence, which despite the important legal consequences attaching to it, should remain a factual concept. The drawback of providing any quantitative or qualitative definition of habitual residence in one convention, would be to cast doubt on the interpretation of this expression in numerous other conventions in which it is used”). Sulla considerazione della residenza abituale quale criterio di fatto, v. la Relazione esplicativa di P. Bellet e B. Goldman alla Convenzione del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni legali, per cui “habitual residence would generally be defined by reference to two questions of pure fact: living within the territory of the State in question and doing so in more or less permanent fashion”.

⁽⁴⁾ Nello specifico, v. art. 2 dei regolamenti n. 2201/2003 e n. 4/2009, art. 3 dei regolamenti n. 1259/2010 e n. 650/2012. V. l'art. 23, par. 2, del regolamento n. 861/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, per cui “per residenza abituale di una persona fisica che agisce nell'esercizio della sua attività professionale si intende la sua sede di attività principale”.

⁽⁵⁾ Se pur riferito soprattutto alle società, associazioni e persone giuridiche, v. il trentanovesimo *considerando* del regolamento n. 593/2008, per cui “[l]a certezza del diritto richiederebbe una definizione chiara della residenza abituale”.

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, che prevede come legame personale generale (ai fini della determinazione sia della competenza giurisdizionale che della legge applicabile) il criterio della residenza abituale del defunto al momento della morte. A motivo dell'interesse suscitato, nonché dei dibattiti sorti in dottrina in merito alle difficoltà derivanti dall'individuazione di questo criterio ⁽⁶⁾, il regolamento n. 650/2012 fornisce alcune linee-guida utili a questi fini, per cui "l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di *tutti gli elementi fattuali* pertinenti, in particolare la *durata* e la *regolarità* del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le *condizioni* e le *ragioni* dello stesso" (il corsivo è aggiunto). Così determinata, la residenza abituale "dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento" (ventitreesimo *considerando*). Il regolamento sulle successioni fornisce anche, nello specifico, certi dettagli da tenere in considerazione laddove sia difficile individuare la residenza abituale del testatore, "qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine", ovvero "qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi" (ventiquattresimo *considerando*) ⁽⁷⁾. In questo modo, tuttavia, il regolamento non risolve i dubbi interpretativi che circondano la residenza abituale (cosa intende, il regolamento, con "condizioni" e "ragioni"? Il

⁽⁶⁾ V. per tutti, se pur dalla sola prospettiva di *common law*, P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law*, *cit.*, spec. p. 127.

⁽⁷⁾ Il regolamento suggerisce in questa sede che "[s]e il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali". Sulla scelta del criterio basato sul legame personale della residenza abituale nel regolamento sulle successioni, v. A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours*, Vol. 350, 2011, p. 71 ss., spec. p. 180 ss. e, dello stesso autore, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 ss., spec. 882 ss.

riferimento è forse all'elemento soggettivo della residenza abituale? Qual è il peso da attribuire al dato soggettivo?): i *considerando* in menzione rappresentano semplicemente la presa di coscienza di una questione – quella relativa alla definizione di residenza abituale – che ad oggi è (e, per adesso, vuole rimanere) irrisolta.

In dottrina è dibattuta la possibilità di un ipotetico futuro regolamento “Roma 0”, recante le norme di parte generale, tra cui anche una definizione del criterio della residenza abituale, il cui contenuto, tuttavia, rimane controverso ⁽⁸⁾. Nella relazione presentata dalla Direzione generale delle politiche interne dell'Unione del Parlamento europeo in merito alla possibile realizzazione di un ipotetico “codice europeo di diritto internazionale privato”, l'impiego di “open notions” – come quella di residenza abituale per le persone fisiche – può costituire un ostacolo. Tuttavia, si legge nel documento, tale questione deve essere “considered to be [a] matter of interpretation, and can be left to case law or legal writing” ⁽⁹⁾.

L'assenza di una definizione a livello normativo pregiudica così l'applicazione uniforme degli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione che la impiegano, ora come criterio di collegamento, ora come titolo di giurisdizione. Invero, in assenza di un espresso richiamo al diritto degli Stati membri, il concetto di residenza abituale deve essere oggetto di un'interpretazione autonoma ⁽¹⁰⁾: l'interprete nazionale rischia tuttavia di

⁽⁸⁾ P. LAGARDE, *Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?*, in *RabelsZ*, 2011, p. 671 ss., nonché, dello stesso autore, *En guise de synthèse*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, cit., spec. p. 367 ss. Il regolamento recante un codice europeo di diritto internazionale privato è stato oggetto di un convegno tenutosi a Bayreuth, il 29 e 30 giugno 2012, dal titolo *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. P. LAGARDE, nell'opera da ultimo menzionata, ammette di avere alcuni dubbi in merito all'inclusione della residenza abituale tra le definizioni espressamente previste nell'ipotetico codice, in quanto “il faut toutefois prendre garde à certaines inflexions d'un même concept en fonction du champ dans lequel il opère ... car la CJUE admet que la définition de cette notion puisse varier avec les règlements qui l'utilisent” (a p. 370).

⁽⁹⁾ Directorate-general for internal policies, Policy Department C (Citizens' Rights and Constitutional Affairs), *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?*, disponibile sul sito del Parlamento (<http://www.europarl.europa.eu>).

⁽¹⁰⁾ *Contra* R. LAMONT, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2007, p. 261 ss., spec. p. 280 s., che considera più importante – nel contesto del regolamento n. 2201/2003, rafforzare la connessione fattuale tra individuo e giurisdizione, piuttosto che

lasciarsi influenzare dalle proprie consuetudini interpretative, contribuendo di tal maniera ad una reale *atomizzazione* del criterio ⁽¹¹⁾.

Dinanzi al silenzio del legislatore europeo, la Corte di giustizia si è pronunciata a più riprese su questo aspetto, per colmare tale lacuna, procurando all'interprete alcuni strumenti utili ai fini della determinazione uniforme del criterio della residenza abituale, a garanzia della conseguente applicazione omogenea del diritto dell'Unione. Va precisato che le decisioni rese con questo obiettivo dalla Corte di Lussemburgo in ambito internazionalprivatistico (se pur esclusivamente con riguardo alle sole norme sulla competenza giurisdizionale), traggono tuttavia origine da una giurisprudenza precedente, elaborata in altri contesti, con riferimento alla residenza abituale intesa perlopiù a fini fiscali, in materia di previdenza sociale e nei rapporti tra istituzioni europee ed i rispettivi dipendenti ⁽¹²⁾. A ciò è opportuno premettere che per procedere all'elaborazione di una definizione di residenza abituale, è necessario fare attenzione al *contesto* in cui il criterio si inserisce (nel contesto della disposizione che la impiega, nonché nel contesto del *sistema* in cui si colloca tale disposizione), nonché allo *scopo* cui è preposto lo strumento normativo di riferimento. Detto questo, anche in virtù delle considerazioni sopra avanzate in merito all'interpretazione uniforme dei concetti impiegati nelle norme di diritto internazionale privato dell'Unione ⁽¹³⁾, la nozione di residenza abituale resa in un altro contesto normativo può essere trasposta (e di fatto così è stato) –

mantenere una definizione uniforme di residenza abituale nel diritto dell'Unione. V. *supra*, Cap. II, Sezione 2. Per tutti, v. sentenze 18 gennaio 1984, *Ekro BV Vee- en Vleeshandel c. Produktschap voor Vee en Vlees*, causa 327/82, in *Racc.*, 1984, p. I- 00107, punto 11, nonché 6 maggio 2008, *Nordania Finans A/S e BG Factoring A/S c. Skatteministeriet*, causa C-98/07, in *Racc.*, 2008, p. I-01281, punto 17.

⁽¹¹⁾ P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law, cit.*, p. 127.

⁽¹²⁾ È curiosa l'osservazione resa dall'avv. gen. J.-P. Warner nelle conclusioni presentate il 3 febbraio 1976, relative alla sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1976, causa 42/75, *Jean-Louis Delvaux c. Commissione*, in *Racc.*, 1976, p. I-0167, in una causa concernente la concessione dell'indennità di espatrio ad un dipendente della Commissione. L'avv. gen., considerando di difficoltà estrema la riflessione intorno ad una definizione di residenza abituale “[...] I do not feel called upon to attempt a definition of it in this case. *It seems to me that habitual residence is, rather like an elephant, easier to recognize than to define.* I will say only that, in my opinion, in order to ascertain whether a person has been habitually resident in a particular place during a particular period, one must ascertain *to what extent he has been present there during that period and then ascertain the reason or reasons for that presence*” (punto 35, il corsivo è aggiunto).

⁽¹³⁾ V. *supra* Cap. I, Sezione 2.

mutatis mutandis – nel quadro internazionalprivatistico. Non ci soffermeremo qui in maniera dettagliata sulle pronunce rese in questi campi, ma ci limiteremo ad una selezione scelta della giurisprudenza a nostro avviso più rilevante, che ha condizionato successivamente le pronunce della Corte nell’ambito di nostro interesse.

Emblematica (perché spesso richiamata dalla successiva giurisprudenza della Corte in sede d’interpretazione del criterio della residenza abituale) è la pronuncia resa nel caso *Swaddling* ⁽¹⁴⁾. In tale occasione, la Corte ha elaborato la definizione del criterio della residenza abituale nel contesto di una controversia concernente la mancata concessione di un sussidio integrativo (*Income Support*) ad un cittadino britannico che riteneva di risiedere abitualmente sul territorio britannico e di soddisfare così le condizioni per beneficiare di tale sussidio, previste dal *Social Security Contributions and Benefits Act*. Investita della questione pregiudiziale vertente sull’interpretazione del regolamento (CEE) del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità, la Corte ha affermato che esso “osta a che, qualora una persona si sia avvalsa del diritto alla libera circolazione per stabilirsi in un altro Stato membro in cui ha lavorato e stabilito la propria residenza abituale e ritorni nello Stato membro di origine in cui risiede con la famiglia per cercarvi un lavoro, quest’ultimo subordini l’erogazione di una prestazione di cui all’art. 10 *bis* del regolamento n. 1408/71 ad una condizione di residenza abituale in questo Stato che implichi, oltre *all’intenzione* di risiedervi, un *periodo consistente* di residenza” (il corsivo è aggiunto). La nozione di residenza abituale in base al diritto inglese ai fini dell’applicazione del *Social Security Contributions and Benefits Act* implicava invero la sussistenza di una duplice condizione, vale a dire che il richiedente il sussidio avesse la *ferma intenzione* di

⁽¹⁴⁾ Sentenza 25 febbraio 1999, *Robin Swaddling c. Adjudication Officer*, causa C-90/97, in *Racc.*, 1999, p. I-01075. Tuttavia v. precedentemente anche la sentenza 14 febbraio 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, causa C-279/93, in *Racc.*, 1995, p. I-00225, spec. punto 32 (“[...] la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi personali ed economici. Questo luogo corrisponde in genere alla residenza abituale della persona interessata”).

risiedere stabilmente nel Regno Unito e, dall'altro, un periodo di residenza *apprezzabile* nel territorio del Regno Unito, quantificato in otto settimane (*habitual residence test*) ⁽¹⁵⁾. Per definire, nello specifico, quale sia lo Stato membro di residenza abituale ai fini del diritto dell'Unione (da intendersi quale "dimora abituale", avente "portata comunitaria") ⁽¹⁶⁾, la Corte dichiara che deve essere fatto riferimento allo "Stato in cui le persone interessate risiedono abitualmente ed in cui si trova altresì il centro principale dei loro interessi; in tale contesto occorre prendere in considerazione in modo particolare la situazione familiare del lavoratore, i motivi che lo hanno indotto a trasferirsi, la durata e la continuità della residenza, il fatto di disporre eventualmente di un posto di lavoro stabile e l'intenzione del lavoratore quale si può desumere da tutte queste circostanze" ⁽¹⁷⁾. In altri termini, la Corte ha ritenuto in questo caso che sia possibile, nel contesto di riferimento, che una persona possa acquisire la propria residenza abituale immediatamente nel momento del suo ritorno nel proprio Stato d'origine, ai fini dell'attribuzione del sussidio ⁽¹⁸⁾. La Corte traspone al caso di specie riflessioni già avanzate in altri settori del diritto dell'Unione, in virtù di un'interpretazione *intertestuale* ⁽¹⁹⁾: pur se collocati in aree del diritto eterogenee, la Corte ritiene che i richiami alla nozione di residenza abituale contenuti in altre norme dell'Unione siano egualmente confrontabili ⁽²⁰⁾,

⁽¹⁵⁾ V. S. COX, *The Habitual Residence Test and EC Law*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1999, p. 316 ss., spec. p. 318 con riferimento al *benefit tourism*. V. anche le conclusioni dell'avvocato generale A. Saggio presentate il 29 settembre 1998, punto 4.

⁽¹⁶⁾ V. punto 28 della sentenza.

⁽¹⁷⁾ V. punto 29 della sentenza, con richiamo alla sentenza 17 febbraio 1977, *Silvana di Paolo c. Office national de l'emploi*, causa C-76/76, in *Racc.*, 1977, p. I-00315. V. anche M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, *Cross-border divorce law: Brussels II-bis*, Oxford, 2010, p. 36 ss.

⁽¹⁸⁾ Nel caso di specie, il sig. Swaddling aveva lavorato per otto anni in Francia, continuando a versare contributi assicurativi al competente ente nazionale del Regno Unito. Negli ultimi anni aveva risieduto stabilmente in Francia, tornando nel Regno Unito solo per motivi di lavoro. Licenziato in Francia, faceva ritorno nel suo paese d'origine, andando ad abitare presso il fratello. Pochi giorni dopo chiedeva che gli venisse riconosciuto il diritto al sussidio integrativo previsto dal *Social Security Contributions and Benefits Act*.

⁽¹⁹⁾ V. Conclusioni dell'avv. gen., punti 17-19.

⁽²⁰⁾ *A contrario*, v. sentenza 2 aprile 2009, A, causa C-523/07, *cit.* punto 37, se pur con riferimento al criterio del domicilio: "[i]l governo del Regno Unito fa inoltre valere che la definizione di domicilio sviluppata dalla Corte di giustizia nell'interpretare le disposizioni in materia di diritto sociale non dovrebbe essere trasposta al regolamento n. 2201/2003, in quanto le rispettive previsioni perseguono obiettivi completamente diversi. Le disposizioni concernenti l'applicazione ai lavoratori migranti dei sistemi di previdenza sociale mirano a ripartire la competenza per la concessione di determinate prestazioni fra lo

perché alla base vi è comunque l'idea che il paese di residenza è quello con cui il soggetto ha un *attaccamento sociale* stabile e prevalente rispetto ai legami che pure possono esservi con altri Stati membri.

La pronuncia resa nel caso *Swaddling* fornisce un'interpretazione *estensiva* della nozione di residenza abituale, nel contesto specifico in cui si colloca la norma dell'Unione sottoposta all'attenzione della Corte. Un'interpretazione di questo tipo, ampliando il ventaglio delle possibilità per i cittadini dello Stato d'origine di usufruire del sussidio integrativo in parola qualora vogliano farvi ritorno, non assoggettando la determinazione della residenza abituale ad alcun "counting of day approach" ⁽²¹⁾, favorisce al contempo la circolazione delle persone attraverso le frontiere degli Stati membri. Tuttavia, un approccio di questo tipo – che pone in essere, tra l'altro, un trattamento discriminatorio nei confronti di coloro che non sono cittadini dello Stato in cui ritornano (in questo caso, britannici) – rischia di essere pericoloso qualora venga *automaticamente* trasposto, ai fini dell'individuazione della residenza abituale, nell'ambito del diritto internazionale privato della famiglia ⁽²²⁾. A tal proposito non è auspicabile neanche la tendenza ad individuarla in maniera *automaticamente restrittiva*: tale orientamento è seguito in effetti dalla Corte nella definizione del criterio della residenza abituale con riguardo alla normativa dell'Unione relativa ai rapporti tra le istituzioni europee ed i rispettivi dipendenti. In queste occasioni la Corte è stata molto rigida, favorendo invece l'aspetto quantitativo riferito al periodo di permanenza, piuttosto che l'elemento intenzionale ⁽²³⁾.

Stato del domicilio e lo Stato in cui è effettuata l'attività lavorativa. Al riguardo occupa una posizione di primo piano – diversamente che nel caso della competenza per le decisioni concernenti l'affidamento – non l'interesse del soggetto di cui trattasi, bensì la ripartizione degli oneri fra gli Stati membri".

⁽²¹⁾ L'espressione è di M. NÌ SHÚILLEABHÁIN, *Cross-border divorce law: Brussels II-bis, cit.*, p. 49.

⁽²²⁾ Conviene qui sottolineare che la Corte ha per la prima volta considerato il fattore intenzionale, ai fini della determinazione del criterio della residenza abituale, nella materia previdenziale, nella sentenza 8 luglio 1992, *Doris Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit*, causa C-102/91, in *Racc.*, 1992, p. I-04341, spec. punto 23 (per cui, a tal fine, "vanno considerate la durata e la continuità della residenza prima che l'interessato si sia trasferito, la durata e la finalità della sua assenza, la natura dell'occupazione accettata nell'altro Stato membro, nonché l'intenzione dell'interessato quale si può desumere da tutte queste circostanze").

⁽²³⁾ V. sentenze 14 luglio 1988, *Oskar Schäflein c. Commissione*, causa C-284/87, in *Racc.*, 1988, p. 4475 ss.; 15 settembre 1994, *Pedro Magdalena Fernández c.*

Nella determinazione della residenza abituale impiegata quale criterio di collegamento dalle norme di conflitto dell'Unione in materia familiare, l'interprete non deve essere guidato da alcun automatismo. Egli invero (tanto il giudice, quanto l'ufficiale di stato civile, il notaio, l'avvocato) è tenuto a compiere un'operazione complessa, in considerazione, *volta per volta*, di tutti i fattori rilevanti del caso di specie⁽²⁴⁾, attribuendo loro un rilievo *equilibratore*⁽²⁵⁾. È inevitabile inoltre che l'interprete non prescinda dalla *natura* e dallo *scopo* delle norme di diritto internazionale privato in esame⁽²⁶⁾. Anche quest'ultimo aspetto deve essere contemperato dall'apprezzamento di tutti i fattori sopramenzionati, per evitare soluzioni radicali che rischiano di non modellarsi sulla fattispecie considerata e di pregiudicare proprio gli obiettivi cui sono informati. Ad esempio, una norma sulla competenza giurisdizionale che adoperi come titolo di giurisdizione la residenza abituale, richiederebbe di regola che questo criterio sia interpretato in maniera *estensiva*, in modo tale da favorire l'accesso alla giustizia: se ciò di partenza è vero, sarà tuttavia necessario che l'interprete abbia il quadro integrale dei fattori rilevanti nel caso di specie. Così il legame personale della residenza abituale impiegato da una norma di conflitto, il cui obiettivo è la designazione di *una* disciplina idonea a regolare il rapporto giuridico in oggetto, non sarà necessariamente impiegato in maniera *restrittiva*, qualora il bilanciamento di tutti gli elementi determinanti inducano ad un'interpretazione diversa.

In altri termini, il criterio della residenza abituale, concepito come criterio teso a porre rimedio alle difficoltà incontrate nell'applicazione dei pregressi criteri basati sugli esclusivi legami personali della cittadinanza e del domicilio, lungi dall'essere un semplice criterio *fattuale*, si rivela portatore di una laboriosità intrinseca che si rivela quanto mai evidente nella prassi giurisprudenziale⁽²⁷⁾. Il criterio della residenza abituale, legame

Commissione, causa C-452/93 P, in *Racc.*, 1994, p. I-04295. Nella giurisprudenza del Tribunale, v. sentenza 10 luglio 1992, *Elisabeth Benzler c. Commissione*, causa T-63/91, in *Racc.*, 1992, p. II-02095.

⁽²⁴⁾ V. *infra*, paragrafi 2-4.

⁽²⁵⁾ V. *infra*, par. 7.

⁽²⁶⁾ V. *infra*, par. 2.

⁽²⁷⁾ P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law*, *cit.*, p. 139.

personale poiché ascrivibile all'individuo, richiede a nostro avviso una ridefinizione, da ricostruire, come cercheremo di fare, con attenzione alla sua *struttura* ed alla *funzione* da questa assolta sul piano del diritto internazionale privato dell'Unione europea, nello specifico ambito dei conflitti di leggi in materia familiare.

2. *Elementi strutturali e logiche sottese: l'elemento oggettivo.*

La residenza abituale, come accennato ⁽²⁸⁾ e come si evince dalla giurisprudenza sopra evidenziata, pur considerata in contesti diversi da quello internazionalprivatistico, è un criterio complesso, composto da plurimi fattori. Tali fattori sono tradizionalmente raggruppati nell'elemento *oggettivo* ed in quello *soggettivo*.

Perché il criterio basato su tale legame personale contenuto nelle norme dell'Unione possa essere efficacemente ed uniformemente applicato dagli operatori giuridici nazionali, è indispensabile che sia individuato sulla base di *parametri oggettivi*, il più possibile *condivisi*. Il profilo dell'oggettività ai fini della determinazione di tale legame è quello più attendibile, poiché idoneo, se interpretato in maniera uniforme, a garantire la prevedibilità e la certezza del diritto. L'elemento soggettivo (*l'animus residendi*), ascrivibile all'intenzione di ogni persona di rimanere in un dato luogo – almeno per un apprezzabile periodo di tempo –, è mutevole e per definizione imprevedibile, poiché caratteristico di ciascun individuo. Esso tuttavia si manifesta nella realtà attraverso dati empirici: è muovendo dalla considerazione di tali dati oggettivi che deve essere pertanto individuata la volontà del soggetto come integrante il fattore soggettivo. Serva così da premessa la considerazione per cui, nel concetto del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, due sono i profili che si coordinano: quello dell'*identità* del soggetto e quello della *oggettività* del criterio stesso. In altri termini: l'identità del soggetto si esplica attraverso parametri oggettivi.

Alla nota dicotomia strutturale (ma unitariamente considerata) dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo sono sottese le rispettive

⁽²⁸⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 7.

logiche di *integrazione sociale* e di *valorizzazione della persona*. Queste logiche ripercorrono il diritto internazionale privato nel suo insieme ed in particolare l'ambito del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Il criterio basato sul legame personale della residenza abituale è lo specchio d'acqua su cui si riflettono queste logiche: esso è asservito al raggiungimento di tali politiche, trasposte nel macro-contesto del diritto dell'Unione, cui il diritto internazionale privato è strumentale. La residenza abituale così come impiegata nella disciplina di conflitto dell'Unione si differenzia pertanto dal criterio di residenza abituale impiegato nelle norme di conflitto uniformi delle convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja: il suo funzionamento nel contesto del diritto dell'Unione – diversamente da quanto accade nel “diritto dell'Aja”⁽²⁹⁾ – integra una libertà “costituzionale”, ascrivibile alla libertà di circolazione garantita dai Trattati⁽³⁰⁾.

L'elemento oggettivo è il primo componente che viene in rilievo: la residenza abituale è infatti, *prima facie*, un criterio *essenzialmente* fattuale⁽³¹⁾. All'interno di tale *anima* si individuano due ordini di oggettività: l'elemento *quantitativo* e l'elemento *qualitativo*. Il primo si riferisce alla durata del soggiorno – al parametro temporale (ai giorni di residenza) –, perché sia qualificato come “abituale”. Il secondo riguarda la natura e le caratteristiche di tale soggiorno, tali da condurre l'interprete a considerare quel luogo come il luogo in cui il soggetto ha effettivamente stabilito il proprio centro di interessi personali e professionali. L'aspetto quantitativo deve essere temperato con quello qualitativo che, pertanto, assume una funzione *correttiva* ai fini della valutazione della abitualità della residenza, soprattutto laddove, nonostante questa sia prolungata nel tempo, non denoti effettivamente un legame genuino con il paese di riferimento.

Si assiste recentemente ad una tendenza alla “codificazione” dell'elemento quantitativo oggettivo⁽³²⁾, avuto riguardo soprattutto agli

⁽²⁹⁾ V. *supra* Cap. I, par. 7.

⁽³⁰⁾ P. FRANZINA, *Note introduttive*, in *Reg. 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*, cit., p. 1437.

⁽³¹⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 3.

⁽³²⁾ V. M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, cit., p. 694.

strumenti normativi adottati dall'Unione in ambito internazionalprivatistico⁽³³⁾, mediante la previsione di un preciso periodo di tempo a partire dal quale la residenza può considerarsi "abituale"⁽³⁴⁾. La previsione di una condizione temporale comporta in questo modo una *presunzione di abitualità* che facilita in parte l'opera dell'interprete.

I dati oggettivi che compongono il criterio basato sul legame personale della residenza abituale devono essere valutati ogni volta alla luce delle condizioni del caso specifico: la summa di tali elementi sarà rivelatrice di una connessione, di una *prossimità geografica* del rapporto giuridico facente capo ai soggetti considerati con lo Stato in cui esso è localizzato. Tale prossimità deve essere *attuale*, tale da giustificare in termini di *genuinità ed opportunità* ora la competenza giurisdizionale ora l'applicazione della disciplina straniera individuata dalla norma di conflitto. A livello sovranazionale non si rinviene alcun indizio che suggerisca all'interprete a quali dati empirici guardare per designare la residenza abituale, che risponda ai requisiti richiamati, né a quali sia opportuno *non* fare riferimento. Anche la Conferenza dell'Aja ha adottato tale atteggiamento⁽³⁵⁾. Come vedremo immediatamente di seguito, la Corte di

⁽³³⁾ In tal senso, tra gli altri, l'art. 3, par. 1, lett. *a*), quinto e sesto trattino, l'art. 9, par. 1, l'art. 10, lett. *b*), del regolamento n. 2201/2003 e l'art. 10, par. 1, lett. *b*) del regolamento n. 650/2012. V. anche la Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni legali, art. 2, par. 2, lett. *a*), che, per la prima volta, introduce il requisito temporale per l'individuazione della residenza abituale ai fini del riconoscimento di tali decisioni ("2. the petitioner had his habitual residence there and one of the following further conditions was fulfilled: a) such habitual residence had continued for not less than *one year* immediately prior to the institution of proceedings").

⁽³⁴⁾ Come hanno evidenziato alcuni (J. D. MCCLEAN, K. W. PATCHETT, *English Jurisdiction in Adoption*, in *ICLQ*, 1970, p. 1 ss., pp. 14-16), sussiste una rilevante differenza tra "habituation" e "habitation". La diversa etimologia dei termini suggerisce invero che "[i]t is not enough merely to describe a course of conduct, or the physical relationship between a person and the place where he is, without also indicating the *condition* in which that conduct or relation generates. [...] In seeking that condition the emphasis must surely be on evidence of a *propensity*, a *condition of mind* or *state of affairs* which has become stereotyped and even inevitable if the appropriate conditions are present" (il corsivo è aggiunto).

⁽³⁵⁾ V. il Rapporto sintetico dei lavori della Commissione speciale istituita in seno alla Conferenza dell'Aja di giugno 1997 sulla competenza giurisdizionale internazionale e gli effetti delle decisioni straniere in materia civile e commerciale, redatto da C. Kessedjian, spec. par. 9, nel quale si legge che "une majorité s'est finalement dégagee pour dire que la tradition retenue au sein de la Conférence de La Haye de ne pas donner de définition de la notion de résidence habituelle doit encore être suivie pour la Convention en cours de négociation. Toutefois, il serait vraisemblablement utile que le rapport explicatif donne une liste des éléments permettant de vérifier l'existence d'une résidence habituelle et peut-être même une liste d'éléments qui, au contraire, ne permettent pas de remplir les conditions nécessaires à une telle existence".

giustizia ha cercato di venire incontro a questa esigenza, avuto riguardo, per ora, come detto, alle sole norme sulla competenza giurisdizionale.

3. (*Segue*). *L'intenzione come elemento soggettivo.*

È oramai pacifico nella giurisprudenza dell'Unione ed in quella interna, che il criterio della residenza abituale impiegato negli strumenti di diritto internazionale privato di origine sovranazionale sia composto, oltre che da un elemento fattuale, anche da un elemento *psicologico*, l'esplicazione cioè dell'autonomia della persona che si concretizza nell'intenzione di rimanere nel luogo in cui essa risiede, per un *apprezzabile periodo di tempo (animus residendi)* ⁽³⁶⁾.

