

AIAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

2009/3

EUROPA E IMMIGRAZIONE

www.aiaf-avvocati.it

Anno XIV n° 3, settembre-dicembre 2009

Quadrimestrale - reg. Tribunale Roma n. 496 del 9.10.1995

GIURISDIZIONE E LEGGE APPLICABILE NELLE CONTROVERSIE MATRIMONIALI CON CITTADINI EXTRACOMUNITARI



Roberta Clerici

Professore ordinario di Diritto internazionale privato, Università degli Studi di Milano

Risulta del tutto agevole constatare che le norme di diritto internazionale privato in tema di famiglia sono suscettibili di richiamare, mediante il criterio della cittadinanza o altri, la legge di qualsiasi Stato, sia esso membro o no dell'Unione europea. Meno evidente appare forse l'applicabilità delle norme comunitarie sulla giurisdizione in materia di controversie familiari anche ai cittadini di Stati extracomunitari. Ne costituiscono testimonianza le sentenze nelle quali il giudice italiano, chiamato a verificare la propria competenza giurisdizionale in controversie matrimoniali che coinvolgono cittadini extracomunitari, evoca – salvo alcune eccezioni – esclusivamente le norme della legge 31 maggio 1995, n. 218 (a volte con censurabili commistioni tra giurisdizione e legge applicabile)¹.

In realtà le norme italiane sulla giurisdizione relative alle controversie in tema di separazione personale, scioglimento e annullamento del matrimonio o di responsabilità genitoriale risultano oggi quasi sempre derogate da quelle contenute nel regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (cosiddetto Bruxelles II bis). E ciò si verifica non solo quando tali controversie coinvolgono cittadini di Stati membri differenti oppure appartenenti al medesimo Stato comunitario ma residenti in Stati comunitari diversi o in Paesi extraeuropei, ma anche qualora le relative azioni vengano intentate da parte o nei confronti di cittadini extracomunitari.

In effetti, il regolamento suddetto, le cui norme sono destinate appunto a prevalere su quelle di origine statale, prevede all'art. 3 par. 1 lett. a una serie di titoli di giurisdizione in materia matrimoniale fondati sulla residenza abituale del convenuto o dei coniugi o dell'attore all'interno del territorio comunitario (ad eccezione di quello dello Stato danese)²; solo il criterio contemplato dall'art.

¹ È riscontrabile in effetti la tendenza ad applicare l'art. 3 e/o l'art. 32 della l. 31 maggio 1995, n. 218 (ovvero, le norme interne in materia di giurisdizione per le cause di separazione personale o di divorzio), alle relative controversie che coinvolgono cittadini extracomunitari. Così ad esempio Trib. Tivoli, 14 novembre 2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 535; Trib. Pordenone, 14 settembre 2005, *ibidem*, 2006, 181; Trib. Reggio Emilia, 3 settembre 2007, *ibidem*, 2009, 638; Trib. Reggio Emilia, 3 aprile 2008, *ibidem*, 2009, 737 e con la data di udienza (28 marzo 2008), in *Dir. immigrazione citt.*, 2009, 1, 163 ss., con commento di Clerici; Trib. Modena, 31 luglio 2008, *ibidem*, 2009, 737-739. D'altro canto, la stessa Corte di Cassazione (s.u.), ord. 3 febbraio 2004 n. 1994, *ibidem*, 2004, 1390, non ha esitato ad applicare l'art. 3 c. 2, ultima parte, della l. 218/95 ad un giudizio di separazione personale tra due coniugi stranieri, mentre la residenza dell'attore in Italia protratta per oltre due anni avrebbe costituito valido titolo di giurisdizione in base al regolamento comunitario. Del tutto corrette risultano invece le considerazioni della medesima Corte allorché censura il ricorso, da parte dei giudici di merito, al criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, sottolineando che esso costituisce un criterio di collegamento utile ad individuare la legge applicabile alla separazione personale o al divorzio ex art. 31 c. 1 della l. 218/95; ma non un criterio di giurisdizione: v. SU, 17 marzo 2000 n. 61, *ibidem*, 2000, 781 e 20 luglio 2001 n. 9884, *ibidem*, 2002, 420. Ineccepibile risulta infine la motivazione del Trib. Belluno, 6 marzo 2009 (di prossima pubblicazione in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010), nella cui sentenza viene recisamente scartata l'applicazione delle norme interne a favore di quelle comunitarie, in presenza di una domanda di divorzio formulata congiuntamente da due coniugi indiani.

