

Domenico Damascelli

**LA LEGGE APPLICABILE AI
RAPPORTI PATRIMONIALI TRA
CONIUGI, UNITI CIVILMENTE E
CONVIVENTI DI FATTO NEL
DIRITTO INTERNAZIONALE
PRIVATO ITALIANO ED EUROPEO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA LEGGE APPLICABILE AI RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI, UNITI CIVILMENTE E CONVIVENTI DI FATTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ITALIANO ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il riconoscimento del matrimonio omosessuale contratto all'estero nell'ordinamento italiano. — 3. Il sistema di conflitto italiano: la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi. — 4. *Segue*: la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra uniti civilmente. — 5. *Segue*: la legge applicabile ai contratti di convivenza. — 6. I regolamenti gemelli (UE) 2016/1103 e 2016/1104. — 7. La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi secondo il regolamento (UE) 2016/1103. — 8. La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra *partners* di un'unione registrata secondo il regolamento (UE) 2016/1104. — 9. Le ulteriori disposizioni comuni ai regolamenti gemelli (UE) 2016/1103 e 2016/1104. — 10. Il coordinamento tra sistema di conflitto nazionale e regolamenti comunitari. — 11. Considerazioni conclusive sulla congruità del sistema internazionalprivatistico italiano in materia di matrimonio e unione civile con il principio di continuità e stabilità degli statuti familiari conseguiti all'estero.

1. All'assenza, nel diritto positivo italiano, di una disciplina espressa in materia di unioni omoaffettive e, in particolare, di matrimonio omosessuale non è stato possibile rimediare in via interpretativa ⁽¹⁾.

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

⁽¹⁾ Sui delicati problemi internazionalprivatistici sollevati dalla lacuna, v. ROSOLILLO, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 363 ss.; MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, ivi, 2005, p. 305 ss.; TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, *Rivista*, 2005, p. 997 ss.; Id., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007; BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, *Rivista*, 2007, p. 50 ss.; MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, ivi, 2008, p. 347 ss.; MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, ivi, 2011, p. 396 ss.; WINKLER, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale* (a cura di Preite e Gazzanti Pugliese di Cotrone), vol. II, Milanofiori Assago, 2011, p. 69 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello « federale » e*

Richiamando, tra l'altro, « una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna »⁽²⁾, la Consulta, pur ammettendo che l'unione *same-sex* andasse annoverata tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. e che, pertanto, agli omosessuali spettasse « il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone [...] il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri », ha negato che « l'aspirazione a tale riconoscimento [...] possa essere realizzata [...] attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio » e ha rimesso al legislatore ordinario il compito di « individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette »⁽³⁾.

livello statale in Europa e negli Stati Uniti, Riv. dir. int. priv. proc., 2012, p. 299 ss.; SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012; MIGLIORINI, *Aspetti internazionalprivatistici della legge francese « mariage pour tous »*, *Rivista*, 2014, p. 197 ss.; LOPES PEGNA, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di riqualificazione?*, *Diritti umani e diritto int.*, 2016, p. 89 ss.

⁽²⁾ L'espressione è tratta da Tribunale Venezia, ord. 3 aprile 2009, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, p. 911 ss. con nota di BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*, p. 918 ss., ed è richiamata dalla Corte cost., sent. 15 aprile 2010 n. 138, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 979 ss., la quale ha interpretato la nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost. alla luce di quella « definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che [...] stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso » (per una critica alla lettura originalista dell'art. 29 Cost., v. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità, Politica del diritto*, 2014, p. 359 ss.; ID., *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, *Corriere giuridico*, 2015, p. 915 ss.).

⁽³⁾ Così, Corte cost., sent. 15 aprile 2010 n. 138, cit.

Con la medesima sentenza, la Corte si riservava, comunque, « la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni », ciò che ha fatto dichiarando l'illegittimità costituzionale del c.d. « divorzio imposto » dal mutamento di sesso di uno dei coniugi (v. articoli 2 e 4 della l. 14 aprile 1982 n. 164), a causa della mancata previsione della possibilità di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tutelasse adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia (v. Corte cost., sent. 11 giugno 2014 n. 170, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 1139 ss. con nota di LORENZETTI, SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, p. 1152 ss.); a tale decisione ha fatto seguito Cassazione (sez. I civ.), sent. 21 aprile 2015 n. 8097, *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1812 ss., con nota di AGOSTINELLI, *Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio* (sub condizione), p. 1814 ss., che ha dichiarato illegittima l'annotazione di cessazione degli effetti civili apposta a margine dell'atto di matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso per uno dei coniugi. Tale giurisprudenza appare coerente con la Corte europea dei diritti dell'uomo (grande camera), sent. 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, ricorso n. 37359/09, (le sentenze e le decisioni della Corte europea sono reperibili nel sito <http://hudoc.echr.coe.int>) secondo cui non contrasta con la Convenzione la legge finlandese, la quale consente, in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi, di

Dal canto suo, la Corte di cassazione, condividendo tali assunti — e, in particolare, il fatto che il legislatore rimanesse « libero di scegliere, sia nell'*an* che nel *quomodo* » le « forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali » — ha, da un lato, ritenuto che i componenti di una coppia omosessuale « non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero », e, dall'altro, pur abbandonando l'idea che i matrimoni omosessuali celebrati all'estero dovessero essere considerati inesistenti per il nostro diritto ⁽⁴⁾, ne ha dichiarato l'« inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio [...], qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano » ⁽⁵⁾.

Né tale giurisprudenza è apparsa in contrasto con le norme interposte contenute nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) o nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nelle relative disposizioni di at-

convertire il matrimonio in unione registrata, regolata, secondo quell'ordinamento, in maniera tale da non produrre « an essential change in the applicant's legal situation » (par. 83).

⁽⁴⁾ Per la diversità di sesso dei nubendi quale requisito minimo indispensabile per l'esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante, v., *ex plurimis*, Cassazione, sent. 20 maggio 1976 n. 1808, *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, p. 1378; Cassazione (sez. I civ.), sent. 22 febbraio 1990 n. 1304, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 726 ss.; Cassazione (sez. I civ.), sent. 2 marzo 1999 n. 1739, *Giustizia civile*, 1999, I, p. 2695 ss.; Cassazione (sez. I civ.), sent. 9 giugno 2000 n. 7877, *Famiglia e diritto*, 2000, p. 509 ss.

⁽⁵⁾ I brani virgolettati sono tratti da Cassazione (sez. I civ.), sent. 15 marzo 2012 n. 4184, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 747 ss., a cui *adde* Cassazione (sez. I civ.), sent. 9 febbraio 2015 n. 2400, *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1591 ss. con nota di BONINI, *Vietate le pubblicazioni di un matrimonio da celebrarsi tra persone dello stesso sesso*, p. 1593 ss., che ha dichiarato inammissibili le pubblicazioni matrimoniali richieste da una coppia del medesimo sesso.

Sulla questione della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero, nella giurisprudenza di merito si registra, affianco a un orientamento conforme a quello dei giudici di legittimità (v. Tribunale Latina, decr. 10 giugno 2005, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1095 ss.; Appello Roma, decr. 13 luglio 2006, *ivi*, 2007, p. 426 ss.), una posizione di apertura (v. Tribunale Grosseto, ord. 9 aprile 2014, *ivi*, 2014, p. 1007 ss., riformata, ma per ragioni squisitamente processuali, dalla Corte d'appello di Firenze, decr. 23 settembre 2014, *ivi*, 2014, p. 1010 s.; Tribunale Grosseto, decr. 26 febbraio 2015, *Corriere giuridico*, 2015, p. 911 ss. con nota di FERRANDO, *Matrimonio same-sex*, cit.; Appello Napoli, decr. 13 marzo 2015, *Foro italiano*, 2016, I, 297 ss., confermato, ma per ragioni squisitamente processuali, dalla Cassazione (sez. I civ.), sent. 31 gennaio 2017 n. 2487, inedita).

Nella prassi amministrativa v., da ultimo, la circolare del Ministero dell'interno del 7 ottobre 2014 n. 40, *Rivista*, 2015, p. 327, che, richiamando l'art. 27 della l. 31 maggio 1995 n. 218 e l'art. 115 cod. civ., ha escluso la trascrivibilità del matrimonio omosessuale celebrato all'estero, in quanto « non vi è dubbio che, ai sensi del codice civile vigente, la diversità di sesso dei nubendi rappresenti un requisito necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell'ordinamento interno ».

tuazione. Infatti, come insegnato dalla Corte di Strasburgo, è vero che l'art. 12 CEDU, letto alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza, non deve essere interpretato nel senso « que le droit de se marier [...] doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé », ma è altrettanto vero che « l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants », con la conseguenza che il citato art. 12 non fa obbligo allo Stato di concedere l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale ⁽⁶⁾; ciò non toglie che, rientrando la relazione di una coppia dello stesso sesso legata da una stabile convivenza nella « notion de "vie familiale" » — di cui all'art. 8 CEDU — « au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation » ⁽⁷⁾, lo Stato ha l'obbligo di rendere « available a specific legal framework providing for the recognition and protection of [...] same-sex unions » ⁽⁸⁾.

Alle sollecitazioni delle massime giurisdizioni nazionali e internazionali il legislatore italiano ha dato risposta con la l. 20 maggio 2016 n. 76 (c.d. « legge Cirinnà », dal nome della prima firmataria della relativa proposta di legge) ⁽⁹⁾, la quale ha individuato nel nuovo istituto dell'« unione civile tra persone dello stesso sesso » (la cui disciplina, modellata — con talune differenze — su quella del matrimonio, è contenuta nell'art. 1, commi da 1 a 27, nonché commi 32, 33 e 35) il quadro giuridico idoneo a garantire nel nostro ordinamento i diritti fondamentali delle coppie omosessuali.

La medesima legge ha, inoltre, regolato la « convivenza di fatto » tra « persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale » — peraltro, a

⁽⁶⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. I), sent. 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04, paragrafi 60-61.

⁽⁷⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 24 giugno 2010, cit., par. 94.

⁽⁸⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. IV), sent. 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/811, par. 185.

⁽⁹⁾ G.U. 21 maggio 2016 n. 118, in vigore dal 5 giugno 2016.

Su tale legge v., tra gli altri, DI ROSA, *I contratti di convivenza, Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 694 ss.; QUADRI, « Unioni civili tra persone dello stesso sesso » e « convivenze »: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, *Corriere giuridico*, 2016, p. 893 ss.; ROMANO (C.), *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, *Notariato*, 2016, p. 333 ss.; ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, *Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 665 ss.; *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge n. 76/2016* (a cura di Lupoi, Cecchella, Cianciolo e Mazzota), Sant'Arcangelo di Romagna, 2016; *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di Rescigno e Cuffaro), *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.; VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 1319 ss.; *Unione civile e convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da Bonilini), vol. V, Milanofiori Assago, 2017.

disposizione anche delle coppie eterosessuali — (art. 1, commi da 36 a 63 e 65) e dettato una norma di conflitto dedicata ai contratti di convivenza (art. 1, 64° comma, il quale ha inserito l'art. 30-*bis* nella l. 31 maggio 1995 n. 218).

Un più ampio intervento di « modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato » è stato, invece, delegato al Governo nel campo delle unioni omoaffettive, con la direttiva di rendere applicabile ai matrimoni omosessuali contratti all'estero — di cui, dunque, si perviene finalmente ad ammettere la giuridica rilevanza —, nonché alle unioni civili e a ogni « altro istituto analogo » costituito oltrefrontiera, la « disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane » (art. 1, 28° comma, lett. *b*) della legge n. 76/2016).

In esecuzione della delega, è stato, quindi, emanato il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 7 ⁽¹⁰⁾, il quale ha ulteriormente modificato la legge n. 218/1995, introducendo gli articoli da 32-*bis* a 32-*quinquies* e sostituendo il testo dell'art. 45 ⁽¹¹⁾.

A seguito dell'entrata in vigore della novella, il sistema di conflitto italiano regola distintamente i rapporti patrimoniali:

a) tra coniugi, per i quali occorre avere riguardo all'art. 30 della legge n. 218/1995 (lasciato intatto dal legislatore, ma sul cui oggetto — come si vedrà nel prossimo paragrafo — spiega influenza il nuovo art. 32-*bis*) e allo stesso art. 32-*bis*;

b) tra persone unite civilmente, di cui si occupano gli articoli 32-*ter*, 4° comma, e 32-*quinquies* della legge n. 218/1995;

c) tra soggetti — né coniugati né uniti civilmente, ma legati da rapporti affettivi di coppia — che abbiano concluso un contratto di convivenza, disciplinati dall'art. 30-*bis* della legge n. 218/1995.

Sullo sfondo, si collocano i regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104 del Consiglio, entrambi del 24 giugno 2016, dedicati alla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e, rispettivamente, in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ G.U. 27 gennaio 2017 n. 22, in vigore dall'11 febbraio 2017.

Nella medesima G.U. sono stati pubblicati i d.lgs. 19 gennaio 2017 nn. 5 e 6, anch'essi in vigore dall'11 febbraio 2017, con cui è stata data attuazione alle deleghe contenute nell'art. 1, 28° comma, lettere *a*) e *c*), della legge n. 76/2016.

⁽¹¹⁾ Su quest'ultima norma, v. DAVÌ, ZANOBETTI, *Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 197 ss.

⁽¹²⁾ G.U.U.E. 8 luglio 2016 L 147.

Detti regolamenti sono obbligatori soltanto per gli Stati membri che hanno partecipato alla procedura di cooperazione rafforzata attraverso la quale sono stati emanati ⁽¹³⁾, anche se, in virtù del rispettivo art. 20, le norme sulla legge applicabile da essi recate possono condurre alla designazione della legge di uno Stato membro non vincolato dai regolamenti stessi o di quella di uno Stato terzo ⁽¹⁴⁾.

Inoltre, ai sensi dell'art. 69, par. 3, di entrambi gli strumenti, le norme di conflitto da essi recate si applicano ai matrimoni contratti e, rispettivamente, alle unioni registrate dopo il 29 gennaio 2019, con la

⁽¹³⁾ La genesi dei regolamenti risale al 16 marzo 2011, giorno in cui la Commissione europea ha presentato due proposte di regolamento, contrassegnate con le sigle COM (2011) 126 definitivo e COM (2011) 127 definitivo (reperibili nel sito <http://www.eur-lex.europa.eu>). Nella sessione del 3 dicembre 2015, il Consiglio ha constatato l'impossibilità (a causa delle resistenze di Polonia e Ungheria) di raggiungere in tempi ragionevoli un accordo politico di tutti gli Stati membri sul testo delle citate proposte e di adottare i regolamenti con il procedimento normativo di cui all'art. 81, par. 3, TFUE; successivamente, la Commissione europea ha presentato al Consiglio una proposta di decisione diretta ad autorizzare la procedura di cooperazione rafforzata, adottata dal Consiglio medesimo in data 9 giugno 2016 (v. decisione (UE) 2016/954, G.U.U.E. 16 giugno 2016 L 159).

Finora, hanno dichiarato di partecipare alla cooperazione rafforzata Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna e Svezia.

Sulle proposte di regolamento, v. GONZALES BEILFUSS, *The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnership*, *Yearbook of Private Int. Law*, 2011, p. 183 ss.; VIARENGO, *The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes — Some General Remarks*, ivi, p. 199 ss.; BONOMI, *The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions*, ivi, p. 217 ss.; ID., *The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property. A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law*, in *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (a cura di Boele-Woelki, Dethloff e Gephart), Cambridge/Antwerp/Portland, 2014, p. 231 ss.; CAMPUZANO DÍAZ, *The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes*, *Yearbook of Private Int. Law*, 2011, p. 133 ss.; MARINAL, *Matrimonial Matters and the Harmonization on Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy as a Ground for Non-Recognition of Judgments*, ivi, p. 255 ss.

Sulla procedura di adozione dei regolamenti in esame, v. FERACI, *Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate*, *Rivista*, 2016, p. 529 ss.

⁽¹⁴⁾ A differenza dell'art. 4 del regolamento (UE) 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, la norma citata nel testo non menziona gli *Stati membri partecipanti* al regolamento ma *tout court* gli *Stati membri*; la medesima imprecisione si registra con riferimento all'art. 20 del regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, dove, stante il mancato *opting-in* di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, si sarebbe dovuto fare riferimento ad uno *Stato membro non vincolato* dal regolamento.

precisazione che le disposizioni che facoltizzano la scelta di legge sono applicabili anche con riferimento alle formazioni familiari costituite anteriormente a tale data, a condizione che la *professio iuris* sia esercitata successivamente.

Il rilevato carattere di universalità delle norme comunitarie in discorso comporta che esse sono destinate a sostituirsi *ratione temporis* alle corrispondenti disposizioni italiane, in virtù del generale principio di supremazia del diritto dell'Unione Europea rispetto al diritto nazionale ⁽¹⁵⁾.

2. Le istruzioni contenute nel citato art. 1, 28° comma, lett. *b*), della legge n. 76/2016 sono state interpretate in maniera restrittiva dal legislatore delegato, il quale ha limitato l'applicazione della legge italiana esclusivamente alle unioni omoaffettive contratte all'estero che presentano legami con il nostro ordinamento.

Ciò vale, innanzitutto, per i matrimoni omosessuali, di cui si occupa *ex professo* l'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995.

Tale norma dispone che il « matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana » ⁽¹⁶⁾.

La lettera della disposizione differisce sensibilmente da quella adottata dallo schema di decreto legislativo licenziato dal Governo, nel quale — in modo strettamente aderente alla delega — era fatto riferimento, genericamente, al « matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso » ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ L'affermazione della *primauté* del diritto dell'Unione Europea, che comporta la disapplicazione da parte del giudice del diritto nazionale col primo contra-stante, risale, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, alla sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., punto 24. Sulla questione, è nota l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, iniziata con sent. 7 marzo 1964 n. 14, *Costa c. Enel*, *Foro italiano*, 1964, I, 465 ss., e terminata con sent. 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, in *Foro italiano*, 1984, I, 2062 ss. In dottrina, v., per tutti, VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*⁵, Bari, 2017, p. 432 ss.

⁽¹⁶⁾ La tecnica è già nota: v., ad esempio, l'art. 45, 3° comma, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, secondo cui: « Il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata ».

In Germania, invece, il *downgrading* del matrimonio omosessuale celebrato all'estero in *Lebenspartnerschaft* è il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale: v. FUCHS, *Registered Partnership, Same-sex Marriage and Children: Crossing Borders*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 445 ss., p. 449 s., ove gli opportuni riferimenti.

⁽¹⁷⁾ V. art. 1, lett. *a*), dello *Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica e riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso (atto n. 345)*, trasmesso alla presidenza della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica in data 5 ottobre 2016.

Come si ricava dai lavori parlamentari ⁽¹⁸⁾, la modifica è stata dettata allo scopo di evitare che fossero sottoposti all'art. 32-*bis* anche i matrimoni omosessuali contratti all'estero tra cittadini stranieri ⁽¹⁹⁾.

Senonché, la nuova formulazione data dal legislatore anche alla rubrica della norma in esame — che parla di matrimonio contratto « da cittadini italiani dello stesso sesso » — ingenera il dubbio che dalla categoria astratta da essa contemplata vada escluso anche il matrimonio omosessuale celebrato all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero ⁽²⁰⁾.