L'elemento soggettivo costituisce un significativo ostacolo ai fini della determinazione della residenza abituale ⁽³⁷⁾, che si somma così alle difficoltà già evidenziate, relativo all'opera di individuazione del dato oggettivo. La complessa operazione in cui si imbatte l'interprete dinanzi al dato soggettivo, tuttavia, è maggiore rispetto a quella che egli fronteggia nel qualificare quello oggettivo. Invero, in mancanza di una previsione normativa, egli deve, da una parte, individuare *quali* siano i dati idonei a trasporre sul piano empirico la volontà del soggetto di risiedere stabilmente in un determinato luogo e, successivamente, valutare *quale* sia il *peso* da attribuire a tale volontà, nell'economia globale della residenza abituale (nella ponderazione cioè dell'elemento soggettivo con quello oggettivo). Tali operazioni possono prestarsi a considerazioni fuorvianti: in verità, molti dati oggettivi possono essere interpretati come indici di un *animus* e, al contempo, di un soggiorno meramente temporaneo (così l'apertura di un conto corrente, la frequenza scolastica etc.). A motivo della delicatezza con cui tale aspetto richiede di essere sviluppato, entrambi i procedimenti in cui

⁽³⁶⁾ J. D. MCCLEAN, *The Meaning of Residence*, in *ICLQ*, 1962, p. 1153 ss. Risulta così superata la previsione della richiamata Risoluzione 72(1) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (v. *supra*, Cap. II, par. 7), in base alla quale “[l]'établissement volontaire d'une résidence et l'intention de la personne de maintenir cette résidence *ne constituent pas des conditions pour l'existence d'une résidence ou d'une résidence habituelle*, mais les intentions de la personne peuvent être prises en considération pour déterminer si elle possède une résidence ou quel est le caractère de cette résidence » (corsivo aggiunto).

⁽³⁷⁾ V. già le considerazioni avanzate da C. HALL, *Cruse v. Chittum: Habitual Residence Judicially Explored*, in *ICLQ*, 1975, p. 1 ss.

si articola la ricerca dell'elemento soggettivo richiedono un'analisi accurata di *tutti* gli elementi di fatto del caso.

L'*anima* soggettiva della residenza abituale è l'elemento che ha suscitato la maggior "creatività" nei giudici nazionali in sede di interpretazione della norma internazionalprivatistica dell'Unione: la giurisprudenza comparata ci mostra invero come la volontà possa essere ora determinante (nelle vesti di *correttivo* dell'elemento oggettivo), ora di per sé bastevole ai fini della sua individuazione. Questo è il risultato, come abbiamo visto, della lacuna normativa e giurisprudenziale che affligge il "sistema" di diritto internazionale privato dell'Unione. Ad oggi la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata sull'interpretazione del concetto di residenza abituale come criterio di collegamento impiegato dalle norme di conflitto dell'Unione in materia familiare, ma solo – oltre agli accennati ambiti che esulano da quello internazionalprivatistico – sul concetto di residenza abituale quale titolo di giurisdizione nella materia matrimoniale ed in tema di responsabilità genitoriale (così come impiegati, in definitiva, negli articoli 3 e 8 del regolamento n. 2201/2003) ⁽³⁸⁾.

Le decisioni rese dai giudici interni ci mostrano che, in realtà, non è solo l'elemento soggettivo a creare precedenti discordanti, concorrendo a tal proposito anche il diverso apprezzamento che, di volta in volta, il giudice accorda agli elementi oggettivo-qualitativi ed oggettivo-quantitativi (sia nell'esperienza giurisprudenziale comparata che interna).

Per analizzare in maniera omnicomprensiva le difficoltà suscitate dall'applicazione del criterio basato sul legame personale della residenza abituale e, sulla base di tali problematiche, provvedere alla formulazione di una o più ipotetiche soluzioni - *mutatis mutandis* - nell'ambito che qui interessa, è opportuno non limitarsi alla prassi giurisprudenziale degli Stati membri dell'Unione. È conveniente riferirsi all'uopo anche alla giurisprudenza degli Stati membri della Conferenza dell'Aja (ovvero parti della convenzione considerata) relativa all'interpretazione di certe

⁽³⁸⁾ V. sentenza 2 aprile 2009, A, causa C-523/07, *cit.*, e, con riferimento alla residenza abituale di un neonato, sentenza 22 dicembre 2010, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, causa C-497/10 PPU, in *Racc.*, 2010, p. I-14309.

convenzioni che, se pur indirettamente ⁽³⁹⁾, potrebbero contribuire alla costruzione di una nozione uniforme di residenza abituale. A tal riguardo, lo strumento pattizio che ha suscitato il maggiore interesse tra i giudici nazionali è la Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori ⁽⁴⁰⁾. Tale convenzione, di cui sono parti tutti gli Stati membri dell’Unione (nonché un consistente numero di Stati terzi), reca una disciplina pressappoco analoga a quella disposta dal regolamento n. 2201/2003 ⁽⁴¹⁾; la convenzione costituisce tuttora la base legale per il procedimento di ritorno del minore (art. 11 del regolamento), il regolamento prevale tra gli Stati membri dell’Unione nella misura in cui la convenzione riguardi materie da esso disciplinate (art. 60, lett. e, del regolamento) ⁽⁴²⁾.

La giurisprudenza inglese in particolare, intimamente influenzata dal concetto di *domicile* ⁽⁴³⁾, da cui difficilmente riesce a prescindere ⁽⁴⁴⁾, ha sviluppato un’interpretazione di residenza abituale ⁽⁴⁵⁾ che si incentra sul

⁽³⁹⁾ V. *supra* Cap. I, par. 5 *in fine*. V. anche R. LAMONT, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, cit., p. 276 ss.

⁽⁴⁰⁾ P. BEAUMONT, MCELEAVY, *The Hague Conference on International Child Abduction*, 1999, Oxford; J. L. SCHIRATZKI, *Friends at Odds – Construing Habitual Residence for Children in Sweden and The United States*, in *International Journal of Law, Policy and Family*, 2001, p. 297 ss.; R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law*, in *ICLQ*, 1995, p. 771 ss.; L. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga*, in *Oklahoma Law Review*, 2011, p. 733 ss. e, della stessa autrice, *Interpreting The Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*, in *University of California Davies Law Review*, 2005, p. 1049 ss.; D. RIETIKER, *Un enlèvement d’enfant devant la Grand Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme : l’affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d’interprétation des traités internationaux*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 377 ss.

⁽⁴¹⁾ A riguardo, v. MCELEAVY, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, in *Journ. Private Int. Law*, 2005, p. 5 ss.

⁽⁴²⁾ A tal proposito, ogni decisione resa dai giudici nazionali con riguardo alla Convenzione dell’Aja del 1980 a cui faremo riferimento di seguito, è reperibile su INCADAT, *The International Child Abduction Database* (<http://www.incadat.com>), istituito dal Permanent Bureau sul sito della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato.

⁽⁴³⁾ V. *supra* Cap. II, par. 4.

⁽⁴⁴⁾ “Habitual residence is half-way house between residence and domicile, differing from the latter in its lack of need of permanence”. In questi termini R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 6th ed., 1969, London, p. 195.

⁽⁴⁵⁾ A partire dalla distinzione tra residenza abituale e residenza ordinaria “Ordinary residence requires no intention to reside, nor even voluntary residence, and may continue despite occasional or accidental absences. It connotes residence in a place with

criterio soggettivo (elemento preponderante nel domicilio anglosassone) e lo analizza in profondità. Il caso *Cruse v. Chittum* ⁽⁴⁶⁾ è emblematico in tal senso: per la prima volta i giudici inglesi, chiamati a verificare se la sig.ra Cruse avesse la propria residenza abituale negli Stati Uniti al momento della proposizione della domanda di divorzio, ai fini del suo riconoscimento in Inghilterra ai sensi del *Recognition of Foreign Divorce and Legal Separations Act 1971*, hanno affrontato in sei punti di discussione le caratteristiche salienti della residenza abituale ⁽⁴⁷⁾. Tale decisione costituisce un significativo precedente delle più recenti pronunce rese dai giudici inglesi nell'interpretazione del criterio della residenza abituale impiegata dai regolamenti dell'Unione (nonché in riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1980) e, al contempo, rappresenta uno strumento da cui procedere per comprendere le diverse *tonalità* che ha assunto la volontà, anche precedentemente a tale pronuncia, nel procedimento interpretativo che conduce all'individuazione della residenza abituale.

Il giudice inglese, in questo caso, partendo dalla constatazione dei giudici statunitensi che avevano fondato la propria competenza a pronunciarsi sul divorzio ritenendo che la richiedente fosse “actual and *bona fide* resident” nello Stato del Mississippi, e che vi avesse risieduto per un anno precedentemente alla domanda (nonché un anno successivo alla stessa), rinvennero l'effettiva sussistenza della residenza abituale della sig.ra Cruse. I giudici inglesi identificano nell'elemento qualitativo la

some degree of continuity”. *Levene v. Inland Revenue Commissioners* [1928] A.C. 217, 225, par. 9. Tuttavia *v. Lewis v. Lewis* [1956] 1 W.L.R. 200, in cui “ordinary” e “habitual” residence sono considerati coincidenti. In dottrina *v. P. ROGERSON, Habitual Residence: The New Domicile?*, in *ICLQ*, 2000, p. 86 ss., p. 96; J. D. MCCLEAN, *The Meaning of Residence*, in *ICLQ*, 1962, p. 1153 ss., spec. p. 1161; E. M. CLIVE, *The Concept of Habitual Residence*, in *Juridical Review*, 1997, p. 137 ss., spec. p. 139.

⁽⁴⁶⁾ *Cruse v. Chittum* [1974] 2 All. E.R.

⁽⁴⁷⁾ Questi i punti di discussione: 1. “Habitual residence indicates a quality of residence rather than a period of residence”; 2 “Habitual residence is similar to the residence normally required as part of domicile, although in habitual residence there is no need for the element of animus which is necessary in domicile”; 3. “[...] that residence was ‘actual and bona fide’ really defines habitual in this context, and denotes a regular physical presence which must endure for some time”; 4. “Some characteristics of residence negate the possibility of its being habitual, for example if it is of ‘a temporary or a secondary nature’”; 5. “Habitual residence requires an element of intention, an intention to reside”; 6. “Ordinary residence is different from habitual residence in that the latter is something more than the former”.

componente più rilevante rispetto alla durata del soggiorno ⁽⁴⁸⁾, integrante il carattere di “abitualità” della residenza.

Tuttavia ciò non è di per sé sufficiente, essendo all’uopo necessario un periodo di tempo significativo, qui quantificato in un anno. Come anticipato, il carattere quantitativo non è stato uniformemente considerato: in certe pronunce esso è enfatizzato (tale da evidenziare una connessione sostanziale) ⁽⁴⁹⁾, in altre ridimensionato ⁽⁵⁰⁾. Nella nota pronuncia *Ex parte Shah* ⁽⁵¹⁾, concernente l’attribuzione di una borsa di studio ad uno studente universitario che soddisfacesse il requisito di una residenza ordinaria ⁽⁵²⁾ di tre anni nel Regno Unito, i giudici inglesi hanno considerato che a tali fini la residenza debba essere volontaria e rappresentativa del centro di vita della persona, rivelatrice di chiare intenzioni (“settled purposes”) ⁽⁵³⁾, senza che tuttavia i motivi sottesi a tali intenzioni debbano necessariamente condurre ad una residenza di lunga durata. A partire da questa pronuncia, si è andato sviluppando un approccio *ultraflessibile* ⁽⁵⁴⁾ caratteristico della giurisprudenza anglosassone anche nell’interpretazione del criterio basato sul legame della residenza abituale impiegata quale titolo di giurisdizione nel regolamento n. 2201/2003. Tale orientamento – che accoglie la soluzione tracciata dalla giurisprudenza *Swaddling* – esaspera l’elemento volontaristico: la volontà, da sola, soddisfa le condizioni necessarie per

⁽⁴⁸⁾ Sulla base del *Recognition of Foreign Divorces and Legal Separation Act 1971*, peraltro, i giudici inglesi non avevano alcuna indicazione riguardo ad un “quantitative test” cui fare riferimento.

⁽⁴⁹⁾ *V. Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* [1930] A.C. 588.; *Indyka v. Indyka* [1969] 1 A.C. 33.

⁽⁵⁰⁾ *R. v. Johnson* [1940] 3 W.W.R., 623.

⁽⁵¹⁾ *Reg. v. Barnett London Borough Council, Ex parte Shah* [1983] 2 A.C. 309.

⁽⁵²⁾ In quest’occasione, nonostante la Chamber of Lords si sia pronunciata sul concetto di *ordinary residence*, è da ritenere che quest’ultima si identifichi nella nozione di *habitual residence*. V. inoltre *Kapur v. Kapur* [1984] F.L.R. 920; *V. v. B. (A Minor) (Abduction)* [1991] 1 F.L.R. 177.

⁽⁵³⁾ “The purpose may be one; or there may be several. It may be specific or general. All the law requires is that there is a settled purpose. This is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely; indeed his purpose, while settled, may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family, or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode. And there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled” (pp. 342-343).

⁽⁵⁴⁾ P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law, cit.*, p. 129.

individuare la residenza abituale da parte del giudice ⁽⁵⁵⁾. Significativa è la pronuncia resa nel caso *Nessa v. Chief Adjudicatory Officer* ⁽⁵⁶⁾, riguardante la richiesta di un sussidio da parte di una donna arrivata dal Bangladesh con l'intenzione di stabilirsi definitivamente nel Regno Unito, costituendo un presupposto per beneficiarne quello della residenza abituale sul territorio britannico, non essendo al contrario riconosciuto alcunché alle persone "from abroad". Respinta in primo grado la richiesta della ricorrente, il *Social Security Appeal Tribunal* "finds upon the evidence that the appellant is habitually resident in the United Kingdom *as on the date of arrival* in the United Kingdom and entitled to Income Support therefrom" (il corsivo è aggiunto). Avverso tale decisione, che aveva considerato esclusivamente l'intenzione della sig.ra Nessa di volere risiedere abitualmente nel Regno Unito ⁽⁵⁷⁾, l'*Adjudication Officer* propone appello ritenendo che il tribunale abbia "considered only whether the claimant had adopted residence in the United Kingdom voluntarily and for settled purposes and did not ask whether there had been an appreciable period of residence". Nonostante il ricorso venga respinto, considerando i giudici che la residenza abituale resta una nozione di fatto, senza che perciò se ne possa avallare l'acquisizione immediata, Lord Slynn of Hadley richiama due situazioni precise nelle quali il decorrere di un periodo di tempo apprezzabile non è *condicio sine qua non* ai fini dell'ottenimento di una nuova residenza abituale: l'acquisizione immediata della residenza abituale può sussistere qualora sia necessaria all'applicazione effettiva di una normativa ovvero qualora la persona in questione torni nello Stato in cui precedentemente aveva installato la propria residenza abituale. Tuttavia, nella sua *dissenting opinion*, il giudice Thorpe esamina la "storia" della sig.ra Nessa, precedente al suo arrivo in Inghilterra

⁽⁵⁵⁾ Non senza alcune eccezioni, come nel caso di *Re J.* [1990] 2 AC 562, in cui è stato ritenuto che attenendoci al significato letterale delle parole non è possibile l'acquisizione immediata della residenza abituale, essendo all'uopo necessario anche un periodo di tempo.

⁽⁵⁶⁾ *Nessa v. The Chief Adjudication Officer and Another* [1999] WLR 1937, [1999] 1 WLR 1937, [1999] UKHL 41, [1999] 4 All ER 677, per cui "[e]ach may take a shade of meaning from the context and the object and purpose of the legislation. But there is a common core of meaning which makes it relevant to consider what has been said in cases dealing with both ordinary and habitual residence".

⁽⁵⁷⁾ "She made of her own volition the necessary arrangements regarding her immigration *status* in the United Kingdom. That her centre of interest is in the United Kingdom and she is here for no other purpose than to be habitually resident here".

(⁵⁸), ritenendo che la sua intenzione di stabilirsi nel Regno Unito sia tale da determinarvi l'acquisizione della residenza abituale, senza che a tal fine sia necessario un precisato periodo di tempo (⁵⁹).

I giudici inglesi sono così orientati verso un approccio oltremodo elastico, basato sull'elemento soggettivo della residenza abituale, non solo in materia fiscale e contributiva, ma anche con riguardo al contesto familiare della sottrazione internazionale di minori, alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980. Depongono a favore di questa posizione, tra le altre, le decisioni rese nei casi *Cameron v. Cameron* (⁶⁰), *Al Habtoor v. Fotheringham* (⁶¹) e *Re R. (Abduction: Habitual Residence)* (⁶²). Nel caso *Cameron*, nello specifico, i figli di una coppia franco-scozzese, a seguito di un accordo tra i genitori, erano stati condotti in Francia dal padre e, nonostante l'accordo prevedesse che la durata del soggiorno avrebbe avuto una durata di sei mesi, questo viene interrotto dalla ritenzione dei minori nel Regno Unito, da parte della madre. Nonostante i minori non avessero alcun collegamento con la Francia, i giudici di Edimburgo investiti della causa hanno ritenuto che la loro residenza abituale fosse individuata proprio in quello Stato e, pertanto, che vi dovesse essere ordinato il loro rientro presso il padre. I giudici inglesi hanno posto l'accento sui precisi termini dell'accordo intercorso tra i genitori. In questo caso, il periodo considerato rilevante ai fini dell'acquisizione della residenza abituale, alla luce della

(⁵⁸) "1. Her husband lived in the United Kingdom from 1962 until his death in 1975 and she has a consequential right of abode here; 2. She made the necessary immigration arrangements to enable her to leave Bangladesh and to come to the United Kingdom for good; 3. She travelled on a one-way ticket bringing all her worldly goods with her; 4. She joined her brother-in-law and his family in London and her only closer relatives are her three adult children in Bangladesh; 5. She has made the necessary application for them to join her here. DNA testing is in progress".

(⁵⁹) V. anche la *dissenting opinion* di Sir Christopher Staughton il quale, citando *M. v M. (Abduction: England and Scotland)* [1997] 2 FLR 263, considera rilevante ai fini della determinazione della residenza abituale "periods of only a few months, even as short as *one month*" (il corsivo è aggiunto). Stessa conclusione è apprezzata in *Re F.* [1992] 1 F.L.R., 548, concernente il ritorno di un minore in Inghilterra dall'Australia ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980. In questo caso le intenzioni dei genitori erano divergenti: per la madre si trattava di uno spostamento definitivo, per il padre di vacanze prolungate. Il giudice in quel caso ha ritenuto che la residenza abituale del minore fosse in Australia, acquisita solo dopo quattro settimane dall'arrivo.

(⁶⁰) [1997] SCLR 192.

(⁶¹) [2001] EWCA Civ 186.

(⁶²) [2003] EWHC (Fam.) 1968; [2004] 1 FLR 216.

Convenzione dell'Aja del 1980, è stato quantificato in tre mesi, momento in cui si è interrotto a motivo della ritenzione illecita della madre.

La giurisprudenza britannica relativa alla sottrazione internazionale di minori denota più che mai la chiara tensione verso un'interpretazione del criterio di residenza abituale funzionale agli obiettivi della Convenzione dell'Aja del 1980 ⁽⁶³⁾. Tale scopo si traduce nella garanzia dell'interesse superiore del minore, corrispondente al diritto di non essere allontanato o di essere ricondotto senza indugio nel luogo in cui si trova la sua residenza abituale immediatamente prima della sottrazione. A tal proposito, i tribunali inglesi si sono mostrati riluttanti ad accogliere una soluzione che prevedesse l'esistenza, in capo al minore, di due residenze abituali in contemporanea ⁽⁶⁴⁾. Qualora abbiano avallato l'acquisizione della residenza abituale sul presupposto del trascorrere di un irrisorio periodo di tempo, nonostante tale conclusione possa suscitare dubbi in merito alla "bontà" della residenza abituale, ciò è tuttavia comprensibile qualora si tratti di decidere in merito alla individuazione del criterio della residenza abituale quale criterio di applicabilità della Convenzione stessa ⁽⁶⁵⁾.

Illustra un identico approccio soggettivo, così come sopra delineato, stavolta nel contesto del regolamento n. 2201/2003, la pronuncia resa nel caso *Marinos v. Marinos* ⁽⁶⁶⁾. Nello specifico si trattava di valutare se la moglie avesse il *domicile* e la residenza abituale nel Regno Unito ai sensi dell'art. 3, lett. a), ultimo trattino, del regolamento n. 2201/2003, per determinare la giurisdizione dei giudici inglesi. Essendo pacifico che la sig.ra Marinos avesse il proprio *domicile* nel Regno Unito (poiché non aveva mai acquisito alcun *domicile of choice* in Grecia, dove si era trasferita col marito ed i figli per molti anni prima del suo rientro), l'attenzione ricade

⁽⁶³⁾ Tra le altre, *B. v. H. (Habitual Residence: Wardship)* [2002] 1 FLR 388.

⁽⁶⁴⁾ *Re V. (Abduction: Habitual Residence)* [1995] 2 FLR 992.

⁽⁶⁵⁾ Così ai sensi dell'art. 4: "[t]he Convention shall apply to any child who was habitually resident in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights". V. *Re F. (A Minor: Child Abduction)* [1992] 1 FLR 549; *Re S. (A Child)* [2009] EWCA Civ 1021.

⁽⁶⁶⁾ [2007] EWHC 2047 (Fam). In attenzione alla materia del divorzio, ma con riferimento non alla normativa internazionalprivatistica dell'Unione, bensì al *Domicile and Matrimonial Proceeding Act*, v. *Ikimi v. Ikimi* [2001] EWCA Civ 873, nonché *Mark v. Mark* [2005] UKHL 42, *cit.*, in cui i giudici inglesi, contrariamente a quanto previsto nell'interpretazione della Convenzione dell'Aja del 1980, hanno considerato possibile l'esistenza contemporanea di due residenze abituali.

sul criterio della residenza abituale. I giudici inglesi, considerando che il concetto di residenza abituale impiegato dal regolamento “Bruxelles II-bis” deve essere interpretato in maniera autonoma ⁽⁶⁷⁾, il suo significato può differire di conseguenza da quello attribuitogli nella giurisprudenza relativa alla normativa interna ovvero alle convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell’Aja. In merito al *contesto* in cui si inserisce il regolamento n. 2201/2003 e riposando sull’assunzione – di derivazione giurisprudenziale europea – per cui la “habitual residence involves not a purely *quantitative* calculation of the time spent by a person in a particular place but rather a *qualitative* evaluation of all the facts pertaining to an individual’s links with a place” (punto 34), il giudice inglese ha riconosciuto l’esistenza della residenza abituale della moglie nel Regno Unito. Ai fini di questa determinazione è risolutivo l’elemento volontaristico ⁽⁶⁸⁾: sulla scorta della più volte ricordata sentenza *Swaddling*, il giudice Munby evidenzia come “the length of residence is not an intrinsic element of the concept of habitual residence in this context” ⁽⁶⁹⁾. Lo stesso orientamento è stato adottato recentemente, in seguito alla pronuncia resa dalla Corte di giustizia nell’evocato caso A, cui i giudici inglesi hanno fatto riferimento anche nell’interpretazione della residenza abituale impiegata ai fini della Convenzione dell’Aja del 1980 ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Il giudice richiama il precedente *Hagen OHG c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa C-49/71, in *Racc.*, 1972, p. I-00023, per cui “(t)erms used in Community law must be uniformly interpreted and implemented throughout the Community, except when an express or implied reference is made to national law” (punto 6).

⁽⁶⁸⁾ “[...] the wife had never settled very happily in Greece – but also in the light of the wife’s plans following her successful completion of the LPC in June 2006 – her plans to return to this country [the UK] with the children and, at least in the short-term to increase her working commitment with BA” (punto 77).

⁽⁶⁹⁾ “In a case such as this – where someone, as in the case of the wife here, is undertaking a planned, purposeful and permanent relocation from one country to another – there is nothing in Community law to prevent the acquisition of a new habitual residence contemporaneously or virtually contemporaneously with the loss of one’s previous habitual residence. In a situation such as that in which the wife found herself on 31 January 2007 there is nothing in Community law to prevent the conclusion that just as (on this hypothesis) she lost her habitual residence in Greece as the aircraft in which she and the children were travelling took off from Greece, in the same way she acquired a new habitual residence in this country as the aircraft touched down at Heathrow” (punto 89).

⁽⁷⁰⁾ V., *ex pluris*, Supreme Court sentenza 19 novembre 2009, *A.S. v. C.S.; J. McB. v. L.E.* [2009 No. 42 H.L.C.] [2009 No. 104 I.A.] resa il 28 aprile 2010 (sull’interazione tra la Convenzione dell’Aja del 1980 ed il regolamento “Bruxelles II-bis”, nonché sull’influenza della CEDU, della Carta dei diritti fondamentali e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell’individuazione della residenza abituale).

L'approccio statunitense nell'interpretazione del criterio della residenza abituale impiegata dalla Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori si allontana da quello assunto dai giudici britannici. I giudici d'oltreoceano non seguono infatti un orientamento uniforme, tale da attribuire rilevanza esclusiva all'uno o all'altro elemento strutturale della residenza abituale. L'approccio americano è, piuttosto, caratterizzato da una preoccupante schizofrenia, che insidia l'applicazione uniforme della convenzione negli Stati parte. Indicative di tale orientamento schizofrenico, nonché di un approccio incentrato sull'*animus* dei genitori, sono le decisioni rese sulla base di interpretazioni dissociate del criterio della residenza abituale, diametralmente opposte nei diversi gradi del procedimento, nel caso *Mozes v. Mozes* ⁽⁷¹⁾. In quest'occasione, madre e figli (d'età compresa tra gli otto ed i quattro anni), israeliani, lasciano l'Israele col consenso del padre, per recarsi negli Stati Uniti per un soggiorno programmato di quindici mesi. Poco tempo prima della data prevista per il ritorno, la moglie inoltra domanda di divorzio alla *Los Angeles County Superior Court*. Il mese successivo il padre chiede il ritorno dei minori ai sensi della Convenzione del 1980: la richiesta è negata, considerando la Corte distrettuale statunitense competente che i minori abbiano acquisito la propria residenza abituale negli Stati Uniti. La Corte d'appello, investita del ricorso del padre avverso la decisione della Corte distrettuale, accoglie un'alternativa costruzione del concetto di residenza abituale, ritenendo che i minori abbiano conservato la propria residenza abituale in Israele ("as the locus of the children's family and social development"): a prescindere dal periodo di tempo trascorso negli Stati Uniti "a settled intention to abandon one's prior habitual residence is a crucial part of acquiring a new one". Laddove i minori non abbiano raggiunto un livello di maturità tale per cui è appropriato tenerne in considerazione le relative intenzioni, "the relevant settled intention is that of the person or persons entitled to fix their place of residence" (nel caso di specie, entrambi i genitori). Partendo dal dato indubbio per cui i minori erano abitualmente residenti in Israele prima della partenza per gli Stati Uniti, la Corte d'appello ha verificato se entrambi i

⁽⁷¹⁾ 19 F. Supp. 2d 1108 (C.D. Cal. 1998).

genitori avessero un'intenzione stabile tale da potersi dedurre l'*abbandono* della loro residenza abituale in Israele: in assenza di una tale intenzione, afferma la Corte, è opportuno che i tribunali procedano con cautela "to infer from such contacts that an earlier habitual residence has been abandoned". Per quanto riguarda lo scopo della convenzione – (anche) quello di prevenire il trasferimento illecito dei minori -, il facile trasferimento della residenza abituale, senza il consenso dei genitori, incentiva proprio suddetto trasferimento illecito: il compito del giudice non è, pertanto, quello di determinare dove il minore sia felicemente collocato, bensì se un genitore stia cercando unilateralmente di alterarne lo *status quo*. Secondo la Corte d'appello un minore si adatta facilmente al luogo "d'arrivo", anche in un breve periodo di tempo, non significando ciò necessariamente che il minore concepisca tali relazioni o pretenda che siano durevoli. In definitiva, "one may be 'acclimatized' in the sense of being well adjusted in one's present environment, yet not regard that environment as one's habitual residence" ⁽⁷²⁾.

Un secondo approccio, che pone enfasi non sull'elemento soggettivo facente capo ai genitori, bensì su quello puramente oggettivo, incentrato sulla sola prospettiva del minore, è avvalorato dalla pronuncia resa nel caso *Friedrich v. Friedrich* ⁽⁷³⁾ dalla Corte d'appello del sesto Circuito. Il minore in questione, che aveva sempre vissuto in Germania, in una base militare statunitense, viene condotto dalla madre negli Stati Uniti, suo paese d'origine. La Corte d'appello, investita del ricorso del padre in seguito al rifiuto della Corte distrettuale competente, nel determinare il luogo di

⁽⁷²⁾ Analogo orientamento, incentrato sulla necessaria sussistenza di una stabile intenzione dei genitori ai fini dell'abbandono della previa residenza abituale del minore, strumentale all'acquisizione di una nuova, è adottato anche nelle decisioni *Holder v. Holder*, 392 F.3d 1009, 1014 (9th Cir. 2004), in cui la residenza abituale negli Stati Uniti è stata mantenuta, in seguito ad otto mesi (su quattro anni programmati) di soggiorno in Germania; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004), dove la residenza abituale del minore negli Stati Uniti è stata mantenuta malgrado i trentadue mesi trascorsi in Messico; *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001), per cui la residenza abituale negli Stati Uniti persiste nonostante ventisette mesi in Grecia; *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124, 129-30 (2d Cir. 2005) e *Koch v. Koch*, 450 F.3d 703 (7th Cir. 2006).