² È noto infatti che la Danimarca, avvalendosi del suo diritto di "opting out", non è vincolata dagli atti comunitari adottati in base al titolo IV del trattato CE, come risulta in particolare anche dall'art. 2 n. 3 del presente regolamento. Più flessibile la posizione di Regno Unito e Irlanda, che hanno deciso invece di vincolarsi ("opting in").

3 par. 1 lett. b attiene alla comune cittadinanza di uno Stato membro (o al comune *domicile* nel Regno Unito o in Irlanda) da parte dei coniugi stessi³.

Dunque, il cittadino di uno Stato extracomunitario può validamente esperire la propria azione o essere chiamato in giudizio, nei confronti di un cittadino italiano o beninteso di un altro cittadino extracomunitario, qualora sussista un determinato collegamento (residenza abituale o *domicile*) con uno Stato membro previsto dal suddetto regolamento (CE) n. 2201/2003⁴.

Nell'applicazione delle suddette norme, mentre la definizione del concetto di *domicile* risulta espressamente affidata agli ordinamenti di Regno Unito e Irlanda⁵, è emersa anzitutto la questione concernente la portata da assegnare al criterio della residenza abituale, non predeterminato dal regolamento in esame. Tale criterio deve anzitutto essere individuato mediante un'interpretazione "autonoma"⁶, e pur sempre mirata al contesto normativo cui essa attiene. Ed è stata la stessa Corte di giustizia a ribadire tale affermazione proprio nell'interpretazione del medesimo criterio contenuto nello stesso regolamento (CE) n. 2201/2003, ma avendo riguardo alla residenza abituale del minore, che costituisce il criterio di giurisdizione generale per le controversie in materia di responsabilità genitoriale⁷.

La Corte di Lussemburgo ha escluso il ricorso, a tale proposito, a precedenti pronunce emesse in riferimento ad altri settori del diritto dell'Unione europea⁸; tuttavia, non è nemmeno possibile utilizzare, ai fini esegetici qui rilevanti, la pronuncia suddetta, poiché anch'essa risulta fortemente ancorata a una situazione particolare, ovvero alla residenza abituale del minore trasferito da uno Stato all'altro. A tale riguardo sono stati infatti delineati parametri in buona parte specifici alla materia (il minore normalmente condivide la residenza abituale di uno o di entrambi i genitori)⁹. E si è avuto cura di sottolineare che spetta al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie¹⁰.

Per quanto attiene alla residenza abituale dei coniugi, appare soprattutto difficile quantificare con esattezza il periodo minimo di durata da prendere in considerazione¹¹. Si rivela infatti necessario

³ Nella vasta bibliografia al riguardo vedi di recente per tutti Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2007, 94 ss.; Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 63 ss. (e in Bariatti, Ricci, a cura di, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, 3 ss.); Ricci, *Artt. 3-7 reg. (CE) n. 2201/2003*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008, 2555 ss.

⁴ Si ricorda in particolare che tale collegamento può essere alternativamente costituito, ai sensi appunto dell'art. 3 par. 1 lett. a, dalla residenza abituale dei coniugi; dall'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi risiede ancora nel medesimo Stato; dalla residenza abituale del convenuto; in caso di domanda congiunta, da quella di un coniuge; o dalla residenza abituale dell'attore, protratta per un anno nel periodo immediatamente precedente alla proposizione della domanda oppure per sei mesi se quest'ultimo è altresì cittadino dello Stato del foro o vi ha il proprio *domicile*.

⁵ Così l'art. 3 par. 2. Per l'ipotesi di doppia (ed eguale) cittadinanza dei coniugi v. Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, in causa C-168/8, Hadadi.

⁶ In omaggio a un consolidato orientamento della Corte di giustizia delle Comunità europee manifestato a più riprese, e in particolare nell'applicazione della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (su cui *infra*, nota 24), riguardo alle numerose nozioni giuridiche ivi utilizzate. Sui poteri della Corte e su tale orientamento cfr. *ex multis* Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, III ed., Padova, 2006, 37 ss. e 47 ss.