Tale interpretazione deve, tuttavia, essere scartata, non soltanto perché essa attribuirebbe alla rubrica un valore precettivo di cui è sfornita ⁽²¹⁾, ma soprattutto perché condurrebbe al risultato paradossale di privare di ogni effetto nel nostro ordinamento la fattispecie da ultimo indicata, la quale, sottratta, in ipotesi, alla presa dell'art. 32-*bis*, risulterebbe viziata dall'incapacità a contrarre matrimonio stabilita dalla legge italiana, applicabile al nostro connazionale *qua lex patriae* ai sensi dell'art. 27 della legge n. 218/1995 (norma su cui il legislatore della riforma non è intervenuto) ⁽²²⁾.

In definitiva, l'art. 32-*bis* si occupa del matrimonio omosessuale contratto all'estero da cittadini italiani, tanto nel caso in cui entrambi i coniugi siano nostri connazionali, quanto nel caso in cui lo sia uno soltanto di essi.

Ne segue, *a contrario*, che i matrimoni *same-sex* contratti all'estero tra cittadini stranieri trovano disciplina nelle altre norme della legge n. 218/1995 in materia di matrimonio (le quali attengono ormai non soltanto ai matrimoni eterosessuali ma anche a quelli omosessuali, sia pure nei limiti appena detti) ⁽²³⁾.

⁽¹⁸⁾ Dettagliatamente ricostruiti in LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il « riordino » delle norme italiane di diritto internazionale privato*, *Rivista*, *supra*, p. 527 ss., p. 533 ss.

⁽¹⁹⁾ In quanto ciò avrebbe causato una irragionevole discriminazione tra coniugi stranieri eterosessuali e omosessuali (soltanto ai danni di questi ultimi, verificandosi la « sostituzione » della legge nazionale con la legge italiana): v. Senato della Repubblica, 2^a Commissione permanente (Giustizia), resoconti sommari nn. 346 dell'8 novembre 2016 e 351 del 16 novembre 2016, nonché il parere allegato a quest'ultimo resoconto.

⁽²⁰⁾ V., in tal senso, BOGGIALI, RUOTOLO, *Modifica e riordino delle disposizioni di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso* (D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 e D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7), p. 2, <http://www.notariato.it>.

⁽²¹⁾ Secondo il noto brocardo *rubrica legis non est lex*, l'intitolazione della norma può, al più, essere impiegata per confermare o correggere l'interpretazione del precetto: v. CHECCHINI, AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2014, p. 26.

⁽²²⁾ Cfr., LOPES PEGNA, *op. ult. cit.*, p. 537.

⁽²³⁾ V. BIAGIONI, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, *Rivista*, 2017, p. 496 ss., p. 498; LOPES PEGNA, *op. ult.*

Pertanto il riconoscimento di tali matrimoni nel nostro ordinamento è assoggettato al normale gioco delle norme di conflitto, cioè alla verifica che essi si siano formati in conformità con la legge designata dalle pertinenti norme italiane di diritto internazionale privato: in particolare, detto riconoscimento è subordinato — oltre che all'accertamento della validità formale del matrimonio sulla base delle leggi alternativamente richiamate dall'art. 28 della legge n. 218/1995 — al fatto che, fatti salvi gli effetti del rinvio, la legge nazionale di entrambi i coniugi, richiamata dal precedente art. 27, preveda il matrimonio omosessuale ⁽²⁴⁾.

Da quest'ultima disposizione, letta in coordinamento con la regola di funzionamento di cui al precedente art. 19, 2° comma (interpretata alla luce del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ricavabile dagli articoli 18 e 20 TFUE) ⁽²⁵⁾ discende, inoltre, che, in caso di possesso in capo a uno o entrambi i coniugi di più cittadinanze straniere, il riconoscimento del matrimonio *gay* contratto all'estero si verifica a condizione che esso sia contemplato dalla legge della cittadinanza effettiva, nonché, indefettibilmente, quando la legge permissiva sia quella di uno Stato membro dell'Unione Europea ⁽²⁶⁾. Quest'ultima conclusione vale anche se tra le cittadinanze in presenza vi sia la nostra ⁽²⁷⁾ (non, invece, ove la cittadinanza italiana concorra con la

cit., p. 536; *contra*, CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 33 ss., p. 45, secondo cui anche tali matrimoni — nonostante il silenzio dell'art. 32-*bis* — dovrebbero subire il trattamento previsto da quest'ultima norma, « posto che [...] il matrimonio dello stesso sesso non può evidentemente produrre nel nostro Paese gli effetti tipici del matrimonio ».

⁽²⁴⁾ L'eventuale divieto del matrimonio omosessuale disposto da una delle leggi nazionali in presenza costituisce, infatti, impedimento c.d. bilaterale.

⁽²⁵⁾ Sull'influenza che tale divieto e le sentenze della Corte di giustizia che ne hanno fatto applicazione (citate nelle due note che seguono) hanno sull'art. 19, 2° comma, della legge n. 218/1995, v. l'efficace sintesi di BARIATTI, *Cittadinanza*, in *Dizionari del diritto privato* (promossi da Irti), *Diritto internazionale privato* (a cura di Baratta), Milano, 2010, p. 35 ss., p. 49 ss.

⁽²⁶⁾ V. Corte di giustizia, sent. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, *Raccolta*, 1992, p. I-4239 ss., da cui si ricava che uno Stato membro non può limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal diritto europeo; Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Saldanha*, *Raccolta*, 1997, p. I-5325 ss., secondo cui la circostanza che un cittadino di uno Stato membro sia anche cittadino di uno Stato terzo non lo priva del diritto di invocare, come cittadino dello Stato membro, il divieto di discriminazione fondata sulla cittadinanza.

⁽²⁷⁾ V. Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *García Avello*, *Raccolta*, 2003, p. I-11613 ss., da cui si ricava che l'automatica prevalenza della cittadinanza del foro è esclusa quando essa comporti una discriminazione od ostacoli

cittadinanza di uno Stato non membro, riprendendo vigore, in tale fattispecie, il disposto del secondo periodo del menzionato art. 19, 2° comma) ⁽²⁸⁾.

Ciò chiarito, è possibile riprendere l'analisi dell'art. 32-*bis*.

Tra i primi commentatori è invalsa l'idea che esso determini una qualificazione dei matrimoni di cui si occupa come unione civile.

L'affermazione riveste, per lo più, carattere apodittico ⁽²⁹⁾; solo in un caso, infatti, è supportata dall'assunto secondo il quale « se si qualificasse come matrimonio quello celebrato all'estero, questa conclusione si scontrerebbe con i limiti derivanti dalle condizioni stabilite dall'ordinamento italiano (compresa l'impossibilità di contrarre “matrimonio” con persona dello stesso sesso) » ⁽³⁰⁾.

Senonché, la mera constatazione — in sé corretta — che la legge italiana non accorda la facoltà di contrarre un matrimonio omosessuale

la libera circolazione del bipolide; nello stesso ordine di idee, v. Corte di giustizia, sent. 16 luglio 2009, causa C-168/08, *Hadadi*, *Raccolta*, 2009, p. I-6871 ss., nonché, sebbene con riferimento a fonti convenzionali, Cassazione (sez. un. civ.), sent. 9 gennaio 2001 n. 1, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 128 ss.

⁽²⁸⁾ *Contra*, LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 538 s., secondo la quale « pare opportuno dare prevalenza ai fini dell'art. 32-*bis* alla sola cittadinanza “effettiva” ». L'assunto è da respingere perché — pur potendosi, in astratto, concordare con l'affermazione secondo cui l'art. 19, 2° comma, della legge n. 218/1995 non viene in rilievo quando la cittadinanza non sia adottata dalla norma di conflitto quale criterio di collegamento, ma abbia « il solo scopo di determinare l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione » — esso, in primo luogo, non tiene conto del fatto che lo stesso art. 19 rientra in gioco quando si deve giudicare della capacità di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 27 e, secondariamente, conduce alla disapplicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia menzionata nelle due note che precedono, dalla quale non si ricava che la salvezza della cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea è subordinata alla sua effettività.

L'applicazione dell'art. 19, 2° comma, secondo periodo, della legge n. 218/1995 è esclusa anche da CAMPIGLIO, op. cit., p. 46 s., a favore di una soluzione generica: secondo l'a., infatti, per la soluzione dei problemi di pluricittadinanza « [o]ccorrerà valutare di volta in volta, prestando particolare attenzione ai principi del diritto internazionale ed europeo in materia ».

⁽²⁹⁾ V. BIAGIONI, op. cit., p. 498, per il quale « l'art. 32-*bis* ... impone di riqualificare l'istituto come unione civile ..., come risulta dalla sua piana interpretazione letterale »; LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 537, la quale sostiene che « la norma impone ... una riqualificazione come unione civile a qualunque matrimonio (omosessuale) celebrato all'estero da un cittadino italiano »; CAMPIGLIO, op. cit., p. 41 ss., secondo cui tale « matrimonio viene riqualificato in unione civile »; analogamente TONOLO, *Art. 1 comma 64 — Profili problematici di diritto internazionale privato nella nuova disciplina italiana delle unioni civili e degli accordi di convivenza*, in *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 293 ss., p. 296 s., per la quale la « trasformazione in unioni civili dei matrimoni » *same-sex* discende già dall'art. 1, 28° comma, lett. b), della legge n. 76/2016.

⁽³⁰⁾ V. LOPES PEGNA, op. loc. ult. cit.

non sembra decisiva per la dimostrazione della proposizione principale.

Senza bisogno di scomodare il vecchio brocardo secondo cui *adducere inconuenies non est solvere argumentum*, basta rilevare, in proposito, che con essa si dà per scontato che, in mancanza della suddetta qualificazione, il giudizio sulla validità del matrimonio sarebbe rimesso alle disposizioni sostanziali italiane in materia: ciò che, a sua volta, è da dimostrare.

In realtà, impostare la questione in termini di qualificazione — per di più in modo strettamente aderente alla tradizione — porta con sé il rischio di pervenire a risultati contraddittori (come quelli in cui cade la dottrina in esame quando sostiene che la qualificazione « secondo il consueto metodo leghistico » ⁽³¹⁾ non impedisce la considerazione « del matrimonio *same-sex* come matrimonio », con riguardo, però, soltanto a quello contratto da stranieri ⁽³²⁾) e appare fuorviante, perché devia l'attenzione dal problema — metodologicamente preliminare — della natura della norma in parola ⁽³³⁾, per sciogliere il quale è necessario tornare a scrutinarne il testo.

Stabilendo che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani omosessuali « produce gli effetti » regolati dalla normativa italiana in materia di unione civile, l'art. 32-*bis* ha demandato alla nostra legge unicamente la disciplina del rapporto derivante da siffatto matrimonio, assumendolo già regolarmente formato ed esistente.

Ciò pone il problema di stabilire quale sia e come si individui l'ordinamento competente a regolare la fase genetica del medesimo matrimonio ⁽³⁴⁾.

Poiché non è sostenibile che questo ordinamento sia indicato dalle norme di conflitto in materia di unione civile (perché difetta ogni appiglio positivo che possa orientare in tal senso) o da quelle in materia di matrimonio (perché — e qui torna utile l'assunto della succitata dottrina — il richiamo della legge italiana innescato dall'art. 27 della

⁽³¹⁾ Invocato, con riferimento a tutte le nuove norme, da BIAGIONI, op. cit., p. 498 ss.

⁽³²⁾ Il brano virgolettato è tratto da BIAGIONI, op. cit., p. 499; nello stesso senso, v. LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 536.

⁽³³⁾ Nonostante una parte della dottrina italiana continui a sostenere che l'operazione di qualificazione debba essere sempre fatta sulla base della *lex fori* (v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*⁸, vol. I, Torino, 2017, p. 211 ss.), è stato chiarito da tempo che il problema riceve soluzioni differenziate a seconda della finalità e del metodo di funzionamento della norma di diritto internazionale privato in considerazione (v. BARATTA, *Qualificazioni*, in *Dizionario del diritto privato*, cit., p. 315 ss., p. 319).

⁽³⁴⁾ Problema, invero, non affrontato dagli autori citati *supra*, nota 29.

legge n. 218/1995, sanzionando di nullità i matrimoni omosessuali contratti all'estero da nostri concittadini ⁽³⁵⁾, li priverebbe di ogni effetto nello Stato), la soluzione del problema va ricercata nel medesimo art. 32-*bis*, il cui precetto deve essere, a tal fine, scomposto in due distinti frammenti normativi.

Con il primo, il legislatore ha (implicitamente) affidato all'ordinamento dello Stato di celebrazione il controllo sulla validità (internazionalprivatistica e sostanziale) dei matrimoni in questione, nonché sulla competenza a crearli ⁽³⁶⁾: la venuta a esistenza in conformità con le prescrizioni di quest'ultimo ordinamento costituisce, pertanto, il presupposto necessario per il loro riconoscimento (e il conseguente dispiegamento di effetti) in Italia ⁽³⁷⁾.

Con il secondo frammento, al precipuo scopo di scongiurare l'attribuzione alle coppie *gay* italiane (o miste) coniugatesi all'estero di diritti maggiori (o, semplicemente, diversi) rispetto a quelli loro concessi dal nostro diritto materiale, la novella ha regolato lo svolgimento del rapporto, disponendo l'applicazione della normativa italiana in materia di unione civile.

Quanto precede trova conforto nell'interpretazione data dalla dottrina a disposizioni straniere di contenuto analogo alla nostra ⁽³⁸⁾ e conduce a espungere la nuova norma dal novero di quelle riconducibili

⁽³⁵⁾ E ciò anche nel caso in cui sia nostro connazionale anche uno solo dei coniugi, trattandosi di impedimento bilaterale.

⁽³⁶⁾ Il legislatore svizzero è stato più preciso, definendo l'oggetto del citato art. 45, 3° comma, della legge federale di diritto internazionale privato come il « matrimonio validamente celebrato all'estero ».

L'omissione dell'avverbio « validamente » nella nostra norma non ostacola, tuttavia, la conclusione raggiunta nel testo: infatti, come acutamente osservato dalla dottrina, la regola che « définit les situations juridiques nées à l'étranger et susceptibles de produire des effets dans l'Etat du for [...] peut être explicite, mais elle est le plus souvent consacrée implicitement dans le droit matériel » (così BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé, Recueil des cours*, vol. 341, 2010, p. 344).

⁽³⁷⁾ Per uno spunto in tal senso, v., nella dottrina civilistica, con un discorso incentrato sul problema della forma, COPPOLA, *La costituzione dell'unione civile con uno straniero*, in *Unione civile e convivenza di fatto*, cit., p. 44 ss., p. 56, secondo cui l'« atto [di matrimonio celebrato all'estero è] già di per sé valido in base al principio *locus regit actum* ».

⁽³⁸⁾ V. DUTOIT, *Droit international privé suisse*⁵, Bâle, 2016, p. 193, secondo cui il matrimonio contemplato dal ripetuto art. 45, 3° comma, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato è quello « valable selon l'Etat de célébration ».

Si noti, inoltre, che alla medesima conclusione giungeva già PICONE, *Ordinamento competente*, Padova, 1986, p. 94 s., con riferimento all'art. 43 del progetto di legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 10 novembre 1982 (corrispondente, con modificazioni, al vigente art. 45, 1° e 2° comma).

al metodo classico dei conflitti di legge, per collocarla nell'ambito di quello c.d. del riconoscimento delle situazioni ⁽³⁹⁾.

Di tale metodo, la disposizione al vaglio risponde alle finalità generali e presenta le precondizioni di funzionamento.

Sotto il primo profilo, è innegabile che la sottoposizione della fase genetica dei matrimoni contemplati dall'art. 32-*bis* all'ordinamento dello Stato di celebrazione persegua efficacemente il duplice convergente obiettivo di evitare il sorgere di situazioni « claudicanti » ⁽⁴⁰⁾ e di salvaguardare la continuità transfrontaliera dello statuto personale, dal momento che esso viene assunto nel nostro Stato con i caratteri essenziali e, dunque, secondo la qualificazione che di esso è fatta nello Stato di origine ⁽⁴¹⁾.

D'altro canto, è indubitabile che la fattispecie matrimoniale riunisca i caratteri che la dottrina più rigorosa pretende siano presenti nella situazione da riconoscere, e, cioè, che essa sia stata « cristallizzata » nello Stato d'origine attraverso l'intervento di un'autorità pubblica ⁽⁴²⁾, la quale l'abbia consacrata in un atto destinato all'iscrizione in un pubblico registro ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ Su tale metodo, v., tra gli altri, LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjonctures*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 225 ss.; ID., *Reconnaissance, mode d'emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 479 ss.; ID., *La méthode de la reconnaissance, est-elle l'avenir du droit international privé?*, *Recueil des cours*, vol. 371, 2014, p. 9 ss.; MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss.; ROMANO (G.P.), *La bilateralité éclipse par l'autorité: Développements récents en matière d'état des personnes*, *Revue critique de droit int. privé*, 2006, p. 457 ss.; BOLLÉE, *L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale*, *ivi*, 2007, p. 307 ss.; PAMBOKIS, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, *ivi*, 2008, p. 513 ss.; BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, *Recueil des cours*, vol. 348, 2011, p. 253 ss.; PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017.

⁽⁴⁰⁾ Cioè, secondo la nota definizione di PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, *Rivista*, 1996, p. 289 ss., p. 297 s., « esistenti in un ordinamento e non invece in un altro, in cui siano ugualmente destinate a "svolgersi" o "localizzarsi" ».

⁽⁴¹⁾ V. BARATTA, *Qualificazioni*, cit., p. 320, secondo cui « riguardo ad una norma di d.i.p. che rinvii al c.d. "ordinamento giuridico straniero competente" — per utilizzare la terminologia piconiana — [...] non sembra irragionevole sostenere che, almeno in principio, il problema della qualificazione debba essere risolto sulla base del modo d'essere del medesimo ordinamento straniero competente ».

⁽⁴²⁾ V. MAYER, op. cit., p. 562.

⁽⁴³⁾ V. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums: Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privat-*

Va aggiunto che la lettura proposta non è contraddetta dal fatto che l'art. 32-*bis* assoggetta matrimonio-atto e matrimonio-rapporto a leggi diverse: infatti, nonostante possa sembrare coerente con la ragion d'essere del metodo in questione — costituita dalla « permanenza » internazionale della situazione — l'assoggettamento dei suoi effetti alla legge dello Stato di origine, è concepibile che — soprattutto in presenza di ragioni di politica legislativa (oggettivamente rilevabili nel caso di specie) — l'applicazione di quest'ultima legge venga limitata agli aspetti concernenti la creazione della situazione, onde lasciare alla legge designata dal sistema di conflitto dello Stato di riconoscimento la disciplina degli effetti non ancora prodottisi ⁽⁴⁴⁾.

Rimane da chiedersi se il disposto di una norma siffatta — la quale, così ricostruita nei suoi elementi essenziali, appare una significativa novità del nostro sistema di diritto internazionale privato ⁽⁴⁵⁾ — debba essere ulteriormente precisato in via interpretativa.