⁽⁷³⁾ 983 F.2d 1396, (6th Cir. 1993). V. anche *Harkness v. Harkness*, 227 Mich. App. 581, 577 N.W. 2d 116 (Mich. Ct. App. 1998), *Villalta v. Massie*, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999), nonché *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007). V. J. M. T. LABUSCHAGNE, *The concept of habitual residence in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in SAYIL, 1999, p. 303 ss.

residenza abituale del minore, considera che “[t]he court must look back in time not forward” e che “[i]t is the habitual residence of the child that must be determined, not of the parents”. La residenza abituale del minore può essere trasferita, pertanto, “by a change in geography and in the passage of time, *not* by changes in parental affection and responsibility”⁽⁷⁴⁾.

Un terzo orientamento giurisprudenziale fonda l’individuazione della residenza abituale avuto riguardo sia ai dati oggettivi sia alle intenzioni condivise dei genitori dei minori, così come deciso dalle Corti d’appello del terzo e dell’ottavo Circuito nei casi *Feder v. Evans-Feder*⁽⁷⁵⁾, *Silverman v. Silverman*⁽⁷⁶⁾ e *Karkkainen v. Kovalchuk*⁽⁷⁷⁾. L’intenzione dei genitori, in particolare, deve essere *modulata* a seconda dell’età dei figli, per cui potrà assumere ora una rilevanza maggiore⁽⁷⁸⁾ ora un ruolo più limitato.

La giurisprudenza italiana si mostra più coerente di quella statunitense e sicuramente più “oggettiva” di quella britannica⁽⁷⁹⁾. Con

⁽⁷⁴⁾ Per i giudici americani una base militare non è esplicazione della sovranità degli Stati Uniti. La base dalla quale la madre ed il figlio sono partiti apparteneva alla Germania, occupata dalla USAF (*United States Air Force*) per volere del governo tedesco. Un’interpretazione simile relativa alla residenza abituale di un minore in una base militare è stata resa dai giudici inglesi nel caso *Re A. (Minors) (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 WLR 25.

⁽⁷⁵⁾ 63 F.3d 217, 222 (3rd Cir. 1995). V. K. V. HUNG, *There's No Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, p. 487 ss.

⁽⁷⁶⁾ 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003).

⁽⁷⁷⁾ 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006).

⁽⁷⁸⁾ A questo proposito v. la decisione resa dalla Corte d’appello del terzo Circuito nel caso *Baxter v. Baxter*, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005). Il minore in questione aveva quattro anni al momento della sottrazione ad opera della madre, che l’aveva condotto negli Stati Uniti senza il consenso del padre. I genitori erano indecisi sulla successiva residenza del minore che, prima di partire alla volta del Delaware, risiedeva abitualmente in Australia. La Corte, contrariamente a quanto deciso dalla Corte distrettuale in primo grado, rilevando un’inconfutabile intenzione da parte dei genitori di voler lasciare l’isola australiana in cui vivevano, ha tuttavia constatato che non vi fosse analoga stabile intenzione di abbandonare l’attuale residenza abituale.

⁽⁷⁹⁾ Un’attenzione all’elemento intenzionale, se pur nella individuazione (non del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, bensì) del criterio della residenza, ai sensi degli articoli 3 e 32 della l. 218/95, traspare tuttavia in Cass. SS.UU., ordinanza 3 febbraio 2004, n. 1994, riprodotta in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 1390 ss. Si trattava in quel caso di un giudizio di separazione personale tra due coniugi aventi comune cittadinanza statunitense ed irlandese. Il marito, eccedendo il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sosteneva che il centro degli interessi di entrambi era sempre rimasto negli Stati Uniti, mentre in Italia, come in precedenza in altri paesi, avevano avuto solo precaria dimora, per ragioni di lavoro. Tuttavia, gli elementi del caso conducevano la Cassazione “a ritenere che la moglie, all’epoca della domanda di separazione, *per scelta volontaria* e duratura, collocava in [Italia] e nella casa coniugale il centro delle proprie esigenze, abitudini e relazioni di vita, e, quindi, aveva in Italia una residenza di fatto, nel concorso dell’oggettivo perdurare della predetta situazione, con

riferimento all'individuazione del criterio della residenza abituale, infatti, così come impiegato sia nella Convenzione dell'Aja del 1980, sia nel regolamento n. 2201/2003, facendo anche ricorso ad un'interpretazione intertestuale ⁽⁸⁰⁾, i giudici italiani hanno favorito un approccio che asseconda il dato oggettivo e, nello specifico, attribuendo maggior rilevanza all'aspetto qualitativo. Per quanto riguarda il dato psicologico, invece, la giurisprudenza italiana si discosta decisamente dalle pronunce della Corte di giustizia, sopra richiamate. L'elemento soggettivo, da una parte, è espressamente respinto nell'interpretazione della residenza abituale impiegata nella Convenzione dell'Aja del 1980, con attenzione al superiore interesse del minore, oggetto della presunzione secondo la quale esso coincide con quello di non essere allontanato o di essere immediatamente ricondotto nel luogo in cui svolge la sua abituale vita quotidiana ⁽⁸¹⁾. Dall'altra, nell'individuazione della residenza abituale ai sensi del regolamento n. 2201/2003, se da un lato la Corte di cassazione ha omesso di esaminare il dato volontaristico, tra i giudici di merito sembra diffondersi invece un atteggiamento favorevole all'apprezzamento di tale elemento.

Con riferimento alla convenzione, i tribunali italiani hanno statuito che la nozione di residenza abituale corrisponde ad una situazione di fatto, “dovendo essa intendersi il luogo in cui il minore stesso, in virtù di una durevole e stabile permanenza, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione” ⁽⁸²⁾. Tale nozione, secondo la convenzione “e d'accordo

durata e modalità diverse dal mero soggiorno precario e temporaneo, e *dell'intento di attribuirle stabilità*, quale sede del residuo nucleo familiare” (il corsivo è aggiunto).

⁽⁸⁰⁾ Cass. SS.UU., sentenza 2 agosto 2011, n. 16864. Le pronunce italiane che non rechino un riferimento bibliografico, sono state consultate on-line sulle banche dati *Italggiure* e *ILCASO.it*.

⁽⁸¹⁾ Cass., sentenza 5 giugno 2008, n. 18614 (per cui si parla di *puntuale* accertamento circa l'*effettiva* collocazione del centro degli interessi del minore; la residenza abituale non deve essere pertanto individuata *in astratto*), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 143 ss., e sentenza 10 agosto 2007, n. 17648.

⁽⁸²⁾ Cass., sentenze 15 marzo 2010, n. 6197; 16 giugno 2009, n. 13936, in *Foro it.*, 2009, I, p. 3346, con nota di DE SANTI. V. anche Cass., sentenze 25 febbraio 2002, n. 2748; 8 novembre 2001, n. 13823; 23 giugno 1998, n. 6235 e 20 marzo 1998, n. 2954, per le quali, richiamando anche la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, l'interesse superiore del minore “notoriamente rilevante ed assunto aprioristicamente come preminente” corrisponde al diritto “di permanere nel luogo in cui normalmente vive e cresce”.

con la prevalente dottrina, anche internazionale”⁽⁸³⁾, si distingue pertanto da quella di domicilio ai sensi dell’art. 43 c.c. e da quella, “di carattere puramente formale” di residenza scelta d’accordo tra i coniugi ai sensi dell’art. 144 c.c.⁽⁸⁴⁾, dovendo essere intesa come “il luogo in cui [il minore] – essendovi stato mantenuto o condotto per qualsiasi motivo – trova e riconosce (normalmente, ma non necessariamente, grazie ad una stabile permanenza) il centro dei suoi legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua quotidiana vita di relazione”⁽⁸⁵⁾. Il luogo di residenza abituale del minore verso il quale deve essere disposto il suo ritorno immediato, “è quello che risulta da un’indagine di puro fatto, la quale *prescinde* dalla considerazione dell’eventuale diritto soggettivo del genitore di pretendere – anche ragionevolmente, ma in un distinto procedimento – una diversa collocazione del figlio, e *prescinde* altresì dai progetti di vita, eventualmente concordi, degli adulti”⁽⁸⁶⁾. Ai fini dell’accertamento della residenza abituale, condotto in questi termini, non rivestono inoltre alcuna importanza le considerazioni – adottate da uno dei genitori – riferite a “presunte radici culturali, la profondità significativa del legame con l’adulto autore della sottrazione o l’avvenuto inserimento scolastico nella città di residenza di quest’ultimo”⁽⁸⁷⁾. La Convenzione dell’Aja, pertanto, secondo l’orientamento giurisprudenziale italiano, è informata al criterio di vicinanza (come del resto anche la disciplina interna

⁽⁸³⁾ Cass., sentenza 16 dicembre 2004, n. 2093. È apprezzabile che il giudice italiano richiami a sostegno della propria posizione la dottrina e la giurisprudenza internazionali – prassi consolidata presso i giudici inglesi –. Tuttavia, non ne menziona alcuna nello specifico.

⁽⁸⁴⁾ Cass., sentenze 28 ottobre 2003, n. 19544 e 21 marzo 2011, n. 6345. Nel contesto di quest’ultima pronuncia, il ricorrente lamentava in particolare la violazione e falsa applicazione dell’art. 4 della convenzione, essendo incorso il Tribunale per i minorenni nell’errore di esaminare e prendere in considerazione presupposti che nulla avevano a che vedere con l’individuazione della residenza abituale, soffermandosi su *dati formali*, tra cui annovera “le risultanze anagrafiche, la cittadinanza, il dato numerico”, nonché su *considerazioni del tutto soggettive*, quali “la metratura della casa coniugale”. La Corte di legittimità, rigettando il ricorso, ha correttamente asserito che, sebbene prive di efficacia probatoria assoluta e dirimente, “le risultanze anagrafiche ben potevano essere assunte con *mera valenza indiziaria*”.

⁽⁸⁵⁾ Cass., sentenze 28 dicembre 2006, n. 27593; 19 ottobre 2006, n. 22507; 14 luglio 2006, n. 16092; 11 gennaio 2006, n. 397 e 28 ottobre 2003, n. 19544, *cit.*

⁽⁸⁶⁾ Cass., sentenze 25 febbraio 2002, n. 2748, *cit.* e 16 dicembre 2004, n. 2093, *cit.* V. tuttavia, Cass., sentenza 21 marzo 2011, n. 6345, *cit.*, in cui, se pur in via incidentale, la Corte annovera tra gli *indizi* da tenere in considerazione ai fini dell’individuazione della residenza abituale di un minore anche “il comportamento di ciascuna delle parti, quali genitori della minore”.

⁽⁸⁷⁾ Cass., sentenza 22 settembre 2003, n. 15145.

a protezione del minore)⁽⁸⁸⁾: è sulla prossimità del minore con l'ambiente che lo circonda che deve essere posto l'accento per individuare la sua residenza abituale⁽⁸⁹⁾.

I giudici italiani di ultima istanza non hanno concesso alcuno spazio all'elemento soggettivo neanche alla residenza abituale impiegata come titolo di giurisdizione nel regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Riveste sicuramente un indubbio rilievo l'ordinanza emessa il 17 febbraio 2010 dalle Sezioni Unite della Cassazione⁽⁹⁰⁾. Questi i fatti da cui trae origine la pronuncia delle Corte. I coniugi, lei italiana, lui tedesco, sono da sempre stati residenti in Belgio. La moglie decide nel 1994 di trasferirsi col figlio in Italia, dove quest'ultimo ha espresso la volontà di frequentare l'università e, nel 2008, chiede che sia pronunciata la separazione personale dal marito dinanzi al tribunale di Pisa. Il marito eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice italiano, ritenendo che sia competente esclusivamente il giudice belga. Egli allega che la moglie non possa essere considerata residente abituale in Italia, richiamando anche la giurisprudenza dell'Unione⁽⁹¹⁾: i suoi soggiorni in Italia dovevano invero ritenersi viaggi di

⁽⁸⁸⁾ Per tutti, v. Cass. SS.UU., ordinanza 9 dicembre 2008, n. 28875, per la quale ai fini di individuare la competenza territoriale del giudice adito, l'attenzione è concentrata nella vicinanza di esso al luogo ove il minore stesso "si trova".

⁽⁸⁹⁾ È chiaro il ragionamento della Corte di legittimità, se pur condotto in merito alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione di minori, nella sentenza 5 luglio 2011, n. 16864. Secondo la Cassazione, l'art. 5 della convenzione, che consente il mutamento della competenza nel caso di trasferimento della residenza abituale del minore, prevale sull'art. 5 c.p.c., che richiama la *perpetuatio iurisdictionis*. Quest'ultima disposizione, che impone la determinazione della giurisdizione e della competenza sulla base della situazione di fatto esistente e della legislazione vigente al momento della domanda, si porrebbe in contrasto con l'art. 5 della convenzione in menzione, che consente invece il mutamento della competenza "in ossequio al diverso principio di prossimità", tenendo conto della nozione "internazionale" di residenza abituale (il corsivo è aggiunto). V. anche Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza 26 aprile 2012, n. 612.

⁽⁹⁰⁾ Cass. SS.UU., ordinanza 17 febbraio 2010, n. 3680, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 750 ss.

⁽⁹¹⁾ Il riferimento, non del tutto condivisibile, è al Tribunale della funzione pubblica, sentenza 8 aprile 2008, causa F-134/06, *Giovanni Bordini c. Commissione*, in *Racc.*, 2008, p. I-00087, per cui "[l]a nozione di residenza ai sensi dell'art. 82 del vecchio Statuto, che prevede l'applicazione alle pensioni del coefficiente correttore fissato per il paese in cui il titolare della pensione comprova di aver stabilito la sua residenza, riguarda il luogo in cui l'ex funzionario ha effettivamente stabilito il centro dei propri interessi, vale a dire il luogo in cui l'interessato ha fissato, con la volontà di conferirgli carattere stabile, il

vacanza e la casa in Italia sua residenza secondaria, avendo sempre conservato la propria residenza abituale a Bruxelles, “essendo stata la vita matrimoniale prevalentemente localizzata in tale città”. Di conseguenza, secondo il marito, non può trovare applicazione l’art. 3 del regolamento n. 2201/2003, che prevede la competenza del giudice dello Stato membro nel cui territorio si trova “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”. La Cassazione, ricordando la pronuncia della Corte di giustizia resa nel caso *A* solo per chiarire il carattere alternativo dei titoli di giurisdizione contenuti nell’art. 3 del regolamento, richiama poi la Relazione esplicativa relativa alla Convenzione del 1998 concernente la competenza, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, elaborata da A. Borrás (Convenzione “Bruxelles II”, indicata dalla Corte quale “relazione di accompagnamento al Regolamento CE n. 1347 del 2000, sostituito da quello n. 2201 del 2003”) ⁽⁹²⁾. Ai sensi della Relazione esplicativa, che in ogni caso può essere correttamente riferita al regolamento n. 2201/2003, il concetto di residenza abituale è “il luogo in cui l’interessato ha fissato con carattere di stabilità il centro permanente o abituale dei propri interessi, con chiara natura sostanziale e non meramente formale o anagrafica del concetto di cui sopra in base al diritto comunitario, essendo rilevante a individuare tale residenza ‘effettiva’, ai sensi del regolamento stesso, il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e eventualmente lavorativa, alla data di proposizione della domanda” ⁽⁹³⁾. Menzionando a sostegno del proprio ragionamento anche la Convenzione dell’Aja del 1980, la Corte ritiene che l’accertata frequenza universitaria in Italia del figlio, principale riferimento dei rapporti affettivi ed umani della

centro permanente o abituale dei propri interessi ed in cui si ritiene che sostenga le sue spese. Peraltro, la nozione di residenza implica, indipendentemente dal dato puramente quantitativo del tempo trascorso dalla persona sul territorio dell’uno o dell’altro paese, oltre al fatto fisico di dimorare in un determinato luogo, l’intento di attribuire a tale fatto la continuità derivante da un’abitudine di vita e di svolgimento di normali rapporti sociali. Tale nozione di residenza è propria della funzione pubblica comunitaria e non coincide necessariamente con le accezioni nazionali del termine”.

⁽⁹²⁾ V. *supra*, par. 1

⁽⁹³⁾ Punto 31 ss. della Relazione.

donna, depone a sostegno dell'esistenza della sua residenza abituale proprio in questo Stato. La Cassazione, per la quale è dunque soddisfatto il requisito previsto dall'art. 3 del regolamento n. 2201/2003, rigetta così il regolamento di giurisdizione proposto dall'uomo.

A pochi mesi di distanza, le Sezioni Unite hanno emesso un'ordinanza nel contesto di un caso simile, suggerendo all'interprete alcuni elementi cui fare riferimento ai fini della determinazione della residenza abituale ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 2201/2003 ⁽⁹⁴⁾. La moglie chiedeva al tribunale di Verbania la separazione personale; il marito si costituiva in giudizio e, tra l'altro, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano ai sensi della ricordata disposizione, in quanto i coniugi avrebbero avuto la loro ultima residenza abituale in Francia, mentre la donna avrebbe stabilito la propria residenza abituale in Italia per un periodo inferiore ai sei mesi richiesto dall'art. 3 ⁽⁹⁵⁾. Sulla scorta dell'ordinanza n. 3680/2010, la Corte sostiene che la donna non abbia mai smesso di avere la propria residenza abituale in Italia, sulla base delle seguenti circostanze: “a) la signora [...] è docente di ruolo presso il liceo scientifico statale [...] e ivi ha prestato servizio salvo i periodi di astensione obbligatoria e congedo parentale in occasione della nascita della figlia; b) la stessa è stata seguita durante la gravidanza da un ostetrico di [...]; c) nella partecipazione di nozze, successiva alla celebrazione del matrimonio, risultano indicate le due

⁽⁹⁴⁾ Cass. SS.UU., ordinanza 25 giugno 2010, n. 15328, in *NGCC*, 2010, p. 1098, con nota di C. CAMPIGLIO, *La residenza abituale dell'attore come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale, in base al reg. CE n. 2201/2003*, p. 1099 ss.

⁽⁹⁵⁾ Questi gli elementi addotti dal marito a sostegno della sussistenza della giurisdizione francese: “a) la numerosa posta ricevuta dalla moglie presso la casa coniugale di [...]; b) Le certificazioni mediche di un pediatra di [...] che avrebbe seguito la figlia minore; c) il verbale di accesso di un ufficiale giudiziario francese presso la casa coniugale [...], dal quale risulterebbe la permanenza di effetti personali di uso quotidiano della moglie e della figlia; d) l'attività lavorativa svolta dalla [donna] in Francia”. La donna ha contestato le ragioni del marito sostenendo che i coniugi non avrebbero mai avuto una residenza abituale comune in Francia, ma che, anche dopo il matrimonio, ciascuno avrebbe conservato la propria residenza abituale, rispettivamente, in Italia e in Francia, come dimostrato dalle seguenti circostanze: “a) la moglie è insegnante di ruolo presso il liceo scientifico statale [...]; b) nella partecipazione di nozze, successiva alla celebrazione del matrimonio, sono indicate le due residenze francese e italiane, dei coniugi; c) numerosa corrispondenza è stata indirizzata ai coniugi presso la residenza di [...]; d) la gravidanza è stata seguita in Italia da medici italiani essendo la [donna] iscritta da sempre al servizio sanitario nazionale; e) il marito si è recato insieme alla moglie da un legale italiano nel [...] per discutere di un'ipotesi di separazione consensuale; f) nel rendere la dichiarazione congiunta di nascita presso l'ospedale di [...] i genitori hanno indicato le residenze separate”.

residenze dei coniugi in Francia e in Italia; d) numerosa corrispondenza, dal [...] è stata indirizzata ai coniugi o alla signora [...] presso la sua abitazione di [...]; e) il marito si è recato insieme alla moglie da un legale italiano nel [...] per discutere di un'ipotesi di separazione consensuale; f) dall'atto di nascita della figlia risulta che nel rendere la dichiarazione congiunta di nascita presso l'ospedale di [...] i genitori hanno indicato le proprie residenze separate in Francia e in Italia; g) la figlia minore, che, come è pacifico è sempre vissuta con la madre, è stata seguita da parte di pediatra italiano [...]"⁽⁹⁶⁾.

Nei casi richiamati, la Corte di cassazione non menziona mai l'elemento soggettivo, inteso quale volontà ora dei genitori nelle vesti di tutori dei figli, ora dei coniugi nei rispettivi procedimenti matrimoniali. Tuttavia, il dato volontaristico è stato addotto in talune circostanze a sostegno delle ragioni delle parti del procedimento⁽⁹⁷⁾ ed inoltre, come sopra accennato, comincia a farsi progressivamente spazio tra la giurisprudenza di merito. Rientra in questa cornice la pronuncia resa dal Tribunale di Arezzo il 15 marzo 2011⁽⁹⁸⁾. Il giudice aretino era chiamato a pronunciarsi sulla separazione personale di due coniugi, lei polacca, lui cittadino di uno Stato terzo (non ne è nota la cittadinanza), residenti a Monte San Savino. Dalla coppia erano nati due figli, che la donna, durante un breve soggiorno in Polonia, aveva trattenuto con sé, comunicando al marito di non voler fare rientro in Italia. L'uomo, che aveva dapprima raggiunto la moglie, era poi tornato in Italia per motivi di lavoro: conosciute le intenzioni della donna, aveva adito il giudice aretino ai sensi del regolamento n. 2201/2003. Il giudice deduceva che l'ultima residenza abituale dei coniugi, ai sensi dell'art. 3 del regolamento, fosse a Monte San Savino, dove il

⁽⁹⁶⁾ V. anche Cass., ordinanza 30 dicembre 2011, n. 30646, in occasione della quale i giudici di legittimità hanno tuttavia declinato la propria giurisdizione a favore del giudice inglese. Nello specifico si trattava dell'individuazione della residenza abituale del minore ai fini dell'art. 8 del regolamento n. 2201/2003. La Corte ha evidenziato l'opportunità che le regole di competenza in tema di responsabilità genitoriale siano informate all'interesse superiore del minore e, segnatamente, al criterio di vicinanza. Allo stesso modo v. Cass. SS.UU., ordinanza 9 dicembre 2008, n. 28875, *cit.*

⁽⁹⁷⁾ Cass. SS.UU., sentenza 17 gennaio 2012, n. 1984. In questa occasione la Cassazione ha affermato che in criterio della residenza abituale impiegato dall'art. 8 del regolamento n. 2201/2003 deve essere inteso come "il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e non quello risultante da un calcolo puramente aritmetico del vissuto".

⁽⁹⁸⁾ Sentenza 15 marzo 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 161 ss.

ricorrente ancora risiedeva, non essendo risultato “che [egli] abbia richiesto il trasferimento di residenza in Polonia, bensì soltanto un permesso di permanenza temporanea della durata di meno di due mesi”. Quanto alla pronuncia sull’affidamento dei minori, il Tribunale considera che “difettano ... elementi univoci per ritenere che *nell’intenzione di entrambi i genitori, il trasferimento dei figli dovesse essere definitivo*” (il corsivo è aggiunto); considerata pertanto l’esiguità del periodo di permanenza dei minori in Polonia al momento in cui erano state adite l’autorità italiana e quella polacca (quasi contestualmente) ⁽⁹⁹⁾, il giudice ritiene fondata la propria giurisdizione ai sensi dell’art. 8 ⁽¹⁰⁰⁾.

Ci si chiede pertanto perché i giudici di legittimità non abbiano avanzato alcuna considerazione sull’elemento della volontà, come è invece avvenuto per le pronunce relative alla Convenzione dell’Aja sulla sottrazione internazionale di minori.

La Corte suprema della vicina Francia ha adottato un orientamento diverso, sicuramente più critico. È il caso della decisione resa il 14 dicembre 2005 dalla *Première chambre civile della Cour de cassation* ⁽¹⁰¹⁾, chiamata a pronunciarsi sulla competenza dei giudici francesi a decidere in merito ad un procedimento di divorzio ai sensi dell’art. 2 del “precedente” regolamento 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. Il marito, cittadino britannico

⁽⁹⁹⁾ Il giudice polacco era stato adito in un momento precedente. Tuttavia, proprio perché non poteva ritenersi che i coniugi risiedessero abitualmente in Polonia ai sensi del regolamento n. 2201/2003, i provvedimenti adottati dall’autorità polacca “debbono essere ritenuti inefficaci nel momento in cui ... sono stati adottati i provvedimenti presidenziali nella causa di separazione promossa dal marito”.

⁽¹⁰⁰⁾ La pronuncia è di particolare interesse per un ulteriore aspetto: pur considerando che la residenza abituale dei minori al momento della presentazione della domanda dinanzi al giudice italiano fosse in Italia, il tribunale ritiene che sussistano circostanze “che – in via eccezionale – giustificano il trasferimento della competenza all’autorità giudiziaria polacca” ai sensi dell’art. 15 del regolamento n. 2201/2003, “in quanto i minori hanno ormai stabilito con lo stato polacco un *legame particolare* che comporta una maggiore attitudine di quella autorità giudiziaria a trattare l’intera controversia”. Il giudice ritiene infatti che, essendo trascorsi oramai due anni dal loro arrivo in Polonia, i bambini hanno acquisito la residenza abituale in Polonia

⁽¹⁰¹⁾ Sentenza 14 dicembre 2005, n. 1880 (ricorso n. 05-10.951), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 853 ss. A proposito, v. la nota a sentenza di A. RICHEZ-PONS in *J.D.I.*, 2005, p. 801 ss.; M. FARGE, *Est-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire? à propos de Cass. Ire civ., 14 déc. 2005*, in *Droit de la famille*, 2006, p. 19 ss.; P. GUEZ, *L’interprétation de la résidence habituelle au sens du règlement «Bruxelles II»*, in *Gaz. Pal.*, 14-15 janv., 2005, p. 20 ss.

come la moglie, e con lei da sempre residente a Londra, promuove un procedimento di divorzio dinanzi ai giudici francesi, individuandone la competenza sulla base del titolo di giurisdizione della residenza abituale della moglie convenuta (art. 2, par. 1, lett. *a*), terzo trattino, del regolamento). I giudici francesi, considerando che la nozione di residenza abituale debba essere intesa in maniera uniforme in quanto “visée par un texte européen”, ritengono che debba essere interpretata diversamente a seconda della funzione che assolve nel testo in cui si inserisce, in questo caso di “permettre au demandeur de saisir le tribunal du lieu où ce défendeur réside en permanence à l’époque de cette saisine”. Ai sensi dell’art. 2 del regolamento, la nozione di residenza abituale del convenuto, distinta da quella di domicilio (per questa distinzione, la Corte richiama la Convenzione di Bruxelles del 1968), “implique seulement la *volonté de conférer à l’installation un caractère stable pendant la durée prévue* mais non l’intention d’y demeurer définitivement et sans esprit de retour, de sorte que l’installation temporaire prévue pour une certaine durée et non de façon purement précaire caractérise la résidence habituelle au sens de ce texte” (il corsivo è aggiunto). Il fatto che la donna abbia fissato in Francia la propria residenza, allo scopo di consentire al figlio di frequentare una certa scuola (e per un periodo di tempo programmato di diciotto mesi) ⁽¹⁰²⁾, non vale ad attribuirle il carattere di abitualità. La durata del soggiorno, pur conferendo alla residenza un “caractère de stabilité objective”, non è invero sufficiente a tal fine, definendosi la residenza abituale ai sensi del regolamento n. 1347/2000, “comme le lieu où l’intéressé a fixé, *avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts*” ⁽¹⁰³⁾ (il corsivo è aggiunto). L’orientamento “volontaristico” assunto dalla Cassazione francese nel 2005 è confermato da una recente

⁽¹⁰²⁾ La donna ha invero “cherché à perfectionner sa connaissance du français, ouvert des comptes en banque en France, fait connaître son adresse en France et acquis une voiture immatriculée en France”.

