

*Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del
Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università degli Studi di Trieste.*



Opera sottoposta a *peer review* secondo
il protocollo UPI – University Press Italiane



Questo volume è integralmente disponibile online a
libero accesso nell'archivio digitale OpenstarTs, al link:
<https://www.openstarts.units.it/handle/10077/22666>

impaginazione
Gabiella Clabot

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2018.

Proprietà letteraria riservata.
I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, di
riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa
pubblicazione, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm,
le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi.

ISBN 978-88-5511-008-2 (print)
ISBN 978-88-5511-009-9 (online)

EUT Edizioni Università di Trieste
via Weiss 21, 34128 Trieste
<http://eut.units.it>
<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

Dipartimento di Scienze politiche e sociali
dell'Università degli Studi di Trieste

Diritto, economia e società

In ricordo di Luisa Cusina

Raffaella Di Biase, Sara Frisano, Laura Paolino, Serena Baldin, Gabriele Blasutig, Giovanni Delli Zotti, Ornella Urpis, Andrea Crismani, Fabio Fossati, Lucio Franzese, Roberto Fusco, Tullio Gregori, Franca Menichetti, Giorgio Osti, Giorgio Pani, Giuliana Parotto, Roberto Scarciglia, Mariangela Scorrano, Marco Giansoldati, Romeo Danielis, Sara Tonolo, Alessia Vatta, Moreno Zago

Indice

RAFFAELLA DI BIASE, SARA FRISANO, LAURA PAOLINO

7 Prefazione

SERENA BALDIN

11 Parità di trattamento. Dal quadro normativo europeo al dovere delle amministrazioni pubbliche di utilizzare un linguaggio sensibile alle differenze di genere

GABRIELE BLASUTIG, GIOVANNI DELLI ZOTTI, ORNELLA URPIŠ

25 Gli studenti di Scienze Politiche di Trieste: caratteristiche, motivazioni, aspettative

ANDREA CRISMANI

57 Libertà dell'arte e limiti del diritto

FABIO FOSSATI

81 Il dialogo tra politologi ed economisti attraverso l'*International political economy*

LUCIO FRANZESE

97 Su persona e individuo nel rapporto tra diritto, economia e società

ROBERTO FUSCO

109 Il finanziamento del patrimonio culturale in Italia: la complementarietà tra intervento pubblico e privato

TULLIO GREGORI

137 La funzione d'importazione secondo l'approccio intertemporale

FRANCA MENICETTI

161 Intelletto e istinto, ontologia e valori. La comprensione del diritto

GIORGIO OSTI

169 Riflessioni sul post-terremoto: spaesamento e comunità reticolari

GIORGIO PANI

179 Aggiornamenti al PNA e responsabilità degli organi di controllo

GIULIANA PAROTTO

203 Symbols and images in Italian political philosophy

ROBERTO SCARCIGLIA

213 A short reflection on the implementation of article 9 of European Charter of Local Self-Government in Italian legal system after 30 years of the entry into force

MARIANGELA SCORRANO, MARCO GIAN SOLDATI, ROMEO DANIELIS

223 Un modello di stima del Costo Totale di Possesso per valutare la convenienza all'acquisto di un'auto elettrica

SARA TONOLO

249 La tutela internazionale del diritto fondamentale alle relazioni interpersonali e l'introduzione nell'ordinamento italiano degli istituti delle unioni civili e degli accordi di convivenza

ALESSIA VATTA

273 L'evoluzione organizzativa nella rappresentanza delle piccole e medie imprese: il caso di Rete Imprese Italia

MORENO ZAGO

283 La promozione dell'italianità al confine nord-orientale nei cinegiornali del Luce

La tutela internazionale del diritto fondamentale alle relazioni interpersonali e l'introduzione nell'ordinamento italiano degli istituti delle unioni civili e degli accordi di convivenza

SARA TONOLO

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali – 2. La nuova disciplina di conflitto delle unioni civili e l'interrelazione con i diversi modelli di relazioni interpersonali – 3. Le soluzioni di diritto internazionale privato per la disciplina delle unioni civili – 4. Aspetti problematici – 5. Gli accordi di convivenza – 6. Coordinamento con il Reg. (UE) 1104/2016 – 7. Osservazioni conclusive

1. OSSERVAZIONI GENERALI

La l. 20 mag. 2016/76 “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*” ha introdotto nell'ordinamento italiano la disciplina delle unioni civili, colmando una lacuna da tempo segnalata in dottrina¹, ed emersa nel quadro di una prospettiva evolutiva, in cui l'assenza di norme materiali e conflittuali per un istituto connesso all'esercizio di diritti fondamentali individuali appariva particolarmente problematica. È stato così attualmente previsto e regolato l'istituto delle unioni civili fra persone dello

¹ S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 17 ss.

stesso sesso e la regolamentazione minima della convivenza tramite accordo fra due persone, a prescindere dal loro sesso.

I nuovi istituti si inquadrano nel contesto normativo attuale e soprattutto nel più ampio sistema internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, nell'ambito del quale si è evidenziata specificamente la violazione da parte dell'Italia degli obblighi correlati al diritto al rispetto della vita privata e familiare nell'assenza di previsione per qualche forma di riconoscimento giuridico delle relazioni stabili tra persone dello stesso sesso: infatti l'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo è venuto in rilievo secondo il profilo discriminatorio con riguardo alla previsione dell'istituto delle unioni civili quale alternativa al matrimonio, esclusivamente riservata alle persone eterosessuali conviventi per cui l'introduzione di un'unione alternativa al matrimonio disposta da uno Stato parte non può escludere le coppie caratterizzate da un orientamento sessuale minoritario².

La rilevanza della nuova disciplina delle unioni civili si ricollega, inoltre, a un generale riconoscimento del c.d. "diritto alla convivenza", da tempo ampiamente affermato, sulla base delle previsioni costituzionali concernenti i diritti della personalità, proprie di alcuni ordinamenti giuridici, quali ad es. quelle tedesche³, o francesi⁴ e riconosciuto anche dalla Corte costituzionale italiana⁵. Anche nel quadro del diritto dell'Unione europea, oltre all'influenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il riconoscimento di tale diritto si è realizzato nell'ambito del tema più generale della compatibilità con la libera circolazione delle persone degli ostacoli posti dal paese di cittadinanza al riconoscimento di uno *status* legalmente acquisito nel paese di residenza⁶.