Com'è noto, più voci si sono levate dirette a limitare l'operatività del riconoscimento a quelle situazioni che presentino un carattere di prossimità con l'ordinamento di origine ⁽⁴⁶⁾.

In quest'ottica, potrebbe avanzarsi l'ipotesi che — in un sistema come il nostro, in cui il matrimonio e l'unione civile sono riservati in via esclusiva alle coppie eterosessuali e, rispettivamente, omosessuali — il riconoscimento dei matrimoni presi di mira dall'art. 32-*bis* sia subordinato, non soltanto alla loro esistenza e validità nello Stato di celebrazione, ma anche alla condizione che essi siano stati contratti in uno Stato con il quale la situazione presenti un collegamento sufficientemente significativo (costituito, ad esempio, dalla comune residenza dei coniugi o dalla nazionalità di uno di essi ⁽⁴⁷⁾) o, almeno, un collegamento non meramente « capriccioso », ovvero che, in difetto di tale

rechts?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2006, p. 651 ss., pp. 715 e 728.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 722; LAGARDE, *Reconnaissance, mode d'emploi*, cit., p. 495 ss.

⁽⁴⁵⁾ Finora risultavano riconducibili al metodo del riferimento all'ordinamento competente unicamente gli articoli 65 e 66 della legge n. 218/1995, che concernono il riconoscimento di provvedimenti (giurisdizionali) stranieri: v. PICONE, op. ult. cit., p. 352 ss.

⁽⁴⁶⁾ V., in generale, la dottrina delle *Metakollisionsnormen* elaborata da MANSEL, op. cit., p. 718; nonché, nello specifico campo familiare, QUINOES ESCAMEZ, *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple*, *Revue critique de droit int. privé*, 2007, p. 357 ss., p. 381.

⁽⁴⁷⁾ Sul modello di quanto previsto, ad esempio, dall'art. 7 della Convenzione CIEC (Commission internationale de l'état civil) n. 32, firmata a Monaco il 5 settembre 2007 (<http://www.ciec1.org>) sul riconoscimento dei partenariati registrati (secondo cui: « Un État contractant ne peut refuser de reconnaître un partenariat enregistré dans un autre État que pour l'un des motifs suivants: [...] 5. au moment de la déclaration de

collegamento, i matrimoni in questione non siano stati contratti all'estero con l'unico intento di sottrarsi al paradigma dell'unione civile ⁽⁴⁸⁾.

È certo, invece, che il riconoscimento sia suscettibile di essere rifiutato nel caso in cui il matrimonio risulti contratto in violazione degli impedimenti a concludere un'unione omoaffettiva elencati dall'art. 1, 4° comma, della legge 76/2016: nonostante l'art. 32-*bis* — a differenza di talune fonti convenzionali ⁽⁴⁹⁾ — taccia sul punto, il rilievo di tali impedimenti discende dalla necessaria applicazione della norma che li contempla, disposta dall'art. 32-*ter*, 1° comma, terzo periodo, della legge 218/1995 ⁽⁵⁰⁾.

In via generale, infine, il riconoscimento potrà essere inibito quando il matrimonio sia incompatibile con altra situazione (in particolare, con una decisione giudiziaria, anche proveniente da uno Stato terzo) già riconosciuta nel foro, nonché nel caso in cui il riconoscimento porti a risultati in contrasto con l'ordine pubblico internazionale ⁽⁵¹⁾.

Un significativo corollario del discorso sinora svolto è rappresentato dal fatto che, sebbene con metodi (e limiti) diversi a seconda dei caratteri della situazione concreta in considerazione, il riconoscimento

volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne se rattachait, par la nationalité ou la résidence habituelle, à l'État du lieu de l'enregistrement ».

⁽⁴⁸⁾ Potrebbero, ad esempio, essere considerati elusivi i matrimoni omosessuali contratti all'estero, dopo l'entrata in vigore della legge Cirinnà, da omosessuali cittadini italiani residenti in Italia (posto che ora è possibile per costoro costituire un'unione civile); viceversa, ogni intento elusivo va escluso con riferimento ai medesimi matrimoni, ove conclusi anteriormente all'entrata in vigore della novella (posto che, in quel momento, non era prevista per le coppie *same-sex* alcuna forma di convivenza registrata). Per ulteriori argomenti utili a sciogliere l'ipotesi prospettata nel testo, v. *infra*, par. 11.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. l'art. 11, 1° comma, nn. 1-3, della Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla celebrazione e il riconoscimento della validità dei matrimoni e l'art. 7 nn. 1-3 della citata Convenzione CIEC n. 32.

⁽⁵⁰⁾ La medesima natura è pacificamente attribuita in dottrina all'art. 116, 2° comma, cod. civ. (v., per tutti, SARAVALLE, *Articolo 27*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di Pocar, Treves, Carbone, Giardina, Luzzatto, Mosconi e Clerici), Padova, 1996, p. 143 ss., p. 145); tuttavia, vale la pena di precisare che gli impedimenti previsti dagli articoli 85, 86, 87 nn. 1, 2 e 4, 88 e 89 cod. civ., si applicano soltanto nel caso di matrimonio dello straniero celebrato in Italia (v. CARELLA, *Rapporti di famiglia (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento V*, Milano, 2001, p. 895 ss., p. 898; *contra*, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*², vol. II, Milanofiori Assago, 2006, p. 66 s., per i quali detti impedimenti valgono anche per il matrimonio celebrato all'estero).

⁽⁵¹⁾ Saranno, comunque, casi rari, vista la progressiva erosione della nozione di ordine pubblico in materia familiare: v. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, p. 113 ss.

dello *status* di coniuge è assicurato dal nostro sistema di conflitto, tanto ai componenti di coppie omosessuali straniere, quanto ai componenti di coppie omosessuali italiane (o miste), che si siano sposati all'estero; pertanto, come correttamente dispone l'art. 63, 2° comma, lett. *c-bis*), del d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 ⁽⁵²⁾, i relativi matrimoni dovranno essere trascritti, in quanto tali, nei registri dello stato civile italiano ⁽⁵³⁾.

3. In forza dell'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995, i rapporti patrimoniali scaturenti dai matrimoni omosessuali contratti all'estero da cittadini italiani sono direttamente e integralmente regolati dalla nostra legge e, precisamente, dall'art. 1, 13° comma, della legge n. 76/2016, il quale li assoggetta per *default* al regime della comunione legale dei beni (salva l'opzione in favore degli ulteriori regimi dal codice civile messi a disposizione dei soggetti coniugati) ⁽⁵⁴⁾.

I rapporti patrimoniali derivanti dagli altri matrimoni (tanto dai matrimoni eterosessuali, quanto da quelli omosessuali contratti all'estero da cittadini stranieri) sono, invece, regolati dalla legge designata dall'art. 30 della legge n. 218/1995.

In questa sede, non è possibile dare compiutamente conto della riflessione svolta da dottrina e giurisprudenza intorno a quest'ultima norma: una sua sintetica illustrazione appare, tuttavia, utile al fine di cogliere le differenze di disciplina tra matrimonio e unione civile, nonché, una volta che si saranno illustrate le pertinenti regole di conflitto italiane su quest'ultimo istituto, tra il nostro sistema e i due regolamenti indicati nel primo paragrafo.

In virtù del richiamo fatto dal citato art. 30 al precedente art. 29, in difetto di *professio iuris*, la legge applicabile ai rapporti patrimoniali

⁽⁵²⁾ La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, lett. *m*), n. 2, lett. *d*), del d.lgs. n. 5/2017.

⁽⁵³⁾ Sembra, invece, il frutto di un travisamento l'art. 134-*bis*, 3° comma, lett. *a*), del r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, introdotto dal medesimo d.lgs. n. 5/2017 (v. art. 2, lett. *c*)), il quale prescrive la trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero nella parte seconda del registro delle unioni civili: coloro che ne limitano il precetto ai soli matrimoni oggetto dell'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995 (v. BOGGIALI, RUOTOLO, op. loc. ult. cit.) omettono di considerare che — come già detto nel testo — quest'ultima norma non incide sulla realtà della fattispecie (cioè, non la « trasforma » da matrimonio a unione civile), ma soltanto sulla disciplina degli effetti che da essa discendono. In ogni caso, il citato art. 134-*bis*, 3° comma, lett. *a*), cesserà di trovare applicazione con l'attuazione dell'archivio informatico di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 396/2000.

⁽⁵⁴⁾ *Contra* LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 545, che limita l'« applicazione della legge italiana *ratione materiae*, ad esempio ai soli rapporti personali »: tale posizione — che appare arbitraria nella selezione delle materie che resterebbero coperte dall'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995 — risulta, in ogni caso, in palese contrasto con la lettera di quest'ultima disposizione e della norma che ne ha delegato l'emanazione.

tra coniugi coincide con quella che ne regola i rapporti personali ⁽⁵⁵⁾ ed è costituita dalla legge nazionale comune ⁽⁵⁶⁾, salvo il funzionamento del rinvio ai sensi dell'art. 13 della legge n. 218/1995.

⁽⁵⁵⁾ La possibilità che tale identità sia rotta dalla scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali — non consentita in materia di rapporti personali — comporta la necessità di distinguere l'ambito di applicazione delle due norme citate nel testo.

È opinione comune che il c.d. « regime patrimoniale primario » — cioè, il complesso dei diritti e doveri che, con il matrimonio, gli sposi assumono vicendevolmente e verso la famiglia, come gli obblighi di contribuzione, gli obblighi di assistenza e solidarietà familiare, compresa la responsabilità di un coniuge verso i terzi per gli obblighi assunti dall'altro (salvi gli obblighi di mantenimento e alimentari, disciplinati dal regolamento (CE) 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, a cui fa rinvio l'art. 45 della legge n. 218/1995) — rimane disciplinato dall'art. 29 di quest'ultima legge, in quanto, sebbene non scervo di contenuto patrimoniale, strettamente collegato ai diritti e doveri personali dei coniugi; viceversa, ricade sotto il disposto dell'art. 30 il c.d. « regime patrimoniale secondario », cioè l'insieme degli effetti che il matrimonio produce sui beni dei coniugi (e, in particolare, la disciplina del regime patrimoniale legale e convenzionale): v., per tutti, CLERICI, *Articolo 29*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 151 ss., p. 155; GAROFALO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*², Torino, 1997, p. 145; CARELLA, op. cit., p. 908; naturalmente, sussistono problemi qualificatori con riferimento a istituti particolari, quali l'ipoteca legale di un coniuge sui beni dell'altro, che, secondo alcuni, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 29 se funge da garanzia agli obblighi patrimoniali di un coniuge verso l'altro e/o ai suoi obblighi di contribuzione, e sotto la legge dei rapporti patrimoniali quando è riconducibile a un dato regime matrimoniale (così CARELLA, op. cit., p. 908), mentre da altri è rimessa *tout court* all'art. 30 (v. CLERICI, *Articolo 30*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 157 ss., p. 163 ss.; VILLANI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto internazionale privato*, Giustizia civile, 1996, II, p. 445 ss., p. 461).

Devono, inoltre, essere escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 30 le sistemazioni patrimoniali in sede di separazione e divorzio, regolate dall'art. 31 della legge n. 218/1995, in ragione dello stretto nesso di consequenzialità esistente tra i diversi aspetti della disciplina della crisi familiare: v. CLERICI, *Articolo 31*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 167 ss., p. 171; VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 31; VILLANI, op. ult. cit., p. 459; GAROFALO, op. cit., p. 148; CARELLA, op. cit., p. 909; *contra*, CONETTI, *Art. 30*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (a cura di Bariatti), *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1176 ss., p. 1177.

Infine, si ritiene che cadano sotto la disciplina dell'art. 30 sia le donazioni tra coniugi sottoposte a un regime speciale in ragione del vincolo coniugale, sia le donazioni obnuziali (v. VILLANI, op. ult. cit., p. 461; DAMASCELLI, *Il rinvio « in ogni caso » a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, *Rivista*, 1997, p. 78 ss., p. 95; *contra*, limitatamente alle donazioni obnuziali, CARELLA, op. loc. ult. cit.).

⁽⁵⁶⁾ Tale legge si applica, altresì, nel caso in cui, oltre alla cittadinanza comune, uno dei coniugi ne possieda una seconda; quest'ultima, infatti, rimane irrilevante, anche se sia quella italiana: v. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1996, p. 66; CONETTI, op. cit., p. 1175; VILLANI, op. ult. cit., p. 450; ZABBAN, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi e la riforma del diritto internazionale privato*, in *La*

In mancanza (cioè tanto nel caso in cui non vi sia una legge nazionale comune, quanto nel caso in cui ve ne sia più d'una)⁽⁵⁷⁾, si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata⁽⁵⁸⁾, con esclusione del rinvio che questa eventualmente faccia ad altra legge⁽⁵⁹⁾, in specie se ciò accade attraverso l'impiego di un criterio meramente formale (mentre laddove ciò accada

riforma del diritto internazionale privato (a cura del Comitato regionale notarile lombardo), Milano, 1996, p. 116; nel caso di bipolide cittadino italiano, sostiene, invece, la prevalenza dell'art. 19, 2° comma, secondo periodo, della legge n. 218/1995, con conseguente applicazione del criterio residuale della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, CLERICI, *Articolo 30*, cit., p. 163; più articolata la posizione di CARELLA, op. cit., p. 910 s., la quale, pur dando prevalenza all'art. 29 — in base alla cui *ratio*, dunque, dovrebbero essere risolte tutte le questioni di doppia cittadinanza in materia di rapporti tra coniugi — e negando « qualsiasi rilievo particolare e automatico alla cittadinanza italiana », individua nel criterio di collegamento della cittadinanza comune una « presunzione *iuris et de iure* di prevalente localizzazione », operante quando quella comune sia anche l'unica cittadinanza posseduta dai due coniugi; nel caso di più cittadinanze comuni, come in quello in cui un coniuge, oltre alla cittadinanza comune, ne possieda un'altra, troveranno, invece, applicazione i « criteri oggettivi di localizzazione », salvo che non sia dimostrato che « l'unica cittadinanza comune, ovvero una delle plurime cittadinanze comuni, [...] esprime il più intenso collegamento della vita familiare con un determinato ordinamento ».

⁽⁵⁷⁾ E ciò anche quando tra le cittadinanze comuni vi sia quella italiana: v. VILLANI, op. ult. cit., p. 451; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*³, Padova, 1999, p. 418; BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 5; CONETTI, *Art. 29*, in *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano* (a cura di Conetti, Tonolo e Vismara), Torino, 2009, p. 126; *contra*, CLERICI, *Articolo 29*, cit., p. 153.

⁽⁵⁸⁾ Tale criterio — che risponde all'obiettivo di individuare l'ordinamento con il quale la fattispecie presenta il collegamento più significativo — impone la (in taluni casi, delicata) ponderazione delle circostanze di fatto rilevanti nel caso specifico (quali, la residenza — non meramente anagrafica — dei coniugi, la loro cittadinanza, il luogo di celebrazione del matrimonio e quello di nascita degli eventuali figli, la lingua parlata nello svolgimento delle relazioni familiari, ecc.): v., diffusamente, VIARENGO, op. cit., p. 67 ss.

A esso deve farsi ricorso anche quando, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 218/1995, l'applicazione della legge nazionale comune debba essere scartata perché contraria all'ordine pubblico: v. VILLANI, op. ult. cit., p. 451 s.; CARELLA, op. cit., p. 913 s.; *contra*, CLERICI, *Articolo 29*, cit., p. 154 s.; ID., *Articolo 30*, cit., p. 166; VIARENGO, op. cit., p. 226 ss.; per le quali, in tal caso, deve farsi applicazione direttamente della *lex fori*.

⁽⁵⁹⁾ Pur non essendo espressamente contemplata dall'art. 13, 2° comma, della legge n. 218/1995, tale esclusione è sostenuta dalla dottrina per ragioni di ordine sistematico: precisamente, si afferma che l'accoglimento del rinvio non è compatibile con le norme di conflitto che rimettono all'interprete l'individuazione, caso per caso, dell'ordinamento con cui la fattispecie presenta il collegamento più stretto, perché il rinvio che, in ipotesi, le norme di diritto internazionale privato di quest'ultimo ordinamento facessero ad altro diritto, frusterebbe « la volontà delle regole di conflitto del foro che vengano applicate proprio le norme di quell'ordinamento in quanto è con esso che la fattispecie presenta le connessioni più rilevanti »: così, DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, *Rivista*, 1990, p. 556 ss., p. 601 ss.; nello stesso ordine di idee, PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato*, cit. p. 322, nota 98.

con un criterio avente rilevanza di fatto, questo potrà essere considerato tra gli elementi per la valutazione della localizzazione (60)).

Ai sensi dell'art. 30, 1° comma, secondo periodo, ai coniugi è consentito scegliere la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali tra le leggi dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o in cui almeno uno di essi risiede (61). In tal caso, a norma dell'art. 13, 2° comma, lett. a), è inibito il funzionamento del rinvio.

La valutazione della validità formale e sostanziale dell'*optio legis* è rimessa, alternativamente, alla legge scelta o alla legge del luogo in cui l'accordo è stato stipulato (art. 30, 2° comma), ferma restando la forma minima dell'atto scritto, richiesta dalla norma materiale di cui al secondo periodo del precedente 1° comma (62). Inoltre, poiché la scelta di legge determina, in ogni caso, il mutamento del regime patrimoniale vigente tra i coniugi (63), quando essa è fatta in favore della legge italiana deve rivestire la forma solenne prevista dalla nostra legge per le convenzioni matrimoniali (64).

Il 3° comma, primo periodo, della disposizione in esame condiziona l'opponibilità ai terzi del regime patrimoniale regolato da una legge straniera al fatto che essi ne abbiano avuto conoscenza, ovvero lo abbiano ignorato per loro colpa (65).

(60) V. PICONE, op. loc. ult. cit.; CONETTI, *Art. 29*, cit., p. 127.

(61) Tale previsione — che accoglie una sollecitazione dell'Institut de droit international (v. risoluzione del Cairo del 19 settembre 1987, *Rivista*, 1988, p. 269 ss.) — corrisponde a una tendenza diffusamente registrata nelle più recenti legislazioni internazionali/privatistiche straniere: in tema, v., per tutti, CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 143 ss.

Il novero delle leggi verso cui può dirigersi la *professio iuris* dei coniugi non subisce significative modificazioni ad opera del citato art. 69, par. 3, del regolamento (UE) 2016/1103, posto che le leggi contemplate dall'art. 22, par. 1, di quest'ultimo strumento coincidono, nella sostanza, con quelle indicate dall'art. 30, 1° comma, secondo periodo, della legge n. 218/1995.

(62) V. VIARENGO, op. cit., p. 215 ss.; *contra* VILLANI, op. ult. cit., p. 455, secondo cui le leggi richiamate all'art. 30, 2° comma, sono dirette a regolare la sola validità sostanziale, mentre la validità formale è disciplinata esclusivamente dall'art. 30, 1° comma, secondo periodo.

(63) E ciò anche nel caso in cui le leggi che si succedono prevedano regimi, in principio, omologhi (entrambe la comunione legale o la separazione dei beni), essendo evidente che la concreta disciplina di tali regimi non potrà mai essere esattamente coincidente.

(64) V. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1998, p. 25.