⁽¹⁰³⁾ La donna, invero, con l’intenzione di fare ritorno nel Regno Unito (*animus revertendi*), ha “conservé son domicile personnel et fiscal à Londres, elle est toujours inscrite sur les listes électorales à Londres, elle a conservé et utilisé pendant la période litigieuse plusieurs comptes bancaires en Angleterre, elle a continué à être suivie par ses médecins et dentistes londoniens, tout comme Francesca, même si l’une et l’autre ont consulté en France, elle a continué à fréquenter le même coiffeur, le même opticien, les chiens ont été suivis par leurs vétérinaires anglais”. Negli stessi termini si era espresso il tribunale di *Aix-en-Provence*, 18 novembre 2004, in *Clunet* 2005, p. 801 ss., oggetto del ricorso alla Corte.

pronuncia resa dalla stessa corte ⁽¹⁰⁴⁾. In quel caso, si trattava di due coniugi (lei americana, lui francese), sposati e residenti in Francia dal 1995, dalla cui unione erano nati due bambini. Nel luglio 2007 la famiglia si recava negli Stati Uniti dove lei rimaneva con i figli, mentre il marito, tornato in Francia, nel dicembre dello stesso anno adiva il giudice francese ai sensi del regolamento “Bruxelles II-*bis*”, chiedendo il divorzio. Qualche mese dopo, la moglie si recava dinanzi ai giudici dell’Indiana con lo stesso fine. Il tribunale di primo grado di Strasburgo prima e la corte d’appello poi avevano dichiarato il difetto di giurisdizione dei giudici francesi. La Cassazione tuttavia cassa e annulla la decisione resa in appello, argomentando a favore della sussistenza della giurisdizione delle autorità francesi (a scapito dei giudici statunitensi), sulla base della normativa interna (art. 1070 del codice di procedura civile francese ⁽¹⁰⁵⁾ e art. 14 del *code civil*) ⁽¹⁰⁶⁾, richiamata dagli articoli 7 (in relazione alla domanda di divorzio) e 14 (con riferimento alle questioni relative alla responsabilità genitoriale) del regolamento n. 2201/2003, in tema di competenza residuale.

Nel dettaglio, la Cassazione non considera applicabile i titoli di giurisdizione previsti dall’art. 3 della normativa uniforme, poiché al momento della presentazione della domanda l’uomo non aveva la propria residenza abituale in Francia, bensì negli Stati Uniti. Risultava da tutti gli elementi del caso (l’apertura di un conto in una banca americana a nome di entrambi sul quale l’uomo aveva versato una cospicua somma di denaro; l’attribuzione di un numero fiscale provvisorio; numerose e-mails dell’ambasciata americana cui l’uomo si era rivolto nel quadro del suo progetto di emigrazione; l’autorizzazione all’iscrizione dei figli presso una scuola americana, nonché l’autorizzazione allo stabilimento, negli Stati

⁽¹⁰⁴⁾ *Cour de cassation, première chambre civile*, sentenza 12 gennaio 2011, n. 14 (ricorso n. 09-71540), reperibile sul sito della Corte: <http://www.courdecassation.fr>.

⁽¹⁰⁵⁾ “Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est: - le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille; - si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d’exercice en commun de l’autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité; - dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n’a pas pris l’initiative de la procédure. En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l’une ou l’autre [...]”.

⁽¹⁰⁶⁾ “L’étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l’exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français”.

Uniti, della loro residenza abituale a partire dal luglio 2007, da lui sottoscritte; la testimonianza della direttrice della scuola dove i coniugi avevano deciso di iscrivere i figli), che i coniugi avevano la chiara *intenzione* di stabilirsi negli Stati Uniti. Dall'analisi di tutti questi elementi discendeva che “la *résidence habituelle des époux au moment de l'introduction de la demande en divorce se trouvait sur le sol américain*”.

Pare intenzionale la scelta dei giudici italiani di legittimità ⁽¹⁰⁷⁾ di non tenere in considerazione l'elemento psicologico dell'individuo nella determinazione della residenza abituale dei coniugi, poiché a loro avviso *non conforme all'oggetto ed allo scopo del regolamento*, informato, com'è noto, al principio del *favor divortii*. Incoraggiarne un'interpretazione che apprezzi l'*animus (residendi e revertendi*, nella sua duplice accezione) dei soggetti considerati, significherebbe aderire ad un'*interpretazione restrittiva*, che male si concilia con l'oggetto del regolamento. Tuttavia, abbiamo visto come sia in atto un “movimento dal basso”, promosso da alcuni giudici di merito, teso a fare spazio all'elemento soggettivo, che promette di giungere, a nostro avviso, alle ultime istanze.

È da chiedersi se simile orientamento possa essere assunto anche nei riguardi della residenza abituale elevata a criterio di collegamento nella disciplina dell'Unione dei conflitti di leggi in materia familiare ⁽¹⁰⁸⁾.

4. (Segue). *L'intenzione come elemento integrante il dato oggettivo.*

La volontà della persona riveste una funzione significativa (e meno dibattuta) anche laddove integri l'elemento oggettivo della residenza abituale. In questo senso sono essenzialmente due i momenti rilevanti ⁽¹⁰⁹⁾:

⁽¹⁰⁷⁾ D'altro canto nell'ordinanza 17 febbraio 2010, n. 3680, *cit.*, le Sezioni Unite della Cassazione hanno dimostrato di avere conoscenza della sentenza resa nel caso *A* dalla Corte di giustizia, ma vi hanno fatto riferimento solo per chiarire il carattere alternativo ed esclusivo dei titoli di giurisdizione dell'art. 3 del regolamento n. 2201/2003.

⁽¹⁰⁸⁾ V. *infra*, par. 6.

⁽¹⁰⁹⁾ Anche la volontà giurisdizionale imposta *dall'esterno* riveste un ruolo fondamentale in questo processo ricostruttivo: al giudice infatti compete “stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie”. Così la Corte di giustizia nelle sentenze *A* e *Mercredi*, *cit.*, rispettivamente ai punti 44 e 47; ma v. anche, sulla Convenzione dell'Aja del 1980, Cass., sentenze 7 luglio 2008, n. 18614, *cit.*; 15 marzo 2010, n. 6197, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 200 ss.; 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, p. 903, e in *Fam. e dir.*, 2010, p. 67 ss., con nota di A. BATÀ e A. SPIRITO, per cui “l'accertamento [della

il primo riguarda il momento della *scelta* (che deve essere volontaria, non esercitata sotto coercizione) del luogo in cui l'individuo intende stabilire la propria residenza abituale. La volontà si *combina* in un momento successivo con il dato oggettivo della durata: il soggetto *vuole* conferire alla residenza il carattere di abitualità – nella sua accezione quantitativa – scegliendo liberamente di trattenervisi per un (apprezzabile) periodo di tempo.

Questo valore oggettivo della volontà potrebbe essere definito, a nostro avviso, quale “elemento surrettizio della *electio iuris*”. In un certo senso, difatti, con specifico riferimento alla disciplina di conflitto nel settore familiare, il soggetto che compia questa scelta, nelle sue due fasi cumulative, opererebbe una scelta di legge, *come se* di esplicazione dell'autonomia della volontà – intesa in senso internazionalprivatistico – si trattasse. Così i coniugi tedeschi che, pur non avendo designato alcuna disciplina applicabile al proprio procedimento di divorzio ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1259/2010, decidano di stabilire la propria residenza abituale a Madrid, vi vedranno applicata in effetti la disciplina sostanziale spagnola, che prevede una snella procedura di scioglimento del matrimonio ⁽¹¹⁰⁾, individuata ai sensi dell'art. 8, lett. *a*) e *b*), del regolamento.

Una ricostruzione di questo tipo, però, non convince del tutto. Stando a quanto sopra, si potrebbe sostenere che sussista un'analogia *electio iuris* anche con riferimento a criteri di collegamento notoriamente oggettivi, quali, a titolo esemplificativo, il criterio del luogo di situazione di una cosa (*lex rei sitae*), per accertare il quale – come avviene per gli immobili – è sufficiente una rilevazione fattuale. Anche in questo caso il soggetto manifesta la *volontà* che quel determinato bene si trovi in un certo ambiente giuridico, ma non per questo è messa in dubbio la natura indiscutibilmente oggettiva del criterio di collegamento applicabile. Così, scredita la lettura dell'elemento psicologico del criterio della residenza abituale quale

residenza abituale del minore] è riservato all'apprezzamento del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato”.

⁽¹¹⁰⁾ Ley n. 15/2005, in BOE 9 de julio de 2005, núm. 163, p. 24458 ss. ai sensi della quale per ottenere il divorzio in Spagna non è necessario addurre alcun motivo, stante il principio per cui il proseguimento del vincolo matrimoniale è manifestazione della libertà dei coniugi, richiedendosi solo che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, ai fini dell'interposizione della domanda.

“elemento surrettizio dell’*electio iuris*” l’esempio dell’incapace, oppure del minore affidato alle cure di chi non ne detiene la patria potestà.

In altri termini, il criterio di collegamento della residenza abituale osservato da questa prospettiva lascia meglio intendere come, in realtà, pur basato su un legame *personale*, perché imputato a soggetti, si rivela facente capo a circostanze *oggettive*, sebbene sia caratterizzato al contempo da un forte elemento volontaristico. L’elemento intenzionale non è *per se* rilevante, alla stregua del criterio di collegamento soggettivo dell’*optio*: esso arricchisce il dato oggettivo – dall’interno e dall’esterno –, rimanendo tuttavia ininfluenza, di per sé considerato, nel panorama internazionalprivatistico.

5. Cittadinanza e residenza abituale.

Il criterio basato sul legame personale della cittadinanza, declinato in funzione dell’evolversi della società, ridimensionata l’idea totalizzante⁽¹¹¹⁾ che lo caratterizzava all’epoca di Mancini e rivisitato in chiave postmoderna, alla luce del diritto dell’Unione⁽¹¹²⁾, continua oggi a ricoprire un ruolo tutt’altro che marginale nel diritto internazionale privato di matrice sovranazionale⁽¹¹³⁾. Conviene qui ricordare che, nonostante la residenza abituale rivesta ad oggi un ruolo preminente tra i legami personali considerati, la funzione del criterio della cittadinanza – pur avendo assunto un ruolo *sussidiario* rispetto alla prima⁽¹¹⁴⁾ – non deve considerarsi per questo irrilevante⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹¹⁾ M. L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d’applicabilité à l’heure de la protection des droits de l’homme en Europe*, cit., p. 918.

⁽¹¹²⁾ V. *supra* Cap. III, par. 3. Condividiamo il pensiero di S. CORNELOUP, *Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité*, in *Journal du droit international*, 2011, p. 492 ss. L’a. considera che il ruolo della cittadinanza nel diritto dell’Unione si svilupperà in futuro per l’effetto combinato “de la consécration de la citoyenneté européenne, d’une part, et du passage accompli par le Traité de Lisbonne d’une logique de marché intérieur vers une logique d’espace de liberté, de sécurité et de justice, d’autre part”.

⁽¹¹³⁾ P. FRANZINA, *The evolving role of nationality in private international law*, in *The Changing Role of Nationality in a Globalized World*, a cura di A. Annoni e S. Forlati, in corso di pubblicazione.

⁽¹¹⁴⁾ V. *supra*, Cap. III, par. 3.

⁽¹¹⁵⁾ Per tutti, art. 3, par. 1, lett. a), sesto trattino, del regolamento n. 2201/2003, che prevede la competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova “la residenza abituale dell’attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi

Per quanto riguarda la disciplina internazionalprivatistica in materia familiare, la cittadinanza è innanzitutto considerata come uno degli elementi oggettivi concorrenti ad individuare la residenza abituale del soggetto titolare del rapporto giuridico rilevante. La Corte di giustizia si è espressa a più riprese in questi termini, nell'interpretazione delle norme sulla competenza giurisdizionale, affermando che tra i criteri alla luce dei quali il giudice nazionale deve valutare dove si trovi il luogo di residenza abituale di un minore, occorre, in particolare, considerare le condizioni e le ragioni del suo soggiorno nel territorio di uno Stato membro, “nonché la sua cittadinanza”⁽¹¹⁶⁾.

Nell'ambito dei conflitti di leggi, il criterio della cittadinanza potrebbe “servirsi” anche della residenza abituale di ciascuno dei coniugi⁽¹¹⁷⁾ per dirimere eventuali conflitti positivi, ostativi al corretto funzionamento della norma di conflitto rilevante.

Sia premesso che, in via generale, gli Stati membri risolvono i conflitti positivi di cittadinanza in due modi: dinanzi ad un conflitto tra la cittadinanza del foro ed una cittadinanza straniera, prevale ordinariamente quella del foro; in un conflitto tra due cittadinanze straniere, si impone la cittadinanza “effettiva”⁽¹¹⁸⁾.

L'art. 8, lett. c), del regolamento n. 1259/2010, in mancanza di una valida scelta di legge ai sensi dell'art. 5, stabilisce che la separazione personale e il divorzio sono disciplinati dalla legge dello Stato “di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale”.

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’]. I titoli di giurisdizione contenuti nell'art. 3 del regolamento “Bruxelles II-bis” sono alternativi, tra loro esclusivi e non ordinati secondo alcuna gerarchia (così Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko in Hadadi (Hadady)*, causa C-168/08, in *Racc.*, 2009, p. I-06871, punto 48).

⁽¹¹⁶⁾ Sentenze 22 dicembre 2010, *Mercredi*, *cit.*, punto 48, nonché 2 aprile 2009, *A*, *cit.*, punto 44. V. *supra*, par. 1, le considerazioni riferite al regolamento n. 650/2012 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.

⁽¹¹⁷⁾ Dei coniugi considerati individualmente, altrimenti si configurerebbero i legami personali della residenza abituale comune al momento della presentazione della domanda (art. 8, par. 1, lett. a)) oppure della loro ultima residenza abituale (con certe precisazioni temporali *ex art. 8, par. 1, lett. b)*).

⁽¹¹⁸⁾ Per tutti, v. M. VERLWILGHEN, *Conflicts de nationalités: plurinationalité et apatridie*, in *Recueil des cours*, Vol. 277, 1999, p. 9 ss.

La problematica dei casi di cittadinanza plurima, che non trova soluzione in nessuno strumento normativo dell'Unione né, in maniera univoca, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, non è risolta neanche dal regolamento n. 1259/2010, rimandando questo esplicitamente alla legislazione nazionale degli Stati membri (ventiduesimo *considerando*)⁽¹¹⁹⁾. Nonostante non sia specificato a quale sistema giuridico interno debba essere fatto riferimento nel caso i coniugi abbiano una o plurime cittadinanze comuni⁽¹²⁰⁾, è da ritenere che si debba attingere a tal fine dalla normativa (di diritto internazionale privato) del foro⁽¹²¹⁾. Così, qualora sia il giudice italiano ad essere investito della competenza giurisdizionale ed i coniugi, non avendo operato alcuna valida scelta di legge ai sensi dell'art. 5, non soddisfino i requisiti previsti all'art. 8, lett. a) e b), ma abbiano due cittadinanze comuni, bisognerà fare appello all'art. 19, 2° comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218, per cui “[s]e la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto”. L'ultimo periodo della disposizione in parola, per cui “[s]e tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale”, alla stregua di analoghe disposizioni appartenenti ad altri ordinamenti di Stati membri⁽¹²²⁾ devono essere applicate “nel pieno rispetto dei principi generali

⁽¹¹⁹⁾ V. recentemente i lavori svolti dal *Groupe européen de droit international privé* sul tema *Le rôle de la nationalité comme principe général de droit international privé européen*, in occasione dell'incontro tenutosi a Bruxelles a settembre 2011, reperibili sul sito <http://www.gedip-egpil.eu>.

⁽¹²⁰⁾ Il ventiduesimo *considerando* si riferisce invero a “legislazione nazionale”, senza specificare se con ciò si intenda, ad esempio, la legislazione dello Stato di cui i coniugi sono cittadini ovvero la legislazione dello Stato del foro. La prima soluzione è tuttavia da escludere, poiché, trattandosi di casi di plurima cittadinanza, le discipline in gioco sarebbero naturalmente molteplici, e potrebbero verosimilmente contraddirsi: questo pregiudicherebbe la realizzazione dell'obiettivo del regolamento stesso, la semplificazione ovvero dei procedimenti relativi alla fase patologica del matrimonio mediante l'applicazione di una disciplina sostanziale, individuata attraverso le modalità in esso previste.

⁽¹²¹⁾ P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, cit., p. 111. V. anche R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1058 ss.

⁽¹²²⁾ A titolo esemplificativo, art. 9.9 del *Código civil* spagnolo, secondo capoverso, per cui “[p]revalerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales”; art. 3 della *Loi portant le Code de droit international privé* belga del 16 luglio 2004 (“[...] 2. Toute référence faite par la présente loi à la nationalité d'une personne physique qui a deux ou plusieurs nationalités vise: 1° la nationalité belge si celle-ci figure parmi ses nationalités; 2° dans les autres cas, la nationalité de l'Etat avec lequel, d'après l'ensemble des circonstances,

dell'Unione europea" (¹²³). Come ha chiarito la Corte di giustizia, le norme di diritto comune che sanciscano la prevalenza della legge nazionale del foro devono trovare applicazione solo qualora questa concorra con una o più cittadinanze (comuni) di paesi terzi (¹²⁴). Le disposizioni in menzione – di formulazione antecedente alla giurisprudenza europea di rilievo, in questo contesto (¹²⁵) – devono pertanto essere interpretate, come dispone il regolamento n. 1259/2010, ai fini di impedire all'operatore giuridico di porre in essere situazioni discriminatorie. Un approccio di questo tipo è avvalorato anche dalla tendenza che interessa le moderne codificazioni nazionali di diritto internazionale privato, che hanno soppresso il *favor* in passato accordato alla cittadinanza dello Stato del foro (¹²⁶).

In assenza di un generale meccanismo di risoluzione dei conflitti di cittadinanza previsto nei Trattati (¹²⁷) e del sistematico rinvio al diritto

cette personnes possède les liens les plus étroits, en tenant compte, notamment, de la résidence habituelle”).

(¹²³) V. *supra* Cap. II, par. 6.

(¹²⁴) Sentenza 19 gennaio 1988, *Claude Gullung c. Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne*, causa C- 292/86, in *Racc.*, 1988, p. I- 00111, in cui la Corte ha stabilito che in caso di conflitto tra la cittadinanza del foro e quella di un altro Stato membro non può essere fatta prevalere la prima qualora ciò pregiudichi la libertà di circolazione di una persona.

(¹²⁵) V. sentenze 7 luglio 1992, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, *cit.*; 2 ottobre 2003, *Carlos García Avello c. Stato belga*, *cit.*; 14 ottobre 2008, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, *cit.*

(¹²⁶) V. per tutti il nuovo codice civile romeno pubblicato nel *Monitorul Oficial* del 15 luglio 2011, parte I, n. 505, tradotto in *Rev. critique*, 2012, p. 459 ss., spec. art. 2.568 (*La loi nationale*): “(2) Si la personne a plusieurs citoyennetés, la loi de celui de ces Etats dont la personne a la citoyenneté et auquel elle est le plus étroitement liée, notamment par sa résidence habituelle, s'applique”. Rappresenta un'eccezione l'art. 2 della nuova legge polacca di diritto internazionale privato, tradotta al francese su *Rev. critique*, 2012, p. 225 ss. (“1. Lorsque la loi prévoit l'application de la loi nationale, le ressortissant polonais soumis à la loi polonaise même si le droit d'un autre Etat le considère comme le ressortissant de cet Etat”).

(¹²⁷) Certi autori hanno prospettato una soluzione di questo tipo, che riposi “sur l'effet combiné d'une modification du droit primaire et de l'adoption d'un ou des plusieurs actes de droit dérivé”. In questi termini S. CORNELOUP, *Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, *cit.*, p. 509; P. LAGARDE, *En guise de synthèse*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 365 ss., spec. p. 370. Quest'ultimo, nello specifico, considerando “regrettable le considérant 22 du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce” ed accogliendo l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione nelle sentenze *Micheletti* e *Hadadi*, nonché le soluzioni accolte dalle codificazioni svizzera (del 1987) e belga (del 2004) di diritto internazionale privato, prefigura, all'articolo 114 di un prospettato *Code européen de droit international privé* la seguente soluzione: “[...] Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs États tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour déterminer les droits dont il a la jouissance au sein de l'Union ou pour fixer la compétence des juridictions des États-membres. Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de

comune degli Stati membri operato dagli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione (¹²⁸), riteniamo che l'elemento della residenza abituale possa essere valorizzato. In altri termini, qualora si verifichi il caso in cui i coniugi abbiano doppia o plurima cittadinanza comune di Stati membri dell'Unione, la difficoltà dell'applicazione dell'art. 8, lett. c), del regolamento n. 1259/2010 potrebbe venire superata, a nostro avviso, con la designazione dell'ordinamento della *cittadinanza effettiva* (¹²⁹): in questo panorama, la residenza abituale costituirebbe una *presunzione di effettività* (¹³⁰).

plusieurs États-membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence des juridictions des États-membres. Lorsque les dispositions du présent code permettent à une personne de choisir le droit de l'État dont elle a la nationalité et que cette personne possède deux ou plusieurs nationalités, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des États dont elle a la nationalité”.

(¹²⁸) V. anche il quarantunesimo *considerando* del regolamento n. 650/2012, per cui, considerando che la determinazione della cittadinanza o delle cittadinanze plurime di una persona “è questione da risolvere in via preliminare”, “[c]onsiderare una persona cittadina di un dato Stato è una questione che esula dall'ambito di applicazione del presente regolamento e che è disciplinata dalla legislazione nazionale, comprese, se del caso, le convenzioni internazionali, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea”.

(¹²⁹) A favore di questa soluzione, S. CORNELOUP, *Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, cit., p. 512; Z. CRESPI REGHIZZI, *Art. 8 (Legge applicabile in mancanza di scelta ad opera delle parti)*, cit., p. 1501; P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n° 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 des corps*, cit., p. 328. *Contra*, S. BARIATTI, *Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Relative Answers*, in *Yearb. Private Int. Law* (2011), 2012, p. 1 ss., spec. p. 16 (“Thus the solution adopted in the proposal on matrimonial property regimes seems to be the only reasonable and clear-cut solution”); P. FRANZINA, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, cit., p. 117; T. KRUGER, J. VERHELLEN, *Dual Nationality = Double Trouble?*, cit., p. 613 s., per cui “the ‘closest connection test’ approach changes from an objective to a subjective test”, nel senso che “the nationality of the closest connection can be the one of the State with which the person feels more closely connected, without regard to objective elements”.

(¹³⁰) Così W. HAU, *Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht (Hadadi)*, in *IPRax*, 2010, p. 50 ss., spec. p. 53. Non ci sembra invece condivisibile la soluzione adottata all'art. 17, par. 2 (*Determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta*), della Proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. L'art. 17, par. 1, lett. b) prevede che la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi sia la legge dello Stato di cittadinanza comune dei coniugi al momento del matrimonio. Il par. 2 statuisce poi che: “[l]e disposizioni del paragrafo 1, lettera b), non si applicano se i coniugi hanno più di una cittadinanza comune”. Eludere in questo modo la questione significa, a nostro avviso, svuotare di significato il criterio basato sul legame personale della cittadinanza. *Contra* v. S. DE VIDO, *The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe*, in *CDT*, 2012, p. 222 ss., p. 230.

La Corte di giustizia ha notoriamente respinto questo orientamento nel caso *Hadadi* ⁽¹³¹⁾, nell'interpretazione del regolamento n. 2201/2003 ⁽¹³²⁾. Si trattava in quel caso di stabilire se l'art. 3, par. 1, lett. *b*), del regolamento n. 2201/2003 dovesse essere interpretato nel senso che, al fine di determinare il giudice competente a conoscere del divorzio di persone aventi la doppia cittadinanza comune (nel caso di specie si trattava delle cittadinanze ungherese e francese), si debba tener conto unicamente della cittadinanza dello Stato membro con il quale tali persone presentino i legami più stretti (la cittadinanza *prevalente*) ⁽¹³³⁾. In tali circostanze, afferma la Corte, il giudice adito non può ignorare il fatto che gli interessati possiedano anche la cittadinanza di un altro Stato membro: in questo modo le persone aventi la doppia cittadinanza comune verrebbero trattate come se possedessero esclusivamente la cittadinanza dello Stato membro del giudice adito.

Tali considerazioni sono condivisibili, se svolte, tuttavia, alla luce dell'oggetto e dello scopo del regolamento n. 2201/2003 ⁽¹³⁴⁾. Il regolamento "Bruxelles II-bis" è invero istitutivo di un sistema di

⁽¹³¹⁾ Sentenza 16 luglio 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko in Hadadi (Hadady)*, cit., punto 51. V. anche S. ÁLVAREZ GONZALEZ, *Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en material matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de Julio de 2009)*, in *La Ley*, n. 7312, 2009, p. 1 ss.; la nota di C. BRIERE in *Rev. critique*, 2010, p. 197 ss.; P. MAESTRE CASAS, *Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio de 2009, Hadadi, AS. C-168/2008)*, in *CDT*, 2010, p. 290 ss.

⁽¹³²⁾ Per alcune riflessioni circa il rifiuto sistematico del principio della cittadinanza effettiva da parte della Corte di giustizia, v. D. RUZIÉ, *Nationalité, effectivité et droit communautaire*, in *RGDIP*, 1993, p. 107 ss., il quale, ricordando le parole dell'avv. gen. Tesauo nel caso *Micheletti*, afferma "que la notion de nationalité effective remonte à un période romantique de la vie des relations internationales" e "que elle s'applique essentiellement en matière de protection diplomatique et que la jurisprudence *Nottebohm* n'est pas pertinente dans l'affaire soumise à la CJCE" (a p. 109).

⁽¹³³⁾ Punto 44 della sentenza. Per richiamare il parametro internazionalistico sarebbe forse stato più opportuno impiegare il termine "effettivo", piuttosto che "prevalente" (v. le altre versioni linguistiche, che si riferiscono a "effective nationality", "nacionalidad efectiva", "nationalité effective", "effektive Staatsangehörigkeit"). La traduzione italiana potrebbe tuttavia indurre ad una distinzione tra cittadinanza effettiva (*nationalité effective*) e cittadinanza prevalente (*allégeance prépondérante*), come avanzata da Lagarde. Secondo l'a. invero, mentre il primo concetto avrebbe per scopo quello di localizzare la persona attraverso criteri estrinseci ed obiettivi (mediante la residenza abituale, il centro degli interessi familiari o professionali), il secondo individuerrebbe invece la cittadinanza alla quale la persona intende o ha inteso collegarsi alla fine della protezione della sua persona e degli interessi della sua famiglia. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, cit., p. 84 ss.

⁽¹³⁴⁾ P. WAULETEL, *L'option de loi et les binationaux: peut-on dépasser le conflit de nationalités?*, in *Revue générale de droit civil belge*, 2012, p. 414 ss., spec. p. 426.

ripartizione delle competenze che non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple: la coesistenza di più giudici competenti è espressamente prevista dallo stesso art. 3 (che non stabilisce alcuna gerarchia tra i titoli di giurisdizione ivi previsti), da risolversi attraverso il meccanismo della litispendenza (art. 19). Accogliere il criterio della cittadinanza effettiva significherebbe limitare la scelta dei singoli dell'autorità giudiziaria competente⁽¹³⁵⁾: il *forum shopping* incoraggiato dal regolamento (la circostanza per cui i coniugi possano essere indotti ad adire rapidamente uno dei giudici competenti per assicurarsi i vantaggi del diritto sostanziale in materia di divorzio applicabile secondo il diritto internazionale privato del foro)⁽¹³⁶⁾ non necessariamente deve essere considerato *abusivo*, ritenendo la Corte che “il ricorso ai giudici di uno Stato membro di cui i due coniugi possiedono la cittadinanza, anche in assenza di qualunque altro elemento di collegamento con lo Stato membro medesimo, non è contrario agli obiettivi perseguiti da detta disposizione”.

Due sono le circostanze, nel campo dei conflitti di leggi che qui interessa, che suffragano la tesi dell'impiego del parametro internazionale⁽¹³⁷⁾ per risolvere i conflitti positivi di cittadinanza. La prima riguarda

⁽¹³⁵⁾ Cogliamo qui l'occasione per segnalare un errore di traduzione al punto 53 della versione italiana, carente di un termine per la verità cruciale all'intendimento pieno del passaggio: “[d]a un lato, infatti, un'interpretazione siffatta comporterebbe [...] per i singoli nella scelta dell'autorità giudiziaria competente, segnatamente nel caso dell'esercizio del diritto della libera circolazione delle persone” (questa la versione francese: “[E]n effet, d'une part, une telle interprétation aurait pour effet de *restreindre* le choix par des justiciables de la juridiction compétente, notamment dans le cas de l'exercice du droit de la libre circulation des personnes”).

⁽¹³⁶⁾ L'incoraggiamento ad un ricorso abusivo al meccanismo del *forum shopping* è ad oggi in parte prevenuto dal regolamento n. 1259/2010, che prevede una disciplina di conflitto uniforme in materia di separazione e divorzio (che tuttavia non riguarda la nullità del matrimonio). V. tuttavia 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. Bariatti, C. Ricci, Padova, 2007, p. 92 ss., per cui nel contesto del regolamento “Bruxelles II-bis”, il meccanismo del *forum shopping* è conforme in parte all'obiettivo del legislatore europeo di evitare il rischio che le significative differenze tra gli Stati membri nel campo del diritto di famiglia possano rappresentare un ostacolo nelle situazioni transazionali.