La soluzione normativa individuata, a seguito dell'*iter* concluso – come noto – con un emendamento del Governo, interamente sostitutivo della proposta originaria, definendo il testo di legge in un unico articolo suddiviso in

² Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*, ric. n. 18766/11 e 36030/11; sent. 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, ric. n. 29381/89; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.

³ *Bundesverfassungsgericht*, 17 lug. 2002.

⁴ *Conseil constitutionnel*, 13 ago. 1993 e 9 nov. 1999.

⁵ C cost., 14 apr. 2010/138: in questa sentenza, la Corte Costituzionale, nel ritenere che il matrimonio quale definito dall'art. 29 della Costituzione sia unicamente quello tra persone di sesso diverso, ha escluso la possibilità di attribuire a quella disposizione un'interpretazione estensiva fino al punto di ricomprendere modelli familiari fondati sul matrimonio tra persone del medesimo sesso, non ritenendo tuttavia che si tratti dell'unico modello familiare costituzionalmente ammesso. Si veda inoltre C cost., 11 giu. 2014/170.

⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 5 settembre 2012, in causa C-83/11.

69 commi, incide anche sul sistema di diritto internazionale privato vigente, con implicazioni problematiche, non solo per il fatto di aver disposto, da un lato, all'art. 1, c. 64, una norma di conflitto rivolta agli accordi di convivenza (nuovo art. 30-*bis* l. 31 maggio 1995/218), e dall'altro lato, una disciplina di applicazione necessaria per le unioni civili (art.1 c. 28), ma soprattutto per gli aspetti regolati dal decreto legislativo recante attuazione dell'art. 1, c. 28 lett. a), e c), l. 20 maggio 2016/76, che aveva delegato il Governo ad adottare disposizioni per l'adeguamento delle norme dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alle previsioni della legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché ad adottare disposizioni recanti modifiche ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la medesima legge sulla regolamentazione delle unioni civili delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti.

Sul primo aspetto, pare opportuno sottolineare la particolarità della soluzione prescelta nel distinguere accordi di convivenza e unioni civili: mentre, come si è detto, l'istituto delle unioni civili è riservato alle coppie omosessuali e si attua con dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale di stato civile, gli accordi di convivenza sono utilizzabili da tutte le coppie.

Tale distinzione viene posta alla base della differente disciplina di diritto internazionale privato: la legge infatti ha disposto per le unioni civili, una delega al Governo per “la modifica e il riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo”, e, per gli accordi di convivenza l'introduzione dell'art. 30-*bis* nell'ambito della l. 31 maggio 1995/218. Si tratta, dunque, di una soluzione di compromesso, come confermato anche dall'intenzione sottolineata dal legislatore di distinguere l'istituto delle unioni civili da quello del matrimonio, prevedendosi al riguardo, sin dal c. 1 che viene istituita l'unione civile tra persone dello stesso sesso” quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione”. Ciò, in ragione delle difficoltà ad estendere l'operatività del matrimonio alle persone dello stesso sesso in presenza della disposizione dell'art. 29 Cost.⁷.

⁷ Cfr. C Cost. 11 giugno 2014/170, relativa al matrimonio tra persone, che in seguito al trattamento di sesso non possano più dirsi coppie composte da persone di sesso opposto, e per le quali risulti dunque opportuno prevedere una forma di unione “alternativa al matrimonio”.

2. LA NUOVA DISCIPLINA DI CONFLITTO DELLE UNIONI CIVILI E L'INTERRELAZIONE CON I DIVERSI MODELLI DI RELAZIONI INTERPERSONALI

Nella l. 2016/76, la soluzione concernente le unioni civili in presenza di elementi di estraneità si concreta in una disciplina di applicazione necessaria. Come detto, si era delegato il Governo affinché provvedesse entro sei mesi e con un decreto legislativo a modificare e riordinare le norme di diritto internazionale privato in materia, in osservanza del principio secondo il quale ai matrimoni, alle unioni civili e alle altre forme analoghe di unione fra persone dello stesso sesso concluse all'estero si applica la disciplina italiana sulle unioni civili (art. 1, comma 28, lett. *b*; rispetto a quest'ultimo, tuttavia, l'art. 32-*bis* d. lgs. precisa che gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana si ritengono riferibili solo al matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso). Entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, fissata per l'11 feb. 2017, il Governo avrà la possibilità di adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto del principio in precedenza indicato (art. 1 comma 31). L'art. 1, comma 28, lett. *b*, della nuova legge italiana sulle unioni civili caratterizza dunque la disciplina delle stesse come un complesso di norme di applicazione necessaria, ovvero di norme che, in base all'art. 17 l. 31 maggio 1995/218, vanno applicate ad una determinata fattispecie, in ragione del loro oggetto e del loro scopo, nonostante il richiamo alla legge straniera.

Si tratta di una scelta condivisibile, anche alla luce dell'ampiezza dell'ambito della definizione di norme di applicazione necessaria, cui ha contribuito in maniera fondamentale significativa la Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo la quale "le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria sono le disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio"⁸.

Tale ampiezza è stata inoltre ribadita all'interno di molti atti normativi, tra cui ad es. il reg. (CE) 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), che all'art. 9 prevede siano di applicazione necessaria "le disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi politici, quali la sua organizzazione politica, sociale o econo-

⁸ Corte di Giustizia UE, 23 nov. 1999, in causa C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*, p. 30; Corte di giustizia UE, 19 giu. 2008, in causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

mica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile".

Nel caso specifico, la definizione ampia dell'art. 17 l. 31 maggio 1995/218 consente di ricomprendere nell'ambito di applicazione della stessa le disposizioni della legge sulle unioni civili, non tanto quali norme concernenti principi di carattere generale dell'ordinamento, ma quanto disposizioni riferibili ad esigenze di carattere pratico. Le norme di applicazione necessaria, come noto, si applicano in via preventiva, ovvero prima che si debba individuare la legge applicabile in base al gioco del conflitto di leggi, consentendo l'operatività delle norme materiali del foro. Tale disciplina riguarda, tuttavia, solo la trasformazione in unioni civili dei matrimoni, delle unioni civili e degli altri istituti contratti da persone dello stesso sesso all'estero. La soluzione è simile, sul piano tecnico, a quella seguita dall'ordinamento italiano per quanto riguarda il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione, relativamente ai quali, in esecuzione delle norme sulla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale si è previsto, nell'ipotesi in cui l'adozione si concluda dopo l'arrivo del minore in Italia, che il Tribunale per i minorenni riconosca il provvedimento straniero come affidamento preadottivo, se non è contrario ai principi fondamentali che regolano in Italia il diritto di famiglia e dei minori (art. 35, c. 4 legge sull'adozione).