(65) L'ignoranza del terzo può riguardare sia l'individuazione della legge straniera applicabile, sia il suo contenuto, sia, infine, l'esistenza o il contenuto di convenzioni matrimoniali.

L'onere della prova in merito alla conoscenza del regime patrimoniale, o alla sua colpevole ignoranza, grava sui coniugi ⁽⁶⁶⁾; se la prova non è raggiunta, nei rapporti con i terzi si applica la legge italiana ⁽⁶⁷⁾.

Inoltre, quando sono in gioco diritti reali immobiliari, « l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano » (art. 30, 3° comma, secondo periodo). Ciò determina problemi per gli stranieri coniugati all'estero e non residenti nello Stato, ai quali, essendo preclusa la possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile il relativo atto di matrimonio, è pure preclusa la pubblicità dei regimi patrimoniali opzionali (che, com'è noto, si esegue attraverso l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio della convenzione matrimoniale con cui il regime opzionale è attivato) ⁽⁶⁸⁾. Secondo la dottrina notarile, supplisce, in tale caso, la pubblicità nei registri immobiliari (che, a seconda dei casi, potrà essere eseguita facendo leva sull'art. 2647 o sull'art. 2659, 1° comma, n. 1, cod. civ.) ⁽⁶⁹⁾.

Su un'ultima questione vale la pena di soffermarsi più diffusamente.

Dal sistema che si è brevemente tratteggiato discende una fisiologica variabilità della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra

⁽⁶⁶⁾ V. BALLARINO, *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, *Rivista*, 1990, p. 525 ss., p. 535; CLERICI, *Articolo 30*, cit., p. 1070; VILLANI, op. ult. cit., p. 462.

⁽⁶⁷⁾ Ma v. VILLANI, op. loc. ult. cit., secondo cui la *ratio* della norma, consistente nella tutela dell'affidamento del terzo, non dovrebbe condurre alla necessaria applicazione della *lex fori*, bensì a quella legge (anche straniera) che il terzo abbia ritenuto in buona fede applicabile.

⁽⁶⁸⁾ V. l'art. 19, 1° comma, primo periodo, del d.P.R. n. 396/2000, per il quale la trascrizione degli atti dello stato civile riguardanti gli stranieri è limitata ai « residenti in Italia ».

Vale la pena di rammentare, inoltre, che l'esecuzione di annotazioni a margine dei matrimoni contratti all'estero di cui sia possibile effettuare la trascrizione in Italia, inizialmente negata dal Ministero dell'interno (v. circolare Miacel n. 2/2001), è stata successivamente ammessa dalla circolare 3 agosto 2011 n. 10307, sulla scorta di Consiglio di Stato, parere 8 giugno 2011 n. 1732; la giurisprudenza è unanime nel consentire le annotazioni in discorso: v., ad esempio, Tribunale Venezia, decr. 15 settembre 2006, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, p. 256 ss.; Tribunale Monza, decr. 31 marzo 2007, *ivi*, 2007, p. 1736 ss., con nota di DI SAPIO, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale tra coniugi stranieri*, p. 1738 ss.; Tribunale Torino, decr. 14 maggio 2009, *ivi*, 2010, p. 200 ss., con nota di LIOTTA, *Un altro passo verso la conoscenza dell'art. 69 del d.P.R. 396 del 2000 presso gli archivi dello stato civile*, p. 203 ss. Una completa ricognizione della questione è fatta da TRAPANI, *Gli atti dello stato civile formati all'estero riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia*, *Famiglia e diritto*, 2012, p. 629 ss.

⁽⁶⁹⁾ V. SALERNO CARDILLO, op. cit., p. 25 ss. Il rimedio lascia comunque priva di pubblicità la convenzione matrimoniale stipulata in un momento successivo alla trascrizione dell'acquisto immobiliare.

coniugi; tuttavia, detta variabilità non comprometterebbe l'unitarietà di disciplina dei rapporti in esame perché, almeno secondo una parte della dottrina, in caso di mutamento della legge applicabile, la nuova legge troverebbe applicazione, in sostituzione della vecchia, retroattivamente, cioè « sin dal momento della celebrazione del matrimonio »⁽⁷⁰⁾.

Ciò comporterebbe che, nell'ipotesi di passaggio da un regime di comunione a un regime di separazione dei beni, i beni comuni diverrebbero di proprietà esclusiva del coniuge che ha proceduto all'acquisto e, nel caso inverso, i beni acquistati separatamente da ciascun coniuge nel vigore del vecchio regime diverrebbero comuni⁽⁷¹⁾.

Nel silenzio serbato dal legislatore sul punto⁽⁷²⁾, un siffatto esito appare da respingere, in quanto rischia di frustrare in maniera irragionevole, non tanto le aspettative dei terzi⁽⁷³⁾, quanto quelle dei coniugi i quali, salva l'ipotesi che la successione delle leggi applicabili dipenda da una *professio iuris*, sono normalmente all'oscuro delle conseguenze derivanti dal cambiamento delle circostanze assunte come criterî di collegamento dall'art. 30⁽⁷⁴⁾.

Un argomento decisivo per respingere la tesi che si avversa può essere ricavato da quanto accaduto in occasione della riforma del diritto di famiglia che sostituì la comunione legale alla separazione dei beni, quale regime patrimoniale legale. Ebbene, in quella circostanza, il legislatore ebbe cura di precisare che l'assoggettamento al nuovo regime dei beni acquistati anteriormente alla data di entrata in vigore della l. 19 maggio 1975 n. 151 dovesse essere espressamente convenuto

⁽⁷⁰⁾ Così, CIPRIANI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile*, *Rassegna di diritto civile*, 2009, p. 19 ss., p. 44; nello stesso senso, GAROFALO, op. cit., p. 169. *Contra*, ma con argomenti diversi da quelli tra poco svolti nel testo, SALERNO CARDILLO, op. loc. ult. cit.

⁽⁷¹⁾ V. GAROFALO, op. cit., p. 169 s.; CIPRIANI, op. cit., p. 48.

⁽⁷²⁾ La questione è affrontata espressamente in altri contesti normativi: v. l'art. 55 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, dove la regola della retroattività della nuova legge applicabile (1° comma, primo periodo) è mitigata dalla possibilità data ai coniugi di escluderla per iscritto (1° comma, secondo periodo) o di disporre l'ultrattività della vecchia legge (2° comma); nonché l'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali che esclude la retroattività (1° comma), pur ammettendo il patto contrario da parte dei coniugi (2° comma). In ordine alla disciplina contenuta nei regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104, v. quanto si dirà *infra*, par. 7.

⁽⁷³⁾ Nei cui confronti valgono, comunque, le regole di cui all'esaminato art. 30, 3° comma, della legge n. 218/1995.

⁽⁷⁴⁾ Al contrario di quanto ritiene GAROFALO, op. cit., p. 170, secondo cui il mutamento di titolarità dei beni sarebbe conseguenza dell'« assetto voluto dai coniugi o a cui i coniugi si sono sottoposti facendo mutare le condizioni di fatto rilevanti quali criteri di collegamento ».

dai coniugi ⁽⁷⁵⁾: da ciò può trarsi la conclusione che, nel nostro ordinamento, il trasferimento di proprietà di beni o diritti legittimamente acquistati secondo un determinato regime non può essere l'automatica conseguenza del suo mutamento ma richiede un'espressione di volontà da parte del relativo titolare.

Quanto precede, almeno in principio, non determina, nel caso di avvicendamento di leggi regolatrici, un frazionamento di disciplina dei rapporti in esame, la quale rimane quella dettata dalla legge applicabile nel momento considerato; comporta, piuttosto, che il fenomeno del cambiamento della legge regolatrice debba essere esaminato alla luce della vecchia e della nuova legge per accertare quali conseguenze innesca.

Così, per riprendere gli esempi fatti sopra, il passaggio al regime della separazione dei beni potrà essere considerato come causa di scioglimento del previgente regime della comunione e determinare l'obbligo di procedere alla liquidazione di quest'ultima (cfr. art. 191 ss. cod. civ.).

Viceversa, in caso di passaggio dal regime di separazione a quello della comunione, i beni acquistati separatamente in costanza del vecchio regime rimarranno personali di ciascun coniuge, ma a essi si applicheranno le regole di amministrazione e disposizione dettate dal nuovo (cfr. art. 185 cod. civ.) ⁽⁷⁶⁾.

In quest'ultimo caso, inoltre, i coniugi potranno assoggettare alla comunione anche i beni personali, ma esclusivamente nei limiti riconosciuti all'autonomia privata dal nuovo diritto materiale applicabile (cfr. art. 210 cod. civ.) ⁽⁷⁷⁾.

4. L'applicazione unilaterale della legge italiana alle unioni omosessuali costituite all'estero, predicata in maniera indiscriminata dal più volte citato art. 1, 28° comma, lett. *b*), della legge n. 76/2016, subisce, in materia di unione civile, limiti ancora più stringenti rispetto a quelli che il legislatore delegato ha stabilito per il matrimonio omosessuale.

⁽⁷⁵⁾ V. art. 228, 2° comma, della legge n. 151/1975. Sui problemi suscitati dal regime transitorio regolato da tale norma, v., per tutti, GABRIELLI, *Art. 228*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi), vol. II, Padova, 1976, p. 20 ss.

⁽⁷⁶⁾ V. VILLANI, *op. ult. cit.*, p. 454.

⁽⁷⁷⁾ Ciò implica che l'applicazione retroattiva dell'ultima legge regolatrice, a cui, in tal modo, i coniugi possono pervenire, non è mai frutto del mero gioco conflittuale ma può essere solo espressione di una precisa scelta negoziale esercitata nel quadro della nuova *lex substantiae*.

Precisamente, a norma dell'art. 32-*quinquies* della legge n. 218/1995, essa è subordinata alla ricorrenza nella fattispecie concreta di un doppio legame con il nostro Stato, costituito dalla cittadinanza italiana e dalla residenza abituale in Italia di entrambi i *partners*.

Con riferimento al primo dei suddetti collegamenti, appare sufficientemente sicuro che i casi di doppia cittadinanza non debbano essere risolti facendo applicazione dell'art. 19, 2° comma, secondo periodo, della medesima legge, e ciò in quanto tale collegamento non è impiegato dall'art. 32-*quinquies* al fine della designazione della legge applicabile, ma solo quale elemento definitorio della fattispecie che ha a oggetto: ne segue che il precetto della norma da ultimo citata rimarrà disattivato tutte le volte in cui, in base ai principi ricavabili dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione Europea, debba essere attribuita effettività alla cittadinanza di uno Stato straniero.

Inoltre, affinché il secondo collegamento risulti integrato, non è sufficiente che i *partners* abbiano in Italia la residenza anagrafica, essendo necessario che la presenza nel nostro Stato assuma il carattere dell'abitualità: la ricorrenza di tale attributo — che viene per la prima volta impiegato nella legge n. 218/1995 e che è chiaramente mutuato dal diritto dell'Unione Europea — dovrà essere accertata in conformità con quanto stabilito in merito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ⁽⁷⁸⁾.

L'art. 32-*quinquies* opera in tutti i casi in cui si riscontri la sussistenza del duplice collegamento appena esaminato: non soltanto, dunque, quando esso sia presente nel momento genetico dell'unione ⁽⁷⁹⁾, ma anche ove esso sopravvenga in un momento successivo (ad esempio, a seguito del trasferimento in Italia della residenza abituale degli uniti civilmente).

In tali casi, la disposizione in esame prescrive che l'unione civile costituita all'estero produce in Italia «gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

La norma — di cui può trovarsi un precedente nella c.d. *Kappungsklausel* contenuta nell'art. 17*b*, par. 4, EGBGB (legge introduttiva al codice civile tedesco) ⁽⁸⁰⁾ — ha, al pari del già esaminato art. 32-*bis*, una finalità antielusiva, mirando a evitare che, attraverso la sua conclusione all'estero, siano attribuiti all'unione civile effetti che, trascen-

⁽⁷⁸⁾ Per gli opportuni riferimenti, v. *infra*, nota 126.

⁽⁷⁹⁾ Così BIAGIONI, op. cit., p. 517; CAMPIGLIO, op. cit., p. 49.

⁽⁸⁰⁾ La quale, però, non richiede, quale presupposto alla sua applicazione, un significativo legame della *Lebenspartnerschaft* con l'ordinamento tedesco.

dendo quelli previsti dalla nostra legge, la avvicinino al (o finiscano per farla coincidere con il) matrimonio.

Invero, un esito del genere è difficile che si verifichi nella materia che ci occupa, posta la sostanziale equiparazione tra unione civile e matrimonio realizzata in questo campo dal legislatore della riforma; resta il fatto che i rapporti patrimoniali nascenti dalla fattispecie al vaglio sono direttamente e integralmente regolati dalla legge italiana e, precisamente, dall'art. 1, 13° comma, della legge n. 76/2016 (che, come già visto, li assoggetta al regime della comunione legale dei beni, salvi i regimi opzionali) ⁽⁸¹⁾.

Da un punto di vista pratico, tale risultato appare analogo a quello a cui perviene il ripetuto art. 32-*bis* ⁽⁸²⁾, con la non irrilevante differenza che, mentre in quest'ultimo caso si assiste indefettibilmente a un *downgrading* di disciplina della fattispecie (da matrimonio a unione civile regolata dalla legge italiana), nel caso avuto di mira dall'art. 32-*quinquies* può assistersi anche a un (eventualmente) indesiderato *upgrading*, tutte le volte in cui la legge altrimenti applicabile in forza dell'art. 32-*ter*, 4° comma, riconnetta all'unione civile effetti ancora più distanti dal matrimonio rispetto a quelli previsti dalla legge italiana.

La norma da ultimo citata viene in gioco in tutti i casi in cui l'unione civile non presenti alcuno dei collegamenti posti dall'art. 32-*quinquies*, nonché, secondo un meccanismo già noto al nostro sistema conflittuale ⁽⁸³⁾, anche quando uno soltanto di essi scompaia ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ Anche sotto questo profilo c'è differenza con l'art. 17, par. 4, EGBGB, secondo il quale la legge regolatrice straniera rimane applicabile, ma privata degli effetti che eccedono quelli previsti in materia dalla *lex fori*.

⁽⁸²⁾ Le similitudini tra l'art. 32-*quinquies* e l'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995 finiscono qui: infatti, nonostante la lettera delle due disposizioni sia analoga, la prima va riguardata come una classica norma di conflitto unilaterale introversa, esclusivamente diretta a derogare l'art. 32-*ter*, 4° comma (il cui contenuto sarà fra poco illustrato nel testo), impedendo il richiamo di valori giuridici stranieri altrimenti attivato da quest'ultima disposizione. Ne segue che alle unioni civili costituite all'estero da cittadini italiani abitualmente residenti in Italia sono applicabili le altre disposizioni del citato art. 32-*ter* e, in particolare, il 1° e il 3° comma, con la conseguenza che tali unioni civili sono produttive di effetti nel nostro ordinamento solo se rispettano i requisiti previsti dalle leggi ivi richiamate: v. CAMPIGLIO, op. loc. ult. cit.

⁽⁸³⁾ Il riferimento è all'art. 25, 1° comma, secondo periodo, della legge n. 218/1995, sul quale v. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche*, *Rivista delle società*, 1997, p. 39 ss., p. 87 ss.; DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, p. 65 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. BIAGIONI, op. loc. ult. cit., secondo il quale, « nel caso del cambiamento di residenza dei — o di uno dei — *partners* », vi sarebbe « spazio per ritenere applicabili [...] i meccanismi elencati nell'art. 32-*ter*, 4° comma, secondo e terzo periodo »; l'assunto è condivisibile, ma con due precisazioni: da un lato, la disapplicazione della norma unilaterale in esame è conseguenza di un trasferimento stabile

Essa affida, di regola, a un'unica legge, e, precisamente, alla « legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita », la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali tra omosessuali uniti civilmente ⁽⁸⁵⁾.

Nonostante il criterio di collegamento adottato dal legislatore italiano legittimi, in qualche misura, il *law shopping*, cioè la ricerca da parte dei *partners* della legge materiale che meglio si confà ai loro interessi (salvi gli eventuali limiti posti da tale legislazione alla costituzione dell'unione da parte di soggetti stranieri) ⁽⁸⁶⁾, esso risulta efficiente e conducente allo scopo che, almeno in principio, sia assicurata la produzione transfrontaliera degli effetti attribuiti all'unione in considerazione dall'ordinamento in base al quale essa è stata creata.

Inoltre, tenuto conto del fatto che, a norma del secondo periodo del 1° comma della medesima disposizione, la capacità di concludere un'unione civile deve essere comunque riconosciuta al diciottenne omosessuale sulla base della nostra legge ⁽⁸⁷⁾, tale criterio di collegamento consente di dare effetto all'unione validamente costituita all'estero anche ove la legge nazionale di uno dei suoi componenti non conosca l'istituto ⁽⁸⁸⁾.

Mette conto rilevare, tuttavia, che l'applicazione della *lex loci celebrationis* potrebbe essere contraddetta dall'inesco del rinvio di cui all'art. 13 della legge n. 218/1995, il cui funzionamento *in subiecta materia* non è stato escluso dal legislatore ⁽⁸⁹⁾.

Va aggiunto che il criterio di collegamento in esame risente della configurazione data all'unione civile dal diritto materiale italiano, il quale vuole che essa sia costituita « mediante dichiarazione di fronte

all'estero, sicché alla nuova residenza possa essere attribuito il carattere dell'abitudine; dall'altro, tale disapplicazione comporta la reviviscenza dell'intera disposizione di cui all'art. 32-ter, 4° comma, e il conseguente richiamo, (anche e) in primo luogo, della legge ivi designata a titolo oggettivo. *Contra* CAMPIGLIO, op. loc. ult. cit., la quale sostiene che è « ininfluenza l'eventuale successivo trasferimento di una o di entrambe le parti all'estero ».

⁽⁸⁵⁾ Come nel caso dei coniugi, l'identità di legge applicabile a tali rapporti può essere rotta dall'esercizio della *professio iuris*, la quale, come subito si dirà nel testo, è ammessa solo con riferimento ai rapporti patrimoniali. Ne segue l'utilità di distinguere quanto attiene all'una e all'altra categoria, per cui si rinvia a quanto esposto *supra*, nota 55.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. BIAGIONI, op. cit., p. 513, secondo il quale il criterio di collegamento in esame « reca in sé un elemento di intenzionalità, poiché discende dalla scelta delle parti di contrarre l'unione civile in un determinato Stato ».

⁽⁸⁷⁾ Salvi gli impedimenti di cui all'art. 1, 4° comma, della legge n. 76/2016, che, come già rilevato, è qualificato dall'art. 32-ter, 1° comma, terzo periodo, della legge n. 218/1995 come norma di applicazione necessaria.

⁽⁸⁸⁾ V. CAMPIGLIO, op. cit., pp. 54 e 59.

⁽⁸⁹⁾ V. BIAGIONI, op. cit., p. 513 s.; CAMPIGLIO, op. cit., p. 59.

all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni » (v. art. 1, 2° comma, della legge n. 76/2016).

Ciò impone di interrogarsi circa la sussumibilità, nella categoria astratta contemplata dalla norma in esame, delle unioni civili previste da ordinamenti stranieri, la cui formazione non presupponga una modalità di celebrazione simile alla nostra.