⁽¹³⁷⁾ V. art. 5 della Convenzione dell'Aja su determinate questioni relative ai conflitti di legge sulla cittadinanza, firmata all'Aja il 13 aprile 1930 (in Treaty Series, vol. 179, p. 89, no. 4137), per cui “[w]ithin a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal *status* and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected”. Sul “principio *Nottebohm*” nonché sul Progetto di articoli sulla

l'*obiettivo* delle norme di conflitto: come ricorda anche la Corte in *Hadadi* ⁽¹³⁸⁾, a differenza delle norme sulla competenza giurisdizionale, le norme di conflitto sono dirette a designare *una* disciplina sostanziale applicabile alla fattispecie giuridica in gioco. L'effettività in parola "aggiusterebbe il tiro" su una delle cittadinanze di ciascuno dei coniugi, puntualizzando *la* scelta su cui deve ricadere l'attenzione del giudice. La seconda circostanza riguarda il *contenuto* dell'effettività. La Corte considera che "la scarsa precisione della nozione di 'cittadinanza prevalente'" comporterebbe la necessità di prendere in considerazione "una serie di circostanze di fatto che non condurrebbero sempre ad un risultato univoco" ⁽¹³⁹⁾. Ora, attribuendo un significato concreto al termine "prevalenza" (intesa come "effettività"), e rinnovando in un certo senso l'originario principio dell'effettività nel diritto internazionale ⁽¹⁴⁰⁾, riempiendolo nel contenuto con la *presunzione della residenza abituale*, il procedimento che la Corte ritiene oltremodo complesso si ridurrebbe alla individuazione, tra le altre cose, del luogo di residenza abituale dei coniugi (separatamente considerati), riducendosi in parte questa operazione a quella che impegna l'interprete nella individuazione della residenza abituale (comune) dei coniugi ai sensi dell'art. 8, lett. *a*) e *b*).

La via qui auspicata è suggerita da almeno due ordini di considerazioni. La prima fa leva su un argomento comparatistico: la soluzione prevalente nei sistemi internazionalprivatistici nazionali moderni è proprio quella che rinviene nel criterio della residenza abituale l'elemento caratterizzante l'effettività ⁽¹⁴¹⁾. In secondo luogo, la nostra soluzione è dettata dalla funzione che riveste il criterio della cittadinanza nel panorama di diritto internazionale privato dell'Unione. L'idea per cui la residenza abituale possa essere considerata una presunzione della cittadinanza effettiva è invero informata al principio di prossimità nel diritto

protezione diplomatica della Commissione del diritto internazionale del 2006, v. *supra* Cap. II, par. 6.

⁽¹³⁸⁾ V. punto 57.

⁽¹³⁹⁾ V. punto 55.

⁽¹⁴⁰⁾ Non del tutto in questi termini, tuttavia, S. DE VIDO, *The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe*, cit., p. 229.

⁽¹⁴¹⁾ V. *supra* nota 126.

internazionale privato ⁽¹⁴²⁾, coerente con la logica localizzatrice di cui è permeato il regolamento n. 1259/2010 ⁽¹⁴³⁾. In definitiva, si tratta di leggere il criterio della cittadinanza alla luce del principio di prossimità, individuando nella residenza abituale una delle sue componenti.

L'interprete, pertanto, alla luce delle riflessioni sin qui condotte, dinanzi ad un caso di plurima cittadinanza comune dei coniugi, in applicazione dell'art. 8, par. 1, lett. c), dovrebbe innanzi tutto verificare che questi siano cittadini degli Stati membri di cui sostengono di essere nazionali, alla luce della normativa rilevante di ciascuno Stato (mettiamo si tratti di Italia e Germania). Una volta accertata la sussistenza della plurima cittadinanza comune, l'operatore dovrebbe verificare la cittadinanza effettiva dell'uno e dell'altro coniuge, con attenzione, tra le altre cose, alla rispettiva residenza abituale.

Conviene tuttavia accennare alla possibilità in cui la presunzione della residenza abituale non serva ad individuare la cittadinanza effettiva di nessuno dei coniugi. Potrebbe invero darsi il caso in cui i coniugi, ad esempio, entrambi di cittadinanza tedesca ed argentina, abbiano sempre vissuto in Italia. In questo caso, (non avendo essi operato alcuna scelta di legge ai sensi dell'art. 5 e) non potendo la residenza abituale concorrere all'individuazione della cittadinanza effettiva, non potrà trovare applicazione il criterio previsto dall'art. 8, par. 1, lett. c), del regolamento, dovendosi fare ricorso al criterio successivo nella "scala", trovando così applicazione la *lex fori* ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Così come inteso da P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, cit. V. spec. p. 84, dove l'a. afferma che "ces situations de blocage ont entraîné une certaine remise en question du principe de préférence à la nationalité du for. Cette remise en question se fait au profit de la nationalité effective".

⁽¹⁴³⁾ V. *supra*, Cap. II, par. 2.

⁽¹⁴⁴⁾ Per il caso indicato, che può risultare frequente a motivo degli abbondanti flussi di persone attraverso le frontiere e dell'adesione della maggior parte degli Stati al metodo di trasmissione della cittadinanza *iure sanguinis* (pur se, in alcuni casi, combinato con il metodo di acquisizione *iure soli*), dovrebbe a nostro avviso trovare una precisa soluzione (oggettiva), che tenga proprio conto della possibilità in cui non sia possibile individuare la cittadinanza comune (se del caso effettiva) dei coniugi. Solo successivamente, nell'impossibilità dell'applicazione anche di un tale criterio, si scenderebbe al "gradino" ultimo della *lex fori*.

6. Necessità di bilanciamento tra elementi strutturali: verso una categorizzazione dei legami personali.

La Corte di giustizia, come abbiamo più volte ripetuto, si è pronunciata esclusivamente sulla nozione di residenza abituale impiegata come titolo di giurisdizione. Oltre alla richiamata giurisprudenza relativa all'art. 3 del regolamento n. 2201/2003, la Corte si è soffermata sul concetto di residenza abituale del minore con riferimento alla responsabilità genitoriale, cui è dedicata la sezione 2 dello stesso regolamento (art. 8 ss.).

La disciplina di conflitto dell'Unione, pertanto, non è ancora stata oggetto di alcun rinvio pregiudiziale, teso a fornire (o quantomeno a concorrere alla definizione di) una nozione uniforme del criterio basato sul legame personale della residenza abituale utilizzato come criterio di collegamento.

Ciò è ascrivibile, a nostro avviso, a due ordini di motivazioni. La prima attiene alla novità della disciplina dei conflitti di leggi adottata dall'Unione in materia di famiglia: la "freschezza" della disciplina di conflitto dell'Unione nel settore familiare (tra gli altri, il regolamento n. 1259/2010 è applicabile solo dal 21 giugno 2012) e la diffidenza che gli Stati membri dimostrano nei confronti di un ambito delicato di cui rivendicano la propria sovranità, determinano un silenzio definitorio che è pregiudizievole all'applicazione uniforme della normativa di riferimento. La seconda ragione, connessa alla prima, riguarda la inadeguata attenzione che i giudici nazionali prestano generalmente alla normativa dell'Unione, nonché all'indifferenza nei confronti di importanti questioni internazionalprivatistiche dibattute, come è la problematica relativa alla definizione della residenza abituale dei coniugi, non preoccupandosi di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia e di stimolare così la sua attività interpretativa.

La giurisprudenza interna, lo abbiamo visto, si è invece preoccupata anche dei titoli di giurisdizione dell'art. 3 del regolamento "Bruxelles II-bis", promuovendo soluzioni spesso contrapposte (si pensi al caso britannico e a quello italiano). Nell'individuazione della residenza abituale

in applicazione di uno strumento normativo dell'Unione ⁽¹⁴⁵⁾, è necessario che il giudice interno tenga conto della giurisprudenza sovranazionale, nello specifico delle pronunce relative allo strumento normativo applicabile, salvo la possibilità di ricorso ad un'interpretazione intertestuale, tanto più se tale interpretazione è auspicata dalla Corte di giustizia. Con riguardo alla residenza abituale del minore nella sentenza A, l'avv. gen. Kokott ha chiarito che la definizione di residenza abituale relativa alla particolare questione concernente il diritto in materia di pubblico impiego (e segnatamente i requisiti per la concessione di un'indennità di dislocazione) ⁽¹⁴⁶⁾ “non è, neanche sotto il profilo sostanziale, idonea ad essere trasposta” ⁽¹⁴⁷⁾. La Corte accoglie l'orientamento proposto dall'avv. gen., ampliando l'impossibilità, nella valutazione della residenza abituale del minore ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 2201/2003, di trasporre la giurisprudenza sovranazionale sulla nozione di residenza abituale relativa “ad altri settori del diritto dell'Unione europea” ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Nell'applicazione, ovvero, dello strumento normativo dell'Unione a situazioni che presentino elementi di estraneità. A tal proposito v. però Corte d'appello di Bari, sentenza 27 aprile 2012, riprodotta in *Guida al diritto*, 2012, p. 53 ss., in cui il giudice ha stabilito che il diritto internazionale e il diritto dell'Unione hanno rilievo nell'interpretazione di nozioni, come quella di residenza abituale, anche nel caso di situazioni interne. Si trattava nello specifico del caso di una donna, madre di una minore, che si opponeva all'affido condiviso, che aveva spostato la residenza della figlia per sottrarla alla competenza del tribunale di Trani. La Corte d'appello, nel respingere il reclamo della donna, ha chiarito che la residenza abituale della minore non era mutata, non bastando a tal fine la sola iscrizione della minore presso il nuovo Comune pochi giorni prima della presentazione del ricorso proposto dall'altro genitore, “per poter affermare la competenza di un giudice diverso rispetto a quello del luogo in cui il minore aveva fino a poco prima il dentro dei suoi affetti, in quanto non si tratta di una situazione di fatto consolidata”. La Corte di appello ha chiarito che la nozione di residenza abituale deve essere individuata in base ai criteri forniti dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 e dal regolamento n. 2201/2003: in caso di cambiamento improvviso di residenza, teso unicamente a sottrarre la giurisdizione al giudice naturalmente competente, è pertanto necessario avvalersi dell'articolo 10, par. 1, del regolamento n. 2201/2003, relativo al trasferimento illecito o mancato rientro del minore che attribuisce la giurisdizione all'autorità giurisdizionale dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento. Nonostante la Corte d'appello sia pervenuta ad un risultato condivisibile, e per quanto sia apprezzabile il richiamo al diritto dell'Aja e al diritto dell'Unione, riteniamo che il riferimento al diritto interno sarebbe stato sufficiente.

⁽¹⁴⁶⁾ V. *supra*, par. 1.

⁽¹⁴⁷⁾ Punto 36 delle conclusioni.

⁽¹⁴⁸⁾ Punto 36 della sentenza. La Corte richiama in particolare le sentenze 15 settembre 1994, *Pedro Magdalena Fernández c. Commissione*, causa C-452/93, *cit.*; 11 novembre 2004, *Roberto Adanez-Vega c. Bundesanstalt für Arbeit*, causa C-372/02, in *Racc.*, 2004, p. I-10761; 17 luglio 2008, *Szymon Kozłowski*, causa C-66/08, in *Racc.*, 2008, p. I-06041. Quest'ultima pronuncia, resa in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, nel contesto di un procedimento avente ad oggetto l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso nei confronti di Szymon Kozłowski, ha chiarito

L'avv. gen. ipotizza che il ricorso alla giurisprudenza dell'Unione concernente altri settori che esulino da quello del diritto di famiglia "può forse essere possibile nel caso di adulti": non a caso la relazione Borrás rimanda a questa giurisprudenza in relazione al settore della competenza giurisdizionale in materia matrimoniale.

In ogni modo, sebbene la Corte preveda chiaramente, almeno con riferimento agli adulti, la possibilità di ricorrere ad una "cross-fertilization" tra pronunce rese in ambiti distinti, è imprescindibile che, nell'individuazione del criterio della residenza abituale, l'operatore giuridico presti attenzione a due ordini di questioni che, se pur collegate, meritano, per la loro rilevanza, riflessioni separate.

La prima riguarda l'*equilibrio* che l'interprete deve necessariamente accordare agli elementi strutturali della residenza abituale. Chiarita, ad opera della Corte, la sussistenza dell'elemento intenzionale, è opportuno che questo sia concretamente bilanciato con il dato oggettivo, in modo che non vi siano manifesti scompensi tesi a preferirne ora l'uno ora l'altro, ovvero, nel dato oggettivo, ora l'aspetto qualitativo ora quello quantitativo. Nella pratica, si tratta di dare rilievo, a dimostrazione della sussistenza del dato intenzionale, *esclusivamente* a quei dati empirici socialmente apprezzabili e condivisi attraverso i quali si possa effettivamente localizzare in un determinato luogo il centro degli interessi personali e professionali della persona cui fa capo il rapporto o la situazione giuridica rilevante. Nel caso in cui, contrariamente, sia data eccessiva rilevanza ad una volontà *presunta*, verrebbe sacrificato in questo modo l'elemento oggettivo della *responsabilità sociale*, che costituisce il contraltare dell'elemento soggettivo

l'interpretazione dei termini "risieda" e "dimori" nello Stato membro di esecuzione, ai sensi dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro del Consiglio 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. La questione pregiudiziale, posta dall'Oberlandesgericht Stuttgart, è stata risolta nel senso che "una persona ricercata 'risiede' nello Stato membro di esecuzione qualora essa abbia ivi stabilito la propria residenza effettiva, e 'dimora' in tale Stato qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito con tale Stato legami di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza; per stabilire se tra la persona ricercata e lo Stato membro di esecuzione esistano legami che consentono di constatare che tale persona ricade nella fattispecie designata dal termine 'dimori' di cui al detto art. 4, punto 6, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a effettuare una valutazione complessiva di un certo numero degli elementi oggettivi caratterizzanti la situazione della persona in questione, tra i quali, segnatamente, la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che essa intrattiene con lo Stato membro di esecuzione" (punto 54 della sentenza).

dell'autonomia della persona, entrambi presenti nel micro-contesto della residenza abituale ⁽¹⁴⁹⁾. Ciò si rende tanto più necessario laddove, a motivo del carattere universale del regolamento applicabile ⁽¹⁵⁰⁾, la residenza sia individuata anche in uno Stato terzo, o in uno Stato non partecipante, con conseguente designazione di una normativa “estranea” all'ordinamento dell'Unione.

In secondo luogo, l'interprete non può prescindere dall'apprezzamento della tendenza alla *categorizzazione* dei legami personali nel diritto internazionale privato dell'Unione ⁽¹⁵¹⁾. Si assiste invero all'impiego di *categorie* di legami personali: la residenza abituale del minore, quella del neonato, dell'adulto-coniuge, dell'adulto-creditore di alimenti. Tali categorie non necessariamente convergono in una definizione unitaria di residenza abituale ⁽¹⁵²⁾: la definizione deve essere tuttavia uniforme, con riferimento a ciascuna categoria, e lo stesso per il criterio *funzionale* basato sul legame personale della cittadinanza ⁽¹⁵³⁾. Ciascuna categoria di legami personali è rappresentativa di obiettivi di politica

⁽¹⁴⁹⁾ V. *supra*, par. 2. V. tredicesimo *considerando* del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza, per cui: “[p]er ‘centro degli interessi principali’ (COMI) si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi”. La tutela delle aspettative dei terzi è rafforzata anche nella proposta di modifica del regolamento, trasmessa dalla Commissione il 21.12.2012 (COM(2012) 744 final): al posto del tredicesimo *considerando* ne sono previsti due, che specificano i criteri per la definizione del COMI del debitore, “in a manner that is ascertainable by third parties”. V. anche ventinovesimo *considerando* della proposta di regolamento sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali “[s]e la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi deve regolare i rapporti giuridici tra un coniuge e un terzo, per tutelare quest'ultimo occorre che le condizioni di opponibilità della legge applicabile siano disciplinate dalla legge dello Stato membro in cui si trova la residenza abituale del coniuge o del terzo. La legge di tale Stato membro potrebbe quindi prevedere che il coniuge opponga al terzo la legge del regime patrimoniale solo se ricorrono le condizioni di registrazione o di pubblicità previste da quello Stato membro, salvo che il terzo conosca o debba conoscere la legge applicabile al regime patrimoniale”.

⁽¹⁵⁰⁾ V. dodicesimo *considerando* ed art. 4 del regolamento n. 1259/2010. V. A. LEANDRO, *Art. 4 (Carattere universale)*, in *Reg. 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*, cit., p. 1468 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Con riferimento al minore, sia pure non in questi termini, v. C. HONORATI, *La nozione di residenza abituale del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Studium Iuris*, 2012, fasc. 1 (pp. 24-34) e fasc. 2 (pp.162-171), spec. p. 27 ss.

⁽¹⁵²⁾ *Contra*, M. FALLON, *Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III: une évolution tranquille*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 291 ss., spec. p. 312 (per cui “[l]a résidence de l'enfant a fait l'objet de certaines précisions qui, par leur nature, paraissent transposables aux époux”).

⁽¹⁵³⁾ V. *supra*, par. 5.

legislativa dell'Unione ⁽¹⁵⁴⁾: è pertanto il risultato materiale che governa la localizzazione del rapporto giuridico rilevante ⁽¹⁵⁵⁾, e tali obiettivi devono essere osservati tanto in fase di elaborazione quanto nelle successive fasi di interpretazione ed applicazione della norma dell'Unione.

La ponderazione di tutti gli elementi strutturali deve perciò avvenire alla luce delle rispettive considerazioni di politica legislativa. Questo approccio è quanto mai opportuno, tra le altre cose, per soppesare l'elemento soggettivo, il dato più controverso. Con riferimento al minore, come ha messo in risalto la Corte nella sentenza *Mercredi*, l'intenzione deve essere valutata alla luce della sua età. Si trattava in quel caso di verificare se la bambina, di due mesi d'età, trasferita lecitamente dalla madre dall'Inghilterra sull'isola francese della Riunione, potesse considerarsi abitualmente residente in Inghilterra prima del trasferimento e se detto trasferimento avesse provocato la perdita della previa residenza abituale e l'acquisizione di una nuova nello Stato d'arrivo. Un minore in tenera età, ha statuito la Corte, condivide necessariamente l'ambiente sociale e familiare della cerchia di persone da cui dipende, più del minore che abbia maggiore cognizione di ciò che lo circonda ⁽¹⁵⁶⁾. Nonostante con la sentenza *A* avesse già fornito nel dettaglio i criteri attraverso i quali individuare la residenza abituale di un minore, la Corte è stata qui invitata a precisare i presupposti da considerare nella precisa ipotesi di un neonato: sebbene la partenza lecita da uno Stato membro e lo stabilimento di una nuova residenza in un altro Stato membro “non comportino necessariamente, automaticamente e immediatamente l'acquisizione di una nuova residenza abituale nel secondo Stato membro, [...] la volontà della persona che è unica titolare dell'autorità genitoriale sul minore [in questo caso la madre] deve sicuramente essere presa in considerazione in modo preponderante” ⁽¹⁵⁷⁾. Pertanto sono stati

⁽¹⁵⁴⁾ Tra gli altri, v. R. SCHUZ, *Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, in *Journal of Transnational Law and Policy*, 2001, p. 101 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, cit., p. 354 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Punti 52-57 della sentenza e punti 58 ss. della presa di posizione dell'avv. gen. P. Cruz Villalón. V. anche A. FIORINI, *Habitual Residence and the Newborn. A French Perspective*, in *ICLQ*, 2012, p. 530 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ Punto 85 della presa di posizione. Al punto 87 si legge che la madre rappresenta “l'orizzonte vitale” del neonato.

considerati di fondamentale importanza tutti quegli elementi oggettivi da cui potesse desumersi la volontà della madre di lasciare definitivamente l'Inghilterra e la sua ferma intenzione di stabilirsi nella Riunione ⁽¹⁵⁸⁾. Tali valutazioni, in ogni caso, devono essere informate al criterio di vicinanza e svolte nell'interesse superiore del minore. La residenza abituale del neonato, pertanto, sarà individuata facendo attenzione ad elementi diversi rispetto a quelli previsti per il minore, ed ancora diversi rispetto al caso dell'adulto.

La sistematizzazione dei legami personali, tuttavia, non determina alcuna rilevazione *automatica* della residenza abituale: nonostante i requisiti per l'individuazione possano essere stati perlopiù delineati *a priori* (in astratto, dunque) ed in relazione a certe categorie di soggetti, è indispensabile che l'interprete compia una valutazione concreta di tutti gli elementi rilevanti del caso di specie.

In conclusione, anche i criteri di collegamento personali impiegati nelle norme di conflitto dell'Unione in ambito familiare sono strumentali al raggiungimento di determinati risultati materiali, informati a *favores* plasmati sulla persona, che contraddistinguono il fenomeno di specializzazione, materializzazione e flessibilizzazione del diritto internazionale privato. Come segnala la Relazione Borrás, la residenza abituale dei coniugi, individuata quale “luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi” ⁽¹⁵⁹⁾, sarà determinata tenendo conto “di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione”. Trattandosi della residenza abituale di adulti, l'interprete potrà fare riferimento alle pronunce della

⁽¹⁵⁸⁾ Così l'acquisto di un biglietto aereo di sola andata e diverse dichiarazioni che più o meno esplicitamente manifestavano tale intenzione. Tuttavia, la vendita dell'automobile di cui era proprietaria in Inghilterra non è stata ritenuta al riguardo sufficientemente significativa; dall'altra parte, poi, il fatto che la madre non aveva informato della sua partenza né il suo datore di lavoro né il proprietario del suo appartamento, poteva seriamente far dubitare di tale volontà (punto 83 della presa di posizione). Al punto 84, continua l'avv. gen. Cruz Villalón, “pur se la volontà della madre di lasciare l'Inghilterra non dava pressoché adito a dubbi, sussistevano tuttavia altri elementi che inducevano a dubitare della sua ferma intenzione di stabilirsi a la Riunione. Segnatamente, dalla corrispondenza scambiata poco prima della sua partenza e, in particolare, da una cartolina inviata dall'aeroporto il giorno della partenza, si poteva dedurre che, più che una decisione meditata a fondo di rifarsi una vita a la Riunione, tale partenza fosse da considerare una reazione allo stress determinato dalle minacce, proferite dal padre, di avviare un procedimento giudiziario al fine di ottenere il riconoscimento della sua autorità genitoriale sulla minore”.

⁽¹⁵⁹⁾ Relazione Borrás, punto 32.

Corte rese in altri ambiti del diritto dell'Unione, sopra richiamati, con attenzione allo scopo della norma di conflitto, notoriamente la designazione oggettiva di una (ed una sola) disciplina sostanziale applicabile al procedimento afferente alla fase patologica del matrimonio e, al contempo, valutando che il criterio della residenza abituale sia informato al principio di prossimità.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Sintesi degli esiti dell'indagine. – 2. La valenza giuridica del legame di residenza abituale. – 3. L'assimilazione della residenza abituale al "domicilio sovranazionale" nell'ambito dell'Unione europea.

1. Sintesi degli esiti dell'indagine.

La disciplina dei conflitti di leggi in materia familiare ha recentemente conosciuto, in Europa, una profonda evoluzione. È mutato, in particolare, il modo in cui le norme pertinenti assolvono la funzione "localizzatrice", propria del metodo tradizionale dei conflitti di leggi, cui restano fondamentalmente fedeli ⁽¹⁾. Tale mutamento si è concretizzato nell'evoluzione dell'impiego dei criteri di collegamento basati sui legami personali della cittadinanza, del domicilio e della residenza abituale. I fattori di questa evoluzione, che definiscono la cornice della nostra ricerca, possono essere raggruppati in quattro insiemi, a seconda che si tratti di fattori di ordine politico, sociologico, assiologico ed economico ⁽²⁾. Tali fattori, sulla scorta dell'esperienza dei sistemi di diritto internazionale privato nazionali e del "diritto dell'Aja", hanno condotto il legislatore europeo ad elaborare norme di conflitto caratterizzate da un'articolazione in parte nuova, capaci di plasmarsi su nuovi modelli familiari e di accompagnare la mobilità internazionale degli individui. Così, se da una parte (a monte) è rivisitato il "disegno" delle norme di conflitto – che assumono quella che abbiamo definito una "struttura a vocazione integrativa adattabile" – dall'altra, è lasciato all'interprete (a valle) un arduo compito: l'interpretazione e l'applicazione uniforme, anche attraverso la "lente" dei diritti fondamentali, della disciplina internazionalprivatistica dell'Unione europea, informata a principi ed obiettivi "costituzionali" propri dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

⁽¹⁾ Cap. II, par. 1.

⁽²⁾ Cap. II, par. 7 ss.

CONCLUSIONI

Il diritto internazionale privato della famiglia fa capo a strumenti normativi settoriali, che ne accrescono la frammentarietà ⁽³⁾: l'interprete è investito, in ragione di ciò, di un compito non facile, dovendo tener conto degli specifici obiettivi cui sono informate le norme di conflitto di volta in volta esaminate e del contesto in cui queste si collocano.

La crescente porosità delle frontiere e la frequenza con cui i rapporti familiari assumono un carattere transnazionale richiamano essenzialmente due innovazioni: da una parte la progressiva emersione della persona quale soggetto (e non più oggetto) della norma di conflitto ⁽⁴⁾, e la conseguente valorizzazione dell'autonomia privata come meccanismo risolutore dei conflitti di leggi ⁽⁵⁾. Dall'altra, la speciale importanza acquisita dalla residenza abituale, elevata a criterio di collegamento (e titolo di giurisdizione) principale in pressoché tutti gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione attualmente in vigore o in corso d'adozione, in materia familiare. Il criterio della residenza abituale si rivela particolarmente adatto a soddisfare gli obiettivi di integrazione del singolo (e del gruppo familiare) nel tessuto sociale dello Stato d'accoglienza, dimostrandosi di più semplice determinazione rispetto al domicilio, perché non dipendente da fattori giuridici "particolari", cioè nazionali.

Nel contempo, la preferenza attribuita dal legislatore dell'Unione alla residenza abituale piuttosto che alla cittadinanza, non nega del tutto un ruolo a quest'ultima: il criterio della cittadinanza, sia pure privato del ruolo tradizionalmente assolto, se da una parte vede ridimensionato il proprio impiego in funzione delle evoluzioni del diritto dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altra continua a rivestire una funzione importante, "declinata" secondo le esigenze del periodo. Il legame di cittadinanza, teso a salvaguardare la "identità culturale" della persona (e del gruppo a cui appartiene, se quel gruppo è identificato con una data comunità nazionale organizzata in Stato), è oggi impiegato dalle norme di conflitto dell'Unione in maniera combinata con la residenza abituale e può operare quale

⁽³⁾ Cap. I, par. 1.

⁽⁴⁾ Cap. II, par. 8.

⁽⁵⁾ Cap. II, par. 14.

elemento oggettivo ai fini della individuazione di quest'ultima, là dove la vita della persona di cui trattasi si proietti in più Stati, uno dei quali sia lo Stato di cittadinanza.

La scelta della legge applicabile ad opera delle parti è ammessa, in ambito familiare, entro limiti rigorosi, stabiliti dalla normativa di conflitto di volta in volta applicabile. Emblematico è il caso dell'art. 5 del regolamento n. 1259/2010, sulla legge applicabile alla separazione personale e al divorzio, che circoscrive l'*electio* ad un numero limitato di alternative: la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; la legge del foro. Le opzioni prefigurate ricalcano, sia pure con delle differenze talora non trascurabili, i criteri di collegamento impiegati per designare in via oggettiva la disciplina sostanziale destinata a regolare lo scioglimento o la separazione conformemente all'art. 8 dello stesso regolamento. È da chiedersi, in queste condizioni, se la scelta di legge rappresenti, qui, un autonomo criterio di collegamento, investito di valori propri, o se, piuttosto, la funzione della *lex voluntatis* sia essenzialmente quella di "correggere" il funzionamento di una disciplina obiettiva, fondata su criteri che, presi singolarmente, possono rivelarsi insoddisfacenti.

Fra i tre criteri analizzati – la cittadinanza, il domicilio e la residenza abituale – è su quest'ultima che si è concentrato l'attenzione.

La concreta determinazione della residenza abituale ha suscitato nella pratica non poche difficoltà, perlopiù in considerazione della complessa struttura del concetto: è pacifico, in effetti, che essa poggi su una base oggettiva (la presenza dell'individuo in un dato contesto territoriale e sociale, protratta per un tempo apprezzabile) e su un elemento volontaristico, che si concretizza nell'*animus residendi* e, nella sua accezione negativa, nell'*animus revertendi*. In mancanza di una definizione espressa da parte del legislatore europeo, nonché di una chiara statuizione della Corte di giustizia dell'Unione, le maggiori incertezze interpretative derivano dal diverso peso che i giudici nazionali attribuiscono al dato

soggettivo. La residenza abituale si colloca, anche alla luce di questi dubbi, al centro di un dibattito acceso. Si discute della opportunità di elaborare una definizione autonoma e, in caso affermativo, ci si chiede in che modo provvedervi, senza privare la nozione della flessibilità che la contraddistingue.

