

Operatività limitata a tutela dell'ordine pubblico

di Marina Castellaneta

Gli obiettivi del regolamento di assicurare certezza sul diritto da applicare per le coppie alle prese con divorzi e separazioni transfrontaliere, uniformità nell'individuazione delle norme di conflitto e, al tempo stesso, flessibilità per garantire la tutela del coniuge più debole, si riscontrano anche nella soluzione offerta dall'atto Ue nell'ambito della predisposizione delle regole idonee a risolvere questioni di carattere generale relative sia alla determinazione delle norme straniere richiamate sia nell'operatività del limite generale al funzionamento delle norme di conflitto.

La soluzione del regolamento n. 1259/2010 in materia di rinvio - Nell'ottica di favorire una semplificazione nell'individuazione della legge straniera richiamata, il regolamento risolve la questione del problema del rinvio escludendo che il richiamo di una legge straniera possa includere anche le norme di diritto internazionale privato di quell'ordinamento, consentendo, quindi, il rinvio alle sole norme materiali dell'ordinamento straniero richiamato. La scelta effettuata nell'articolo 11 è, d'altra parte, in linea con quella compiuta nell'articolo 24 del regolamento 11 luglio 2007 n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), nell'articolo 20 del regolamento 17 giugno 2008 n. 593 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), salvo nei casi in cui lo stesso regolamento non disponga diversamente, e nel Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari a cui fa rinvio, per la disciplina sulla legge applicabile, il regolamento n. 4/2009 relativo alla

competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, disponendone l'applicazione dal 18 giugno 2011 dopo la ratifica da parte dell'Unione europea dell'8 aprile 2010. Inoltre, la scelta in tale direzione appare conforme non solo alla suddetta esigenza di semplificazione nell'individuazione della legge straniera richiamata nell'ambito di questioni complesse come quelle relative alle separazio-

suo complesso, incluse le norme di conflitto di quell'ordinamento, si corrobberebbe il rischio di vanificare la volontà delle parti. In effetti, se si ammettesse il rinvio indietro o altrove, i coniugi si vedrebbero privati dell'applicazione effettiva della legge straniera scelta proprio a causa dell'operatività di norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato che, in forza dell'utilizzo di criteri di collegamento diversi, potrebbero comportare il rinvio ad altri ordinamenti.

A ciò si aggiunga che se l'esclusione assoluta del rinvio può apparire, almeno a prima vista, distante dalla scelta operata dall'articolo 13 della legge italiana di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995 n. 218) in realtà, almeno per taluni aspetti, si pone nella stessa direzione perché la legge n. 218, pur ammettendo in via generale il rinvio in entrambe le forme, lo esclude, tra le altre ipotesi, nel caso in cui venga impiegato il criterio di collegamento della volontà delle parti interessate proprio al fine di assicurare effettività alla loro scelta.

Il limite dell'ordine pubblico - In linea con quanto avviene nelle legislazioni interne in materia di diritto internazionale privato e negli altri regolamenti Ue nel settore della cooperazione giudiziaria civile, anche il regolamento n. 1259/2010 contiene un limite generale al funzionamento delle norme di conflitto costituito dall'ordine pubblico. Si tratta, come è noto, di un limite che opera *ex post* rispetto al funzionamento della norma di conflitto e che varia da Stato a Stato in ragione della diversità dei principi che hanno carattere fondamentale nei diversi ordinamenti, destinati altresì a mutare nel tempo.

**Una donna
di una nazione extra Ue
che vive con il marito
in un Paese membro
potrebbe dare il consenso
alla scelta della norma
della sua terra d'origine
che la discrimina**

ni e ai divorzi transnazionali, evitando in origine i casi di rinvio indietro o di rinvio oltre, ma anche alle esigenze di certezza giuridica e alla volontà di sottoporre il divorzio alla legge ritenuta dal Legislatore Ue più idonea a regolare la situazione con ciò agevolando una soluzione uniforme in materia di conflitti di legge e facilitando la determinazione della norma materiale applicabile al caso. È opportuno poi ricordare che, tenendo conto che il regolamento n. 1259/2010 utilizza come criterio di collegamento principale la volontà delle parti, seppure nel rispetto di talune condizioni e di precisi limiti nella scelta, qualora fosse ammesso il richiamo all'ordinamento nel