Si tratta, tuttavia, di una scelta, apparentemente rivolta ad avvicinare le unioni civili al matrimonio, ma in realtà destinata a limitare l'esercizio dei diritti fondamentali regolati negli istituti stranieri di unione registrata, o partenariato, riconducendoli entro l'ambito della nuova disciplina, completata tramite il riordino delle norme dello stato civile realizzato ad opera del d.lgs. 19 gen. 2017/5; potrebbe apparire analoga a quella seguita da altri ordinamenti, ove tuttavia l'adattamento dell'istituto straniero avviene secondo ben altri principi, presupposti e condizioni di operatività, come ad es. nell'ambito dell'art. 17 della legge tedesca di diritto internazionale privato (EGBGB), secondo il quale si prevede la generale applicabilità del criterio del *locus celebrationis* per determinare la disciplina di tutte le *partnership*, indipendentemente dal fatto che esse siano registrate in Germania o all'estero. La legge del luogo di registrazione viene poi in rilievo, nell'ambito dell'art. 17 b, c. 1, II frase, EGBGB, qualora la legge individuata dalle norme di conflitto comuni non preveda alimenti o diritti successori in relazione alle unioni registrate.

In seguito all'introduzione nell'ordinamento italiano dell'istituto delle unioni civili, si prevede dunque che il matrimonio omosessuale all'estero produca gli effetti del nuovo istituto, risolvendo i problemi che si erano venuti a determinare in seguito alla trascrizione nei registri dello stato ci-

vile di alcuni matrimoni omosessuali celebrati all'estero ad opera di alcuni Sindaci (Milano, Roma, Napoli), con incerta efficacia, con la conseguenza che il Ministro dell'interno aveva emanato una circolare che legittimava l'intervento del Prefetto per l'annullamento degli atti di matrimonio indebitamente trascritti⁹, sulla quale è ampiamente intervenuta la giurisprudenza amministrativa¹⁰.

Anche la giurisprudenza civile ha affrontato il tema del riconoscimento del matrimonio *same-sex* principalmente riguardo al profilo della trascrivibilità dell'atto concluso all'estero, con esiti tuttavia incerti. Prevale la tendenza a rifiutare la trascrizione sulla base della generale inesistenza o invalidità del matrimonio. In questo quadro, si inserisce anche la pronuncia della Cassazione n. 4184 del 2012¹¹, chiamata a risolvere la questione concernente la possibilità di trascrivere il matrimonio omosessuale contratto all'estero nei registri dello stato civile, per poter reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio. La sentenza si ispira all'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010¹², senza spingersi però fino a rendere configurabile nel nostro ordinamento il diritto al matrimonio omosessuale, in quanto tale equiparazione può essere attuata solo a livello legislativo, e ribadendo tuttavia che gli omosessuali hanno il diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia e di rivolgersi alle autorità giurisdizionali per ottenere, in situazioni specifiche, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate. La giurisprudenza di merito successiva si è tendenzialmente allineata a questo precedente¹³. In senso favorevole alla trascrivibilità è rimasta isolata la pronuncia del Tribunale di

⁹ Si trattava della circolare Alfano del 7 ottobre 2014 sulla quale si veda L. Morassutto, *Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni same-sex: all'ombra dei divieti e dei*, in *Genius*, 2/2015, p.121 ss. In base ad essa, era compito dell'ufficiale di stato civile verificare la sussistenza dei requisiti di natura sostanziale in materia di stato e capacità delle persone, seppur quanto alla forma i requisiti del luogo di celebrazione fossero stati rispettati.

¹⁰ La circolare venne dapprima annullata dal T.A.R. Lazio, e poi confermata come legittima dal Consiglio di Stato, con le sentenze del 26 ottobre 2015, n. 4898; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4899. Tali sentenze sono state però poi riformate dalle sent. del Consiglio di Stato del 1° dicembre 2016, la n. 5047 e la n. 5048, secondo le quali è escluso che nella materia dell'ordinamento dello stato civile, esista una specifica disposizione che attribuisca al Prefetto il potere di annullare un atto di stato civile formato dal Sindaco quale ufficiale di stato civile.

¹¹ Cass. Civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. cost.*, 2/2012, p. 1520.

¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in www.articolo29.it.

¹³ Cfr ad es. App. Milano, 6 novembre 2015, in www.leggiditaliaprofessionale.it, che ha qualificato l'idoneità del matrimonio estero alla produzione di effetti come inefficacia in senso stretto pur riconoscendone l'intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa.

Grosseto¹⁴, secondo la quale dovevano essere riconosciuti gli effetti del matrimonio produttivo di effetti nell'ordinamento dello Stato nel quale è stato celebrato.

Sul panorama applicativo così incerto è intervenuta la riforma apportata dall'entrata in vigore dei d.lgs. n. 5/2017 e n. 7/2017, entrambi del 19 gennaio 2017, a completamento della legge 76/2016, tramite i quali sono state introdotte rilevanti modifiche alla legge 218/1995 proprio nella parte relativa al riconoscimento e alle trascrizioni delle unioni tra persone dello stesso sesso avvenute all'estero, prevedendo una duplice disciplina.

In merito alla trascrizione dei matrimoni omosessuali avvenuti all'estero, viene aggiunto l'art. 32-*bis* alla l. 218/1995 per riaffermare che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso, produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana: è una disposizione chiaramente rivolta a favorire la trascrizione dei matrimoni avvenuti all'estero che avranno l'efficacia dell'unione civile. Dunque la trascrizione del matrimonio avverrà nel registro delle unioni civili, a norma dell'art. 63, comma 2, lett. c) e c-*bis*) del d.P.R. 396/2000, e dell'art. 134-*bis*, comma 3, lett. a) del r.d. 1238/1939.

Inoltre, nell'art. 32-*quinquies*, l. 218/1995 viene precisato che l'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, abitualmente residenti in Italia, produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, con il fine evidente di vanificare il momentaneo trasferimento all'estero di cittadini italiani, residenti in Italia, per la celebrazione di un matrimonio all'estero, non previsto come tale in caso di evento in Italia; considerando che il nostro ordinamento ha disciplinato la possibilità di costituire l'unione civile, riservando il matrimonio alle coppie eterosessuali, si intende evitare i viaggi all'estero per matrimoni che poi non sarebbero riconosciuti.