L'elemento volontaristico, in quanto elemento strutturale del criterio della residenza abituale, non può essere *presunto*, ma deve essere ricavato da dati empirici socialmente apprezzabili ⁽⁶⁾. I rapporti familiari, sia pure secondo schemi e con intensità differenti rispetto a quanto avviene per rapporti di altra natura (si pensi al settore fallimentare, di cui al tredicesimo *considerando* del regolamento n. 1346/2000), non rilevano solo per gli individui che ne sono direttamente coinvolti ma anche per i terzi, le cui aspettative – anche per quanto riguarda la localizzazione della fattispecie – devono essere tenute in considerazione (si pensi, per tutti, ai regimi patrimoniali tra coniugi, per cui si veda il ventinovesimo *considerando* della proposta di regolamento).

Nella determinazione della residenza abituale, l'interprete deve procedere ad un'accurata ponderazione dei suoi elementi strutturali, volta al raggiungimento di un equilibrio tra elemento oggettivo (nella sua componente quantitativa e qualitativa) ed elemento soggettivo. Tali considerazioni, tuttavia, non possono essere applicate in modo omogeneo a tutte le situazioni che si collocano nell'area del diritto di famiglia. Occorre operare in effetti alcune distinzioni, differenziando le fattispecie a seconda della "categoria" a cui sono riconducibili ⁽⁷⁾. Come ha suggerito la stessa Corte di giustizia nel caso *Mercredi* ⁽⁸⁾, la residenza abituale, ove si tratti ad esempio di situazioni che interessano un neonato, non può essere individuata alla luce dei medesimi criteri impiegati per identificare la residenza abituale di un minore che abbia superato i primissimi anni di vita, né tanto meno la residenza abituale di un adulto, ove si tratti, per esempio, di individuare la legge applicabile alla separazione personale o al divorzio.

⁽⁶⁾ Cap. IV, par. 6.

⁽⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁾ Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, *cit.*

CONCLUSIONI

L'esigenza di declinare per categorie il criterio della residenza abituale obbedisce essenzialmente a ragioni di ordine metodologico e teleologico. Da una parte, tale fenomeno si ascrive al più ampio fenomeno di specializzazione, materializzazione e flessibilizzazione che riguarda il diritto internazionale privato. Dall'altra, ragioni di politica legislativa, che l'Unione persegue anche attraverso norme di conflitto uniformi, impongono di prevedere un categoria di residenza abituale per ciascuna tipologia di fattispecie giuridica (la residenza abituale del minore, quella del neonato, dell'adulto-coniuge, dell'adulto-creditore di alimenti), in maniera funzionale al raggiungimento di determinati obiettivi materiali (tra cui l'interesse superiore del minore, il *favor divortii*, la protezione del creditore di alimenti).

In definitiva, il concetto di residenza abituale è *unitario*, ma esige di essere "declinato" in modo diverso a seconda del contesto in cui di volta in volta si tratta di farne applicazione: la declinazione segue essenzialmente due schemi, a seconda delle caratteristiche dei soggetti che si tratta di localizzare e dei valori che ispirano la disciplina dei rapporti che a quei soggetti fanno capo.

Alle ragioni sopra indicate si aggiungono ragioni di carattere "ordinatorio", ascrivibili alla funzione positiva dell'ordine pubblico. Queste ultime possono leggersi anche alla luce delle argomentazioni di carattere teleologico cui abbiamo fatto riferimento, sia pure da una diversa prospettiva, che potremmo definire "genetica". L'obiettivo sotteso alla norma di conflitto che impiega il criterio di collegamento della residenza abituale, ad esempio, del creditore di alimenti, si salda a valori materiali del sistema interno: l'ordinamento nazionale, in altri termini, opera un giudizio di valore e decide a tal fine dove collocare quella situazione o quel determinato rapporto giuridico. La porosità dell'ordinamento statale rispetto alla dimensione europea lo rende tuttavia partecipe di un modello di società "integrata": questo implica che, in presenza di una disciplina di conflitto uniforme in materia familiare, sostitutiva di quella nazionale, la funzione positiva dell'ordine pubblico interno si fletta a valori sovranazionali, che informano uno spazio giudiziario europeo permeato di principi che gli sono propri. Si assiste così ad una compressione della sfera della sovranità statale

in tema di “localizzazione” della fattispecie giuridica, che tuttavia riemerge *proprio vigore* laddove non sia applicabile la disciplina europea.

L’Unione fornisce poi la cornice entro cui tali politiche devono essere realizzate, nel rispetto dei diritti fondamentali, la cui ossatura si sostanzia nelle libertà “costituzionali” garantite dai Trattati, prima fra tutti, la libera circolazione delle persone attraverso le frontiere. Al diritto primario dell’Unione si affianca l’opera interpretativa “accentrata” della Corte di giustizia, che concorre a definire il perimetro d’azione degli Stati membri ⁽⁹⁾.

2. La valenza giuridica del legame di residenza abituale.

In assenza di un’espressa definizione del criterio della residenza abituale, sta all’interprete ricavarne una nozione autonoma, tale da garantirne un’applicazione uniforme, alla luce dello scopo e del contesto in cui si colloca la norma di conflitto di riferimento, nonché delle indicazioni rinvenibili nel preambolo del regolamento stesso o delle “istruzioni” fornite a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La trasposizione, nella materia familiare, della definizione di residenza abituale resa dalla Corte in contesti diversi, deve avvenire con estrema cautela: l’avv. gen. Kokott, nelle conclusioni presentate nel caso A ⁽¹⁰⁾, ha affermato che la definizione del criterio della residenza abituale impiegata in materia di pubblico impiego non è idonea ad essere trasposta, neanche sotto il profilo sostanziale, nella materia concernente i minori. A nostro avviso, una simile trasposizione – pur tenendo conto delle peculiarità del caso – potrebbe invece avvenire con riferimento alla residenza abituale degli adulti (i coniugi o il coniuge, ovvero riguardo alla residenza abituale del creditore di alimenti).

È stata prospettata l’opportunità di inserire una definizione di residenza abituale in un ipotetico futuro regolamento recante le norme di parte generale del diritto internazionale privato europeo (il regolamento

⁽⁹⁾ Cap. I, par. 13.

⁽¹⁰⁾ Sentenza 2 aprile 2009, A, causa C-523/07, *cit.*, punto 36.

“Roma 0”, per usare una fortunata espressione coniata dalla dottrina): il possibile contenuto di tale definizione, tuttavia, rimane dibattuto.

Un possibile intervento del legislatore (sin qui in realtà non programmato) potrebbe basarsi sulla elaborazione di un elenco di presunzioni: si tratterebbe, cioè, di identificare a livello normativo alcuni indizi “tipici” della residenza, cioè delle circostanze normalmente sintomatiche del legame in parola, salvo lasciare all’interprete il compito di stabilire – avuto riguardo alle peculiarità del caso concreto – se tali indizi siano pertinenti e quale peso gli stessi, precisamente, debbano assumere. L’identificazione in concreto della residenza abituale non perderebbe, in questo quadro, quel carattere di flessibilità che tradizionalmente caratterizza il concetto, ma – nel contempo – verrebbe “guidata” lungo binari uniformi e si svilupperebbe secondo uno schema logico omogeneo, destinato a propiziare, almeno nella maggior parte dei casi, degli esiti in larga parte prevedibili. Una soluzione in fondo non diversa da quella qui prospettata era stata accolta dalla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, all’art. 4, par. 2, ai fini della determinazione del paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto, salvo essere abbandonata dal regolamento “Roma I” in favore della elaborazione di un sistema di regole di conflitto rigide, volte a specificare il principio di prossimità e a cristallizzarlo in legami predefiniti ⁽¹¹⁾.

Ai fini di un’interpretazione unitaria e di un’applicazione uniforme del criterio basato sul legame personale della residenza abituale, riteniamo pertanto che sarebbe auspicabile l’indicazione di una serie di situazioni oggettive (situazioni *standard*), alcune delle quali indicative dell’elemento soggettivo, individuate sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei giudici nazionali, da cui attingere volta per volta ⁽¹²⁾. Sarebbe ipotizzabile all’uopo una lista di circostanze: tale lista, da aggiungere vuoi nell’apposita disposizione rubricata “definizioni”, vuoi nella disposizione che impieghi il criterio della residenza abituale, dovrebbe essere organizzata

⁽¹¹⁾ Anche il *Groupe européen de droit international privé*, prospettando delle soluzioni per quello che sarebbe poi diventato il regolamento “Roma II”, suggeriva di procedere per presunzioni. Lo studio è reperibile sul sito <http://www.gedip-egpil.eu>.

⁽¹²⁾ V. anche la proposta di P. DE VAREILLES-SOMMIERES in P. MCELEAVY, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law*, *cit.*, p. 151.

seguendo un ordine gerarchico, dove le posizioni superiori saranno occupate da quelle circostanze che non lascino spazio a dubbi circa l'oggettiva sussistenza della residenza abituale del/dei soggetto/i interessato/i. Più in basso si collocherebbero i dati rivelatori della volontà ⁽¹³⁾.

In ogni caso, per scongiurare il rischio dell'attribuzione di un'eccessiva rilevanza all'*animus*, o meglio, ai dati oggettivi che lo traspongono nella realtà empirica (come invece accade nella giurisprudenza nel Regno Unito) ⁽¹⁴⁾, che dovrebbero invece soccorrere i dati oggettivi *tout court* qualora da soli non siano sufficienti ad individuare la residenza abituale, riteniamo opportuna la previsione di un periodo di tempo minimo, quale presunzione di abitualità, che riteniamo possa essere calcolato in qualche mese. Siffatto computo, inferiore a quello "codificato" in alcuni regolamenti ⁽¹⁵⁾, eviterebbe di aggirare il corretto funzionamento della norma di conflitto mediante l'attribuzione di una sproporzionata rilevanza a dubbie valutazioni prodromiche, che non traducono una manifestazione adeguata (sufficientemente condivisa) sul piano empirico.

Mediante la previsione del dato temporale, integrante il fattore quantitativo dell'elemento oggettivo, si ancorerebbe la definizione di residenza abituale ad un *elemento giuridico*, facilitando così l'operazione dell'interprete, soprattutto laddove fossero estremamente controvertibili le circostanze deputate a trasporre l'elemento della volontà sul piano empirico.

La soluzione prospettata rispetterebbe l'esigenza di flessibilità che sottende tradizionalmente il ricorso al concetto di residenza abituale, poiché si limiterebbe a guidare l'opera dell'interprete, lasciando a quest'ultimo il compito di apprezzare gli elementi presuntivi indicati (con la possibilità di discostarsene), alla luce delle particolari circostanze del caso considerato.

⁽¹³⁾ Non sarebbe funzionale ad esigenze di certezza del diritto, a nostro avviso, la previsione della clausola d'eccezione del collegamento più stretto, eccessivamente flessibile (già impiegata all'art. 4, par. 5, della Convenzione di Roma del 1980). Come ha affermato la Corte di giustizia, la clausola del collegamento più stretto concede al giudice un certo margine di discrezionalità (sentenza 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, in *Racc.*, 2009, p. I-9687, punto 58): la previsione di siffatta eccezione nella individuazione del criterio della residenza abituale, come è accaduto nell'applicazione della Convenzione di Roma, rischia di prestarsi ad un abuso che priverebbe di significato le presunzioni prospettate.

⁽¹⁴⁾ Cap. IV, par. 3.

⁽¹⁵⁾ Cap. IV, par. 2.

3. *L'assimilazione della residenza abituale al "domicilio sovranazionale" nell'ambito dell'Unione europea.*

La tradizionale considerazione del criterio della residenza abituale quale legame di fatto è oramai sorpassata.

La sua complessità, data dal risultato della problematica ponderazione di molteplici elementi, a loro volta di difficile individuazione, induce a rivisitarne la natura, alla luce degli sviluppi del diritto internazionale privato dell'Unione.

In primo luogo, l'attaccamento che il criterio di collegamento della residenza abituale rivela, riguarda il rapporto (o la situazione giuridica) e un dato Stato.

Gli elementi che definiscono l'esistenza di questo criterio, inoltre, sono dati oggettivi, nonostante alcuni abbiano un "sapore soggettivo", poiché traspongono sul piano empirico l'*animus* dell'individuo (o degli individui) che intimamente proietta nel futuro la propria situazione, il proprio rapporto giuridico, in quel dato Stato.

Tale interpretazione deve essere condotta mediante i criteri ermeneutici propri del diritto dell'Unione, alla luce delle logiche sottese al criterio della residenza abituale, che traducono politiche di più ampio respiro: da un lato, l'integrazione sociale della persona nell'ordinamento dello Stato d'accoglienza e, dall'altro, la valorizzazione dell'individuo.

A nostro avviso, il criterio della residenza abituale impiegato nelle norme di conflitto dell'Unione in materia familiare si ascrive al novero dei criteri di collegamento oggettivi. A ciò si aggiunga inoltre il carattere giuridico, che desta alcune novità.

In cosa si distinguerebbe, pertanto, il criterio di collegamento della residenza abituale da quello, problematico e "giuridico per eccellenza" ⁽¹⁶⁾, del domicilio? Se non fosse per il diverso grado di volontà (che, riassumendo, oscilla tra un *animus residendi* per l'una ed un *animus manendi* per l'altro), pare che non vi siano peculiarità ulteriori. Sennonché il carattere giuridico della residenza abituale muove da un ordinamento che

⁽¹⁶⁾ Cap. II, par. 4.

non è quello dei singoli Stati membri, ma da un ordinamento più ampio, l'ordinamento dell'Unione europea.

Dal Trattato di Amsterdam ad oggi, l'Unione ha sviluppato un *corpus* autonomo di norme che integra una disciplina di diritto internazionale privato pressoché organica: se pur complessa e settoriale, gli strumenti che la compongono seguono una logica di coordinamento che permette un completamento reciproco, ove l'interprete gioca un ruolo essenziale.

Abbiamo visto come il concetto autonomo di residenza abituale nell'orizzonte del diritto internazionale privato dell'Unione europea trae le mosse dal criterio di residenza abituale originariamente impiegato nelle convenzioni dell'Aja ⁽¹⁷⁾. Tuttavia, nella struttura europea – per natura più “densa” di quella dell'Aja ⁽¹⁸⁾ – tale criterio subisce un'interpretazione più *intensa*, grazie all'opera della Corte di giustizia. Quest'ultima gioca invero un ruolo centrale nello sviluppo del diritto internazionale privato dell'Unione, fornendo agli operatori giuridici interni coordinate uniformi, moderando il “dialogo” tra le diverse culture giuridiche degli Stati membri e promuovendo di conseguenza un'interpretazione “in chiave europea” delle espressioni impiegate dalla disciplina dell'Unione.

La progressiva maturità del diritto internazionale privato dell'Unione, sviluppata, come detto, non solo grazie all'opera del legislatore europeo, impone di considerare che, nonostante l'espressione sia la medesima “in Europa” e “all'Aja”, il suo significato sia da intendere in parte diversamente, in ragione della funzione “qualificata” – strumentale al raggiungimento di obiettivi “costituzionali” – che assume la residenza abituale nel panorama europeo.

Riteniamo che oggi, in definitiva, l'Unione abbia le competenze necessarie per costruire una nozione autonoma di residenza abituale, impiegata quale criterio di collegamento principale nella propria disciplina di conflitto. Per le caratteristiche che la contraddistinguono, ci sentiamo di dire che si possa parlare a tal fine di un “domicilio in chiave sovranazionale”.

⁽¹⁷⁾ Cap. II, par. 6.

⁽¹⁸⁾ Cap. I, par. 7.

INDICE DELLE DECISIONI CITATE

I numeri si riferiscono alla pagina in cui le varie decisioni vengono citate per la prima volta e in forma estesa.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	
28 novembre 1984, <i>Rasmussen</i> :	180
8 luglio 1986, <i>Lithgow</i>	173
18 dicembre 1986, <i>Johnston</i>	173
28 ottobre 1987, <i>Inze</i>	173
7 luglio 1989, <i>Soering</i>	170
22 febbraio 1994, <i>Burghartz</i>	213
27 marzo 1998, <i>Petrovic</i>	180
6 aprile 2000, <i>Thlimmenos</i>	173
20 luglio 2001, <i>Pellegrini</i>	32
27 settembre 2001, <i>G.M.B. e K.M.</i>	213
26 febbraio 2002, <i>Fretté</i>	185
11 luglio 2002, <i>Christine Goodwin</i>	186
13 febbraio 2003, <i>Refah Partisi</i>	176
6 maggio 2004, <i>Hussin</i>	179
16 novembre 2004, <i>Ünal Tekeli</i>	214
7 dicembre 2004, <i>Mentzen alias Mencena</i>	197
7 dicembre 2004, <i>Kuharec alias Kuhareca</i>	197
12 aprile 2006, <i>Stec</i>	180
27 aprile 2006, <i>Sannino</i>	163
20 giugno 2006, <i>Zarb Adami</i>	180
28 giugno 2007, <i>Wagner</i>	179
11 settembre 2007, <i>Bulgakov</i>	197
29 aprile 2008, <i>Burden</i>	173
29 aprile 2008, <i>McDonald</i>	179
28 giugno 2008, <i>E. B.</i>	185
30 giugno 2009, <i>Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)</i>	185
2 marzo 2010, <i>Kozac</i>	179
9 marzo 2010, <i>Ammdjadi</i>	188
1° giugno 2010, <i>Gäfgen</i>	214
6 luglio 2010, <i>Mary Green e Ajad Farhat</i>	179
22 luglio 2010, <i>Schalk e Kopf</i>	179
31 agosto 2010, <i>Gas e Dubois</i>	179
9 novembre 2010, <i>Losonci Rose et Rose</i>	211
3 maggio 2011, <i>Negrepontis-Giannisis</i>	179
4 ottobre 2012, <i>Harroudj</i>	184

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

19 marzo 1964, <i>Unger</i> , causa 75/63	61
15 luglio 1964, <i>Costa c. ENEL</i> , causa 6/641	22
13 febbraio 1968, <i>Walt Wilhem</i> , causa C-14/68	25
17 dicembre 1970, <i>Internationale Handelsgesellschaft</i> , causa C-11/70 ..	162
31 marzo 1971, <i>Commissione c. Consiglio</i> , causa C- 22/70	27
30 aprile 1974, <i>Haegeman</i> , causa C-181/73	32
14 maggio 1974, <i>Nold</i> , causa C-4/73	162
3 luglio 1974, <i>Casagrande</i> , causa C-9/74	25
12 dicembre 1974, <i>Association Union cycliste</i> , causa 36/74	208
14 luglio 1976, <i>Kramer</i> , cause riunite 3, 4 e 6/76	27
6 ottobre 1976, <i>Tessili</i> , causa C-12/76	65
14 ottobre 1976, <i>Eurocontrol</i> , causa 29/76	61
9 marzo 1978, <i>Simmenthal</i> , causa 106/77	23
13 dicembre 1979, <i>Liselotte Hauer</i> , causa 44/79	162
28 febbraio 1980, <i>Fellinger</i> , causa C-67/79	71
26 ottobre 1982, <i>Kupferberg</i> , causa C-104/81	31
15 novembre 1983, <i>Duijnste</i> , causa 288/82	22
8 marzo 1988, <i>Arcado</i> , causa C-9/87	69
16 giugno 1988, <i>Racke</i> , causa C-162/96	11
27 settembre 1988, <i>Ahlström</i> , cause 89, 104, 116, 117 e 125-129/85.....	11
30 maggio 1989, <i>Pilar Allué</i> , causa C-33/88	209
22 giugno 1989, <i>Fratelli Costanzo</i> , causa C-103/88	23
11 luglio 1989, <i>Hermann Schröder</i> , causa C-265/87	163
13 luglio 1989, <i>Hubert Wachauf</i> , causa C-5/88	163
18 giugno 1991, <i>Elliniki Radiophonia Tiléorassi</i> , causa C-260/89	163
27 giugno 1991, <i>Overseas</i> , causa C-351/89	28
25 luglio 1991, <i>Factortame</i> , causa C-221/89	25
7 luglio 1992, <i>Micheletti</i> , causa C-369/90	25
30 marzo 1993, <i>Konstantinidis</i> , causa C-168/91	196
13 luglio 1993, <i>Mulox</i> , causa C- 125/92	70
20 ottobre 1993, <i>Phil Collins</i> , cause riunite C-92/92, C-326/92	174
23 febbraio 1994, <i>Cinzia Porcedda</i> , causa C-419/92	209
28 aprile 1994, <i>Albert Hoorn</i> , causa C-305/92	174
6 dicembre 1994, <i>Tatry</i> , causa C-406/92	24
14 febbraio 1995, <i>Schumacker</i> , causa C-279/93	25
23 maggio 1996, <i>John O'Flynn</i> , causa C-237/94	209
12 maggio 1998, <i>Gilly</i> , causa C-336/96	174
17 dicembre 1998, <i>Baustahlgewebe</i> , causa C-185/95 P	162
25 febbraio 1999, <i>Swaddling</i> , causa C-90/97	224
1° giugno 1999, <i>Eco Swiss</i> , causa C-126/97	48
10 giugno 1999, <i>Johannes</i> , causa C-430/97	174

11 gennaio 2000, <i>Van der Wal</i> , cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P	162
28 marzo 2000, <i>Krombach</i> , causa C-7/98	162
6 giugno 2000, <i>Angonese</i> , causa C-281/98	209
19 settembre 2000, <i>Linster</i> , causa C-287/98	70
6 giugno 2002, <i>Ricordi</i> , causa C-360/00	175
11 luglio 2002, <i>Mary Carpenter</i> , causa C-60/00	162
17 settembre 2002, <i>Baumbast</i> , causa C-413/99	162
23 settembre 2003, <i>Akrich</i> , causa C-109/01	208
2 ottobre 2003, <i>García Avello</i> , causa C-148/02	196
19 ottobre 2004, <i>Chen</i> , causa C-200/02	207
1° marzo 2005, <i>Owusu</i> , causa C-281/02	8
8 novembre 2005, <i>Leffler</i> , causa C-443/03	66
2 maggio 2006, <i>Eurofood IFSC Ltd</i> , causa C-341/04	162
14 dicembre 2006, <i>ASML</i> , causa C-283/05	69
8 maggio 2008, <i>Weiss</i> , causa C-14/07	69
11 luglio 2008, <i>Inga Rinau</i> , causa C-195/08 PPU	16
3 settembre 2008, <i>Kadi</i> , cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P	30
14 ottobre 2008, <i>Grunkin</i> , causa C-353/06	196
2 aprile 2009, <i>A</i> , causa C-523/07	196
16 luglio 2009, <i>Hadadi</i> , causa C-168/08	259
6 ottobre 2009, <i>ICF</i> , causa C-133/08	69
25 febbraio 2010, <i>Car Trim</i> , causa C-381/08	69
18 marzo 2010, <i>Rosalba Alassini</i> , cause riunite C-317-320/08	172
4 maggio 2010, <i>TNT Express Nederland</i> , causa C-533/08	24
22 dicembre 2010, <i>Mercredi</i> , causa C-497/10 PPU	232
17 febbraio 2011, <i>Werýnski</i> , causa C-283/09	72
15 marzo 2011, <i>Koelzsch</i> , causa C-29/10	6
5 maggio 2011, <i>McCarthy</i> , causa C-434/09	195
12 maggio 2011, <i>Malgožata Runevič-Vardyn</i> , causa C-391/09	197
26 aprile 2012, <i>Health Service Executive</i> , causa C-92/12 PPU	16
22 novembre 2012, <i>Bank Handlowy</i> , causa C-116/11	64

FRANCIA

Cour de cassation, 19 aprile 1953, <i>Rivière</i>	179
Cour de cassation, 11 ottobre 1988, <i>Rebouh</i>	38
Cour de cassation, 18 ottobre 1988, <i>Schule</i>	38
Appel Aix-en-Provence, 18 novembre 2004	250
Cour de cassation, 14 dicembre 2005, n. 1880	248
Cour de cassation, 8 luglio 2010	180
Cour de cassation, sentenza 12 gennaio 2011, n. 14	250

ITALIA

Cass. 28 aprile 1990, n. 3599	184
Cass., sentenza 24 gennaio 1994, n. 13	217
Cass., 20 marzo 1998, n. 2954	243
Cass., 23 giugno 1998, n. 6235	243
Cass., 8 novembre 2001, n. 13823	243
Cass., sentenze 25 febbraio 2002, n. 2748	243
Cass., sentenza 22 settembre 2003, n. 15145	243
Cass., sentenze 28 ottobre 2003, n. 19544	243
Cass. (sez. un.), ordinanza 3 febbraio 2004, n. 1994	241
Cass., sentenza 16 dicembre 2004, n. 2093	243
Cass., sentenza 28 dicembre 2006, n. 27593	243
Cass., sentenza 14 luglio 2006, n. 16092	243
Cass., sentenza 19 ottobre 2006, n. 22507	243
Cass., sentenza 10 agosto 2007, n. 17648	241
Cass., sentenza 5 giugno 2008, n. 18614	243
App. Bari, sentenza 13 febbraio 2009	180
Trib. Verona, decreto 21 gennaio 2009	199
Cass., 16 giugno 2009, n. 13936	243
Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238	252
Cass. (sez. un.), ordinanza 17 febbraio 2010, n. 3680	244
Cass., sentenza 15 marzo 2010, n. 6197	252
Cass. (sez. un.), ordinanza 25 giugno 2010, n. 15328	247
Cass., sentenza 21 marzo 2011, n. 6345	243
Cass. (sez. un.), sentenza 2 agosto 2011, n. 16864	243
Cass., ordinanza 30 dicembre 2011, n. 30646	247
Cass. (sez. un.), sentenza 17 gennaio 2012, n. 1984	247
Trib. minori Bologna, sentenza 26 aprile 2012, n. 6124	244
App. Bari, sentenza 27 aprile 2012	264
Trib. Reggio Emilia, decreto 29 agosto 2012	216

REGNO UNITO

<i>Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary</i> [1930]	234
<i>Indyka v. Indyka</i> [1969]	234
<i>Cruse v. Chittum</i> [1974]	233
<i>Kapur v. Kapur</i> [1984]	234
<i>Cameron v. Cameron</i> [1999]	236
<i>Nessa v. Chief Adjudicatory Officer</i> [1999]	235
<i>Ikimi v. Ikimi</i> [2001]	237
<i>Al Habtoor v. Fotheringham</i> [2001]	236
<i>Marinos v. Marinos</i> [2007].....	237

STATI UNITI

<i>Friedrich v. Friedrich</i> [1996]	240
<i>Mozes v. Mozes</i> [1998]	239
<i>Feder v. Evans-Feder</i> [1995].....	241
<i>Harkness v. Harkness</i> [1998].....	241
<i>Villalta v. Massie</i> [1999].....	241
<i>Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos</i> [2001].....	241
<i>Silverman v. Silverman</i> [2003].....	241
<i>Holder v. Holder</i> [2004]	241
<i>Ruiz v. Tenorio</i> [2004].....	241
<i>Gitter v. Gitter</i> [2005].....	241
<i>Karkkainen v. Kovalchuk</i> [2006].....	241
<i>Koch v. Koch</i> [2006].....	241
<i>Robert v. Tesson</i> [2007].....	241
<i>Abbott v. Abbott</i> [2010]	72

BIBLIOGRAFIA

- ABOU S., *Cultures et droits de l'homme*, Hachette, 1992;
- ADINOLFI A., *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 5 ss.;
- ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 45 ss.;
- ADINOLFI A., *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione Europea - parte speciale*, a cura di G. Strozzi, 2a ed., Torino, 2010, p. 64 ss.;
- AGELL A., *Is there One System of Family Law in the Nordic Countries?*, in *Eur. J. L. R.*, 2001, p. 313 ss.;
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., *Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de Julio de 2009)*, in *La Ley*, n. 7312, 2009, p. 1 ss.;
- AMADEO S., *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. Unione europea*, 2009, p. 720 ss.;
- ANCEL B., MUIR-WATT H., *L'intérêt supérieur de l'enfant: le Règlement Bruxelles II bis*, in *Rev. critique*, 2005, p. 570 ss.;
- ANCEL B., MUIR-WATT H., *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Revue critique*, 2001, p. 403 ss.;
- ANCEL B., *L'objet de la qualification*, in *J.D.I.*, 1980, p. 227 ss.;
- ANCESCHI A., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, 2010;
- ANZILOTTI D., *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. Salerno, Padova, 1996;
- AGO R., *Règles générales des conflits de lois*, in *Recueil Sirey*, Paris, 1937;
- ARNAUD A. J., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1998;
- AUDIT M., *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *J.D.I.*, 2004, p. 797 ss.;
- AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflits (Sur la « crise » des conflits de lois)*, in *Recueil des cours*, Vol. 186, 1984, p. 219 ss.;