Al quesito pare doversi dare risposta positiva sulla scorta dell'assimilazione all'unione civile di ogni « altro istituto analogo » noto all'estero contenuta nella delega di cui al citato art. 1, 28° comma, lett. b), della legge n. 76/2016; assimilazione di cui è rimasta traccia nell'*incipit* dell'art. 32-*quinquies* della legge n. 218/1995 e che deve intendersi implicita nelle altre disposizioni aventi a oggetto l'unione civile.

La conclusione che ne discende — per la quale nell'espressione « unione civile » accolta dal sistema conflittuale italiano devono ritenersi comprese tutte le unioni omosessuali diverse dal matrimonio per le quali la legge materiale di riferimento preveda una forma di registrazione — è coerente con l'assunto di carattere generale per il quale le norme di diritto internazionale privato vanno interpretate in maniera elastica, in modo da accogliere anche fattispecie non esattamente coincidenti con quelle previste dalla *lex fori*, e con la natura stessa del criterio di collegamento prescelto dall'art. 32-*ter*, 4° comma, primo periodo, che impone di tenere conto del modo di disporre della *lex causae* nella qualificazione della fattispecie concreta ⁽⁹⁰⁾.

Ne segue ulteriormente che, con riferimento alle unioni non matrimoniali costituite secondo formalità diverse da quelle contemplate dalla legge italiana per l'unione civile, il collegamento dovrà intendersi fatto non già alla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita, ma alla legge dello Stato che ha presieduto alla creazione dell'unione e presso i cui registri essa è stata conseguentemente iscritta ⁽⁹¹⁾.

L'immutabilità del criterio di collegamento adottato dall'art. 32-*ter*, 4° comma, primo periodo, favorisce la certezza e la prevedibilità

⁽⁹⁰⁾ Sotto questo profilo la *lex loci celebrationis* a cui fa riferimento il più volte citato art. 32-*ter*, 4° comma, primo periodo, della legge n. 218/1995 appare assimilabile alla *lex loci incorporationis* richiamata dall'art. 25, 1° comma, primo periodo, della medesima legge (sul cui funzionamento v. BENEDETTELLI, op. cit., p. 61 ss.; DAMASCELLI, op. ult. cit., p. 45 ss.). In proposito, v. CAMPIGLIO, op. cit., p. 54, secondo la quale, in materia di rapporti personali e patrimoniali degli uniti civilmente, il legislatore « si è spinto a ibridare il modello matrimoniale con il modello che potremmo definire "societario" ».

⁽⁹¹⁾ Così interpretato, il criterio di collegamento in esame si avvicina a quello adottato dall'art. 26 del regolamento (UE) 2016/1104.

della legge regolatrice; esso potrebbe, tuttavia, determinare l'applicazione di una legge che, a causa delle variate condizioni di fatto della fattispecie, non corrisponde più alle aspettative della coppia.

Per questo motivo, il legislatore ha dettato le disposizioni di cui ai successivi secondo e terzo periodo.

Con la prima è consentito che, su istanza di una delle parti, in alternativa alla *lex loci celebrationis*, il giudice possa disporre « l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata ».

La norma riprende il modello costituito dall'art. 26, par. 2, del regolamento (UE) 2016/1104 ⁽⁹²⁾ ma, nella sua laconicità, lascia aperti una serie di problemi.

Innanzitutto, deve ritenersi che la decisione di fare applicazione della legge alternativa appartenga alla piena discrezionalità del giudice anche nel caso in cui l'istanza provenga dalle parti congiuntamente, non potendosi attribuire a tale istanza natura di *optio legis* ⁽⁹³⁾; secondariamente, l'applicazione della legge alternativa non sembra potere conseguire alla mera costatazione — insita nel criterio di collegamento adottato — della sua maggiore effettività rispetto alla *lex loci celebrationis*, ma deve essere subordinata alla sussistenza di elementi ulteriori, quali, ad esempio, la valutazione che su tale legge riposasse l'affidamento di entrambi i *partners* ⁽⁹⁴⁾ o la considerazione delle conseguenze della sua applicazione o mancata applicazione, anche nei confronti dei terzi; infine, la deroga eventualmente disposta vale soltanto per la soluzione della questione oggetto di causa, al di fuori della quale rimane applicabile la legge designata dall'art. 32-ter, 4° comma, primo periodo ⁽⁹⁵⁾.

L'ultimo periodo della medesima disposizione attribuisce agli omosessuali uniti civilmente la facoltà di scegliere la legge regolatrice dei loro rapporti patrimoniali tra le stesse leggi messe a disposizione dei coniugi dal precedente art. 30, 1° comma, secondo periodo.

A esse va aggiunta « la legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita » di cui all'art. 22, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 2016/1104, legge che, in virtù del successivo art. 69, par. 3, può essere scelta da coloro che si sono uniti civilmente in data

⁽⁹²⁾ Il quale, però, adotta quale legge alternativa, quella dell'ultima residenza abituale comune, a condizione che essa si sia protratta « per un tempo sufficientemente lungo ».

⁽⁹³⁾ V. BIAGIONI, op. cit., p. 514; CAMPIGLIO, op. cit. p. 59 s.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. art. 26, par. 2, lett. b), del regolamento (UE) 2016/1104.

⁽⁹⁵⁾ La cui deroga necessita, pertanto, di una apposita scelta di legge.

anteriore al 30 gennaio 2019, a patto che essi esercitino la *professio iuris* in suo favore a partire da tale data.

L'impatto pratico della coppia di norme appena citate non va sopravvalutato, dal momento che il recupero della legge applicabile a titolo oggettivo ai sensi dell'art. 32-ter, 4° comma, primo periodo, della legge n. 218/1995 deve ritenersi consentito nel sistema italiano, quale conseguenza della mera revoca dell'*optio legis* precedentemente esercitata in favore di una delle leggi contemplate dal terzo periodo.

Nell'art. 32-ter, 4° comma, difetta ogni disciplina circa la validità formale e sostanziale dell'*optio legis* e circa le condizioni di opponibilità ai terzi del regime patrimoniale degli uniti civilmente regolato da una legge straniera: tuttavia, il rilievo che la nuova disposizione è in buona misura ispirata a quella in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi dovrebbe essere argomento sufficiente per rimuovere ogni ostacolo all'applicazione analogica delle pertinenti regole dettate in quest'ultima materia ⁽⁹⁶⁾.

All'applicazione analogica dell'art. 30-ter, 4° comma, come appena integrato, si dovrà ricorrere per l'individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali nascenti dalle unioni civili tra persone di sesso diverso, in quanto il legislatore delegato si è limitato a regolare le unioni della medesima natura tra persone dello stesso sesso ⁽⁹⁷⁾, con la precisazione che, in virtù dell'art. 32-ter, 1° comma, primo periodo, rischiano di rimanere prive di effetti in Italia le unioni civili eterosessuali contratte all'estero da italiani (anche con stranieri) ⁽⁹⁸⁾, e che altrettanto vale per siffatte unioni concluse tra stranieri la cui legge

⁽⁹⁶⁾ V. BIAGIONI, op. cit., p. 514 s.; CAMPIGLIO, op. cit. p. 58.

Naturalmente, la validità formale e l'opponibilità ai terzi della scelta di legge di cui all'art. 69, par. 3, del regolamento (UE) 2016/1104 dovrà essere giudicata sulla base delle pertinenti disposizioni dello strumento comunitario.

⁽⁹⁷⁾ E non poteva essere diversamente, posto che la delega contenuta nell'art. 1, 28° comma, lett. b), della legge n. 76/2016 contempla solo quest'ultima tipologia di unione.

La questione si è già posta in Germania (dove ci si è chiesti se il citato art. 17b EGBGB comprenda le unioni registrate eterosessuali, a fronte di una disciplina materiale che non le regola: v., in senso negativo, MANKOWSKI, *Art. 17 b EGBGB, in Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz* (a cura di von Staudinger), München, 2010, p. 867, e, in senso positivo, COESTER, *EGBGB Artikel 13- Eheschliessung, in Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2010, p. 7) e nel Regno Unito (dove la *Section 212 del Civil Partnership Act 2004* definisce le *overseas relationships* come unioni registrate « by two people [...] of the same sex »: per un riassunto del dibattito dottrinale, v. MCKENZIE NORRIE, *Recognition of Foreign Relationship under the Civil Partnership Act 2004, Journal of Private International Law*, 2006, p. 150 ss.).

⁽⁹⁸⁾ Risolvendosi l'incapacità disposta dalla legge italiana in un impedimento c.d. bilaterale.

nazionale non conosca l'istituto, risultando inapplicabile il secondo periodo della medesima disposizione ⁽⁹⁹⁾.

5. Il sistema internazionalprivatistico italiano contiene una norma espressamente dedicata ai contratti di convivenza.

Precisamente, l'art. 30-*bis*, 1° comma, della legge n. 218/1995 sottopone tali contratti, in primo luogo, alla legge nazionale comune dei contraenti ⁽¹⁰⁰⁾.

Anche *in subiecta materia* non è escluso il rinvio: il suo funzionamento, tuttavia, non dovrebbe dare luogo a soverchi problemi, essendo verosimile che il diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato adotti, in alternativa al criterio di collegamento della cittadinanza, quello della residenza o del domicilio dei conviventi, conducendo, per questa via, almeno nella più parte dei casi, all'applicazione della medesima legge designata dal secondo periodo della medesima disposizione.

Ove difetti una legge nazionale comune ⁽¹⁰¹⁾, quest'ultima norma richiama la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata, (deve ritenersi) con esclusione del rinvio ⁽¹⁰²⁾.

L'origine della norma — introdotta, come si è accennato nel primo paragrafo, dall'art. 1, 64° comma, della legge n. 76 del 2016 — e la sua collocazione nel 4° capo del titolo III della legge n. 218/1995, dedicato ai rapporti di famiglia, induce a escludere con certezza che essa intenda disciplinare anche i contratti di tal fatta conclusi tra persone che non siano unite da legami affettivi di coppia.

Questi ultimi contratti, infatti, sono e rimangono regolati dal regolamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), dal cui campo di applicabilità oggettiva sono, invece, eccettuate le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali « tra coniugi » o « relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio » (v. art. 1, par. 2, lett. c) ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. BIAGIONI, op. cit., p. 509, nota 47.

⁽¹⁰⁰⁾ V. *supra*, nota 56.

⁽¹⁰¹⁾ V. *supra*, nota 57. Ciò appare corroborato dal precetto (apparentemente didascalico) del 2° comma dell'art. 30-*bis* il quale, facendo « salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima », esclude ogni automatica prevalenza della cittadinanza italiana eventualmente posseduta da una o da entrambe le parti.

⁽¹⁰²⁾ V. *supra*, nota 59.

⁽¹⁰³⁾ Sui rapporti tra l'art. 30-*bis* della legge n. 218/1995 e il regolamento (CE) 593/2008, v. MALGIERI, *L'unione civile alla prova del diritto internazionale privato*:

D'altro canto, l'introduzione dell'art. 30-*bis* non comporta nemmeno che la disciplina di conflitto dei contratti di convivenza con cui i coniugi o gli uniti civilmente regolino i reciproci rapporti sia senz'altro affidata alla nuova norma. In tali casi, infatti, le disposizioni internazionalprivatistiche di riferimento sono costituite dagli articoli 29 e 30 e, rispettivamente, dall'art. 32-*ter*, 4° comma, della legge n. 218/1995, dovendosi ritenere del tutto incoerente la sottoposizione dei ripetuti contratti a una legge potenzialmente differente da quella applicabile, in via generale, ai rapporti tra i soggetti che ne sono parti (ciò può accadere, in particolare, ove tali contratti regolino aspetti patrimoniali della convivenza e le parti abbiano esercitato l'*optio legis* prevista dalle ultime due norme citate, preclusa, invece, dall'art. 30-*bis*).

Da quanto precede discende che l'oggetto dell'art. 30-*bis* rimane circoscritto a quelle formazioni sociali, come il *Pacte civil de solidarité* (*PaCS*) di diritto francese⁽¹⁰⁴⁾ che, pur potendo, in principio, rientrare nella nozione internazionalprivatistica di unione civile che sopra si è data⁽¹⁰⁵⁾, se ne distinguono dal punto di vista genetico, riposando su una manifestazione di volontà assimilabile a quella contrattuale⁽¹⁰⁶⁾.

L'interpretazione appena proposta porta con sé il corollario secondo cui — nonostante il silenzio del legislatore — i criteri di collegamento adottati dall'art. 30-*bis* vanno riferiti al momento della conclusione del contratto, rivelandosi incongruo il disconoscimento degli effetti di una convivenza regolarmente formatasi secondo le leggi da tale norma richiamate, a causa del successivo mutamento delle condizioni soggettive od oggettive della fattispecie.

L'art. 30-*bis* tace sui requisiti di forma che deve rivestire il contratto di convivenza. Naturalmente, tale contratto sarà valido, sotto questo aspetto, ove soddisfi le prescrizioni della *lex substantiae*; mentre rimane dubbio se, in alternativa a tale legge, possa farsi riferimento alla *lex loci actus*, tradizionalmente considerata per la disciplina di questo aspetto della fattispecie.

all'ombra di una delega legislativa, *GenIUS*, 2016, p. 86 ss, p. 89 s., reperibile nel sito <http://www.articolo29.it/genius/>.

⁽¹⁰⁴⁾ Introdotto nel codice civile dalla l. 15 novembre 1999 n. 99-944, in *Journal Officiel* 16 novembre 1999 n. 265.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. art. 515-3 cod. civ. francese, il quale prevede la registrazione del patto presso la cancelleria del tribunale di residenza delle parti o di una di esse.

⁽¹⁰⁶⁾ V. art. 515-1 cod. civ. francese, secondo cui: « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »; sulla scorta di tale disposizione, WINKLER, op. cit., p. 81, pur qualificando il PACS « come istituto di diritto di famiglia », ne riconosce la « natura prevalentemente contrattuale ».

Nello stesso senso, TONOLO, op. ult. cit., p. 314 s.

Ai sensi dell'art. 23, 1° comma, secondo periodo, della legge n. 218/1995, alla *lex causae* dovrà farsi ricorso anche per la disciplina della capacità di agire dei paciscenti, in quanto capacità speciale.

Dall'art. 30-*bis*, 1° comma, si ricava, inoltre, il perimetro applicativo dei contratti di cui all'art. 1, 50° comma ss., della legge n. 76/2016, con cui i conviventi di fatto possono regolare taluni aspetti patrimoniali della loro relazione ⁽¹⁰⁷⁾.

Precisamente, tali contratti sono dal nostro ordinamento messi a disposizione (e, dunque, possono essere ricevuti o autenticati dai professionisti indicati all'art. 1, 51° comma, della medesima legge, ove richiesti da parte) di *partners* che:

- a) siano entrambi cittadini italiani;
- b) siano cittadini stranieri della medesima nazionalità, a condizione che il diritto internazionale privato dell'ordinamento di appartenenza faccia rinvio indietro alla legge italiana (ai sensi dell'art. 13, 1° comma, lett. b), della legge n. 218/1995);
- c) siano cittadini stranieri di diversa nazionalità, a condizione che la prevalente localizzazione della convivenza sia in Italia.

A ciò va aggiunto che, a prescindere dalla stipula di un contratto, la registrazione della comune residenza anagrafica nel nostro Paese da parte dei conviventi (ai sensi dell'art. 1, 37° comma, della legge n. 76/2016) appare condizione necessaria (ma non sufficiente, dovendo, comunque, sussistere gli ulteriori requisiti, e mancare gli impedimenti, di cui al precedente 36° comma) per l'applicazione a essi (di qualunque nazionalità siano) della nuova disciplina sulla convivenza di fatto. Risulta persuasiva, infatti, la posizione di chi ritiene che la rilevanza giuridica di tale convivenza sia subordinata alla sua accertabilità nei modi previsti dal citato 37° comma ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Ai sensi dell'art. 1, 53° comma, lett. c), della legge n. 76/2016, il contratto di convivenza può contenere la scelta del regime della comunione legale dei beni.

Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 515-5-1 cod. civ. francese, i *partners* « peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions ».

⁽¹⁰⁸⁾ V., con dovizia di argomentazioni, TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76, Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 1736 ss., p. 1738 s., a cui adde LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016, Famiglia e diritto*, 2016, p. 1085 ss., p. 1087; CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, *Notariato*, 2017, p. 394 ss., pp. 397 e 402; COPPOLA, *Il contratto concluso per la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, in *Unione civile e convivenza di fatto*, cit., p. 761 ss., p. 785 ss.

Nello stesso senso si è espresso il Ministero dell'interno con il parere in data 6 febbraio 2017, protocollo n. 0000231, <http://www.momentolegisaltivo.it>, secondo cui: « La disciplina introdotta dalla legge 76/2016 in materia di convivenze di fatto si

Infine, all'efficacia in Italia di una convivenza basata su un contratto stipulato all'estero può pervenirsi — anche nell'ipotesi in cui esso sia concluso nel quadro di una legge diversa da quelle indicate dall'art. 30-*bis*, 1° comma — ove esso rivesta la forma dell'atto pubblico. L'attuazione degli atti aventi tale forma è, infatti, assicurata dall'art. 68 della legge n. 218/1995 all'unica condizione che essi non siano contrari all'ordine pubblico (solo quest'ultimo requisito rilevando in materia tra quelli — cui si perviene per il tramite dell'art. 67 — elencati all'art. 64 e non figurando in essi la condizione che l'autorità straniera abbia applicato la medesima legge designata dalle norme di conflitto italiane) ⁽¹⁰⁹⁾.

6. Come già accennato nel primo paragrafo, con riferimento alle coppie etero od omosessuali formatesi a partire dal 30 gennaio 2019, le norme italiane finora illustrate cederanno il passo a quelle recate dal regolamento (UE) 2016/1103, dedicato ai rapporti patrimoniali tra coniugi, e dal regolamento (UE) 2016/1104, relativo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Detti regolamenti hanno vocazione a disciplinare esaustivamente la materia di cui si occupano ⁽¹¹⁰⁾, al pari del regolamento (UE) 650/2012, di cui costituiscono il completamento ⁽¹¹¹⁾ e da cui hanno tratto in buona misura ispirazione ⁽¹¹²⁾.

applica per “espressa previsione di legge” solo a cittadini italiani e stranieri, residenti in Italia e non prevede l'applicazione ai cittadini iscritti all'AIRE ». *Contra*, BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e « modello » matrimoniale: prime riflessioni*, *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1779 ss., p. 1786 s.; ROMANO (C.), op. cit., p. 342; Tribunale Milano, ord. 31 maggio 2016 (inedita).

⁽¹⁰⁹⁾ Si noti che, ai sensi dell'art. 515-3, 5° comma, cod. civ. francese, il PACS può essere ricevuto da un notaio, il quale ne cura la registrazione in cancelleria.

⁽¹¹⁰⁾ Essi regolano, infatti, la competenza giurisdizionale, la legge applicabile, nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie.