Tuttavia, nonostante la semplificazione di tali problemi, è chiaro che il riconoscimento del vincolo di coppia formatosi all'estero avverrà solo tramite il c.d. declassamento o *downgrade* dell'istituto così posto in essere¹⁵.

¹⁴ Il decreto del 3 aprile 2014 venne poi annullato dalla Corte d'Appello di Firenze con sent. del 19 settembre 2014, in www.leggiditaliaprofessionale.it, per ragioni di rito, ma reiterato nel successivo decreto del 26 febbraio 2015. Nel riesaminare la questione i giudici hanno considerato discriminatorio negare il riconoscimento dello status coniugale legittimamente acquisito in uno stato straniero.

¹⁵ Per una prima applicazione della norma in esame nel testo, si veda Cass., 14 maggio 2018, n. 11696. Più in generale a commento della nuova disciplina delle unioni civili si veda C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2017, p. 33 ss.

3. LE SOLUZIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO PER LA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI

Il d.lgs. 19 gen. 2017/7 ha introdotto nella legge italiana di diritto internazionale privato del 1995 il nuovo art. 32 *ter*, rivolto a regolare alcuni aspetti dell'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso. La norma richiama la legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile in ordine alla disciplina della capacità e delle altre condizioni per contrarre l'unione civile. Tale soluzione appare pienamente condivisibile, dal momento che la costituzione di un'unione civile influisce sullo *status* dei soggetti che la pongono in essere, indipendentemente dalle condizioni sessuali, religiose, sociali, ecc., in cui essi si vengano a trovare, dal momento che, come noto, lo statuto personale riguarda lo "stato delle persone", ovvero non solo lo stato civile ma anche le relazioni familiari degli individui. Questo criterio di collegamento presenta inoltre il vantaggio di essere facilmente individuabile e di impedire la frode alla legge, che verrebbe invece realizzata a seguito dell'applicazione di altri collegamenti, quale ad es. il luogo di registrazione dell'unione, che può evidentemente essere scelto dalle parti; si tratta tuttavia di un criterio che presenta il vantaggio di consentire la registrazione dei partenariati ai cittadini di Stati il cui ordinamento non riconosce tale possibilità¹⁶.

Il collegamento della cittadinanza appare inoltre funzionale alla realizzazione del principio dell'armonia internazionale delle soluzioni, che, come noto, consente di risolvere i conflitti di leggi in modo tale che, all'interno degli ordinamenti direttamente interessati, ogni caso in cui tale conflitto si presenti possa ricevere la medesima disciplina, indipendentemente dalla giurisdizione competente in ordine ad esso. Infatti anche se la realizzazione dell'obiettivo dell'armonia internazionale delle soluzioni potrebbe essere più efficacemente realizzato, nell'ambito delle unioni civili, tramite l'adozione di regole di conflitto uniformi a livello internazionale, l'applicazione del collegamento della cittadinanza può comunque rappresentare uno strumento per il riconoscimento dello *status* di convivente così come regolato nell'ordinamento di nazionalità. A tale riguardo, si segnala la possibile operatività del rinvio, che si realizza, come stabilito dall'art. 13 l. 31 mag. 1995/218, qualora il sistema di conflitto dell'ordinamento richiamato tramite il collegamento della cittadinanza, attribuisca invece la competenza a regolare la materia ad altra legge, ad es. alla legge dello Stato di residenza abituale o di domicilio comune dei

¹⁶ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2005, p. 123.

partner¹⁷. In tale ipotesi, potrà infatti rendersi necessario far riferimento alla legge italiana (rinvio indietro), qualora tali collegamenti siano localizzati nel nostro paese, oppure alla legge di un terzo paese (rinvio oltre). L'incertezza che viene a determinarsi quanto alla legge applicabile, in tale ipotesi, non pare tuttavia compromettere i vantaggi che si ottengono in seguito al rinvio, che, corrispondendo al fine dell'armonia internazionale delle soluzioni, evita che i soggetti ritenuti conviventi dall'ordinamento nazionale non possano vedere riconosciuto tale *status* ed esercitare le prerogative allo stesso connesse nel sistema giuridico ritenuto da tale ordinamento competente in materia¹⁸.

L'operatività del criterio di collegamento della cittadinanza può tuttavia evidenziare alcuni problemi quando i partner hanno cittadinanze diverse. Infatti l'applicazione cumulativa delle leggi dei partner potrebbe determinare il rischio di una disciplina troppo rigorosa. Appare dunque preferibile, come del resto avviene per le condizioni per contrarre matrimonio, dare alle leggi dei paesi di cui le parti sono cittadine un'applicazione distributiva, secondo la quale ognuna delle parti dovrà soddisfare i requisiti posti dalla propria legge.

Un altro problema concernente il richiamo del collegamento della cittadinanza per la disciplina dei presupposti delle unioni civili riguarda la possibile interferenza con altri istituti, nel caso in cui lo *status* del soggetto convivente rilevi per altri motivi, quale ad es. la possibilità che lo stesso intenda contrarre matrimonio in Italia. Con riguardo al cittadino italiano, è chiaro che, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 1 c. 32 della legge sulle unioni civili, lo *status* di contraente l'unione civile incide sulla libertà di stato, prevedendosi che "Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso precedente". Anche il cittadino straniero, sia per celebrare il matrimonio, sia per costituire un'unione civile, deve rispettare le disposizioni imperative di cui agli artt. 115 e 116 c.c.

In particolare, potrebbero delinearsi alcuni profili di criticità, nel caso in cui un'unione civile non costituisca una preclusione al matrimonio nell'ordinamento nazionale del soggetto che ha contratto un'unione civile in Italia. Sarebbe pertanto possibile che uno straniero che sia unito civilmente in Italia possa poi sposarsi nel suo paese d'origine. Questo potrebbe avvenire se, ad es., in Francia l'unione civile italiana dovesse essere qualificata come un *pacte civil de solidarité (pacs)*, poiché tale vincolo si scioglie automaticamente all'atto del matrimonio di una delle parti (art. 515-7 *code civil* francese). Il

¹⁷ Per tale suggerimento, in dottrina si veda A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004, p. 220.