BIBLIOGRAFIA

BAARSMA N. A., *The Europeanisation of International Family Law*, The Hague, 2011;

BAETGE D., *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1994;

BALLARINO T., ROMANO G. P., *Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récentes*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, a cura di M.-N. Jobard, P. Mayer, Paris, 2005, p. 37 ss.;

BALLARINO T., UBERTAZZI B., *On Avello and Other Judgements, A New Point of Departure in the CONflict of Laws?*, in *Yearb. Private Int. Law (2003)*, 2004, p. 85 ss.;

BARATTA R., *Qualificazioni*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 315 ss.;

BARATTA R., *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, in *IPRax*, 2007, p. 4 ss.;

BARATTA R., *The Process of Characterization in the EC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach*, in *Yearb. Private Int. Law (2003)*, 2004, p. 155 ss.;

BARBE C., *Le nouveau droit international privé belge. Mariage et divorce*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 188 ss.;

BARBOSA DE MAGALHAES J. M., *La doctrine du domicile en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 23, 1928, p. 1 ss.;

BAREL B., ARMELLINI S., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2011;

BAREL B., COSTANTINO C., *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità: atti del convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte Costituzionale*, Padova, 1990;

BARIATTI S., *Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Relative Answers*, in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 1 ss.;

BARIATTI S., *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford, 2011;

BARIATTI S., *Cittadinanza*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 35;

BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale comunitario*, 2a ed., Milano, 2009;

BIBLIOGRAFIA

BARIATTI S., *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 361 ss.;

BARIATTI S., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss.;

BARIATTI S., *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1996;

BARIATTI S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, in *Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato*, Padova, 1986;

BARIATTI S., "Italie", in *Nationalité et statut personnel: leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales: travaux des journées d'études juridiques organisées à Louvain-la-Neuve, les 27-29 octobre 1982*, a cura di M. Verwilghen, Bruxelles, 1984, p. 139 ss.;

BARILE G., *Qualificazione (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 1 ss.;

BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980;

BARNICH L., *Le nouveau droit international. Régimes matrimoniaux et successions*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 191 ss.;

BARTIN E. A., *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, in *Recueil des cours*, Vol. 31, 1930, p. 561 ss.;

BARTIN E. A., *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, in *Journal du droit international privé*, 1897, p. 225 ss.;

BASEDOW J., *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, in *Rev. critique*, 2010, p. 429 ss.;

BASEDOW J., *Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties*, in *Uniform Law Review*, 2006, p. 731 ss.;

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé – Sources, Nationalité, Condition des étrangers, Conflits de lois (théorie générale)*, 8° éd., Paris, 1993;

BATIFFOL H., *Le pluralisme de méthodes en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 139, 1973, p. 75 ss.;

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma, 2002;

BIBLIOGRAFIA

BEAUMONT P., JOHNSTON E., *Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defense Necessary for the Protection of Human Rights?*, in *IPRax*, 2010, p. 249 ss.;

BEAUMONT P., MCELEAVY P., *The Hague Conference on International Child Abduction*, 1999, Oxford;

BECKETT W. E., *The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law*, in *Yearbook of International Law*, 1934, p. 46 ss.;

BEERNAERT M.-A., *La Cour européenne des droits de l'homme en demi-teinte sur les limites des traitements inhumains et dégradants*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 359 ss.;

BELOHLAVEK A. J., *Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss.;

BENEDETTELLI M. V., *Connecting Factors, Principles of Coordination Between Conflict Systems, Criteria of Applicability: Three Different Notions for a "European Community Private International Law"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 421 ss.;

BENEDETTELLI M. V., *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, 1989, spec. p. 166 ss.;

BENOIT-ROHMER F., *Union européenne et droits fondamentaux*, in *RTDE*, 2012, p. 375 ss.;

BENOT A. R., *El criterio de la conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado*, in *CDT*, 2009, p. 186 ss.;

BENTIVOGLIO L. M., *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1958;

BENTWICH N., *Le développement récent du principe du domicile en droit anglais*, in *Recueil des cours*, Vol. 49, 1934, p. 375 ss.;

BERGAMINI E., *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *NGCC*, 2012, p. 461 ss.;

BERGAMINI E., DEREATTI C., *L'uniformazione (parziale) della legge applicabile nel diritto dell'UE. Dal nuovo Reg. n. 1259/2010 al Reg. sulle successioni: il focus sulla volontà delle parti per contenere il forum running*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 10 ss.;

BERGAMINI E., *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Studi integr. eur.*, 2012, p. 181 ss.;

BIBLIOGRAFIA

BERGE M. J.-S., *La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé*, in *Travaux du comité français, Année 2004-2005*, p. 29 ss.;

BERTOLI P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005;

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971;

BIAGIONI G., *Art. 5 (Scelta della legge applicabile alle parti)*, in *Reg. 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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1470 ss.;

BIAGIONI G., *L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 971 ss.;

BIAGIONI G., *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione europea*, in *CDT*, 2010, p. 16 ss.;

BIAGIONI G., *Art. 3 (II)*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)*, a cura di F. Salerno, P. Franzina, in *NLCC*, 2009, 629 ss.;

BLUTMAN L., *In the Trap of a Legal Methaphor: International Soft Law*, in *ICLQ*, 2011, p. 605 ss.;

BOELE-WOELKI K., *For Better or For Worse : the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearb. Private Int. Law (2010)*, 2011. p. 1 ss.;

BOELE-WOELKI K., *What Comparative Family Law Should Entail*, in *Debates in Family Law Around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerpen, 2009, p. 3 ss.;

BOELE-WOELKI K., *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in *Common Core and Better Law in European Family Law, European Family Law Series*, a cura di K. Boele-Woelki, 2005, p. 15 ss.;

BOELE-WOELKI K., *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003;

BOELE-WOELKI K., *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997, p. 1 ss.;

BOGDAN M., *The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 303 ss.;

BIBLIOGRAFIA

BOGGIANO A., *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America - Universality and Genius Loci*, in *Recueil des cours*, 1992, Vol. 233, p. 99 ss.;

BOLL A. M., *Multiple Nationality and International Law*, Leiden/Boston, 2007;

BONINI BARALDI M., *EU Family Policies Between Domestic 'Good Old Values' and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 517 ss.;

BONOMI A., *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours*, Vol. 350, 2011, p. 71 ss.;

BONOMI A., *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 ss.;

BONOMI A., *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. Bonomi, Torino, 2009, p. 1 ss.;

BONOMI A., *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. Bariatti, C. Ricci, Padova, 2007, p. 92 ss.;

BONOMI A., *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearb. Private Int. Law (2002)*, 2003, p. 53 ss.;

BORG-BARTHET J., *The Principle Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU*, in *Journ. Private Int. Law*, 2012, p. 359 ss.;

BORRÁS A., *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padova, 2004, p. 449 ss.;

BOSCHIERO N., *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. Boschiero, Torino, 2009, p. 67 ss.;

BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 1 ss.;

BOULARBAH H., *Le nouveau droit international privé belge. Origine, objet et structure*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 173 ss.;

BIBLIOGRAFIA

BRADLEY D., *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Perspective for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di K. Boele-Woelki, Antwerp/Oxford/New York, 2003, p. 65 ss.;

BRAND R., *The Lugano Case in the European Court of Justice: Evolving European Union Competence in Private International Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2005, p. 297 ss.;

BRIERE C., *Les conflits des conventions internationales en droit privé*, Paris, 2001;

BRIGGS A., *The Principle of Comity in Private International Law*, in *Recueil des cours*, Vol. 354, 2012, p. 9 ss.;

BREDIMAS A., *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, 1978;

BRIGUGLIO A., *L'interpretazione pregiudiziale della Convenzione di Bruxelles del 1968 tra Corte di giustizia e Cassazione*, in *Rivista di diritto privato e processuale*, 1993, p. 1063 ss.;

BUCHER A. (a cura di), *Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL) – Commentaire romand*, Basel, 2011;

BUCHER A., *La dimension social du droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 341, 2009, p. 27 ss.;

BUCHER A., *La famille en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 283, 2000, p. 19 ss.;

BUCHER A., *Vers l'adoption de la méthode des intérêts?, Réflexions à la lumière des codifications récentes*, in *Travaux du Comité français de droit international privé, 1994-1995*, 1996, p. 209 ss.;

BULTRINI A., *I rapporti fra le Corti nella prospettiva della Corte europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2011, p. 120 ss.;

BULTRINI A., *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 97 ss.;

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, tome II, partie spéciale, 2a ed., Parigi, 2010;

BUREAU D., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, in *Travaux du comité français, Année 1999-2000*, p. 201 ss.;

BUREAU D., *L'influence de la volonté individuelle sur les conflits des lois*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, 1999, p. 289 ss.;

BIBLIOGRAFIA

BUREAU D., *La codification du droit international privé*, in *La codification*, Paris, 1996, p. 120 ss.;

BUREAU D., *L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse*, in *Rev. critique*, 1995, p. 60 ss.;

CALVO CARAVACA A. L., *El "Derecho internacional privado multicultural" y el revival de la ley personal*, in *La Ley*, n. 7847, 2012, p. 1 ss.;

CALVO CARAVACA A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro del Reglamento Roma III*, in *CDT*, 2009, p. 36 ss.;

CAMPIGLIO C., *Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar*, in *CDT*, 2012, p. 5 ss.;

CAMPIGLIO C., *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss.;

CAMPIGLIO C., *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *CDT*, 2010, p. 242 ss.;

CAMPIGLIO C., *La residenza abituale dell'attore come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale, in base al reg. CE n. 2201/2003*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1099 ss.;

CAMPIGLIO C., *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss.;

CAMPIGLIO C., *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss.;

CAMPIGLIO C., *Criterio di collegamento della cittadinanza e cittadinanza britannica d'oltremare*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 343 ss.;

CAMPUZANO DÍAZ B., *The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes*, in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 233 ss.;

CARBONE S. M., TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 2010, p. 301 ss.;

CARBONE S. M., *Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giuridico europeo*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 183 ss.;

CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, la couple*, Paris, 2004;

CARELLA G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra due*

BIBLIOGRAFIA

sistemi, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. Carella, Torino, 2009, p. 4 ss.;

CARLIER J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit International privé*, Bruxelles, 1992;

CARRASCOSA GONZALEZ J., *La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional*, in *La Ley*, n. 7847, 2012, p. 6 ss.;

CARRASCOSA GONZÁLEZ J., SEATZU F., *The Law Applicable to Divorce and Judicial Separations under the "Rome III" Proposal*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 49 ss.;

CARRUTHERS J., *Party Autonomy in the Legal Regulation of Adults Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?*, in *ICLQ*, 2012, p. 881 ss.;

CARTER P. B., *Domicil: The Case for Radical Reform in the United Kingdom*, in *ICLQ*, 1987, p. 713 ss.;

CARUSO F., *Mancini e i principi del diritto internazionale privato nel codice del 1865*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, a cura di O. Zecchino, Napoli, 1991, p. 433 ss.;

CASSIN R., *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits des lois*, in *Recueil des cours*, Vol. 34, 1930, p. 655 ss.;

CASTANGIA I., *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1983;

CASTELLANETA M., *Operatività limitata a tutela dell'ordine pubblico*, in *Guida al diritto – Famiglia e minori*, 2011, p. XVII ss.;

CAVERS D. F., *"Habitual Residence": A Useful Concept?*, in *The American University Law Review*, 1972, p. 475 ss.;

CHAN J. M., *The Right to a Nationality as a Human Right. The Current Trend Towards Recognition*, in *Human Rights Law Journal*, 1991, p. 1 ss.;

CHESHIRE G. C., NORTH P. M., FAWCETT J. J., *Private International Law*, 14a ed., Oxford, 2008;

CLERICI R., *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1058 ss.;

CLERICI R., *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.;

CLIVE E. M., *The Concept of Habitual Residence*, in *Juridical Review*, 1997, p. 137 ss.;

BIBLIOGRAFIA

COHEN D., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Revue critique*, 1989, p. 451 ss.;

CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'UE*, Torino, 2009;

CONDINANZI M., LANG A., NASCIBENE B., *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden/Boston, 2008;

CONFORTI B., *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2012, in <http://www.sidi-isil.org>;

CONFORTI B., *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, p. 423 ss.;

CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011;

CORNELOUP S., *Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, in *J.D.I.*, 2011, p. 492 ss.;

CORRAO M. E., *Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari*, in *CDT*, 2011, p. 118 ss.;

CORTES MARTIN J. M., *Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2011, p. 615 ss.;

CORTESE B., *Il rilievo della cittadinanza nel sistema dell'Unione europea: l'interazione tra cittadini "nazionali" e cittadinanza dell'Unione*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di L. Zagato, Venezia, 2011, p. 125 ss.;

COURBE P., *L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 703 ss.;

COURBE P., *L'ordre public de proximité*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé esprit et méthodes*, Paris, 2005, p. 227 ss.;

COX S., *The Habitual Residence Test and EC Law*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1999, p. 316 ss.;

CRESPI REGHIZZI Z., *Art. 8 (Legge applicabile in mancanza di scelta ad opera delle parti)*, in *Reg. 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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1491 ss.;

BIBLIOGRAFIA

CURRIE B., SCHRETER H., *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Equal Protection*, in *The University of Chicago Law Review*, 1960, p. 1 ss.;

DANIELE L., *La protezione die diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione europea*, 2009, p. 645 ss.;

DAVÌ A., *L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.;

DE GROOT G., KUIPERS J. J., *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 109 ss.;

DE GROOT G., *Towards a European Nationality Law*, in *EJCL*, 2004, p. 1 ss.;

DE GROOT G., *Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2004, p. 115 ss.;

DE GROOT G., *The European Convention on Nationality: A Step Towards a Ius Commune in the Field of Nationality Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, p. 117 ss.;

DE GROOT G., *The Relationship between Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship*, in *European Citizenship: An Institutional Challenge*, a cura di M. La Torre, The Hague, 1998, p. 115 ss.;

DE GROOT G., KUIPERS J.-J., *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 113 ss.;

DE NOVA R., *Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)*, in *Livre du Centenaire (1873-1973): Evolution et Perspectives du Droit International*, Bâle, 1973, p. 99 ss.;

DE NOVA R., *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, in *Recueil des cours*, Vol. 218, 1966, p. 441 ss.;

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Vol. I, Bruxelles, 1990;

DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 535 ss.;

DE VIDO S., *The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe*, in *CDT*, 2012, p. 222 ss.;

DE WITTE F., *The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2011, p. 86 ss.;

DE WILMARS M., *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 5 ss.;

BIBLIOGRAFIA

DE WINTER L. I., *Nationality or Domicile? The present state of affairs*, in *Recueil des cours*, Vol. 129, 1969, p. 345 ss.;

DE WINTER L. I., *Il domicilio "sociale" come criterio di collegamento in diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1963, p. 233 ss.;

DECLEVA M., *I criteri di collegamento complementari e sussidiari nel diritto internazionale privato*, in *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Trieste*, 1943, p. 5 ss.;

DEPREZ J., *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, in *Recueil des cours*, Vol. 211, 1998, p. 9 ss.;

DETHLOFF N., *Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, in *Perspective for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, a cura di K. Boele-Woelki, Antwerp/Oxford/New York, 2003, p. 37 ss.;

DI ROBILANT A., *Genealogies of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499 ss.;

DIAGO DIAGO M. P., *El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del proceso Kimberley*, in *CDT*, 2009, p. 72 ss.;

DIAGO DIAGO M. P., *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol*, in *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.;

DICEY A., MORRIS J., COLLINS L., *The Conflict of Laws*, 14a ed., Londra, 2006;

DONDERS Y. M., *Towards a Right to Cultural Identity?*, Antwerpen, 2002;

DOSSETTI M., *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, a cura di C. Honorati, Milano, 2010, p. 33 ss.;

DROZ G. A. L., *Regards sur le droit international privé comparé*, in *Recueil des cours*, Vol. 229, 1991, p. 9 ss.;

DROZ G. A. L., PELICHET M. L., DYER A., *La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau Permanent: bilan et perspectives*, in *Recueil des cours*, Vol. 168, 1980, p. 123 ss.;

DUINTJER TEBBENS J., *Judicial interpretation of the 1988 Lugano convention on jurisdiction and judgments in the light of its Brussels matrix: the convergence confirmed*, in *Yearb. Private Int. Law (2000)*, 2001, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

DUPUY R.-J., *La contribution de l'Académie au développement du droit international*, in *Recueil des cours*, Vol. 138, 1974, p. 51 ss.;

EINHORN T., *Jewish Divorce in the International Arena*, in *Private Law in the International Arena*, a cura di J. Basedow, The Hague, 2000, p. 135 ss.;

ESPINAR VICENTE J. M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, 1994;

EVRIGENIS D. J., *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 118, 1966, p. 313 ss.;

FADLALLAH I., *La famille légitime en droit international privé. Le domain de la loi applicable aux effets du mariage*, Paris, 1977;

FAIST T., *Multiple Citizenship in a Globalizing World: The Politics of Dual Citizenship in Comparative Perspective*, Willy Brand Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relations 3/03, Malmö, 2004;

FALLON M., *Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 291 ss.;

FALLON M., *Constraints of Internal Market Law on Family Law*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 149 ss.;

FALLON M., *Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 315 ss.;

FARGE M., *Est-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire? à propos de Cass. 1re civ., 14 déc. 2005*, in *Droit de la famille*, 2006, p. 19 ss.;

FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009;

FAVILLI C., MONACO M. P., *Materiali per lo studio del diritto antidiscriminatorio*, Firenze, 2008;

FAWCETT J. J., *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*, in *ICLQ*, 2007, p. 1 ss.;

FAWCETT J. J., *Result Selection in Domicile Cases*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, p. 378 ss.;

FEDOZZI P., *Appunti sul progetto di riforma di diritto internazionale privato in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1931, p. 9 ss.;

FEINÄUGLE C., *Hague Academy of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 663 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012;
- 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 *Riv. dir. int.*, 2011, p. 832 ss.;
- FERACI O., *La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1020 ss.;
- FERRANDO G., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andrini, Padova, 2007, p. 135 ss.;
- FIORINI A., *Habitual Residence and the Newborn. A French Perspective*, in *ICLQ*, 2012, p. 530 ss.;
- FIORINI A., *Rome 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.;
- FOBLETS M. C., *Migrant Women caught between Islamic Family Law and Women's Rights. The Search for the Appropriate 'Connecting Factor' in International Family Law*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2000, p. 11 ss.;
- FORLATI S., *La cittadinanza nel diritto internazionale*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di L. Zagato, Venezia, 2011, p. 65 ss.;
- FORSYTH C., *The Domicile of the Illegal Resident*, in *Journ. Private Int. Law*, 2005, p. 335 ss.;
- FORTEAU M., *L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public*, in *J.D.I.*, 2011, p. 3 ss.;
- FRANCESCAKIS P., *Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel*, in *Travaux du comité français, Année 1962-1964*, 1964, p. 291 ss.;
- FRANZINA P., *The evolving role of nationality in private international law*, in *The Changing Role of Nationality in a Globalized World*, a cura di A. Annoni e S. Forlati, in corso di pubblicazione;
- FRANZINA P., *La codificazione cinese delle norme sui conflitti di leggi: elementi per un'analisi in chiave comparatistica*, in *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese - La legge del 28 ottobre 2010 sul diritto applicabile ai rapporti civili con elementi di estraneità*, a cura di R. Cavaliere e P. Franzina, Milano, 2012, p. 17 ss.;

BIBLIOGRAFIA

FRANZINA P., *Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile*, in *La justice civile européenne en marche*, a cura di M. Douchy-Oudot, E. Guinchard, Paris, 2012, p. 7 ss.;

FRANZINA P., *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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1435 ss.;

FRANZINA P., *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 675 ss.;

FRANZINA P., *Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Aboard*, in *DUDI*, 2011, p. 609 ss.;

FRANZINA P., *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *CDT*, 2011, p. 85 ss.;

FRANZINA P., *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 488 ss.;

FRANZINA P., *Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 655 ss.;

FRANZINA P., *Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 122 ss.;

FRANZINA P., *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 971 ss.;

FRANZINA P., *L'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 440 ss.;

FRANZINA P., *Il ruolo della rete giudiziaria europea nell'applicazione e nello sviluppo degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile – Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Como, 2008, p. 185 ss.;

FRANZINA P., *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5.1 del Regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006;

FRANZINA P., *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 715 ss.;

FRIMPONG OPPONG R., *Mere Presence and International Competence in Private International Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2007, p. 321 ss.;

BIBLIOGRAFIA

FULCHIRON H., *La famille face à la mondialisation*, in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 479 ss.;

GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012;

GAJA G., *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1051 ss.;

GAJA G., *Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, a cura di M. Waelbroeck, M. Dony, A. de Walsche, Bruxelles, 1999, p. 993 ss.;

GAJA G., *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, p. 973 ss.;

GAJA G., *La riforma del diritto internazionale privato e processuale: raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994;

GAJA G., *The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 549 ss.;

GAJA G., *Sui rapporti fra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione ed il riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 253 ss.;

GAJA G., *Sulle relazioni fra norme di diritto internazionale privato e principio di eguaglianza*, in *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità – Atti di convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte costituzionale*, a cura di B. Barel e B. Costantino, Padova, 1990, p. 77 ss.;

GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 574 ss.;

GAJA G., *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1963, p. 73 ss.;

GANNAGE L., *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français)*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, 2011, p. 53 ss.;

GANNAGE L., *À propos de l'“absolutisme” des droits fondamentaux*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 265 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- GANNAGE L., *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français, Année 2006-2008*, p. 205 ss.;
- GANNAGE L., *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen – Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman*, in *RIDC*, 2006, p. 101 ss.;
- GANNAGE P., *Les sociétés multicommunautaires face à l'évolution du droit international privé de la famille*, in *Travaux du comité français, Année 1997-I*, 1998, p. 297 ss.;
- GANNAGE P., *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, in *Rev. critique*, 1992, p. 425 ss.;
- GAROFALO L., *Interpretazione e conflitti di leggi*, Torino, 2002;
- GATTINI A., *Il diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 93 ss.;
- GAUDEMET-TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des cours*, Vol. 312, 2005, p. 9 ss.;
- GAUDEMET-TALLON H., *The Influence of the Hague Conventions on Private International Law in France*, in *NILR, The Influence of the Hague Conference on Private International Law. Selected Essays to Celebrate the 100th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, 1993, p. 31 ss.;
- GAUDEMET-TALLON H., *La désunion du couple en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 226, 1991, p. 9 ss.;
- GEBAUER M., *International Commission on Civil Status (ICCS)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 442 ss.;
- GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione europea*, 2009, p. 678 ss.;
- GIARDINA A., *The European Court and the Brussels Convention on jurisdiction and judgments*, in *ICLQ*, 1978, p. 263 ss.;
- GIARDINA A., *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 5 ss.;
- GOGOS-GINTRAND A., *Les Statuts des Personnes. Etude de la Différenciation des Personnes en Droit*, Paris, 2011;

BIBLIOGRAFIA

GONZÁLEZ BEILFUSS C., *The Proposal For a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships*, in *Yearb. Private Int. Law* (2011), 2012, p. 183 ss.;

GONZALEZ CAMPOS J. D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours*, Vol. 287, 2000, p. 9 ss.;

GONZALEZ CAMPOS J. D., *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 156, 1977, p. 227 ss.;

GRADONI L., *Regole di interpretazione difficili da interpretare e frammentazione del principio di integrazione sistemica*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 809 ss.;

GRAUE E. D., *Domicil, Nationality, and the Proper Law of the Person*, in *German Yearbook of International Law*, 1976, p. 254 ss.;

GRAVESON R. H., NEWMAN K. N. H., ANTON A. E., EDWARDS D. M., *The Eleventh Session of the Conference of Private International Law*, in *ICLQ*, 1969, p. 618 ss.;

GRAVESON R. H., *The Conflict of Laws*, 6th ed., 1969, London;

GRAVESON R. H., *Reform of the Law of Domicile*, in *The Law Quarterly Review*, 1954, p. 492 ss.;

GREENLEAF G., PERUGINELLI G., *A Comprehensive Free Access Legal Information System for Europe*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss.;

GUILLAUME J., *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Paris, 2011;

GUTMAN D., *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000;

GUTZWILLER M., *Le développement historique du droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 29, 1929, p. 287 ss.;

HAFTTEL B., *Entre "Rome II" et "Bruxelles I": l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I"*, in *J.D.I.*, 2010, p. 761 ss.;

HAIBACH G., *The Mutual Recognition of Decisions in Civil and Commercial Matters in the European Union in the Light of the Full Faith and Credit Clause of the U.S. Constitution*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2003, p. 291 ss.;

HALL C., *Cruse v. Chittum: Habitual Residence Judicially Explored*, in *ICLQ*, 1975, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n° 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 des corps*, in *Rev. critique*, 2011, p. 291 ss.;

HAMMJE P., *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique*, 1997, p. 1 ss.;

HARDER S., *Domicile of Children: The New Law in Scotland*, in *Edinburgh L. Rev.*, 2006, p. 386 ss.;

HAU W., *Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht (Hadadi)*, in *IPRax*, 2010, p. 50 ss.;

HAY P., *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, in *Recueil des cours*, Vol. 226, 1991, p. 281 ss.;

HODSON D., *The International Family Law*, 2nd ed., Bristol, 2012;

HOFFMANN F., RINGELHEIM J., *Par-delà l'universalisme et le relativisme: La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 109 ss.;

HONORATI C., *La nozione di residenza abituale del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Studium Iuris*, 2012, fasc. 1 (pp. 24-34) e fasc. 2 (pp.162-171);

HONORATI C., *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, a cura di C. Honorati, 2010, p. 3 ss.;

HUDAULT J., *Statut personnel et droit naturel dans l'œuvre judiciaire de G. J.-B. TARGET*, in *Rev. critique*, 1998, p. 1 ss.;

HUNG K. V., *There's No Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, p. 487 ss.;

HUNTER-HENIN M., *Droit des personnes et droits de l'homme: combinaison ou confrontation?*, in *Rev. critique*, 2006, p. 743 ss.;

HUNTER-HENIN M., *Pour un redéfinition de statut personnel*, Aix en Provence/Marseille, 2004;

HUNTINGTON S. P., *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*, New York, 1996;

ISAAC G., BLANQUET M., *Droit communautaire général*, Paris, 2001;

IVALDI P., TUO C., *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 7 ss.;

BIBLIOGRAFIA

JACKSON R. H., “*Full Faith and Credit: The Lawyer’s Clause of the Constitution*”, in *Columbia Law Review*, 1945, p. 1 ss.;

JACQUET J.-M., *Le principe d’autonomie entre consolidation et évolution*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 727 ss.;

JAYME E., *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, in *Yearb. Private Int. Law (2008)*, 2009, p. 3 ss.;

JAYME E., *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 2000;

JAYME E., *Multicultural Society and Private Law. German Experience*, Roma, 1999;

JAYME E., *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, Vol. 251, 1995, p. 9 ss.;

JAYME E., *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1982, vol. 177, p. 21 ss.;

JAYME E., *Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Ebelsbach am Main, 1980;

JOERGES C., *Challenges of European Integration to Private Law*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1996, p. 280 ss.;

JUÁREZ PÉREZ P., *Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?*, in *CDT*, 2010, p. 261 ss.;

JUENGER F. K., *Choice of law and multistate justice*, Dordrecht/Boston/London, 1993;

JURATOWITCH B., *The European Convention on Human Rights and English Private International Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2007, p. 173 ss.;

KINDLER P., *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future Regulation on International Successions and Wills*, in *Convergences and Divergences in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, a cura di K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, The Hague, 2010, p. 251 ss.;

KINDLER P., *Von Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, in *IPRax*, 2010, p. 44 ss.;

KINSCH P., *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights*, in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 37 ss.;

BIBLIOGRAFIA

KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 318, 2005, p. 9 ss.;

KOHLER C., *Le choix de la loi applicable au divorce. Interrogations sur le règlement « Rome III » de l'Union européenne*, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Kronke, K. Thorn, p. 208 ss.;

KRAMER X., *Enforcement under the Brussels Convention: Procedural public policy and the influence of Article 6 ECHR*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 16 ss.;

KRONKE H., *Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law*, in *Convergences and Divergences in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, a cura di K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, The Hague, 2010, p. 57 ss.;

KRUGER T., VERHELLEN J., *Dual Nationality = Double Trouble?*, in *Journ. Private Int. Law*, 2011, p. 601 ss.;