⁷ Ai sensi dell'art. 8 par. 1 (v. anche *infra*, nota 29). La sentenza qui considerata è stata emessa il 2 aprile 2009, in causa C-523/07, A ed è reperibile (come tutte le altre qui citate) al sito <http://curia.europa.eu/jurisp>

⁸ La Corte ricorda in particolare le sentenze 15 settembre 1994, in causa C-452/93 P, *Fernández*, punto 22; 11 novembre 2004, in causa C-372/02, *Adanez-Vega*; 17 luglio 2008, in causa C-66/08, *Kozłowski*, rispettivamente in tema di indennità di dislocazione per i funzionari comunitari, di previdenza sociale e di mandato di arresto europeo.

⁹ Ci si riferisce non tanto alla durata, alla regolarità, alle condizioni del soggiorno e alla cittadinanza ivi evocate, quanto ad esempio alla "frequenza scolastica".

¹⁰ Così il punto 44 della sentenza.

¹¹ Sulla proposta di regolamento in materia matrimoniale del 17 luglio 2006 (c.d. Roma III), destinato appunto a modificare il regolamento 2201/2003 e a introdurre norme di conflitto uniformi, la quale fissa un periodo minimo di tre anni per il criterio dell'ultima residenza abituale dei coniugi, vedi le considerazioni critiche sulla sua rigidità, riportate e condivise da Ricci, *I "fori residuali" nelle cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in Venturini, Bariatti (a cura di), *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato. Liber F. Pocar*, Milano, 2009, 874 ss.

un certo grado di flessibilità a tale proposito, avendo riguardo sia all'integrazione dei coniugi stessi (o di uno di loro) nel tessuto sociale di un determinato Paese comunitario, che diviene così il centro delle proprie relazioni di vita, sia a un certo *animus manendi* in quel determinato Stato membro¹². Ben più spinoso è comunque apparso, sin dall'entrata in vigore del precedente regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 (abrogato dal presente regolamento, senza nulla innovare sul punto), il problema relativo all'individuazione dei limiti di applicabilità delle norme sulla giurisdizione ivi contenute. Si tratta in particolare del coordinamento tra l'art. 6 e l'art. 7 par. 1 dello strumento comunitario oggi vigente. La prima delle suddette norme sancisce infatti il "carattere esclusivo" dei criteri di giurisdizione di cui agli artt. 3, 4 e 5¹³, statuendo che il coniuge, il quale abitualmente risiede in uno Stato membro o è cittadino di uno Stato comunitario (oppure abbia il *domicile* nel Regno Unito o in Irlanda), può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza dei tre articoli suddetti. A sua volta l'art. 7 par. 1 prevede che, qualora nessun giudice di uno Stato membro risulti competente in base alle norme suindicate, possano essere utilizzati i criteri di giurisdizione statali¹⁴.

Le incertezze derivanti dai possibili intrecci tra le due disposizioni¹⁵ sono state in massima parte fugate da una pronuncia resa nel 2007 dalla Corte di giustizia sul caso *Sundelind Lopez*¹⁶. Posti di fronte a una moglie svedese, la quale aveva sempre risieduto in Francia con il marito cubano (rientrato poi definitivamente nel suo Stato di origine) e continuava a risiedere in quello Stato, i giudici di Lussemburgo hanno escluso che la signora Sundelind potesse validamente investire della causa di divorzio i giudici del proprio Stato nazionale: come la stessa aveva viceversa proceduto ad agire facendo leva, alla stregua dell'art. 6, sull'assenza di residenza abituale e di cittadinanza comunitaria del marito, da lei convenuto in giudizio.

Secondo la Corte, i criteri nazionali di giurisdizione, di cui all'art. 7 par. 1, sono infatti invocabili solo allorché non sia possibile rinvenire alcun giudice di uno Stato comunitario in grado di dichiararsi competente; tale invece risultava, nel caso di specie, il giudice francese in virtù sia dell'ultima residenza abituale dei coniugi, unita al perdurare della medesima residenza da parte della moglie, sia della residenza in Francia della moglie stessa, protrattasi da più di un anno al momento della domanda¹⁷.