¹⁸ N. Boschiero, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 9 e ss.

francese unito civilmente in Italia, che nel nostro paese non potrebbe contrarre matrimonio, potrebbe pertanto farlo in Francia¹⁹. Più in generale, si può forse ritenere che il riconoscimento di un'incapacità matrimoniale dei cittadini stranieri potrebbe porre alcuni problemi di ordine pubblico. Da un lato, potrebbe infatti accadere che, analogamente ai casi in cui non risulta difficile negare l'operatività di un'incapacità matrimoniale prevista nell'ordinamento individuato dalla cittadinanza dei nubendi per ragioni etniche o religiose, si ipotizzi il richiamo del *favor matrimonii*, quale principio fondamentale del nostro sistema giuridico, per affermare il riconoscimento della capacità dei soggetti legati da istituti della convivenza posti in essere in un altro paese. Dall'altro lato, si potrebbe anche dare il caso che distinguendo tra le due fattispecie appena esaminate, in quanto caratterizzate da circostanze profondamente differenti, si giunga ad affermare che un'incapacità matrimoniale determinata da una scelta volontaria e consapevole, coerentemente ai principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e ad alcune tendenze attuali dell'ordinamento dell'Unione europea, non possa che essere riconosciuta, e non contrastare con l'ordine pubblico italiano, salvo risolvere i profili di discriminazione rispetto a situazioni simili ma diversamente regolate all'estero.

La seconda parte del primo comma dell'art. 32 ter risolve i casi in cui la legge individuata dalla cittadinanza del soggetto che intende contrarre un'unione civile in Italia non consenta tale tipo di vincoli, stabilendo che in tal caso si applica la legge italiana. Tale soluzione si fonda sulla necessità di tutelare la libertà delle relazioni interindividuali, come chiarito anche dalla Relazione esplicativa allo schema di decreto legislativo (p. 2), la quale sottolinea comunque che possono crearsi in questo modo difficoltà di riconoscimento dello *status* così acquisito nell'ordinamento d'origine del soggetto considerato. In questo caso, lo straniero potrebbe non essere in grado di esibire il nulla-osta delle autorità del paese di origine; l'articolo in commento prevede al n. 2 che esso possa essere "sostituito da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445". Ad analoga soluzione si perviene anche in altri ordinamenti, quali il Belgio, la cui legge di diritto internazionale privato prevede all'art. 46, 2° comma, che l'applicazione della norma straniera richiamata "*est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit*

¹⁹ Cfr. *Réponse* del Ministro della Giustizia francese alla *Question* n. 40572, secondo cui l'ufficiale di stato civile non è tenuto a verificare l'esistenza di un *pacs* al momento della celebrazione del matrimonio.

permet un tel mariage”, o la Spagna, in cui la *Resolución – Circular* del 29 luglio 2005 della Direzione generale dei registri e del notariato del Ministero della giustizia spagnolo ha dato soluzione al problema relativo all’idoneità a contrarre matrimonio omosessuale dei cittadini provenienti da paesi i cui ordinamenti non ammettono tale istituto, lasciato aperto dalla l. n. 13 del 2005, prevedendo in queste ipotesi la non applicazione della legge straniera per contrarietà all’ordine pubblico.

Quanto alla nozione di maggiorenni utilizzata per definire l’ambito d’applicazione dell’art. 32 ter della l. 31 mag. 1995/218, pare opportuno suggerire, anche al fine di stabilire se una persona ha raggiunto la maggiore età e la conseguente capacità di agire, il richiamo alla legge nazionale. Tale richiamo va inteso con riferimento al momento del compimento dell’atto. Non sembra pertanto possibile dedurre dalla legge italiana di diritto internazionale privato alcun appiglio per poter sostenere la teoria – seguita nel vigore delle disp. prel. c.c. – secondo cui un soggetto, considerato maggiorenne dalla legge dello Stato di cui è cittadino in quel momento, conservi tale *status* anche in seguito all’acquisto della cittadinanza di uno Stato in cui la maggiore età si raggiunge ad un’età superiore. Rimane tuttavia ferma la validità degli atti compiuti in base alla prima legge. Tale puntualizzazione presenta, peraltro, limitata rilevanza pratica, in considerazione dell’uniformità di disciplina raggiunta in molti paesi relativamente alla fissazione del diciottesimo anno come momento acquisitivo della capacità di agire.

A problemi più complessi dà invece luogo l’interpretazione della nozione di persone dello stesso sesso, di cui all’art. 1, 2° comma, l. 2016/76. Trattandosi di questione di *status*, è possibile sostenere, anche in tal caso, il richiamo del collegamento della cittadinanza, per verificare se una persona, in base alla propria legge nazionale, è riconosciuta essere dello stesso sesso del soggetto con il quale intende contrarre in Italia un’unione civile. Tuttavia, occorre rilevare l’esistenza, in materia, dei limiti posti dai principi di ordine pubblico posti a tutela dei transessuali. Si è infatti consolidato in giurisprudenza l’orientamento secondo il quale, anche quando nello Stato di appartenenza dell’individuo straniero sia carente una normativa al riguardo, deve essere accolta l’istanza diretta ad ottenere un trattamento medico-chirurgico di modifica dei propri caratteri sessuali ai sensi della l. 14 apr. 1982/164 sul transessualismo, in base ai principi di ordine pubblico richiamati dall’art. 16 della l. 31 mag. 1995/218, che comportano la tutela di valori di dignità e di libertà della persona umana²⁰. La decisione concernente il mutamento di sesso è

²⁰ Trib. Milano 14 lug. 1997, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 568; Trib. Milano 17 lug. 2000, in *Famiglia e Diritto*, 2000/6, 608; Trib. Prato 16 lug. 2010,

inoltre oggetto di una Convenzione – non ratificata dall'Italia – elaborata dalla Commissione internazionale dello stato civile, aperta alla firma degli Stati a Vienna il 12 settembre 2000, che garantisce il riconoscimento fra gli Stati contraenti del mutamento di sesso a condizione che l'interessato sia cittadino dello Stato in cui è stata pronunciata la decisione o vi risieda abitualmente al momento della decisione (art. 1). Tale problematica può essere ricompresa nell'ambito di operatività dell'art. 32 ter, 2° comma, secondo il quale “Ai fini del nulla-osta di cui all'articolo 116, primo comma, del codice civile, non rilevano gli impedimenti relativi al sesso delle parti. In ogni caso si acquisisce la libertà di stato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia”. Pertanto, nell'ipotesi di straniero transessuale che abbia ottenuto in Italia il mutamento di sesso, pare possibile derogare all'operatività del collegamento della cittadinanza a favore del richiamo della legge italiana. Tale soluzione risulta d'altra parte confermata dalle disposizioni dettate dai commi 26 e 27 dell'art. 1 della legge in commento per i casi in cui sia adottata una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, che determina in un caso lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, e nel caso opposto (di coniugi uniti in matrimonio rispetto ai quali uno abbia ottenuto il mutamento di sesso), l'automatica instaurazione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, come peraltro suggerito dalla Corte Costituzionale²¹.