KUHN A. K., *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux États-Unis*, in *Recueil des cours*, Vol. 21, 1928, p. 193 ss.;

KUIPERS J.-J., *The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperatoin*, in *European Law Journal*, 2012, p. 201 ss.;

KUIPERS J.-J., *Cartesio and Grunkin Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2009, p. 66 ss.;

KUIPERS J.-J., *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1505 ss.;

KYMLICKA W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995;

LABUSCHAGNE J. M. T., *The concept of habitual residence in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in *SAYIL*, 1999, p. 303 ss.;

LAGARDE P., *En guise de synthèse*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 365 ss.;

LAGARDE P., *Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?*, in *RabelsZ*, 2011, p. 671 ss.;

LAGARDE P., *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 2004, p. 225 ss.;

BIBLIOGRAFIA

LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev. critique*, 2006, p. 331 ss.;

LAGARDE P., *Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 33 ss.;

LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, Vol. 196, 1986, p. 9 ss.;

LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959;

LAMONT R., *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2007, p. 261 ss.;

LANDO O., NIELSEN P. A., *The Rome I Regulation*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 1687 ss.;

LANG A., *Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle Corti europee: i casi Konstantinidis e Mentzen*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, a cura di C. Honorati, 2010, p. 139 ss.;

LATERZA V., *Primi orientamenti giurisprudenziali circa l'applicazione in Italia della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 790 ss.;

LEANDRO A., *Art. 10 (Applicazione della legge del foro)*, in *Reg. 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*, a cura di P. Franzina, in *NLCC*, 2011, p. 1503 ss.;

LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012;

LEIN E., *A further step towards a European code of private international law – the commission proposal for a regulation on succession*, in *Yearb. Private Int. Law (2008)*, 2009, p. 107 ss.;

LEIN E., *The new Rome I/Rome II/Brussels I synergy*, in *Yearb. Private Int. Law (2007)*, 2008, p. 177 ss.;

LENAERTS K., *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *ICLQ*, 2010, p. 255 ss.;

LEQUETTE Y., *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, a cura di R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, Paris, 15ème éd., 2009, 101 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- LEVASSEUR G., *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931;
- LIPSTEIN K., *Characterization*, in *International encyclopedia of comparative law*, Vol. III, *Private international law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1999, p. 27 ss.;
- LIPSTEIN K., *General Principles of Private International law*, in *Recueil des cours*, 1972, Vol. 135, p. 131 ss.;
- LOISEAU V., *Du domicile comme principe de compétence législative*, Paris, 1893;
- LOPES PEGNA O., *L'ascolto del bambino nel regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale*, in *Il giusto processo e la protezione del minore*, a cura di A. Pè, A. Ruggiu, Milano, 2011, p. 35 ss.;
- LOPES PEGNA O., *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 29 ss.;
- LOPES PEGNA O., *Criteri di collegamento*, in *Dizionari del diritto privato, diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 91 ss.;
- LOPES PEGNA O., *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *CDT*, 2010, p. 126 ss.;
- LOWE N., *New International Convention Affecting the Law Relating to Children. A Cause for Concern?*, in *Int. Family Law*, 2001, p. 171 ss.;
- LUPOI M. A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni* (tomo I), Milano, 2002;
- MACALISTER-SMITH P., *Institut de Droit International*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 219 ss.;
- MAESTRE CASAS P., *Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio de 2009, Hadadi, AS. C-168/2008)*, in *CDT*, 2010, p. 290 ss.;
- MAGI L., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 396 ss.;
- MALAN A., *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, in *J.D.I.*, 2004, p. 443 ss.;
- MALAN A., *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, Aix en Provence/Marseille, 2002;

BIBLIOGRAFIA

MALATESTA A., *Le convenzioni ed il protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 829 ss.;

MALATESTA A., *The Lugano Convention and Its Consequences in Family and Succession Matters*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, F. Pocar, S. Bariatti, Padova, 2008, p. 19 ss.;

MANKOWSKI P., *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht: Parallelen und Divergenzen*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, a cura di S. Lorenz, Beck, München, 2005, p. 867 ss.;

MANN F. A., *Der "gewöhnliche Aufenthalt" im internationalen Privatrecht*, in *Juristenzeitung*, 1959, p. 466 ss.;

MARCHADIER F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007;

MARGUENAUD J.-P., *Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme*, Losonci Rose et Rose c. Suisse, 9 novembre 2010, in *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 991 ss.;

MARINAI S., *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007;

MARINO S., *La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 363 ss.;

MANKOWSKI P., *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht: Parallelen und Divergenzen*, in S. Lorenz, *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, p. 867 ss.;

MARINO S., *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010;

MARONGIU BUONAIUTI F., *Una controversia relativa alla Convenzione di Lugano giunge innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 454 ss.;

MARRELLA F., *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, a cura di G. Venturini, S. Bariatti, Vol II, Milano, 2009;

MARTINY D., *Hague Conference on Private International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 667 ss.;

MARTINY D., *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*, in SSRN, 2010, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MARTINY D., *Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 69 ss.;
- MARTINY D., *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*, in *Recueil des cours*, Vol. 247, 1994, p. 133 ss.;
- MASMEJAN D., *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Genève, 1994;
- MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 10ème ed., Paris, 2010;
- MAYER P., *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, in *Revue critique*, 1991, p. 651 ss.;
- MCCLEAN J. D., *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Common Law Countries*, in *Recueil des cours*, Vol. 233, 1992, p. 276 ss.;
- MCCLEAN J. D., PATCHETT K. W., *English Jurisdiction in Adoption*, in *ICLQ*, 1970, p. 1 ss.;
- MCCLEAN J. D., *The Meaning of Residence*, in *ICLQ*, 1962, p. 1153 ss.;
- MCELEAVY P., *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law*, in *Travaux du comité français, Année 2008 – 2010*, 2011, p. 127 ss.;
- MCELEAVY P., *Applicable Law and Relations With Third States: The Use and Application of Habitual Residence*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, F. Pocar, S. Bariatti, Padova, 2008, p. 269 ss.;
- MCELEAVY P., *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, in *Journ. Private Int. Law*, 2005, p. 5 ss.;
- MCELEAVY P., *The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?*, in *ICLQ*, 2004, p. 605 ss.;
- MCELEAVY P., *Brussels IIbis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *ICLQ*, 2004, p. 503 ss.;
- MCGLYNN C., *Families in the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006;
- MELI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *NGCC*, 2012, p. 451 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss.;
- MENDELSON M. H., *The European Court of Justice and Human Rights*, in *Yearb. Eur. Law*, 1981, p. 125 ss.;
- MERTENS DE WILMAR J., *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 9 ss.;
- MEULDERS-KLEIN M.-T., *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, in *Perspective for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, a cura di K. Boele-Woelki, Antwerp/Oxford/New York, 2003, p. 105 ss.;
- MICHAELS F., *The New European Choice-of-Law Revolution*, in *Tulane Law Review*, 2008, p. 1607 ss.;
- MICHAELS R., *EU Law as Private international Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle and Vested Rights Theory*, in *Journ. Private Int. Law*, 2006, p. 195 ss.;
- MIELE M., *Sul domicilio nel diritto internazionale privato*, Pisa, 1935;
- MILLS A., *Normative Individualism and Jurisdiction in Public and Private International Law: Toward a 'Cosmopolitan Sovereignty'?*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss.;
- MILLS A., *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, in *SSRN*, 2012, p. 1 ss.;
- MILLS A. *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, 2009;
- MILLS A., *The Private History of International Law*, in *ICLQ*, 2006, p. 1 ss.;
- MONACO R., *Mancini e il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, a cura di O. Zecchino, Napoli, 1991, p. 471 ss.;
- MOSCONI F., *Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 634 ss.;
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 5a ed., Torino, 2010;
- MOSCONI F., *La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 5 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MOSCONI F., *Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 421 ss.;
- MOSCONI F., *Sulla qualificazione delle norme di diritto internazionale privato di origine convenzionale*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 1459 ss.;
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008;
- MOYLAN A., *The European Court of Justice and Brussels II Revised*, in *Int. Family Law*, 2006, p. 188 ss.;
- MUIR-WATT H., *Private International Law: Beyond the Schism, from Closet to Planet*, in *Transnational Legal Theory*, 2011, p. 347 ss.;
- MUIR-WATT H., *“Party Autonomy” in international contracts: from the making of a myth to the requirements of global governance*, in *ERCL*, 2010, p. 250 ss.;
- MUIR-WATT H., *Aspects économiques du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, Vol. 307, 2005, p. 25 ss.;
- MUIR-WATT H., *Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, in *Archives de philosophie du droit*, 2001, p. 271 ss.;
- MUIR-WATT H., *Le domicile dans les rapports internationaux*, in *Jurisclasseur Droit international*, 1995, p. 10 ss.;
- MUIR-WATT H., *Sur l’évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni*, in *Rev. critique*, 1988, p. 406 ss.;
- MUIR-WATT H., *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in *Rev. critique*, 1986, p. 425 ss.;
- MUNDAY R. J .C., *The Uniform Interpretation of International Conventions*, in *International common law quarterly*, 1978, p. 450 ss.;
- NADELMANN K. H., *Mancini’s Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality Versus Domicile*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1969, p. 418 ss.;
- NADELMANN K. H., *Uniform Legislation Versus International Conventions Revisited*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1968, p. 28 ss.;
- NADELMANN K. H., *Habitual Residence and Nationality as Tests at The Hague: The 1968 Convention on Recognition of Divorces*, in *Texas Law Review*, 1968, p. 766 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- NAJM M.-C., *Principes directeurs de droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, 2005;
- NASCIMBENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011;
- NEUHAUS P. H., *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, in *RabelsZ*, 1949, p. 364 ss.;
- NÍ SHÚILLEABHÁIN M., *Cross-border divorce law: Brussels II-bis*, Oxford, 2010;
- NIBOYET J.-P., *Cours de droit International privé français*, 2ème éd., Paris, 1949;
- NIBOYET J.-P., *Quelques considérations sur la détermination et le rôle du domicile en matière internationale. À propos de l'article 59, § 1 du Code de procédure civile*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, 1939, p. 549 ss.;
- NYGH P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999;
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P., *La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España*, in *La Ley*, n. 8238, 2012, p. 2 ss.;
- ORTIZ VIDAL M. D., *El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008*, in *CDT*, 2009, p. 143 ss.;
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002;
- OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile alla separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. Unione europea*, 2011, p. 113 ss.;
- OVEY C., WHITE R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010;
- PAJOR T., *La nouvelle loi polonaise de droit international privé*, in *Rev. critique*, 2012, p. 6 ss.;
- PATAUT E., *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, in *Travaux du comité français, Année 2006-2008*, 2009, p. 71 ss.;
- PATAUT E., *De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel*, in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, p. 661 ss.;
- PATOCCHI P. M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985;

BIBLIOGRAFIA

PAULINO PEREIRA F., *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives*, in *Rev. critique*, 2010, p. 1 ss.;

PAZDAN M., *Das neue polnische Gesetz über das internationale Privatrecht*, in *IPRax*, 2012, p. 77 ss.;

PERTEGÁS M., *Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters*, in *International Family Law for the European Union*, 2007, p. 319 ss.;

PETERS L., *UNIDROIT*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 137 ss.;

PFEIFFER T., *Private International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 459 ss.;

PICCHIO FORLATI M. L., *Criteri di collegamento e di applicazione necessaria alla prova dei diritti fondamentali*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, 2011, p. 77 ss.;

PICCHIO FORLATI M. L., *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, p. 907 ss.;

PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padova, 2004, p. 485 ss.;

PICONE P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 276, 1999, p. 9 ss.;

PICONE P., *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, Padova, 1998;

PICONE P., *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 5 ss.;

PICONE P., *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 277 ss.;

PICONE P., *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 639 ss.;

PIETROBON A., *Cittadinanza e legge applicabile: crisi di una tradizione?*, in *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, a cura di L. Zagato, Venezia, 2011, p. 85 ss.;

PIETROBON A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990;

PILGRAM L., *International Law and European Nationality Laws*, Firenze, 2011, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

PILLET A., *La théorie générale du droit acquis*, in *Recueil des cours*, Vol. 8, 1925, p. 489 ss.;

PIRIS J. C., *El Tratado constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Madrid, 2006;

PIRRONE P., *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, p. 3 ss.;

PIZZORUSSO A., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005;

PLAISANT R., *Les règles de conflit de lois dans les traités*, Paris, 1946;

PLENDER R., WILDERSPIN M., *The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, 2a ed., London, 2006;

POCAR F., *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 297 ss.;

POCAR F., *The “Communitarization” of Private International Law and Its Impacts on the External Relations of the European Union*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, F. Pocar, S. Bariatti, Padova, 2008, p. 3 ss.;

POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 188, 1984, p. 339 ss.;

POIARES MADURO M., *Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European journal of legal studies*, 2007, p. 1 ss.;

POIARES MADURO M., AZOULAI L., *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010;

POILLOT-PERRUZZETTO S., *La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l’élaboration d’un code européen de droit international privé*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 51 ss.;

POILLOT-PERRUZZETTO S., *The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 279 ss.;

QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969;

BIBLIOGRAFIA

- RAZ J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009;
- REDSLOB R., *Le principe des nationalités*, in *Recueil des cours*, 1931, Vol. III, p. 5 ss.;
- REESE W. L. M., *Does Domicil Bear a Single Meaning?*, in *Columbia Law Review*, 1955, p. 589 ss.;
- REVILLARD M., *Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international*, in *Travaux du comité français, Année 1997-1998*, 1999, p. 265 ss.;
- RICCI C., *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes : From Brussels II-bis to Rome III*, 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. 207 ss.;
- RICCI C., *Il foro della residenza abituale nel regolamento N° 2201/2003 e nella proposta Roma III*, in *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, a cura di A. L. Calvo-Caravaca, E. Castellanos Ruiz, Madrid, 2008, p. 421 ss.;
- RICHARDS J., *Resolving Relocation Issues Pursuant to the ALI Family Dissolution Principles: Are Children Better Protected?*, in *SSRN*, 2001, p. 1105 ss.;
- RICHEZ-PONS A., *Habitual Residence Considered as a European Harmonization Factor in Family Law*, in *Common Core and Better Law in European Family Law*, a cura di K. Boele-Woelki, Antwerpen, 2005, p. 355 ss.;
- RICHEZ-PONS A., *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, Lyon, 2004;
- RIETIKER D., *Un enlèvement d'enfant devant la Grand Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 377 ss.;
- RIGAUX F., *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, in *Recueil des cours*, 1989, Vol. 213, p. 94 ss.;
- RIGAUX F., *Le conflit mobile en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1966, Vol. 117, p. 329 ss.;
- ROBERTS A., *Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law*, in *ICLQ*, 2011, p. 57 ss.;
- RODRÍGUEZ BENOT A., *El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado*, in *CDT*, 2010, p. 183 ss.;
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., *La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y*

BIBLIOGRAFIA

reconocimiento y ejecución de sentencias, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 19, 2010;

ROGERSON P., *Habitual Residence: The New Domicile?*, in *ICLQ*, 2000, p. 86 ss.;

ROMANO G. P., *La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes*, in *Rev. critique*, 2006, p. 457 ss.;

ROSSI L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.;

ROSSI L. S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000;

ROSSOLILLO G., *Convenzioni concluse dagli Stati membri e diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?*, in *CDT*, 2010, p. 305 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*, 2010, p. 733 ss.;

ROSSOLILLO G., *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009;

RUIZ FABRI H., *Immatériel, territorialité et État*, in *Archives de philosophie du droit*, 1999, p. 187 ss.;

RUTTEN S., *Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2004, p. 263 ss.;

RUZIE D., *Nationalité, effectivité et droit communautaire*, in *RGDIP*, 1993, p. 107 ss.;

SALAME G., *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix en Provence/Marseille, 2006;

SALERNO F., *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 29 ss.;

SALERNO F., *L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, 2011, p. 121 ss.;

SALERNO F., *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 895 ss.;

SALERNO F., *Diritto internazionale: principi e norme*, Padova, 2011;

BIBLIOGRAFIA

SALERNO F., *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione Europea - parte speciale*, a cura di G. Strozzi, 2a ed., Torino, 2010, p. 455 ss.;

SALERNO F., *I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007;

SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3a ed., Padova, 2006;

SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal protocollo n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 377 ss.;

SALERNO F., *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention*, in *European Private International Law*, a cura di K. Boele-Woelki, 1998, Nijmegen, p. 115 ss.;

SAPIENZA R., *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996;

SAROLEA S., *Le nouveau droit international privé belge. Etat et capacité des personnes. Les relations parents - enfants*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 186 ss.;

SCHIRATZKI J. L., *Friends at Odds – Construing Habitual Residence for Children in Sweden and The United States*, in *International Journal of Law, Policy and Family*, 2001, p. 297 ss.;

SCHOCKWEILER F., *Habitual Residence ad a Connecting Factor in Questions of Personal Status under Luxembourg Law*, in *The Influence of the Hague Conference on Private International Law. Selected Essays to Celebrate the 100th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 115 ss.;

SCHULTZ T., HALLOWAY D., *Retour sur la comity. Deuxième partie: La comity dans l'histoire du droit international privé*, in *J.D.I.*, 2012, p. 571 ss.;

SCHULTZ T., HALLOWAY D., *Retour sur la comity. Première partie: Les origines de la comity au carrefour du droit international privé et du droit international public*, in *J.D.I.*, 2011, p. 863 ss.;

SCHULTZ T., *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, in *The European Journal of International Law*, 2008, p. 799 ss.;

SCHUZ R., *Habitual Residence of Children under The Hague Child Abduction Convention. Theory and Practice*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2001, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

SCHUZ R., *Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, in *Journal of Transnational Law and Policy*, 2001, p. 101 ss.;

SCHUZ R., *The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law*, in *ICLQ*, 1995, p. 771 ss.;

SCOLES E., HAY P., *Conflict of laws*, 2a ed., St. Paul (USA), 1992;

SEATZU F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale private e processuale: temi scelti*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, 2011, p. 205 ss.;

SEATZU F., *Conferenze internazionali: II) Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, 2005, p. 342 ss.;

SENDEN L., *Soft law in European Community law*, Oxford, Portland, 2004;

SHAW J., *Citizenship of the Union: Towards Post-National Membership?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1995, p. 237 ss.;

SIEHR K., *Connecting Factors, Party Autonomy and Renvoi*, 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. 251 ss.;

SIEHR K., *General problems of private international law in modern codifications: de lege lata and de lege europea ferenda*, in *Yearb. Private Int. Law (2004)*, 2005, p. 17 ss.;

SIEHR K., *The Hague Conference on Private International Law and Germany*, in *NILR, The Influence of the Hague Conference on Private International Law. Selected Essays to Celebrate the 100th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, 1993, p. 129 ss.;

SILBERMAN L., *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe* – Abbott, Neulinger, Zarraga, in *Oklahoma Law Review*, 2011, p. 733 ss.;

SILBERMAN L., *Interpreting The Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*, in *University of California Davies Law Review*, 2005, p. 1049 ss.;

SIMONS W., *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*, in *Recueil des cours*, Vol. 15, 1926, p. 437 ss.;

SKUBISZEWSKI K., *The Contribution of the Academy to the Development of the Science and Practice of Public International Law*, in *Recueil des cours*, Vol. 271, 1998, p. 61 ss.;

BIBLIOGRAFIA

SLOANE R. D., *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, in *Harvard International Law Journal*, 2009, p. 1 ss.;

SNYDER F., *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, *European University Institute – Working Paper*, Firenze, 1993;

SOMMA A., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;

SOULEAU-BERTRAND M., *Le conflit mobile*, Paris, 2005;

SPERDUTI G., *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967;

STALFORD H., *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, in *International Family Law For the European Union*, a cura di J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen, 2007, Antwerpen/Oxford, p. 101 ss.;

STEIN T., *The Notion of the Term Family on European Level with a Focus on the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum Walter Pintens*, a cura di A.-L. Verbeke, J.M. Scherpe, C. Declerck, T. Helms e P. Senaevé, Intersentia, 2012, p. 1375 ss.;

STEIN T., *International Law Association*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 872 ss.;

STONE P., *EU Private International Law*, 2nd ed., Northampton, 2010;

STONE P., *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*, in *Anglo-American Law Review*, 2000, p. 342 ss.;

STRUYCKEN A. V. M., *La contribution de l'Académie au développement de la science et de la pratique du droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 271, 1998, p. 21 ss.;

STRUYCKEN A. V. M., *Régimes matrimoniaux – Banc d'essai de la codification internationale du droit international privé*, in *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, a cura di A. Borrás, A. Bucher, T. Struycken, M. Verwilghen, The Hague/Boston/London, 1996, p. 445 ss.;

STURLESE B., *L'extension du système de la convention de Bruxelles au droit de la famille*, in *Travaux du comité français, Année 1995-1996*, 1997, p. 49 ss.;

STURM F., *Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand*, in *Rev. critique*, 1987, p. 41 ss.;

SUDRE F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005;

BIBLIOGRAFIA

SUDRE F., *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002;

SUDRE F., SURREL H., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008;

SVANTESSON D. J. B., *Private International Law and the Internet*, 2a ed., Kluwer Law International, 2012;

SYMEONIDES S. C., *Codification and Flexibility in Private International Law*, in *SSRN*, 2011, p. 1 ss.;

SYMEONIDES S. C., *Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective*, in *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, a cura di K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, The Hague, 2010, p. 513 ss.;

TEDESCHI V., *Il domicilio nel diritto internazionale privato*, Genova, 1938;

TENREIRO M., EKSTRÖM M., *Recent Developments in EC Judicial Co-operation in the Field of Family Law*, in *Int. Family Law*, 2004, p. 30 ss.;

THIERRY H., *The European Tradition in International Law: George Scelle*, in *EJIL*, 1990, p. 193 ss.;

THOMAS Y., *Le droit d'origine à Rome. Contribution à l'étude de la citoyenneté*, in *Rev. critique*, 1995, p. 253 ss.;

THORPE L. J., *The Work of the Head of International Family Law*, in *Family Law Week*, <http://www.familylawweek.co.uk/library.asp?i=1981>;

THYM D., *Europa a varias velocidades: las cooperaciones reforzadas*, in *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, a cura di J. M. Beneyto Pérez, J. M. González-Orús, B. Becerril Atienza, Madrid, 2009, p. 571 ss.;

THYM D., "United in Diversity" – *The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, in *The Unity of the European Constitution*, Berlin, 2008, p. 357 ss.;

TIZZANO A., *Le Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Unione europea*, 2011, p. 29 ss.;

TIZZANO A., *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967;

TOMASI L., *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 891 ss.;

BIBLIOGRAFIA

TOMMASI DI VIGNANO A., *Norme di diritto internazionale privato, criteri di collegamento e diritto comunitario*, in *Studi e pubblicazioni della Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986;

TONOLO S., *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 849 ss.;

TULIBACKA M., *Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, p. 1528 ss.;

TUO C., *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 923 ss.;

ULRICH E., *Das polnische IPR-Gesetz von 2011. Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung*, in *RabelsZ*, 2012, p. 597 ss.;

VAN DEN EECKHOUT V., *Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?*, in *SSRN*, 2013, p. 1 ss.;

VAN DEN EECKHOUT V., *The Promotion of Fundamental Rights by the Union as a Contribution to the European Legal Space: The Role of European Private International Law*, in *SSRN*, 2008, p. 1 ss.;

VAN DEN EECKHOUT V., *Competing Norms and European Private International Law - Sequel to 'Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law'*, in *SSRN*, 2008, p. 1 ss.;

VAN DER MEI A. P., *The Outer Limits of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality: A Look Through the Lens of Union Citizenship*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2011, p. 62 ss.;

VAN DER MEI A. P., *Union Citizenship and the Legality of Durational Residence Requirements for Entitlement to Student Financial Aid*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2009, p. 477 ss.;

VAN GERVEN W., *Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit: le "droit des conflits d'ordres juridiques" dans le prolongement du "droit des conflits de règles"*, in *Recueil des cours*, Vol. 350, 2011, p. 13 ss.;

VAN GOETHEM H., *A Few Legal Observations Pertaining to Nationality*, in *Armenian Journal of Public Policy*, 2006, p. 1 ss.;

VAN HOOGSTATEN M. H., *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*, in *Recueil des cours*, Vol. 122, 1967, p. 337 ss.;

VAN LOON H., *Conférence de La Haye de droit international privé*, in *Dalloz*, 2011, p. 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

VAN LOON H., *Quelques aspects de la mondialisation dans le domaine des conflits de juridictions*, in *Travaux du comité français, Année 2005-2006*, p. 227 ss.;

VAN LOON H., *The Accommodation of Religious Laws in Crossborder situations: The Contribution of The Hague Conference on Private International Law*, in *CDT*, 2010, p. 261 ss.;

VAN LOON H., *Unification and Co-operation in the Field of International Family Law: A Perspective from The Hague*, in *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, a cura di A. Borrás, A. Bucher, T. Struycken, M. Verwilghen, The Hague/Boston/London, 1996, p. 173 ss.;

VAN LOON H., *The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law*, in *Forty Years On: The Evolution of Post War Private International Law in Europe*, a cura di T. M. De Boer, Amsterdam, 1990, p. 101 ss.;

VAN LOON H., *Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 1133 ss.;

VANDER ELST R., *La loi nationale dans les conventions de La Haye*, in *Revue belge de droit international*, 1991, p. 398 ss.;

VANDERLINDEN J., *Ubi domicilium, ibi ius universale ?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1985, p. 303 ss.;

VERWILGHEN M., *La place de la nationalité dans le code de droit international privé belge*, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, 2007, p. 1687 ss.;

VERWILGHEN M., *Vers un Code belge de droit international privé*, in *Travaux du comité français, Année 1998-2000*, 2001, p. 123 ss.;

VERLWILGHEN M., *Conflits de nationalités: plurinationalité et apatridie*, in *Recueil des cours*, Vol. 277, 1999, p. 9 ss.;

VIARENGO I., *The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes – Some General Remarks*, in *Yearb. Private Int. Law (2011)*, 2012, p. 199 ss.;

VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 601 ss.;

VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2a ed., Bari, 2002;

BIBLIOGRAFIA

VIPIANA P., *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002;

VIVIANI A., *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 847 ss.;

VISCHER F., *Connecting Factors*, in *International encyclopedia of comparative law*, Vol. III, *Private international law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1999, p. 3 ss.;

VITTA E., MOSCONI F., *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5a ed., Torino, 1994, p. 213 ss.;

VITTA E., *Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 345 ss.;

VON OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 ss.;

VON OVERBECK A. E., *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, in *Recueil des cours*, Vol. 132, 1971, p. 1 ss.;

VON STEIGER W., *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht*, Bern, 1934;

VONK O. W., *Dual Nationality in the European Union - A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Leiden/Boston, 2012;

VRELLIS S., *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice*, in *Recueil des cours*, Vol. 328, 2007, p. 175 ss.;

WARDLE L. D., *Reconciling Private Autonomy and Public Interests in Family Law*, in *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum Walter Pintens*, a cura di A.-L. Verbeke, J.M. Scherpe, C. Declerck, T. Helms e P. Senaeve, Intersentia, 2012, p. 1747 ss.;

WAUTELET P., *L'option de loi et les binationaux: peut-on dépasser le conflit de nationalités?*, in *Revue générale de droit civil belge*, 2012, p. 414 ss.;

WAUTELET P., *Le nouveau droit international privé belge*, Bruxelles, 2005;

WEINTRAUB R. J., *An Inquiry into the Utility of "Domicile" as a Concept in Conflicts Analysis*, in *Michigan Law Review*, 1965, p. 961 ss.;

WELLER M.-P., *Les rattachements dans les conflits des lois*, in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 327 ss.;

BIBLIOGRAFIA

WENGLER W., *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, in *Rev. critique*, 1954, p. 69 ss;

WENGLER W., *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Rev. critique*, 1963, p. 203 ss.;

WIESSNER S., *Die Funktion der Staatsangehörigkeit [The Function of Nationality]*, Tübingen, 1989;

WINKLER M., *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 7 ss.;

WINKLER M., *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1236 ss.;

WINKLER M., *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di A. Lorenzetti, B. Pezzini, 2011, p. 297 ss.;

YETANO T. M., *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, in *Journ. Private Int. Law*, 2010, p. 1028 ss.;

ZAGREBELSKY V., *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andrini, Padova, 2007, p. 115 ss.;

ZANOBETTI A., *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *NLCC*, 2012, p. 250 ss.;

ZOHAR G., *Habitual Residence: An Alternative to the Common Law Concept of Domicile ?*, in *Whittier Journal of Child and Family Advocacy*, 2010, p. 169 ss.;

ZUMBANSEN P., PANEZI M., *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di R. Wolfrum, Oxford, 2012, p. 663 ss.;

ZWEIGERT K., *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?*, in *University Colorado Law Review*, 1972, p. 283 ss.