Quali gli effetti di tale sentenza sul sistema italiano in particolare? I criteri di giurisdizione, divenuti

¹² Quest'ultimo parametro è tuttavia criticato, qualora non sia accompagnato neppure dalla durata temporale di sei mesi della residenza abituale, ricavata dallo stesso art. 3 del regolamento (*supra*, nota 4) da Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari* cit., 72 ss. Nelle giurisprudenze nazionali tuttavia, sia pure in presenza di periodi di residenza ben più protratti, è stato preso in esame anche l'intento suindicato: cfr. ad esempio Cour de Cassation (francese), 14 dicembre 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 853, la quale sottolinea opportunamente che la residenza abituale costituisce una nozione autonoma di diritto comunitario, che deve essere identificata nel luogo in cui la persona ha fissato il centro permanente e/o abituale dei suoi interessi, con l'intenzione di attribuire ad esso carattere stabile e non temporaneo. All'intento "di attribuire stabilità" alla "residenza di fatto" si ispira, sia pure in applicazione delle norme interne, anche Cass. s.u., ord. n. 1994/2004 cit. (*supra*, nota 1). Infine, per una ricognizione della giurisprudenza comunitaria (sebbene, come si è rilevato, riferita ad altri settori) vedi Ricci, *Artt. 3-7 reg. (CE) n. 2201/2003* cit., 2456 ss.

¹³ Anche se non rilevano ai fini qui esaminati, l'art. 4 del regolamento prevede che la competenza del giudice, qualora sussista in base a uno dei criteri di cui all'art. 3, possa estendersi anche alla domanda riconvenzionale; l'art. 5 contempla a sua volta un'analoga estensione per la conversione della separazione giudiziale in divorzio, se prevista dalla legislazione del foro (ma non da quella italiana, dato che la l. 1° dicembre 1970, n. 898 richiede appunto una domanda autonoma destinata a sfociare in un nuovo provvedimento).

¹⁴ Viceversa, l'art. 7 par. 2 accorda al cittadino di uno Stato membro, residente in un diverso Stato membro la facoltà di avvalersi, al pari dei cittadini e davanti ai giudici di quest'ultimo Stato, delle norme interne sulla giurisdizione contro un convenuto che non ha residenza abituale in uno Stato membro (né *domicile*) e neppure è cittadino comunitario. Si pensi ad un attore di cittadinanza spagnola residente in Italia che invoca il criterio del luogo di celebrazione del matrimonio (o della cittadinanza, anche se non possiede quella italiana) contro il coniuge brasiliano, residente in Brasile o in un altro Stato extracomunitario (o addirittura in Danimarca: vedi *supra*, nota 2) ai sensi dell'art. 32 della l. 218/95.

¹⁵ Si vedano le diverse ricostruzioni teoriche riportate da Ricci, *Artt. 3-7 reg. (CE) n. 2201/2003* cit., 2461 ss. e *I "fori residuali" nelle cause matrimoniali* cit., 868 ss.

¹⁶ Sent. 29 novembre 2007, in causa C-68/07.

¹⁷ Tali criteri sono previsti dall'art. 3 par. 1 lett. a, secondo e quinto trattino (vedi già *supra*, nota 4).

ti "residuali", contemplati dagli artt. 3, 4 e 32 della legge n. 218 del 1995¹⁸ potranno essere invocati solo qualora i coniugi siano cittadini di Stati membri differenti e non abbiano mai risieduto abitualmente nel medesimo Stato comunitario; o ancora quando, dopo avervi risieduto entrambi, se ne siano ambedue definitivamente allontanati; quando il convenuto risieda in un territorio extracomunitario e l'attore, nel periodo immediatamente precedente alla domanda, abbia risieduto per meno di un anno in uno Stato membro (o di sei mesi se cittadino del medesimo Stato)¹⁹.

Una volta preso atto del margine di operatività così ridotto oggi spettante alle nostre norme interne, risulta altrettanto agevole dedurre che i relativi titoli di giurisdizione (di per sé ben più ampi rispetto a quelli comunitari) riflettono circostanze che possono raramente presentarsi. Ciò appare del resto confermato dalla prassi giurisprudenziale italiana più recente: come è già stato rilevato, i giudici italiani mostrano di applicare i criteri di giurisdizione, dettati dalla legge di riforma del diritto internazionale privato, a controversie che sarebbero sottoposte invece al regolamento Bruxelles II *bis*. Infatti i criteri nazionali, a tal fine evocati, riprendono in larga parte titoli di competenza presenti nello strumento comunitario quali la residenza abituale comune di entrambi i coniugi o quella del convenuto²⁰. Solo in un caso risulta invece applicato il criterio (di per sé, inusitato) relativo al luogo di celebrazione del matrimonio²¹. Occorre comunque sottolineare che anche le decisioni emesse sulla scorta dei criteri nazionali "residuali" godono del regime di riconoscimento agevolato previsto dal regolamento comunitario²².