Quanto alla forma della costituzione dell'unione civile, l'art. 32 ter, 3° comma, prevede un cumulo di criteri di collegamento: la legge del luogo di costituzione dell'unione, la legge dello Stato di cui almeno uno dei partner sia cittadino, o della loro comune residenza, ovviamente quale risultino al momento dell'atto. Il cumulo di criteri di collegamento è ispirato al favore nei confronti della validità dell'atto. Dovrà ritenersi valere la legge prescelta con gli adempimenti da essa considerati e in fatto seguita, ma la previsione del concorso alternativo consente di utilizzare comunque, ove le circostanze lo richiedano, quella tra le leggi previste che consenta di considerare valida quanto alla forma la costituzione del vincolo.

I rapporti patrimoniali e personali tra partner di un'unione civile sono regolati, secondo quanto prevede il 4° comma dell'art. 32 ter, dalla “legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è costituita”. La norma prevede altresì che, su richiesta di una delle parti, il giudice può disporre “l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata”. Per quanto riguarda i soli rapporti patrimoniali, le parti possono inoltre convenire per iscritto di sottoporli alla “legge dello Stato di cui almeno una di

in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 145.

²¹ C Cost 11 giu. 2014/170, cit.

esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede”. I rapporti patrimoniali non comprendono il regime economico primario e in particolare non includono il mantenimento e le obbligazioni alimentari, che ai sensi del 5° comma dell’articolo in commento sono regolate dall’art. 45 l. 1995/218 e quindi dal Regolamento 4/2009.

La nuova qualificazione deducibile dalla l. 2016/76 sulle unioni civili giustifica il collegamento proposto per la disciplina dei rapporti tra partner, ovvero l’ordinamento di costituzione, salva l’applicazione della legge del luogo di localizzazione della vita comune che può essere disposta dal giudice su richiesta di almeno una delle parti, oppure – ma solo riguardo ai rapporti patrimoniali – della legge designata mediante l’*electio juris* della legge di cui almeno una delle parti è cittadina o residente. Con riferimento ai rapporti patrimoniali, la soluzione prescelta dal legislatore appare inoltre simile a quella adottata dal Regolamento UE 2016/1104 sugli effetti patrimoniali dei partenariati registrati, che sarà applicabile a partire dal 29 gennaio 2019; quest’ultimo estende però la possibilità di scegliere come regolatrice, oltre alla legge dello Stato di cittadinanza o residenza di almeno una delle parti, anche la legge dello Stato di costituzione dell’unione. Il regolamento prevede anche all’art. 26 par. 2 una c.d. “clausola d’eccezione”. secondo la quale “In via eccezionale e su richiesta di uno dei partner, l’autorità giudiziaria competente a decidere su questioni inerenti agli effetti patrimoniali di un’unione registrata può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile ai sensi del paragrafo 1 disciplini gli effetti patrimoniali dell’unione registrata se la legge di tale altro Stato attribuisce effetti patrimoniali all’istituto dell’unione registrata e se l’istante dimostra che: a) i partner avevano l’ultima residenza abituale comune in tale Stato per un periodo significativamente lungo; b) entrambi i partner hanno fatto affidamento sulla legge di tale altro Stato nell’organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali”. La disposizione aggiunge che le parti possono convenire che la legge di tale altro Stato si applichi sin dalla costituzione dell’unione registrata; altrimenti la legge di tale altro Stato “ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell’ultima residenza abituale comune in tale altro Stato”. In ogni caso la norma dispone che l’applicazione della legge dell’altro Stato “non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile ai sensi del paragrafo 1”. Il ricorso al criterio di collegamento del c.d. *locus celebrationis* è peraltro accolto anche da altri sistemi di conflitto; ad es. da quello tedesco: l’art. 17b EGBGB, come modificato dalla l. 16 feb. 2001 e dalla l. 11 dic. 2001, dispone la generale applicabilità del criterio del *locus celebrationis* per determinare la disciplina di tutte le *partnership*, indipendentemente dal fatto che esse siano registrate in Germania o all’estero; in particolare tale norma sottopone alla legge del luogo di registrazione la

costituzione, gli effetti personali e patrimoniali e lo scioglimento dell'unione registrata. La legge del luogo di registrazione viene poi in rilievo, nell'ambito dell'art. 17b, 1° comma, II frase, EGBGB, qualora la legge individuata dalle norme di conflitto comuni non preveda alimenti o diritti successori in relazione alle unioni registrate. In tale caso, si tratta tuttavia di una scelta rivolta a identificare la disciplina di conflitto dei partenariati registrati in maniera uniforme e certa; diversa è invece la previsione del luogo di costituzione entro il sistema italiano modificato a seguito dell'adozione della l. 2016/76, apparendo in questa ipotesi più evidente il riferimento quasi a un modello di scelta di legge implicita.

D'altra parte, l'adozione fatta dal legislatore italiano e da quello europeo del criterio di collegamento oggettivo della legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è costituita consente alle parti di effettuare indirettamente una *electio iuris* proprio mediante la scelta del luogo di costituzione del rapporto; infatti le parti che intendono porre in essere un'unione civile possono individuare il modello più adatto alle loro esigenze nell'ordinamento di un determinato Stato e decidere – se ovviamente consentito dalla legge locale – di costituire la loro unione in quello Stato. La scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali ad opera delle parti, consentita dal 4° comma dell'art. 32 ter, presenta alcune incertezze quanto all'applicazione, ma offre numerosi vantaggi.