⁽¹¹¹⁾ Sui problemi che la mancata armonizzazione del diritto internazionale privato dei rapporti patrimoniali tra coniugi e *partners* spiega sul diritto delle successioni, v. MARINO, *I diritti del coniuge o del partner superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea*, *Rivista*, 2012, p. 1114 ss.; BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruxelles, 2013, p. 82 ss.; BONOMI, op. cit., p. 217 s.; DAVI, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 32 ss.; DAMASCELLI, *Brevi note sull'efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante la successione di un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. II, Bari, 2017, p. 1103 ss., riprodotto in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 67 ss.

⁽¹¹²⁾ V. LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 676 ss., p. 677.

Inoltre, nello specifico settore della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, il regolamento (UE) 2016/1103 ha tenuto presente le scelte operate dalla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978, semplificandone, tuttavia, la complessità ⁽¹¹³⁾.

I due regolamenti in questione hanno la stessa struttura ⁽¹¹⁴⁾ e forniscono alla maggior parte delle questioni la medesima soluzione e giustificazione ⁽¹¹⁵⁾, al punto da potere essere definiti *jumeaux* ⁽¹¹⁶⁾.

Ciò consente di farne un'introduzione congiunta ⁽¹¹⁷⁾, di proseguirne l'esame concentrandosi sul primo, segnalando le differenze rispetto a questo del secondo, e di concludere elencando le disposizioni a essi comuni.

In primo luogo, va rimarcato che i regolamenti non influiscono sulla nozione di matrimonio né su quella di unione registrata, le quali restano disciplinate « dal diritto interno degli Stati membri » (considerando n. 17) ⁽¹¹⁸⁾.

In aggiunta, il considerando n. 17 del regolamento (UE) 2016/1104 chiarisce che da quest'ultimo non deriva alcun obbligo in capo allo Stato membro « la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale ».

Coerentemente, le questioni relative a esistenza, validità e riconoscimento di matrimoni e unioni registrate esulano dal campo di applicazione dei regolamenti (v. art. 1, par. 2, lett. b)), restando affidate al « diritto nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato » (considerando n. 21).

⁽¹¹³⁾ Tale complessità sta alla base dello scarso successo avuto dalla Convenzione, la quale è stata firmata solo da cinque Stati ed è in vigore esclusivamente tra Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi (per un commento, v. VON OVERBECK, *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, *Annuaire suisse de droit int.*, vol. XXXIII, 1977, p. 105 ss.).

Nei tre Stati membri menzionati, essa sarà sostituita dal regolamento (UE) 2016/1103, nei limiti della sua applicazione *ratione temporis* (v. art. 62, par. 2); resteranno, invece, in vigore nei rapporti tra gli Stati membri che ne sono parti le convenzioni indicate al par. 3 della medesima disposizione.

⁽¹¹⁴⁾ Anche la numerazione degli articoli risulta la medesima.

⁽¹¹⁵⁾ Nelle norme e, rispettivamente, nei considerando.

⁽¹¹⁶⁾ Così JOUBERT, *La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, *Revue critique de droit int. privé*, 2017, p. 1 ss., p. 3.

⁽¹¹⁷⁾ Nel presente paragrafo, ove non diversamente indicato, il numero degli articoli e dei considerando si riferisce a entrambi i regolamenti.

⁽¹¹⁸⁾ È vero che, come si vedrà, il regolamento (UE) 2016/1104 contiene una definizione di unione registrata (v. art. 3, par. 1, lett. a)) ma, come chiarito dal considerando n. 17, essa rileva « ai fini esclusivi » del regolamento medesimo.

Ne deriva che la risposta ai problemi inerenti all'ammissibilità del matrimonio *same-sex* e alla regolamentazione delle unioni diverse dal matrimonio rimangono di pertinenza esclusiva degli Stati membri, le cui giurisdizioni sono anche legittimate a declinare la competenza nel caso in cui, in virtù delle proprie valutazioni internazionalprivatistiche, non riconoscano il matrimonio o l'unione registrata in questione (v. art. 9, par. 1) ⁽¹¹⁹⁾.

Rispetto allo strumento sulle successioni, i regolamenti gemelli mantengono il principio di unità della legge applicabile (v. art. 21), ma escludono il rinvio (v. art. 32), ciò che — sebbene semplifichi per il pratico l'individuazione della legge applicabile — è stato giustamente criticato in dottrina, in quanto rischia di rompere il coordinamento con il regolamento (UE) 650/2012 ⁽¹²⁰⁾.

Infine, definendo il « regime patrimoniale tra coniugi » e, rispettivamente, « gli effetti patrimoniali di un'unione registrata » come « l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi (o dei *partners*) tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio (o del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione) o del suo scioglimento », i due regolamenti includono nel loro campo di applicazione, tanto il c.d. « regime patrimoniale secondario », quanto il c.d. « regime patrimoniale primario » ⁽¹²¹⁾.

Ciò è confermato dall'art. 27 che, nell'elenco esemplificativo delle materie rimesse al dominio della legge applicabile, comprende « la responsabilità di un coniuge (o di un *partner*) per le passività e i debiti dell'altro » (lett. *c*)), materia tradizionalmente ascritta al regime primario ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ In applicazione degli articoli 36 ss., rimane intatto, invece, l'obbligo di riconoscere le decisioni su tali unioni provenienti dagli altri Stati membri.

⁽¹²⁰⁾ V. LAGARDE, op. ult. cit., p. 684 s.

⁽¹²¹⁾ V. JOUBERT, op. cit., p. 6 s.; VINAIXA MIQUEL, *La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)*, in *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de derecho internacional privado* (a cura di Fernández Rozas, Bouza Vidal et al.), *InDret*, 2017, p. 275 ss., p. 284 ss., <http://www.indret.com>.

⁽¹²²⁾ V. *supra*, nota 55. A proposito dell'art. 27, vale la pena di rilevare che la versione italiana della lett. *g*) contenuta nel regolamento (UE) 2016/1104 reca una evidente imprecisione terminologica laddove, a differenza delle altre versioni linguistiche e della corrispondente disposizione del regolamento (UE) 2016/1103, fa riferimento alla « validità formale » delle convenzioni tra *partners* (peraltro, come si vedrà, esaustivamente regolata dall'art. 25) anziché, come correttamente dovrebbe essere, alla loro « validità sostanziale ».

La scelta è da salutare con soddisfazione, in quanto evita all'interprete di confrontarsi con delicate questioni di qualificazione⁽¹²³⁾, la cui soluzione rischia di essere pressoché insormontabile quando la legge richiamata non conosce la distinzione in questione o non conosce affatto la nozione di rapporti patrimoniali⁽¹²⁴⁾.

7. In mancanza di *professio iuris*, l'art. 26, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103 dichiara applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, in ordine successivo:

a) la legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio;

b) la legge dello Stato di cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio;

c) la legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto in quest'ultimo momento, « tenuto conto di tutte le circostanze ».

L'adozione di tali criteri di collegamento non desta sorpresa.

In particolare, il criterio della residenza abituale è stato così di sovente impiegato dai regolamenti in materia di diritto internazionale privato, da divenire quasi un elemento tipico di questo settore del diritto dell'Unione Europea⁽¹²⁵⁾. Come già accaduto altrove, il regolamento (UE) 2016/1103 non lo definisce; tuttavia, le caratteristiche e il modo di funzionamento di tale criterio sono stati ormai da tempo

⁽¹²³⁾ Sul piano dei rapporti tra diritto italiano e diritto dell'Unione Europea vale la pena di evidenziare che la scelta del legislatore europeo comporta che, con riferimento alle fattispecie soggette ai regolamenti gemelli, dal campo di applicazione delle norme di conflitto nazionali riguardanti i rapporti personali tra coniugi o uniti civilmente devono ritenersi espunte le questioni attinenti al c.d. « regime patrimoniale primario ».

⁽¹²⁴⁾ Come accade, ad esempio, nel diritto inglese: v. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law — Alcuni suggerimenti pratici*, *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 920 ss.

⁽¹²⁵⁾ V., ad esempio: l'art. 5 n. 2 del regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; gli articoli 3, 8 e 9 del regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) 1347/2000; gli articoli 4, par. 2, e 5, par. 1, del regolamento (CE) 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II); l'art. 4 del regolamento (CE) 593/2008; l'art. 3 del regolamento (CE) 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; l'art. 5, par. 1, lettere a) e b), e l'art. 8, lettere a) e b), del regolamento (UE) 1259/2010; l'art. 21 del regolamento (UE) 650/2012.

chiariti dalla Corte di giustizia ⁽¹²⁶⁾, sicché la sua applicazione pratica non dovrebbe comportare problemi ⁽¹²⁷⁾.

D'altro canto, il secondo e il terzo criterio (anch'esso da lungo tempo noto in ambito comunitario) ⁽¹²⁸⁾ esprimono, per i casi in cui il primo non possa operare, un adeguato collegamento della fattispecie con l'ordinamento che designano.

L'impiego dell'ultimo di tali criteri di collegamento è giustamente postposto alla cittadinanza comune dei coniugi a causa del margine di incertezza nell'individuazione della legge regolatrice che lo accompagna ⁽¹²⁹⁾. Ad esso dovrà farsi ricorso, oltre che in caso di mancanza di cittadinanza comune, nel caso in cui i coniugi abbiano più di una cittadinanza comune (v. art. 26, par. 3) ⁽¹³⁰⁾.

Nell'*Impact Assessment* che accompagnava la proposta di regolamento, la Commissione europea esprimeva l'auspicio che le norme di conflitto in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi fossero basate « on the principle of immutability of the property regime »; in base a

⁽¹²⁶⁾ V., tra le altre, Corte di giustizia, sent. 17 febbraio 1977, causa 76/76, *di Paolo*, *Raccolta*, 1977, p. 345 ss., punto 22; Corte di giustizia, sent. 8 luglio 1992, causa C-102/91, *Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit*, *ivi*, 1992, p. I-4341 ss., punto 23; Corte di giustizia, sent. 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Magdalena Fernández c. Commissione*, *ivi*, 1994, p. I-4295 ss., punto 22; Corte di giustizia, sent. 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling c. Adjudication officer*, *ivi*, 1999, p. I-1075 ss., punto 30; Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, causa C-372/02, *Adanez-Vega*, *ivi*, 2004, p. I-10761 ss., punto 37. In dottrina, v. LAMONT, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, *Journal of Private International Law*, 2007, p. 261 ss.; MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss.

⁽¹²⁷⁾ Ma v. JOUBERT, *op. cit.*, p. 20, secondo cui la qualificazione come « comune » della residenza abituale dei coniugi suscita il dubbio se, per ritenerla integrata, sia sufficiente la residenza nel medesimo Stato o sia necessaria la coabitazione.

⁽¹²⁸⁾ V. l'art. 4, par. 1, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, nonché l'art. 4, par. 3, del regolamento (CE) 593/2008. Sui problemi sollevati da tale criterio di collegamento, v. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991.

Vale la pena di aggiungere che il criterio adottato dall'art. 26, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 2016/1103, pur essendo formalmente distinto da quello della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, a cui fanno ricorso gli articoli 29 e 30 della legge n. 218/1995, con quest'ultimo coincide nella sostanza, identiche dovendosi ritenere le circostanze di fatto da prendere in considerazione per la sua concretizzazione.

Infine, va evidenziato che, rispetto all'art. 17 della proposta di regolamento, il luogo di celebrazione del matrimonio non riceve più considerazione particolare, ma assume rilevanza su un piano di parità con gli altri elementi della fattispecie.

⁽¹²⁹⁾ Secondo JOUBERT, *op. loc. cit.*, la ricerca della legge dello Stato con cui i coniugi presentano il collegamento più stretto « pourra certainement être assez divinatoire ».

⁽¹³⁰⁾ La soluzione appare, nei risultati, identica a quella che si ricava, interpretativamente, nel sistema di conflitto italiano (v. *supra*, par. 3).

tale principio, « the legal framework of the property regime of the spouses will remain unchanged during the marriage » ⁽¹³¹⁾.

Tale auspicio non si è compiutamente realizzato nella norma in esame.

Infatti, dei tre criteri di collegamento ivi contemplati soltanto gli ultimi due risultano cristallizzati al momento della conclusione del matrimonio.

Ne segue che, nell'ipotesi in cui i nubendi non abbiano in tale momento una residenza abituale comune — e salvo che i medesimi abbiano proceduto a effettuare, anteriormente alla celebrazione del matrimonio, una scelta di legge (loro consentita alle medesime condizioni e con i medesimi limiti che più avanti si vedranno per i coniugi) —, la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, designata a norma delle lettere *b*) o *c*) dell'art. 26, par. 1, è destinata a mutare non appena i coniugi stabiliscano, successivamente al matrimonio (non importa quando: se immediatamente dopo o anche a distanza di anni), la prima residenza abituale comune.

Non è detto se tale mutamento della legge applicabile abbia effetto retroattivo o valga solo per il futuro.

Sembra potersi affermare che la soluzione corretta sia quest'ultima, considerato che, come si vedrà, tanto ai sensi dell'art. 22, par. 2, che ai sensi dell'art. 26, par. 3, 2° comma, la retroattività della legge applicabile riposa sulla volontà dei coniugi (espressa nel primo caso, anche tacita nel secondo), non rintracciabile nel caso in esame.

A norma del 1° comma della disposizione da ultimo citata, l'applicazione della legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio può essere disattivata dal giudice in favore della legge dello Stato della successiva residenza abituale comune, a condizione che:

a) la durata di quest'ultima residenza abituale comune sia stata significativamente più lunga di quella fissata dopo il matrimonio;

b) i coniugi abbiano fatto affidamento su tale diversa legge « nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali » ⁽¹³²⁾.

Come disposto dalla legge italiana in materia di unione civile, la deroga deve essere chiesta da (almeno) una delle parti ed è concessa dal

⁽¹³¹⁾ V. il documento classificato SEC(2011) 327 final, reperibile nel sito <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁽¹³²⁾ La disposizione che si annota sembra essere la risposta del legislatore europeo alle critiche mosse dalla dottrina, secondo la quale, nel corso del tempo, la legge indicata all'art. 26, par. 1, lett. *a*), può rivelarsi non più significativa per i coniugi (v. BONOMI, op. cit., p. 240 ss.).

giudice discrezionalmente. Tuttavia, a differenza della norma italiana, quella europea fissa i criterî che devono guidare il giudice nell'assunzione della decisione (durata della residenza abituale e affidamento dei coniugi) e chiarisce che l'applicazione della legge alternativa può avvenire solo in casi eccezionali (solo quando, cioè, la sussistenza dei suddetti criterî risulti inequivocabilmente dal complesso delle circostanze).

Il riferimento fatto dalla disposizione in esame ai coniugi rende palese che la deroga può avvenire solo in favore della legge dello Stato della residenza abituale comune successiva alla prima *post* matrimonio, mentre resta irrilevante l'eventuale residenza abituale comune posseduta dai nubendi prima della celebrazione delle nozze.

Inoltre, il meccanismo che si sta illustrando non può operare quando la legge regolatrice è indicata in forza delle lettere *b*) e *c*) dell'art. 26, par. 1⁽¹³³⁾, nonché nell'ipotesi in cui i coniugi abbiano stipulato una convenzione matrimoniale nel quadro della legge della prima residenza abituale comune *post* matrimonio (v. art. 26, par. 3, 4° comma), ovvero abbiano concluso un accordo sulla scelta della legge applicabile ai sensi dell'art. 22, par. 1⁽¹³⁴⁾.

Poiché una delle condizioni su cui riposa la decisione di attivare la legge alternativa è costituita dal fatto che su di essa i coniugi abbiano contato per la sistemazione dei loro rapporti patrimoniali, appare ragionevole che la medesima trovi applicazione sin dal momento della conclusione del matrimonio; tuttavia, tale retroattività è impedita dall'opposizione di uno dei coniugi: in tal caso, la legge alternativa si applica solo a partire dal momento in cui i coniugi stessi hanno stabilito la nuova residenza abituale comune (v. art. 26, par. 3, 2° comma).

Infine, deve ritenersi che la deroga in esame valga soltanto nell'ambito del procedimento giurisdizionale nel quale è invocata; fuori da questo procedimento la legge regolatrice rimane quella designata dall'art. 26, par. 1, lett. *a*)⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Secondo VINAIXA MIQUEL, op. cit., p. 301 s., la ragione sembra risiedere nel fatto che tali norme conducono all'applicazione di una « ley vinculada a la vida del los cónyuges », anche se la medesima a. aggiunge subito che la cristallizzazione dei criterî di collegamento ivi contemplati al momento della celebrazione del matrimonio potrebbe dar luogo « a la aplicación de leyes con las que los cónyuges non tienen ninguna vinculación ».

⁽¹³⁴⁾ Ciò discende, oltre che da ragioni di logica (dovendosi ritenere incongrua la possibilità di chiedere unilateralmente l'abbandono di una legge eletta insieme all'altro coniuge), dalla definizione contenuta nell'art. 3, par. 1, lett. *b*), del regolamento (UE) 2016/1103, per il quale è convenzione matrimoniale « qualsiasi accordo tra i coniugi o nubendi con il quale essi organizzano il loro regime patrimoniale ».

⁽¹³⁵⁾ Sicché, se i coniugi vogliono disapplicarla, hanno l'onere di procedere con un'*optio legis*.

Appare, pertanto, un eccesso di zelo la disposizione di cui all'art. 26, par. 3, 3° comma, secondo cui l'applicazione della legge dell'ultima residenza abituale comune « non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge » della prima residenza abituale comune *post* matrimonio, dovendo, comunque, valere il principio espresso dal noto brocardo *res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*.

È tempo di analizzare le condizioni alle quali il regolamento (UE) 2016/1103 consente la *professio iuris*.

In base all'art. 22, par. 1, essa può dirigersi verso:

a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi, o di uno di essi, al momento della conclusione dell'accordo; o

b) la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza nel medesimo momento, con la precisazione che — nonostante il silenzio del legislatore — in caso di pluricittadinanza non vi sono limiti a scegliere una qualunque delle cittadinanze in presenza ⁽¹³⁶⁾.

Altre leggi non sono eleggibili. In particolare, in ossequio al principio dell'unità della legge applicabile, non è possibile scegliere la legge del luogo di situazione dei beni immobili ⁽¹³⁷⁾.

A' termini del successivo par. 2, è esclusa l'applicazione retroattiva della legge scelta, salvo diverso accordo dei coniugi ⁽¹³⁸⁾.

Inoltre, ai sensi del par. 3 della medesima disposizione, l'applicazione retroattiva della nuova legge « non pregiudica i diritti dei terzi » derivanti dalla legge precedentemente applicabile ⁽¹³⁹⁾.

In proposito, occorre distinguere la posizione dei terzi che vantino diritti sui beni acquistati dai coniugi nel vigore del regime disciplinato dalla vecchia legge, in virtù di un titolo perfezionato precedentemente o successivamente al suo cambiamento.

Nella prima categoria rientrano i creditori che abbiano acceso ipoteca in data anteriore alla *professio iuris*. Ebbene, ipotizzando che il

⁽¹³⁶⁾ V. JOUBERT, op. cit., p. 17; cfr. il considerando n. 50 del regolamento (UE) 2016/1103 e il considerando n. 49 del regolamento (UE) 2016/1104.

⁽¹³⁷⁾ Tale scelta è ammessa, invece, dall'art. 6, ultimo comma, della Convenzione dell'Aja del 13 marzo 1978.