I limiti

L'operatività del limite dell'ordine pubblico, inserito all'articolo 12 del regolamento, mette al riparo gli ordinamenti interni in relazione alla salvaguardia di principi fondamentali dello Stato del foro, necessità avvertita soprattutto considerando che il regolamento ha una portata universale e consente alle parti di scegliere, seppure a talune condizioni, la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale che potrà essere anche quella di uno Stato extracomunitario con la quale i coniugi hanno un legame. Il limite dell'ordine pubblico, quindi, tanto più utile laddove si verifica un'apertura verso ordinamenti stranieri con valori diversi rispetto a quelli degli Stati membri, in questi casi, ha una precisa utilità soprattutto per salvaguardare la parità di trattamento uomo donna. Potrebbe, infatti, accadere che una donna di uno Stato extra Ue che vive con il marito in un Paese membro dia il consenso alla scelta della legge del proprio Stato che presenta elementi di discriminazione nei suoi confronti prevedendo, ad esempio, che solo il marito possa presentare un'istanza di divorzio. In questi casi, il giudice adito potrebbe ritenere che l'accordo sulla scelta di legge effettuato dai coniugi, in quanto pregiudizievole per la donna, produca effetti contrari all'ordine pubblico e quindi impedirne l'attuazione, applicando un'altra legge richiamata attraverso i criteri di collegamento di cui all'articolo 8, tra le quali, vi è, in ultimo, la *lex fori*.

Il rafforzamento della tutela - Per garantire e rafforzare la tutela di principi ritenuti fondamentali, il Legislatore Ue ha deciso di inserire l'articolo 13 che si occupa delle divergenze fra le legislazioni nazionali. Questa norma, in effetti, appare come una specificazione del limite dell'ordine pubblico e costituisce una sorta di rassicurazione agli Stati che, come Malta - che

pure ha deciso di partecipare alla cooperazione rafforzata - non prevedono il divorzio. La disposizione in esame, infatti, dispone che in questi casi, gli Stati non sono tenuti a emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento assicurando, quindi, il rispetto del principio dell'indissolubilità del matrimonio. Inoltre, tenendo conto della circostanza che l'articolo in esame stabilisce che le autorità giurisdizionali di uno Stato non tenute a considerare valido un determinato matrimonio ai fini del divorzio, è garantita anche la possibilità per gli Stati membri di impedire ogni forma di riconoscimento, seppure in via indiretta, di unioni tra cop-

**Se il Regolamento
si riferisce al criterio
di collegamento
della cittadinanza, si dovrà
attuare quanto previsto
dagli istituti vigenti in sede
nazionale, ma nel rispetto
dei principi dell'Unione**

pie dello stesso sesso. Giova ricordare che la Commissione europea era fermamente contraria all'inserimento di detta disposizione che - a suo avviso - autorizza «i giudici di uno Stato membro partecipante... a non applicare le stesse disposizioni degli altri Stati membri partecipanti» ritenendo la previsione contenuta nella suddetta disposizione «una deroga che nega la finalità stessa della cooperazione rafforzata autorizzata dalla decisione 2010/405/Ue del Consiglio» (si veda il Doc. n. 17046/10). In senso opposto si era espressa Malta la quale, richiamando l'articolo 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha rilevato che lo spazio di liber-

tà, sicurezza e giustizia deve essere realizzato «nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

Il limite dell'ordine pubblico - Occorre infine ricordare che per i Paesi Ue, il nucleo del limite dell'ordine pubblico è anche costituito dal cosiddetto "ordine pubblico comunitario" inglobato in quello dei singoli ordinamenti nazionali, tanto più che lo stesso considerando n. 16 del preambolo prevede che la legge scelta dai coniugi sia «conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» e che il considerando n. 30 impone alle autorità nazionali di applicare il regolamento in conformità ai principi riconosciuti nella Carta di Nizza. Tuttavia, da alcune affermazioni contenute nello stesso preambolo, ci sembra che emerga la supremazia dei principi Ue su quelli degli Stati membri nell'ipotesi di contrasto, seppure più ipotetica che reale, tra il limite dell'ordine pubblico del foro e quello dell'Unione europea. Ciò si desume dal considerando n. 25 in base al quale i giudici nazionali non possono far valere detto limite per non applicare la legge di un altro Stato «qualora ciò sia contrario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare all'articolo 21, che vieta qualsiasi forma di discriminazione». Tale precisazione, a nostro avviso, sottende il riconoscimento di una supremazia dei principi della Carta rispetto a quanto stabilito negli ordinamenti interni, una supremazia che, d'altra parte, sembra affiorare, seppure in misura più lieve, anche dal citato considerando n. 16 che chiede ai coniugi di scegliere la legge da applicare al divorzio o alla separazione personale in modo «conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

I limiti

L'operatività del limite dell'ordine pubblico, al pari delle scelte già effettuate dal Legislatore Ue in altri regolamenti, ha carattere eccezionale come si evince dalla circostanza che l'articolo 12 ammette che la norma della legge straniera da applicare possa essere esclusa «solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro». L'utilizzo dell'avverbio "manifestamente" è indice della volontà di applicare in modo restrittivo tale clausola.