Tra i problemi che può determinare l'applicazione del collegamento dell'*optio iuris* si individua innanzitutto il rischio di *dépeçage*, cioè la frammentazione della disciplina nei suoi diversi elementi, con la conseguenza che potrebbero doversi sottoporre a leggi diverse i differenti aspetti della disciplina del rapporto, quali ad es. gli obblighi reciproci dei conviventi, la disciplina della materia successoria, i rapporti tra i conviventi e i figli, o le adozioni poste in essere dai partner. Alcune esigenze, quali ad es. la tutela dei minori, la protezione dei terzi o il rispetto di principi generali del diritto internazionale privato possono avere per effetto la frammentazione della disciplina: ad es., qualora sia necessario procedere all'interdizione e alla nomina di un tutore per uno dei partner, si dovrà ricorrere all'art. 43 l. 31 mag. 1995/218, che in materia richiama la legge nazionale dell'incapace per regolare sia i presupposti e gli effetti delle misure di protezione, sia i rapporti fra l'incapace e chi ne ha cura; l'*electio iuris* potrebbe infatti essere finalizzata ad eludere le disposizioni. Tra i vantaggi della soluzione adottata, mette conto rilevare, innanzitutto, la realizzazione di una disciplina di conflitto uniforme, e funzionale all'armonia internazionale delle soluzioni, in una materia variamente regolata dai singoli ordinamenti. Inoltre, sempre con riguardo al sistema giuridico italiano, la soluzione che indica l'*electio iuris* quale criterio di collegamento princi-

pale ai fini dell'individuazione della disciplina dei rapporti patrimoniali tra i partner ha il pregio di consentire alle parti di uniformare la regolamentazione internazionalprivatistica di tali fattispecie con altre che possono analogamente concretizzarsi nei loro rapporti, quali ad es. le obbligazioni contrattuali dagli stessi assunte (ad es. trasferimento della quota di proprietà di un bene comune), che possono essere sottoposte alla legge scelta dalle parti secondo le previsioni del Reg. 593/2008 (Roma I), o lo scioglimento dell'unione riguardo al quale la legge applicabile può essere scelta dalle parti, seppure con limitazioni, oppure ancora in materia di donazioni o successioni.

Con particolare riguardo alla materia successoria, occorre tenere presente che l'esistenza dell'unione, quale presupposto per l'acquisto dello *status* di parte dell'unione stessa e per l'esercizio delle prerogative ad esso connesse, nel caso di specie i diritti successori, non può in alcun modo riportarsi alle valutazioni materiali della *lex fori*, vista la stretta connessione tra tale questione e la condizione personale dei soggetti coinvolti. In questo caso, infatti, la necessità di verificare l'esistenza della qualità di parte dell'unione civile richiede la ricostruzione della disciplina normativa del sorgere di tale situazione; il rispetto del nesso tra il rapporto che ha dato origine alla condizione personale dei soggetti e la condizione stessa pone dunque un limite alle valutazioni che la *lex fori* potrebbe compiere in ordine al rapporto presupposto qualora ne ricorressero le condizioni, ovvero quando la situazione dei partner non fosse stata contestata e dunque si potesse come mero fenomeno pregiudiziale rispetto alla valutazione del rapporto concreto. La legge applicabile allo scioglimento delle unioni civili è individuata tramite richiamo del Reg. UE 1259/2010, relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

4. ASPETTI PROBLEMATICI

La soluzione seguita per la disciplina internazionalprivatistica delle unioni civili lascia tuttavia irrisolti alcuni profili problematici.

Innanzitutto occorre osservare che la regolamentazione di diritto processuale civile internazionale appare solo parziale. Il nuovo art. 32 *quater*, introdotto dal d.lgs. 2017/7, concerne l'indicazione di criteri che definiscano la giurisdizione italiana relativamente allo scioglimento delle unioni civili. Manca invece una disciplina concernente tutte le possibili controversie derivanti dalle unioni civili in situazioni in cui siano presenti elementi di estraneità, da risolversi dunque in via interpretativa nell'ambito delle norme vigenti. Tale problema potrà in parte ricevere risposta, per quanto riguarda i rapporti

patrimoniali delle parti, in seguito all'operatività, a decorrere dal 29 gennaio 2019, del Regolamento (UE) 2016/1104 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Tale atto mira, infatti, a disciplinare in maniera organica un ambito non ancora regolato dal diritto dell'Unione europea.

Ricevono invece già disciplina uniforme le obbligazioni alimentari tra partner, sottoposte al Regolamento CE 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, come disposto dal nuovo art. 32 ter l. 31 maggio 1995/218 e le questioni relative alla successione a causa di morte, disciplinate dal regolamento UE n. 650/2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

In altri paesi, nei quali da tempo è prevista la disciplina di unioni registrate, sono stabilite disposizioni molto precise al riguardo, come ad es. in Belgio nella *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé*, tramite la quale, partendo dalle motivazioni esplicitate dalla *Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé concernant lo statut personnel*, si dispone, quanto alla giurisdizione, distinguendo tra lo scioglimento delle unioni registrate, per il quale le autorità belghe hanno competenza solo qualora si tratti di unioni registrate in Belgio secondo la *lex fori*, e le altre questioni concernenti gli istituti della convivenza, per le quali sono previste regole generali di competenza.

Nell'ordinamento italiano, è chiaro che, in assenza di disposizioni specifiche al riguardo, l'individuazione dei criteri rivolti ad individuare la giurisdizione nelle controversie concernenti le unioni civili dovrà essere condotta in base alle norme rilevanti nei singoli casi di specie, facendo ricorso, secondo i casi, alle norme nazionali oppure a quelle europee o internazionali; ad es. in caso di richiesta di alimenti ad opera di un partner potrà operare la proroga di giurisdizione prevista dall'art. 4, par. 1, lett. b), del Reg. 4/2009, secondo il quale le parti possono scegliere la giurisdizione di uno Stato membro di cui una delle due è cittadina.

Con riferimento allo scioglimento dell'unione, il nuovo art. 32 *quater* della l. 31 maggio 1995/218 stabilisce che "la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando una delle parti è cittadina italiana o l'unione è stata costituita in Italia. I medesimi titoli di giurisdizione si applicano anche in materia di nullità o di annullamento dell'unione

civile”. Per quanto concerne la legge applicabile, la norma stabilisce che lo scioglimento dell’unione civile è regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento 1259/2010/UE relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Pare interessante osservare che i criteri di giurisdizione definiti dall’art. 32 *quater* evidenziano una forte analogia con quelli previsti dall’art. 32 l. 31 mag. 1995/218 in materia di annullamento, separazione personale e divorzio: si fa riferimento, infatti, agli artt. 3 e 9 della l. 31 mag. 1995/218, cioè ai criteri espressamente richiamati dall’art. 32 o comunque ritenuti applicabili; inoltre, analogamente a quanto previsto entro l’art. 32, si individua la giurisdizione italiana in base alla cittadinanza italiana anche se posseduta da uno solo dei partner, assumendo questa circostanza come rilevante per un interesse nazionale a conoscere le questioni di *status* dei cittadini, nonché in base alla costituzione dell’unione in Italia.