⁽¹³⁸⁾ A differenza di quanto accade nel nostro sistema internazionalprivatistico (v. *supra*, par. 3), tale accordo è espressione dell'autonomia conflittuale dei coniugi, potendo essi disporre la retroattività della legge scelta a prescindere da quanto quest'ultima consenta in pratica di fare sul punto.

⁽¹³⁹⁾ Preso alla lettera, il precetto dell'art. 28, par. 3, appare privo di senso, in quanto farebbe salvi i diritti dei terzi derivanti dalla « legge applicabile ai sensi del paragrafo 2 », cioè dalla legge di cui si dispone la retroattività. Si impone, pertanto, un'interpretazione che superi il dato letterale della disposizione e riferisca l'aggettivo « tale » ivi contenuto non già alla legge oggetto di scelta ma alla legge applicabile prima della scelta.

mutamento di legge applicabile determini il passaggio da un regime di separazione a un regime di comunione, la salvezza dei diritti dei terzi disposta dalla disposizione in esame implica che il creditore che abbia iscritto ipoteca sul bene di proprietà esclusiva di uno dei coniugi mantiene ferma per intero la sua garanzia anche nel caso in cui, in virtù dell'applicazione retroattiva del nuovo regime, esso divenga comune a entrambi; all'inverso, nel caso di passaggio da un regime di comunione a un regime di separazione, il creditore conserva la garanzia presa sul bene comune anche se, per effetto della disposta retroattività, il bene diviene di proprietà esclusiva del coniuge non debitore.

Tra i terzi rientranti nella prima categoria vanno annoverati anche coloro che vantano un'aspettativa all'acquisto di un bene in forza di un contratto preliminare sottoscritto nel vigore del vecchio regime: costoro hanno diritto di procedere all'esecuzione del preliminare con chi era legittimato a disporre del bene al momento della sua conclusione; conseguentemente, nel caso di passaggio retroattivo dal regime di separazione a quello di comunione, è escluso che tali terzi possano subire l'azione di annullamento del contratto definitivo da parte del coniuge divenuto comproprietario del bene promesso in vendita (cfr. art. 184 cod. civ.).

Per quanto concerne, invece, i terzi della seconda categoria, sembra ragionevole ritenere che la salvezza dei loro diritti dipenda dalle regole di opponibilità — più oltre esaminate — dettate dall'art. 28: precisamente, l'applicazione retroattiva della legge scelta potrà essere contestata al terzo solo nel caso in cui, anche per il tramite delle presunzioni di cui al par. 2, sia fornita la prova di cui al par. 1.

I requisiti per la validità formale dell'*optio legis* sono più stringenti rispetto a quelli posti dal legislatore nazionale all'art. 30 della legge n. 218/1995.

Infatti, alla forma minima prescritta dall'art. 23, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103 — secondo cui l'accordo sulla scelta applicabile deve essere redatto per iscritto (o mediante « comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell'accordo ») ⁽¹⁴⁰⁾, datato e firmato da entrambi i coniugi ⁽¹⁴¹⁾ — si aggiungono le regole speciali contenute nei successivi due paragrafi, i quali impongono di adottare i « requisiti di forma supplementari » previsti per la stipulazione delle convenzioni matrimoniali dalla legge

⁽¹⁴⁰⁾ Una modalità certamente inusuale in ambito familiare, meccanicamente mutuata da altri strumenti comunitari: v., ad esempio, l'art. 25, par. 3, del regolamento (UE) 1215/2012.

⁽¹⁴¹⁾ Ciò che esclude, al pari di quanto avviene nel sistema conflittuale italiano, la configurabilità di una scelta tacita.

dello Stato membro della comune residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo (par. 2) o della residenza abituale di uno di essi nel medesimo momento (par. 3), anche quando l'altro sia residente in uno Stato terzo (par. 4).

Ne segue che il mancato rispetto di tali ulteriori requisiti formali determina la nullità della *professio iuris*; l'accordo scritto è, invece, requisito necessario e sufficiente nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi siano residenti abitualmente in uno Stato non legato dal regolamento ⁽¹⁴²⁾.

Naturalmente, ove alla legge scelta sia dato effetto retroattivo ai sensi dell'art. 22, par. 2, l'accordo dei coniugi dovrà rispettare anche i requisiti di forma prescritti per la validità o l'efficacia del trasferimento di beni che esso eventualmente determina; inoltre, tale specifico accordo dovrà essere corredato da tutte le pattuizioni, dichiarazioni e menzioni prescritte dalla nuova legge e/o dalla *lex rei sitae* per la validità e l'efficacia del passaggio di proprietà dei beni stessi e subirà l'inerente imposizione fiscale (normalmente, quella prevista per i trasferimenti a titolo gratuito).

Riproducendo una regola da lungo tempo nota al diritto dell'Unione Europea ⁽¹⁴³⁾, l'art. 24 affida la disciplina dell'esistenza e della validità sostanziale della *professio iuris* « alla legge che sarebbe applicabile ai sensi dell'art. 22 se l'accordo o la disposizione fossero validi » (par. 1); è salva la possibilità per il coniuge « di dimostrare che non ha dato il suo consenso », facendo applicazione della « legge del Paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale », a condizione che « dalle circostanze risult[i] che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge » scelta (par. 2).

L'origine storica della norma vale a spiegare il riferimento in essa contenuto all'esistenza e validità « di una [...] disposizione » dell'accordo di scelta: lungi dall'implicare « la possibilità di operare la *professio iuris* anche per taluna delle disposizioni della legge pre-

⁽¹⁴²⁾ È critica verso questo diverso trattamento JOUBERT, op. cit., p. 19, secondo la quale se le regole di forma sono previste al fine « d'assurer que le consentement est bien libre et éclairé, on ne voit pas en quoi la situation serait différente lorsque la résidence habituelle ne se situe pas dans un État membre ».

⁽¹⁴³⁾ Il riferimento è all'art. 3 n. 4 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che rinvia al successivo art. 8 della medesima Convenzione (oggi articoli 3, par. 5, e 10 del regolamento (CE) 593/2008); v. anche l'art. 6 del regolamento (UE) 1259/2010.

scelta »⁽¹⁴⁴⁾, esso è il frutto della meccanica ricopiatura dell'art. 10 del regolamento (CE) 593/2008, dove soltanto ha senso, dovendosi, in quel contesto, attribuire alla parola « disposizione » il significato di « clausola contrattuale ».

Le medesime regole viste per la validità formale dell'*optio legis* valgono, a norma dell'art. 25, paragrafi 1 e 2, del regolamento (UE) 2016/1103, per la validità formale delle convenzioni matrimoniali, cioè di quegli accordi con cui i coniugi derogano al regime patrimoniale legale.

A tali regole si aggiunge quella prevista dall'ultimo paragrafo della disposizione appena citata, per la quale devono anche essere rispettati i « requisiti formali supplementari » prescritti dalla legge applicabile al regime patrimoniale per tale genere di atti. La norma non è dettata in termini alternativi rispetto a quella di cui al secondo paragrafo, per cui deve ritenersi che, nel caso i requisiti di forma indicati dalla *lex substantiae* siano più stringenti rispetto a quelli indicati dalle leggi designate da detto secondo paragrafo, i primi debbano comunque essere rispettati.

Ai sensi dell'art. 27, lett. f), la legge applicabile al regime patrimoniale regola gli effetti del regime stesso « sui rapporti giuridici tra un coniuge e i terzi ».

Tuttavia, nell'ambito di una controversia con un terzo, i coniugi possono fare valere la legge applicabile al regime patrimoniale solo se essi dimostrano che « il terzo fosse a conoscenza di tale legge, o fosse tenuto ad esserne a conoscenza esercitando la dovuta diligenza » (art. 28, par. 1).

Il par. 2 pone due presunzioni *iuris et de iure* di conoscenza della legge applicabile al regime patrimoniale in capo al terzo.

Secondo la prima, tale conoscenza è acquisita se la legge applicabile al regime patrimoniale coincide, alternativamente, con la legge:

i) dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo (individuata in forza delle pertinenti regole di diritto internazionale privato), o

ii) dello Stato in cui il coniuge contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale, o

⁽¹⁴⁴⁾ Come dubitativamente prospettato da PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile. Secondo semestre 2016*, p. 15, reperibile nel sito <http://www.gaetanopetrelli.it>, il quale subito soggiunge che il *depeçage* della legge applicabile che ne deriverebbe « non appare coerente con la previsione di unitarietà della legge applicabile, contenuta nell'art. 21 » del regolamento (UE) 2016/1103.

iii) in casi riguardanti beni immobili, dello Stato in cui sono ubicati i beni.

Per la seconda, la conoscenza della legge applicabile ai rapporti patrimoniali è presunta se « uno dei coniugi ha adempiuto gli obblighi applicabili in materia di pubblicità o registrazione del regime patrimoniale tra coniugi prescritti » da una delle leggi appena indicate.

È fuor di dubbio che quest'ultima presunzione opera non soltanto nel caso in cui sui coniugi incomba un vero e proprio obbligo di pubblicità o registrazione, ma anche nel caso in cui a tali pubblicità o registrazione i coniugi siano meramente facoltizzati dall'ordinamento e vi provvedano nel caso concreto (si pensi all'ipotesi di coniugi stranieri che abbiano contratto matrimonio all'estero e siano residenti in Italia, i quali, a norma del citato art. 19, 1° comma, primo periodo, decreto Presidente della Repubblica n. 396/2000 possono — ma non devono — chiedere la trascrizione del loro atto di matrimonio nei registri dello stato civile del Comune dove risiedono).

Ove non si riesca a dare la dimostrazione di cui all'art. 28, par. 1, nonché nel caso in cui non operi alcuna delle presunzioni indicate al par. 2 della medesima disposizione, « gli effetti del regime patrimoniale tra coniugi rispetto al terzo sono disciplinati »:

a) dalla legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo (sempre individuata in forza delle pertinenti regole di diritto internazionale privato); o

b) in casi riguardanti beni immobili o beni o diritti registrati, dalla legge dello Stato in cui è ubicato il bene immobile o in cui sono registrati i beni o i diritti.

8. La nozione di « unione registrata » di cui al regolamento (UE) 2016/1104 (v. art. 3, par. 1, lett. a)) ⁽¹⁴⁵⁾ e la legge a essa applicabile a titolo oggettivo (v. art. 26, par. 1) coincidono, nella sostanza, con quelle indicate dal diritto internazionale privato italiano in materia di « unione civile » ⁽¹⁴⁶⁾.

A ciò si aggiunga che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la legge « dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita » (designata dalla disposizione da ultimo citata) finirà per corrispondere con quella della residenza abituale comune dei *partners*,

⁽¹⁴⁵⁾ Secondo tale disposizione, essa è « il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione ».

⁽¹⁴⁶⁾ V. *supra*, par. 4.

sicché, per questa via, si perviene anche al coordinamento tra i due regolamenti gemelli ⁽¹⁴⁷⁾.

Tramite l'adozione di tale criterio di collegamento, il legislatore europeo ha centrato l'obiettivo — che, come si è visto, resta incerto in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi — dell'immutabilità della legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Il cambiamento della legge regolatrice può derivare, infatti, soltanto dall'esercizio — anteriormente, contestualmente o successivamente alla costituzione dell'unione — della *professio iuris*, la quale, ai sensi dell'art. 22, par. 1, può avere a oggetto unicamente:

a) la legge dello Stato della residenza abituale dei *partners* o futuri *partners*, o di uno di essi, al momento della conclusione della convenzione; o

b) la legge di uno Stato di cui uno dei *partners* o futuri *partners* ha la cittadinanza nel medesimo momento.

A tali leggi, perfettamente coincidenti con quelle a disposizione dei coniugi, la norma in esame aggiunge « la legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita » (lett. c)), cioè la medesima legge applicabile a titolo oggettivo.

Quest'ultima possibilità — che a prima vista potrebbe apparire ultronea — si apprezza ponendo mente al caso di una coppia di *partners* che, dopo avere optato, successivamente o anche anteriormente alla registrazione dell'unione, per l'applicazione di una delle leggi previste dalle lettere a) o b) dell'art. 22, par. 1, intendano ritornare alla disciplina dei rapporti patrimoniali apprestata dalla legge a essi originariamente applicabile o, rispettivamente, renderla applicabile per la prima volta.

In ogni caso, l'*optio legis* ha effetto « a condizione che tale legge attribuisca effetti patrimoniali all'istituto »: si scongiura, così, la possibilità che sia richiamata una legge priva di una disciplina materiale sulle unioni affettive diverse dal matrimonio ⁽¹⁴⁸⁾.

Le altre questioni indicate nel paragrafo precedente ricevono identica soluzione nel regolamento (UE) 2016/1104, salva una precisazione.

L'applicazione giudiziale di una legge diversa da quella designata dall'art. 26, par. 1, richiede, tra l'altro, la verifica che i *partners* abbiano risieduto nello Stato la cui legge si intende preferire « per un periodo significativamente lungo » (par. 2, lett. a)). Secondo una parte della dottrina, tale disposto sarebbe « impreciso » (rispetto a quello omologo con-

⁽¹⁴⁷⁾ V. JOUBERT, op. cit., p. 19.

⁽¹⁴⁸⁾ Ciò che è, *in re ipsa*, in caso di mancanza di scelta: v. JOUBERT, op. cit., p. 7.

tenuto nell'art. 26, par. 2, lett. a), del regolamento (UE) 2016/1103) e provocherebbe la difficoltà « de determinar a partir de qué momento (6 meses, 1 año etc.) se entiende que el tiempo de residencia en dicho Estado es “significativamente largo” »⁽¹⁴⁹⁾. Invero, sembra che la differenza tra le due norme appena evocate non potesse essere evitata, posto che soltanto nel sistema dell'art. 26 del regolamento (UE) 2016/1103 v'è la possibilità di comparare la durata di due residenze abituali comuni e di dare prevalenza a quella (anche in tal caso, significativamente) più lunga. Nell'altro regolamento — a parte i casi in cui la significatività della residenza abituale si imporrà *ictu oculi* a causa della sua oggettiva lunghezza — potrà essere preso in considerazione il rapporto tra la durata dell'unione e la durata della residenza abituale comune dei *partners*: tanto più questo rapporto sarà vicino all'unità, tanto più la durata della residenza abituale potrà considerarsi significativa.

9. Il 3° capo dei regolamenti gemelli contiene una serie di norme di carattere generale che completano la disciplina conflittuale illustrata nei due paragrafi che precedono⁽¹⁵⁰⁾.

Alcune di tali norme (ci si riferisce, precisamente, agli articoli 29, 33, 34 e 35) si occupano di questioni marginali rispetto al discorso che qui si sta svolgendo: per la loro analisi, considerato che esse riproducono alla lettera le corrispondenti disposizioni del regolamento (UE) 650/2012, si rinvia ai commenti su quest'ultimo strumento⁽¹⁵¹⁾.

Qualche parola in più va spesa sull'art. 30, che fa salva l'« applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro » (par. 1) e sull'art. 31, dedicato all'eccezione di ordine pubblico.

Quest'ultima disposizione — anch'essa identica all'omologa contenuta nel regolamento sulle successioni⁽¹⁵²⁾ — affronta la questione in un modo che potrebbe definirsi classico⁽¹⁵³⁾: l'ordine pubblico è

⁽¹⁴⁹⁾ V. VINAIXA MIQUEL, op. cit., p. 301.

⁽¹⁵⁰⁾ Anche nel presente paragrafo il numero degli articoli si riferisce a entrambi i regolamenti.

⁽¹⁵¹⁾ V., tra gli altri, BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 479 ss., p. 551 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, p. 109 ss.; DAVI, ZANOBETTI, op. ult. cit., p. 190 ss.

⁽¹⁵²⁾ V. art. 35, a sua volta di tenore analogo alle disposizioni in materia contenute in altre fonti del diritto internazionale privato europeo: v., ad esempio, l'art. 26 del regolamento (CE) 864/2007; l'art. 21 del regolamento (CE) 593/2008 (che, a sua volta, ricalca l'art. 16 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali); l'art. 12 del regolamento (UE) 1259/2010.

⁽¹⁵³⁾ Così, con riferimento ai corrispondenti articoli contenuti nelle proposte dei due regolamenti in esame, v. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, p. 314 ss.

configurato come un limite all'applicazione della legge straniera di carattere generale (nel senso che esso opera nei confronti della legge designata da tutte le norme di conflitto contemplate dai regolamenti), successivo (perché presuppone avvenuta l'individuazione della legge astrattamente competente, al fine di compararla con la *lex fori*) e negativo (in quanto determina l'inapplicabilità della *lex causae*).

L'art. 31 attribuisce rilevanza solo all'incompatibilità « manifesta » tra legge regolatrice e ordine pubblico. Ciò implica che il limite in esame potrà scattare soltanto in casi eccezionali ⁽¹⁵⁴⁾, prevalentemente quando risulterà applicabile la legge di uno Stato terzo ⁽¹⁵⁵⁾, e sempreché gli effetti dell'applicazione di tale legge non possano essere salvaguardati facendo ricorso alla dottrina del c.d. « ordine pubblico attenuato » ⁽¹⁵⁶⁾.

Ai sensi dello stesso art. 31, la salvaguardia dell'applicazione al massimo grado possibile della legge regolatrice deriva, inoltre, dalla duplice circostanza che la suddetta incompatibilità non va considerata con riferimento all'astratto dettato della legge straniera, ma valutando i risultati a cui conduce la sua applicazione nel caso concreto e che essa, ove riguardi unicamente una determinata disposizione del diritto straniero, comporta la disapplicazione solo di quest'ultima.

L'art. 31 tace circa le conseguenze derivanti dall'acclarata contrarietà di una determinata disposizione della legge applicabile con l'ordine pubblico del foro; sul punto, si ritiene di potere accogliere la posizione della dottrina maggioritaria che, pur muovendo da presupposti diversi, concorda nel ritenere che il caso vada risolto mediante l'applicazione della *lex fori* solo in *extrema ratio*. Sicché, ad esempio, appare giustificato, ove risulti contraria all'ordine pubblico la legge scelta, ricorrere alla legge applicabile a titolo oggettivo, ovvero, nell'ipotesi in cui sia quest'ultima a essere affetta da tal vizio, alla legge

⁽¹⁵⁴⁾ Precisamente, non è sufficiente la mera difformità di contenuto tra legge straniera e *lex fori* ma occorre un contrasto della prima con i valori di natura etica, economica, politica e sociale che — in un determinato momento storico — sono considerati irrinunciabili dalla seconda, quali desumibili dall'interpretazione sistematica delle disposizioni che la compongono, svolta alla luce delle norme costituzionali, nonché di taluni principi fondamentali desumibili dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione Europea.

⁽¹⁵⁵⁾ Ad esempio, sono tradizionalmente considerate contrarie all'ordine pubblico le leggi islamiche che consentano il matrimonio poligamico o il ripudio. Tuttavia, affinché previsioni del genere inneschino l'eccezione di ordine pubblico, va dimostrato che esse producono conseguenze sulla disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

⁽¹⁵⁶⁾ Su cui v. BARATTA, *Ordine pubblico*, in *Dizionario del diritto privato*, cit., p. 273 ss., p. 280 ss.

che, dopo di essa, risulta più strettamente connessa con la fattispecie ⁽¹⁵⁷⁾.