In ogni caso, l'ampio numero di criteri di giurisdizione (pari ordinati) previsto dall'art. 3 del regolamento comunitario è suscettibile di dar luogo a casi di litispendenza internazionale, o meglio intracomunitaria, specialmente in presenza di coniugi di diversa cittadinanza. È noto che l'art. 19 par. 1 contiene, a tale riguardo, una norma di ampia portata in quanto sottopone al severo regime della litispendenza (e al conseguente obbligo di sospensione del processo finché non sia accertata la competenza del giudice preventivamente adito) anche le ipotesi di connessione: ad esempio, tra una causa di separazione personale e una di divorzio tra le stesse parti; non a caso è stato evocato il concetto di "falsa litispendenza". Ed è altrettanto noto, e ineluttabile, come tale disciplina sia suscettibile di innescare il fenomeno del *forum running*²³.

Merita piuttosto di essere segnalato in proposito un opportuno mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione: dopo una serie di pronunce statuenti l'esigenza di far ricorso al regolamento necessario di competenza *ex art.* 42 c.p.c. (e non al regolamento di giurisdizione *ex art.* 41) al fine di proporre appello contro i provvedimenti di sospensione del processo emessi dal giudice italiano a causa della litispendenza²⁴, i giudici di legittimità hanno finalmente stabilito che è necessario

¹⁸ Si tratta invero del criterio generale (residenza del convenuto) di cui al comma 1 dell'art. 3; dei criteri di competenza territoriale "mutuati" come criteri di giurisdizione dall'art. 3 c. 2, seconda frase (residenza dell'attore *ex art.* 4 c. 1 l. 898/70 o *ex art.* 18, comma secondo c.p.c., cui si aggiunge la dimora del convenuto in base al comma primo; o ancora residenza del ricorrente nelle cause di separazione personale *ex art.* 706, primo comma, novellato, c.p.c.); dei criteri di giurisdizione "speciali" di cui all'art. 32 (cittadinanza di una delle parti o luogo di celebrazione del matrimonio); e infine dei criteri previsti per i procedimenti di volontaria giurisdizione dall'art. 9. Controversa appare in dottrina l'invocabilità dell'art. 4 sulla cosiddetta accettazione (o proroga della giurisdizione): a favore ad esempio Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari* cit., 79; *contra*, Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale* cit., 114 ss. Richiama invece l'art. 4 in una causa di separazione personale Cass. s.u., ord. 24 ottobre 2006 n. 22818, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 549.

¹⁹ Per una simile esemplificazione cfr. anche Ricci, *I "fori residuali" nelle cause matrimoniali* cit., 872.

²⁰ *Supra*, nota 1.

²¹ Trib. Reggio Emilia, 3 settembre 2007 cit. Trattandosi di due coniugi vietnamiti che chiedevano una pronuncia di divorzio, rimane tuttavia il dubbio circa la loro residenza abituale comune in Italia.

²² Lo stesso regolamento esclude infatti, in sede di riconoscimento, qualsiasi indagine sulla competenza del giudice dello Stato di origine (art. 24): cfr. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari* cit., 77 ss.; Cafari Panico, *Artt. 21-27*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2485 ss.

²³ Vedi a tale proposito Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale* cit., 99 ss.; Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari* cit., 80 ss.; Baruffi, *Artt. 16-20*, in Zaccaria (diretto da), *op. cit.*, 2473. Si ricorda che l'art. 16 stabilisce comunque opportunamente il momento rilevante per la "adizione di un'autorità giurisdizionale".

²⁴ Vedi ad esempio Cass. s.u., 7 maggio 2004 n. 8748, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 424, in riferimento all'identica norma contenuta nell'art. 11 del regolamento (CE) n. 1347/2000. Il medesimo atteggiamento era d'altro canto manifestato anche in rife-

invece impugnare tali decisioni (siano esse di sospensione o di accertamento della giurisdizione italiana) davanti al giudice processualmente sovraordinato²⁵.