Malgrado il Legislatore Ue non abbia precisato l'ipotesi in cui il limite dell'ordine pubblico operi solo in relazione ad alcuni profili della legge straniera richiamata, sembra ipotizzabile, tenendo conto anche del carattere eccezionale del limite, che il richiamo possa operare in relazione alle disposizioni non contrarie all'ordine pubblico. Del pari, nulla è detto riguardo alle conseguenze dell'operatività del limite dell'ordine pubblico e alla legge da applicare se il richiamo dell'ordinamento straniero non è possibile. Appare plausibile, in questi casi, se il limite opera in relazione alla legge straniera richiamata in base all'accordo dei coniugi, applicare l'articolo 8 del regolamento e quindi richiamare la legge dello Stato in base agli altri criteri di collegamento in esso previsti che, come ultima *ratio*, potrà essere quella dello Stato del foro indicata dagli articoli 8, lettera *d*), e 10. Inoltre, in mancanza di scelta, si applicheranno a cascata i criteri oggettivi secondo l'articolo 8.

Il rinvio a ordinamenti plurilegislativi - Per quanto riguarda il rinvio a ordinamenti con più sistemi giuridici, il regolamento (a differenza di quello sulle obbligazioni extracontrattuali e di quello sulle obbligazioni contrattuali che si occupano unicamente degli ordinamenti plurilegislativi su base territoriale, ma in modo analogo a quanto previsto dal Protocollo dell'Aja sulla legge applicabile

alle obbligazioni alimentari) distingue due ipotesi, differenziandole nella soluzione scelta: quella del richiamo a ordinamenti plurilegislativi su base territoriale e quella a ordinamenti su base personale, ciascuno con proprie norme sostanziali in materia di separazione e di divorzio. Con riguardo alla prima situazione, il regolamento dispone, salvo in un caso, che il richiamo deve essere inteso direttamente al sotto-ordinamento e quindi alla legge in vigore nella pertinente unità territoriale richiamata direttamente. L'articolo 14, poi, precisa l'ipotesi in cui sia fatto specifico riferimento alla legge della residenza abituale che va intesa «come riferimento alla residenza abituale in un'unità ter-

Se nell'ordinamento centrale mancano le regole per determinare i criteri da applicare si utilizza il sistema giuridico con il quale uno o entrambi i coniugi hanno il legame più stretto

ritoriale». Nei casi in cui, invece, vi è un riferimento alla cittadinanza, spetta all'ordinamento centrale designare l'unità territoriale: in mancanza di norme pertinenti il rinvio è all'ordinamento dell'unità territoriale scelta dalle parti o dell'unità territoriale con il quale il coniuge o i coniugi hanno il legame più stretto.

Per gli ordinamenti plurilegislativi su base personale, situazione che nella proposta di regolamento non trovava un'apposita regolamentazione e che invece è stata voluta dal Parlamento europeo, l'articolo 15 stabilisce che il richiamo alle norme di uno Stato con più sistemi giuridici applicabili a determinate categorie di persone si riferisce all'ordinamento centrale. Sarà

poi in base a detto ordinamento che dovrà individuato il sistema giuridico da applicare. Tuttavia, nell'ipotesi in cui manchino nell'ordinamento centrale regole idonee a determinare le norme da attuare si applicherà il sistema giuridico o il complesso di norme con il quale il coniuge o i coniugi hanno il legame più stretto.

L'incidenza del regolamento sull'utilizzo del criterio di collegamento della cittadinanza per i pluricittadini - Per volontà del Parlamento europeo è stata inserita, seppure solo nel preambolo, un'indicazione chiara agli operatori giuridici interni che, nei casi in cui il regolamento si riferisca al criterio di collegamento della cittadinanza, dovranno si applicare quanto previsto dalla legislazione nazionale, ma «nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea», evitando di "cadere" in discriminazioni sulla base della nazionalità che, in realtà, sono comuni a molti ordinamenti. D'altra parte, già la Corte di giustizia dell'Unione europea è intervenuta sul punto. Ad esempio, nella sentenza Garcia Avello 2 ottobre 2003 (causa C-148/02), la Corte ha rilevato che la norma interna che fa prevalere la cittadinanza di uno Stato membro su quella di un altro Paese Ue può condurre a risultati contrari a principi riconosciuti nel Trattato come il divieto di discriminazione e la libertà di circolazione delle persone. L'indirizzo fornito sul piano Ue, in termini generali, è destinato a incidere sull'applicazione delle norme di conflitto interne nei casi in cui queste ultime, nelle ipotesi di doppia o plurima cittadinanza, tra le quali vi è quella del proprio Stato, dispongono la prevalenza di quest'ultima legge (si ricordi che ciò avviene anche nel nostro ordinamento che, in base all'articolo 19 della legge 218/1995 attribuisce la prevalenza alla legge italiana nei casi in cui con quest'ultima concorre la cittadinanza di un altro Stato, inclusi quelli dell'Unione europea).