L'art. 30 costituisce, invece, una novità rispetto agli altri regolamenti europei in campo familiare.

Esso prescrive che le norme di applicazione necessaria del foro possono essere invocate quando il loro « rispetto è ritenuto cruciale [...] per la salvaguardia » degli « interessi pubblici » dello Stato membro, « quali la sua organizzazione politica, sociale o economica » (par. 2) ⁽¹⁵⁸⁾.

Secondo la dottrina, la previsione è giustificata dall'esigenza di difendere le politiche legislative seguite dagli Stati membri in materia di matrimonio e di unioni affettive diverse dal matrimonio, le quali, tuttora, registrano divergenze ⁽¹⁵⁹⁾.

Tuttavia, considerato che — come sopra si è visto — le questioni più delicate in materia sono state espunte dal campo di applicazione dei regolamenti gemelli ⁽¹⁶⁰⁾, non è agevole individuare i casi in cui il richiamo del diritto straniero potrà essere impedito dalla presenza nel foro di norme siffatte.

Il legislatore europeo indica, quali disposizioni rientranti nella categoria in esame, « quelle relative alla protezione della casa familiare » ⁽¹⁶¹⁾. Nondimeno, essendo tali norme dettate, in primo luogo, per la tutela di un interesse individuale, la loro applicazione a discapito della legge designata dalle norme di conflitto uniformi non potrà avvenire indiscriminatamente ma solo subordinatamente alla dimostrazione che esse abbiano anche una significativa rilevanza pubblicistica.

⁽¹⁵⁷⁾ Così, con riferimento alla disciplina di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali, VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*², Bari, 2000, p. 198 s.; BIAGIONI, *Art. 21 (Ordine pubblico del foro)*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)* (a cura di Salerno e Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 911 ss., p. 918.

⁽¹⁵⁸⁾ La definizione riprende alla lettera quella contenuta all'art. 9, par. 1, del regolamento (CE) 593/2008 (che, a sua volta, la desume da Corte di giustizia, sent. 23 novembre 1999, cause riunite 369/96 e 376/96, *Arblade*, *Raccolta*, 1999, p. I-8453 ss.).

⁽¹⁵⁹⁾ V. JOUBERT, *op. cit.*, p. 25.

⁽¹⁶⁰⁾ Ci si riferisce, precisamente, ai problemi inerenti all'ammissibilità del matrimonio *same-sex* e alla previsione di unioni diverse dal matrimonio, su cui v. *supra*, par. 6.

⁽¹⁶¹⁾ V. il considerando n. 53 del regolamento (UE) 2016/1103 e il considerando n. 52 del regolamento (UE) 2016/1104. Di tale natura può forse considerarsi l'art. 18 della legge danese 5 gennaio 1995 n. 37, che « prevede l'annullamento dell'atto di alienazione di un bene ricadente in comunione legale ove compiuto senza il consenso di uno dei coniugi in relazione a immobile "adibito ad abitazione familiare o sede dell'impresa" » (il brano è tratto da Cassazione (sez. I civ.), sent. 12 marzo 2014 n. 5708, inedita).

Con maggiore probabilità, quest'ultimo carattere risulterà ricorrente nelle disposizioni che sanciscono l'imperatività del c.d. « regime patrimoniale primario », in particolare degli obblighi di contribuzione ai bisogni familiari ⁽¹⁶²⁾, la cui speciale intensità valutativa deriva dal fatto che esse tendono ad attuare il canone costituzionale di uguaglianza tra i componenti del nucleo familiare ⁽¹⁶³⁾: ne segue la possibile declaratoria di nullità delle deroghe a tale regime eventualmente convenute nel quadro della legge regolatrice straniera ⁽¹⁶⁴⁾.

10. A questo punto, è opportuno affrontare tre questioni, concernenti la sorte di altrettante norme della legge n. 218/1995, una volta che diverranno applicabili i regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104.

La prima riguarda l'art. 32-*bis*. Precisamente: i rapporti patrimoniali scaturenti dai matrimoni omosessuali da essa contemplati e contratti a partire dal 30 gennaio 2019, da quale dei due strumenti europei dovranno intendersi regolati?

La risposta dipende dalla ricostruzione che sopra si è data alla disposizione appena citata, la quale non produce alcuna « trasformazione » di tali matrimoni ma si limita ad assoggettarne gli effetti alla disciplina italiana in materia di unione civile.

Da ciò discende che i matrimoni in questione saranno regolati dalla legge designata dal regolamento (UE) 2016/1103 ⁽¹⁶⁵⁾, senza che, almeno di regola, la sua applicazione possa essere impedita dall'eccezione di ordine pubblico ⁽¹⁶⁶⁾ o limitata da norme di applicazione necessaria (stante la sostanziale equiparazione dei rapporti patrimoniali scaturenti da matrimonio e unione civile, operata non soltanto dal citato art. 1, 13° comma, della legge n. 76/2016, ma anche dal precedente 11° comma ⁽¹⁶⁷⁾).

⁽¹⁶²⁾ Cfr. art. 143, 3° comma, cod. civ. in relazione all'art. 160 cod. civ.

⁽¹⁶³⁾ V., per tutti, BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*⁴, Milanofiori Assago, 2006, p. 88.

⁽¹⁶⁴⁾ L'inammissibilità di qualsiasi intesa coniugale volta a derogare gli obblighi di contribuzione è pacifica nella dottrina civilistica italiana: v., ad esempio, RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, 2000, p. 389; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano², 2012, p. 87.

⁽¹⁶⁵⁾ *Contra*, LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 547, secondo cui tale regolamento si dovrà applicare solo ai matrimoni omosessuali contratti all'estero tra stranieri, mentre i matrimoni di cui all'art. 32-*bis* sarebbero assoggettati al regolamento (UE) 2016/1104.

⁽¹⁶⁶⁾ La contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio omosessuale è espressamente esclusa da Cassazione (sez. I civ.), sent. 15 giugno 2017 n. 14878, *Foro italiano*, 2017, 2280 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Salva l'omissione dell'obbligo reciproco di fedeltà, quest'ultima disposizione tratta i rapporti personali tra uniti civilmente (tra cui — come detto — rientrano gli obblighi di contribuzione al *ménage* familiare) con norma identica a quella dettata

Il disconoscimento del carattere della necessaria applicazione delle norme sugli effetti patrimoniali dell'unione civile dettate dalla novella governa anche la soluzione della seconda questione, riguardante l'art. 32-*quinquies*: l'applicazione unilaterale della legge italiana alle unioni diverse dal matrimonio costituite all'estero e aventi i caratteri previsti da tale norma cesserà, per le unioni costituite a partire dal 30 gennaio 2019, in favore, questa volta, della legge designata dal regolamento (UE) 2016/1104.

L'ultima questione riguarda l'oggetto dell'art. 30-*bis*.

Non v'è dubbio che quest'ultima norma sarà privata delle fattispecie rappresentate dalle unioni registrate costituite, a partire dalla ripetuta data, per il tramite di contratto — quali, come si è detto, il PACS di diritto francese —, coincidendo tali fattispecie con la definizione di unione registrata data dallo strumento europeo.

La conservazione, in capo alla disposizione nazionale ora al vaglio, della funzione delimitativa che sopra si è messa in luce dipenderà dalla qualificazione delle convivenze di fatto di cui all'art. 1, commi 36 ss., della legge n. 76/2016 che, alla fine, risulterà prevalente in dottrina e giurisprudenza.

Se dovesse risultare confermata l'opinione, che si è giudicata preferibile, la quale dà valore costitutivo alla dichiarazione della convivenza presso i registri dell'anagrafe, la disciplina internazionalprivatistica dei rapporti patrimoniali derivanti dalle convivenze di fatto risulterà sottratta alla presa dell'art. 30-*bis* per essere affidata al regolamento (UE) 2016/1104. Viceversa, nell'ipotesi in cui a tale registrazione dovesse riconoscersi, come fa un diverso filone interpretativo, una funzione meramente probatoria ⁽¹⁶⁸⁾.

11. A conclusione dell'indagine, qualche considerazione merita di essere svolta intorno alla congruità del sistema internazionalprivatistico italiano in materia di matrimonio e unione civile con il principio di continuità e stabilità degli statuti familiari conseguiti all'estero,

in materia di matrimonio (cfr. art. 143 cod. civ.). *Contra* TONOLO, op. ult. cit., p. 296, la quale, scrivendo anteriormente all'emanazione del decreto legislativo n. 7/2017, ha sostenuto che l'art. 1, 28° comma, lett. *b*), della legge n. 76/2016 « caratterizza [...] la disciplina » italiana dell'unione civile « come un complesso di norme di applicazione necessaria ». L'affermazione può ritenersi superata dalla constatazione che il legislatore delegato ha selezionato le norme della legge n. 76/2016 da considerare di applicazione necessaria: v. il citato art. 32-*ter*, 1° comma, terzo periodo, della legge n. 218/1995.

⁽¹⁶⁸⁾ Per gli opportuni riferimenti all'una e all'altra opinione, v. *supra*, nota 108.

ricavabile dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea ⁽¹⁶⁹⁾.

Tale principio appare soddisfatto rispetto allo *status* di coniuge acquistato da cittadini italiani omosessuali unitisi in matrimonio oltre-frontiera: infatti, come si crede di avere dimostrato ⁽¹⁷⁰⁾, l'art. 32-*bis* della legge n. 218/1995 assicura il riconoscimento in Italia dello statuto personale discendente da tale matrimonio alla sola condizione che esso sia stato validamente contratto nello Stato di celebrazione.

È vero che la fruibilità, in concreto, dello *status* di cui si discorre risulta limitata dall'impossibilità di vedere disciplinati gli effetti della relazione dalle disposizioni in materia di matrimonio (dipendente dall'infedeltabile applicazione delle norme italiane sull'unione civile); tuttavia, siffatta limitazione non appare di gravità tale da risolversi in una violazione dei diritti umani, posto che l'art. 32-*bis* garantisce, comunque, lo svolgimento del rapporto in un quadro giuridico definito e prevedibile, condizione ritenuta sufficiente dalla succitata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per considerare rispettati gli articoli 8 e 12 CEDU ⁽¹⁷¹⁾.

Più delicata la questione, sopra sollevata in via ipotetica ⁽¹⁷²⁾, se il riconoscimento del matrimonio in questione possa essere escluso nei casi in cui esso sia stato celebrato in uno Stato che non presenti alcun legame con la fattispecie, ovvero sia stato contratto all'estero con il precipuo intento di aggirare la proibizione posta dal diritto italiano.

In sé considerata, la volontà di sottrarsi ai divieti della *lex fori* non appare rilevante al fine di determinare il disconoscimento dello *status*

⁽¹⁶⁹⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. I) sent. 28 settembre 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01; Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. I) sent. 3 maggio 2011, *Negrepontis-Gianninis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08; Corte di giustizia, sent. 30 marzo 1993, causa C-168/91, *Kostantinidis*, *Raccolta*, 1993, p. I-1191 ss.; Corte di giustizia, sent. 2 dicembre 1997, causa C-36/94, *Dafeki*, *Raccolta*, 1997, p. I-6761 ss.; Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello c. Belgio*, *Raccolta*, 2003, p. I-11613 ss.; Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2008, cit.

In dottrina, v., in particolare, l'approfondita sistematizzazione del principio fatta da BARATTA, *La reconnaissance internationale*, cit., *passim*; ID., *Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 413 ss.; a cui *adde* PFEIFF, op. cit., *passim*.

⁽¹⁷⁰⁾ V. *supra*, par. 2.

⁽¹⁷¹⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 luglio 2015, cit. V., inoltre, in dottrina BARATTA, *La reconnaissance internationale*, cit., p. 491 s., secondo cui « la reconnaissance peut ... impliquer l'adaptation ou l'assimilation partielle des effets produits à l'étranger en fonction de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil ».

⁽¹⁷²⁾ V. ancora, *supra*, par. 2.

personale acquisito all'estero ⁽¹⁷³⁾; cionondimeno, viene da dubitare che il mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale straniero, quantomeno nel caso in cui esso riguardi due connazionali abitualmente residenti in Italia, costituisca una violazione dei diritti umani fondamentali, dal momento che l'ordinamento mette ormai a loro disposizione una forma di unione « molto simile ... a quella del matrimonio » ⁽¹⁷⁴⁾, cioè appresta un'adeguata tutela per equivalente.

D'altro canto, non può sottacersi che la legittimità della restrizione al godimento del diritto alla vita privata e familiare, che da tale disconoscimento deriverebbe, richiede la dimostrazione che la restrizione stessa sia necessaria in una società democratica, fondata su un « bisogno sociale imperioso » dello Stato e proporzionata allo scopo perseguito ⁽¹⁷⁵⁾.

Invero, tale dimostrazione non appare semplice da raggiungere e, anche ove fosse fornita, probabilmente non sarebbe sufficiente a negare la rilevanza di un matrimonio di tal fatta ove esso sia stato celebrato in uno Stato membro dell'Unione Europea, considerato che nell'ambito del diritto dell'Unione il principio in esame riposa non soltanto sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma anche sulla libertà fondamentale di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri e, soprattutto, sul principio della fiducia reciproca tra tali Stati, in base al quale le decisioni e gli atti pubblici provenienti da uno di essi hanno effetto nella sfera giuridica degli altri « même si une autorité comparable n'existe pas dans ces derniers, ou qu'elle ne dispose pas de pouvoirs identiques, ou encore qu'elle aurait pris une décision différente au vu d'une situation similaire » ⁽¹⁷⁶⁾.

Per ciò che concerne gli altri matrimoni (tanto quelli eterosessuali quanto quelli omosessuali, ove questi ultimi coinvolgano soggetti entrambi stranieri), nonché le unioni civili, il riconoscimento dello statuto familiare da essi derivante rimane subordinato all'ordinario controllo di tipo conflittuale.

Ciò non determina soverchi problemi in materia di forma, considerato che l'adozione, da parte degli articoli 28 e 32-ter, 3° comma,

⁽¹⁷³⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 settembre 2007, cit., dove l'intento della ricorrente di sottrarsi al divieto di adozione da parte di un *single*, previsto dall'ordinamento dello Stato nazionale, non ha impedito alla Corte di ritenere illegittimo il diniego opposto dalle autorità di tale Stato al riconoscimento dell'adozione conseguita efficacemente all'estero.

⁽¹⁷⁴⁾ Così, Cassazione (sez. I civ.), sent. 15 giugno 2017 n. 14878, cit.

⁽¹⁷⁵⁾ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 settembre 2007, cit., par. 124; Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 3 maggio 2011, cit., par. 61.

⁽¹⁷⁶⁾ Così, BARATTA, op. ult. cit., p. 481.

della legge n. 218/1995, di una pluralità di criteri di collegamento alternativi tra loro condurrà, di regola, alla designazione di (almeno) una legge che dichiari la validità formale delle formazioni familiari in discorso.

Non altrettanto può dirsi per quanto concerne la capacità e le altre condizioni di carattere sostanziale per contrarre il matrimonio o concludere l'unione civile, rimesse dall'art. 27 e, rispettivamente, dall'art. 32-ter, 1° comma, primo periodo, della legge n. 218/1995 alla legge della cittadinanza di ciascuno dei componenti dell'unione affettiva: infatti, l'impedimento previsto da una delle leggi nazionali in presenza potrà determinare la nullità per il nostro ordinamento dell'unione stessa, a prescindere dalle valutazioni fatte in merito dall'ordinamento dello Stato di costituzione.

Il rilievo ha conseguenze circoscritte con riferimento all'unione civile omosessuale (dove, essendo rimossa dall'art. 32-ter, 1° comma, secondo periodo, l'incapacità generale a contrarla, eventualmente comminata dalla *lex civitatis*, la nullità può derivare soltanto dalla sussistenza di impedimenti specifici, ulteriori rispetto a quelli già applicabili in virtù del terzo periodo della medesima disposizione), ma conserva intatto il suo peso in relazione ai matrimoni esclusi dal campo di applicazione dell'art. 32-bis, nonché in relazione all'unione civile eterosessuale (in particolare, ove essa sia stata contratta da cittadini italiani⁽¹⁷⁷⁾).

Ove, in virtù delle regole appena esposte, risultasse, in concreto, la nullità dell'unione affettiva in considerazione, potrebbe invocarsi il ricorso a una regola speciale di coordinamento tra ordinamenti (da ritenersi introdotta nell'ordinamento sotto l'influenza del suddetto principio di continuità e stabilità degli statuti personali), che, in deroga al sistema conflittuale, conduca al riconoscimento dello statuto personale derivante dall'unione, sulla base della mera constatazione della sua validità secondo le disposizioni dell'ordinamento dello Stato che l'ha creata⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ V. *supra*, par. 4.

⁽¹⁷⁸⁾ Il problema è colto anche da LOPES PEGNA, op. ult. cit., p. 539, la quale, senza un preciso quadro teorico di riferimento, sostiene, limitatamente al matrimonio omosessuale celebrato tra stranieri all'estero, che «in un'ottica di *favor* verso il riconoscimento dello *status* validamente acquisito all'estero», se ne dovrebbe consentire l'efficacia in Italia «anche quando la legge nazionale di uno dei due nubendi non consenta il matrimonio fra persone dello stesso sesso» ovvero che, in alternativa, «si dovrebbe comunque ammettere il riconoscimento di effetti al matrimonio estero riqualificandolo come unione civile», al pari di quanto avviene per i matrimoni omosessuali contemplati dall'art. 32-bis legge n. 218/1995.

Compiuto, in tal modo, il riconoscimento del matrimonio o dell'unione civile, i relativi effetti saranno disciplinati dalla legge designata dalla competente norma di diritto internazionale privato del foro.

Il rimedio appare ben fondato ⁽¹⁷⁹⁾: tuttavia, le prevedibili resistenze che, in mancanza di ogni riferimento positivo, potrebbe incontrare la sua applicazione nelle aule di giustizia dovrebbero condurre il legislatore a una riconsiderazione complessiva del problema e a meditare, su questo specifico punto, « una riforma della riforma ».

DOMENICO DAMASCELLI

Abstract. — The Italian legislator has recently reformed its rules on private international law, by introducing a set of provisions concerning same-sex marriages, civil partnerships (*unioni civili*) and cohabitation agreements (*contratti di convivenza*). This article analyses these new rules, particularly with respect to the law applicable to the spouses' or partners' property regimes. The solutions adopted by Italian law are then compared with those followed by the European Union in the twin regulations 2016/1103 and 2016/1104, which apply, instead of national conflict rules, to marriages and civil partnerships formed after 30 January 2019. The article also focuses on general theoretical matters such as the characterization of foreign same-sex marriages (the celebration of which is still prohibited in Italy) and the recognition methods of such families deployed by the various rules under scrutiny.

⁽¹⁷⁹⁾ La regola speciale di cui si è detto nel testo è efficacemente ricostruita da BARATTA, op. ult. cit., p. 494 s., in base ad una dettagliatissima indagine sulle fonti normative, sulla dottrina e sulla giurisprudenza nazionale e internazionale: a essa si rinvia per ogni necessario approfondimento e per gli opportuni riferimenti.