Occorre da ultimo rammentare la ristretta sfera di applicazione che connota il regolamento Bruxelles II *bis* sia sul versante della giurisdizione sia su quello del riconoscimento delle decisioni. Le norme sin qui evocate si applicano infatti solo alla domanda relativa alla modifica o alla perdita dello *status* di coniuge.

Le domande relative al mantenimento del coniuge o dei figli ricadono invece nell'ambito del regolamento (CE) n. 44/01 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale²⁶, il cui art. 5 n. 2 contiene peraltro due criteri suscettibili di allinearsi con quelli previsti dal regolamento Bruxelles II *bis*²⁷. Questa disposizione è destinata ad essere abrogata allorché entrerà in vigore il nuovo regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari²⁸.

Riguardo poi alle domande sull'affidamento dei figli, esse sono soggette ad apposite norme del regolamento (CE) n. 2201/2003²⁹; viceversa, alle ulteriori domande relative alla sistemazione del regime patrimoniale dei coniugi, all'attribuzione dell'abitazione familiare, all'addebito eccetera, si applicano i criteri di giurisdizione statali poiché esse risultano appunto escluse dall'ambito del regolamento³⁰.

Venendo ora alla legge applicabile ai procedimenti che hanno per oggetto i vari tipi di patologia del matrimonio, assumono anzitutto rilievo, riguardo all'annullamento del matrimonio stesso, gli artt. 27 e 28 della legge 218/95, destinati ad individuare l'ordinamento competente per la disciplina della capacità e degli altri requisiti matrimoniali e, rispettivamente, di quelli attinenti alla forma: sia al momento della celebrazione del matrimonio sia allorché divenga necessario valutare la validità del matrimonio stesso *ex post*.

Il richiamo alla legge nazionale di ciascun nubendo, sancito dalla prima norma, comporta, nel caso di diversa cittadinanza, un'applicazione delle rispettive regole nazionali in maniera "disgiunta" (ovvero, separatamente per ciascuno di essi), salvo l'esistenza di impedimenti bilaterali (quali ad esempio il rapporto di parentela) in presenza dei quali è giocoforza far prevalere le norme più restrittive³¹. L'operatività della legge nazionale comporta altresì, qui come altrove, l'attivazione del

rimento alla norma sulla litispendenza contenuta nell'art. 21 della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, oggi sostituita dal regolamento (CE) n. 44/01 del 22 dicembre 2000.

²⁵ Così Cass. s.u., ord. 12 maggio 2006 n. 1101, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 198. Il nuovo orientamento è stato del resto ribadito di recente anche nei confronti della norma sulla litispendenza contenuta nella convenzione di Bruxelles del 1968: vedi Cass. s.u., ord. 19 marzo 2009 n. 6597, *ibidem*, 2009, 945.

²⁶ Cfr. l'art. 1 par. 3 lett. e il considerando 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003.

²⁷ Al criterio generale del domicilio del convenuto di cui all'art. 2 la norma in esame affianca infatti quello del domicilio o della residenza abituale del creditore di alimenti; e soprattutto quello che estende la competenza del giudice, già validamente investito di una questione di *status*, alla domanda accessoria relativa agli alimenti, salvo che la competenza sia stata fondata "unicamente sulla cittadinanza di una delle parti": eccezione quest'ultima da escludere se sono stati applicati i criteri di cui all'art. 3 del regolamento (CE) n. 2201/2003 (ma non altrettanto se sono stati invece applicati i criteri previsti dalla l. 218/95, in particolare l'art. 32: *supra*, nota 18). Vedi sulla suddetta norma e sulla nozione "comunitaria" di alimenti (talvolta oggetto di censurabili equivoci da parte dei giudici italiani) Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere* cit., 147 ss.; Viarengo, *Art. 5 n. 2 reg. 44/01*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2528 ss.

²⁸ Il nuovo regolamento, il cui art. 76 indica come data di inizio della sua applicazione (a certe condizioni) il 18 giugno 2011, è pubblicato in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L 7 del 10 gennaio 2009. Su di esso, Pocar, Viarengo, *Il regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 805 ss.

²⁹ Ovvero, agli artt. 8 e ss. Su tali disposizioni, per tutti, Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale*, in *Riv. dir. int.*, 2004, spec., 1004 ss.; Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale* cit., 103 ss.; Baruffi, *Artt. 8-15*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2462 ss.

³⁰ Vedi il considerando 8.

³¹ Cfr. Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, II ed., Torino, 2006, 61 ss.; Corbetta, *Art. 27 l. 218/95*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2368 ss.

meccanismo del cosiddetto rinvio, ovvero l'applicazione delle regole di conflitto dell'ordinamento richiamato dalla norma italiana di diritto internazionale privato, come è stabilito dall'art. 13 nella duplice accezione del "rinvio indietro" e del "rinvio oltre accettato"³².

Non sono invece sottoposte a tale filtro le diverse leggi richiamabili al fine di saggiare la validità formale del matrimonio, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 218/95³³, tra le quali è prevista, oltre alla "tradizionale" *lex loci actus*, anche la legge che ne regola la sostanza. Ed è proprio alla stregua di tale ultimo criterio che è stato dichiarato valido un matrimonio celebrato tra due cittadini pakistani in una forma del tutto inusuale per il nostro ordinamento³⁴.

Per quanto attiene alla legge regolatrice della separazione personale e dello scioglimento del matrimonio, disciplinata dall'art. 31 comma 1, anch'essa risulta soggetta al rinvio: non solo qualora sia individuata in base al criterio della comune cittadinanza dei coniugi, ma anche quando (in mancanza di quest'ultima oppure in presenza di più cittadinanze comuni)³⁵ tale legge risulti applicabile alla stregua del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale³⁶.

In ogni caso, l'istituto del rinvio diviene inoperante, per quanto attiene alla patologia dei rapporti matrimoniali relativi a cittadini extracomunitari, allorché il relativo procedimento coinvolga due coniugi appartenenti a Stati cosiddetti islamici, in virtù dell'identico richiamo, da parte delle rispettive norme di diritto internazionale privato, alla legge nazionale dei coniugi³⁷; ed ancora qualora si tratti di coniugi appartenenti a Stati differenti, ma residenti entrambi in Italia.

Merita piuttosto di essere segnalato, riguardo ai primi, da un lato il presumibile rifiuto, da parte del giudice italiano di pronunciare ovvero di omologare un ripudio ove previsto dalla loro comune legge nazionale, alla luce della contrarietà all'ordine pubblico *ex art.* 16 della legge n. 218/95, anche se è emersa di recente qualche apertura sul versante del riconoscimento di tali atti³⁸. Dall'altro lato, si vanno diffondendo le domande di separazione personale, formulate soprattutto dalle mogli dei cittadini mussulmani sulla base dell'art. 31 comma 2³⁹. A tali domande viene spesso contrapposta, da parte dei mariti delle istanti, l'esibizione di un documento attestante l'avvenuto divorzio, ottenuto in breve tempo davanti alle proprie autorità nazionali, non solo giudiziarie ma anche consolari. Tuttavia, tranne che in casi sporadici, finora i giudici italiani hanno sempre negato efficacia a tali documenti o alle relative pronunce, ravvisando la carenza di prove in ordine alla loro defi-

³² Vedi più estesamente al riguardo Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale* cit., 211 ss. e *Parte speciale* cit., 64; Clerici, *Art. 13 l. 218/95*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2347 ss.

³³ Tale esenzione è infatti disposta espressamente dall'art. 13 c. 2. Sulla norma sopra citata cfr. Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale* cit., 70 ss.; Corbetta, *Art. 28 l. 218/95*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2370 ss.

³⁴ Trib. Milano, 2 febbraio 2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 137 ss., ha affermato la validità, ai fini del ricongiungimento familiare, di un matrimonio celebrato per telefono da un cittadino pakistano residente in Italia con una concittadina residente nel Paese di origine. Dubita della congruità di tale pronuncia con le nostre norme in tema di immigrazione Cafari Panico, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, *ibidem*, 2007, 932 ss.

³⁵ Sull'ineluttabile estensione per via interpretativa di tale ultimo requisito, di per sé non previsto testualmente dalla norma testé richiamata, bensì dall'art. 29 relativo ai rapporti personali tra coniugi, vedi per tutti, Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale* cit., 78.

³⁶ Cfr. sulla norma in esame ancora Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale* cit., 78 ss.; Clerici, *Art. 31 l. 218/95*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia* cit., 2379 ss.

³⁷ Per ulteriori riferimenti al riguardo vedi di recente Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 197 ss.

³⁸ Ovviamente, si tratta del ripudio unilaterale, pronunciato dal marito (ma in alcuni ordinamenti mussulmani anche dalla moglie) mediante un atto di volontà per il quale non è richiesta alcuna motivazione. Sul punto più estesamente Clerici, *La compatibilità* cit., 201 ss. Deve essere tuttavia segnalata la sentenza di App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 647, la quale ha dichiarato efficace (ai sensi della convenzione de l'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento delle separazioni personali e dei divorzi) un ripudio egiziano (*talaq*) pronunciato dal marito. La moglie concittadina (nel frattempo passata a nuove nozze), pur non intervenuta nel successivo procedimento, era stata avvisata della volontà del marito e perciò messa in grado, secondo la Corte, di far valere eventuali pretese economiche.

³⁹ Com'è noto, tale norma prevede infatti l'applicazione della disciplina italiana in materia, nonché di quella relativa allo scioglimento del matrimonio, allorché tali istituti non siano contemplati dall'ordinamento competente *ex art.* 31 c. 1.

nitività o al rispetto dei diritti della difesa nel procedimento straniero⁴⁰. Ed occorre sottolineare che tali decisioni, se da un lato godranno di un riconoscimento agevolato negli Stati membri dell'Unione europea, dall'altro non potranno ovviamente divenire efficaci nell'ordinamento dello Stato di origine dei coniugi. Dunque, sia la moglie sia il marito si troveranno in una identica situazione cosiddetta claudicante: ovvero, dotati di stato libero rispetto a quest'ultimo, ma non nei confronti dello Stato italiano e degli altri Stati comunitari⁴¹.

Ben diversi si prospettano i casi di domande rivolte ad ottenere una pronuncia italiana di scioglimento di matrimonio "immediato", alla stregua della legge nazionale applicabile, ovvero per cause non previste dal nostro ordinamento e che prescindono comunque da un preventivo periodo di separazione personale. Di fronte a tali ipotesi i giudici italiani hanno correttamente escluso l'incidenza dell'ordine pubblico e non hanno esitato ad applicare le norme materiali straniere competenti⁴².

Tale atteggiamento sembra del resto destinato a divenire sempre più frequente, in virtù di una sorta di effetto trainante che il regolamento (CE) n. 2201/2003 non potrà non dispiegare, sia pure dal versante del riconoscimento delle sentenze straniere. L'art. 25 del medesimo sancisce infatti, ai fini appunto dell'efficacia delle decisioni suddette, il divieto per i giudici di opporre l'eccezione dell'ordine pubblico nel caso di divergenza tra le norme in materia matrimoniale applicate dal giudice straniero e quelle presenti nell'ordinamento dello Stato "richiesto". E si è già avuto modo di constatare che simili decisioni (e ancor prima i relativi procedimenti) sono suscettibili di coinvolgere non solo i cittadini degli Stati membri, ma anche i cittadini extracomunitari.

⁴⁰ Ad eccezione di Trib. Reggio Emilia, 18 settembre 2008 (decisione inedita), il quale ha dichiarato cessata la materia del contendere in un giudizio di separazione nel corso del quale il marito aveva prodotto una sentenza di divorzio emessa in Marocco, il suindicato atteggiamento di rifiuto riguardo alla dichiarazione di efficacia di analoghe sentenze emesse in Stati islamici traspare ad esempio da Trib. Pordenone, 14 settembre 2005, dallo stesso Trib. Reggio Emilia, 3 aprile 2008, nonché da Trib. Modena, 31 luglio 2008, già cit. (*supra*, nota 1).

⁴¹ Per ulteriori considerazioni al riguardo vedi Clerici, commento a Trib. Reggio Emilia, 28 marzo 2008 cit. (*supra*, nota 1), spec. 169 ss.

⁴² Così Trib. Tivoli, 14 novembre 2002 e Trib. Pordenone, 14 settembre 2005 (entrambe cit. *supra*, nota 1), rispettivamente in applicazione della legge albanese e della legge del Marocco, le quali prevedono il divorzio per maltrattamenti. Tale orientamento risulta del resto suffragato dalla stessa Cass., 25 luglio 2006 n. 16978, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 432, la quale riprende testualmente molte considerazioni già svolte nella sentenza 28 maggio 2004 n. 10378, *ibidem*, 2005, 129, dichiarando l'efficacia in Italia di decisioni straniere di divorzio per mutuo consenso emesse addirittura tra due cittadini italiani.