Una questione non espressamente regolata riguarda l’ipotesi in cui il giudice italiano debba confrontarsi con la questione preliminare della validità dell’unione rispetto alla controversia propositagli in materia di scioglimento dell’unione civile. L’esistenza dell’unione civile formata all’estero, quale presupposto per l’acquisto dello *status* da essa determinato, e per l’esercizio delle prerogative ad esso connesse, non pare riconducibile alle valutazioni della *lex fori*, vista la stretta connessione tra tale questione, la condizione personale dei soggetti coinvolti e pertanto l’ordinamento di formazione del rapporto.

La nuova disciplina posta dalla l. 76/2016 e dai decreti attuativi ha inoltre lasciato aperte alcune questioni problematiche, con significative implicazioni di diritto processuale civile internazionale, quale ad es. la materia dell’adozione, inizialmente prevista nel disegno di legge n. 2081 del 6 ottobre 2015, c.d. Cirinnà, all’art. 5 secondo il quale si sarebbe disposta una modifica dell’art. 44 l. adozione, e successivamente eliminata nel testo approvato.

Per definire la disciplina di conflitto delle eventuali adozioni poste in essere dalle parti delle unioni civili, come anche da parte dei conviventi, occorre far riferimento al capo della l. 31 mag. 1995/218 in materia di adozione (artt. 38 ss.). La disciplina pare potersi fondare unicamente sul collegamento della cittadinanza dell’adottante, dal momento che gli altri criteri di collegamento indicati dalla norma in esame (residenza e localizzazione della vita matrimoniale) sembrano poter essere utilizzati solo per regolare le adozioni poste in essere da coppie coniugate, secondo le generali previsioni dell’ordinamento italiano, che, come noto, consente la realizzazione delle adozioni da parte di persone non coniugate solo in casi particolari e con effetti non legittimanti. Infatti la l. 1983/184, come modificata soprattutto a seguito dell’adattamento dell’ordinamento italiano alla Convenzione dell’Aja del 29 mag. 1993, con-

sente l'adozione da parte di persona singola in presenza di particolari requisiti in capo all'adottando e all'adottante.

Il cittadino italiano convivente potrà dunque porre in essere un'adozione, solo nei limiti previsti dalla disciplina appena considerata²².

Per gli stranieri che abbiano intrapreso una convivenza registrata secondo una regolamentazione che consente loro l'adozione (quale ad es. la legge catalana del 15 luglio 1998 e la legge olandese del 21 dicembre 2001, per le coppie eterosessuali, e le leggi svedese del 24 ottobre 2002 e belga del 24 aprile 2003, per le coppie omosessuali), si pone il problema di verificare l'applicabilità di un'adozione da essi richiesta in Italia, ad eccezione dell'ipotesi in cui l'adottando sia un minore straniero che si trova in stato di abbandono in Italia (dato che in questo caso l'art. 37 *bis* della l. 1983/184 fa riferimento alla legge italiana). Ciò, anche alla luce della norma dell'art. 6.1 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, elaborata sotto gli auspici del Consiglio d'Europa in materia di adozione dei minori, in vigore in Italia dal 25 agosto 1976.

È peraltro possibile che persone non coniugate possano far riconoscere in Italia un'adozione di minori con effetti legittimanti ottenuta all'estero, secondo quanto prevede l'art. 41 l. 31 mag. 218/1995 e dunque con necessità di distinguere tra le varie fattispecie ai fini di coordinare l'operatività della disciplina di cui alla l. 83/184 con gli artt. 66-64 della l. 31 maggio 218/1995. In questo caso, il richiamo dell'ordine pubblico attenuato potrà agevolare forse il riconoscimento degli effetti di un istituto registrato all'estero, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale i legami affettivi già intercorrenti tra l'adottato e gli adottanti a seguito della pronuncia di adozione non possono essere rimessi in discussione²³.

²² Per un caso di adozione di minori pronunciata nei confronti del partner omosessuale del genitore biologico, si veda: Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203 e ss. con nota di P. Morozzo Della Rocca; la sentenza conferma Trib. Min Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 174 e ss.

²³ Cfr. l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: sent. 21 dic. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ric. n. 33290/96; sent. 26 feb. 2002, *Fretté c. Francia*, ric. n. 36515/97; sent. 31 ago. 2008, *Gas e Dubois c. Francia*, ric. 25951/07; cfr. tuttavia la recente sentenza della C. Cost., 7 apr. 2016/76, in tema di riconoscimento di adozione estera a favore del coniuge dello stesso sesso del genitore, nella quale la Corte ha concluso per l'inammissibilità delle proposte questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 l. 1983/184 in quanto, nel caso di specie, la questione non era da considerarsi rilevante, ma ha però affermato che la rigorosa regola stabilita dall'art. 36 c. 4 della legge sull'adozione è volta "ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della

5. GLI ACCORDI DI CONVIVENZA

Il comma 64 dell'art. 1 della nuova legge prevede che dopo l'art. 30 l. 1995/218 si inserisca l'art. 30-*bis*, secondo il quale «Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima».

Questa regolamentazione rende applicabile agli accordi di convivenza una disciplina simile a quella che l'art. 29 l. 1995/218 dispone per i rapporti personali tra coniugi, evidenziando così la contraddizione tra il modello contrattuale dell'accordo e le conseguenze familiari che dallo stesso derivano. È interessante segnalare a tale proposito che l'istituto degli accordi di convivenza, introdotto dalla l. 2016/76, pare corrispondere al modello francese dei c.d. *pacs*, per il quale, però, la soluzione internazionalprivatistica prevalente è orientata al ricorso del principio di collegamento del luogo di registrazione, in quanto svincolato sia dalla qualificazione contrattuale del *pacs*, sia dalla qualificazione familiare del medesimo istituto²⁴.

La soluzione di conflitto accolta nella nuova legge, come si è detto, richiama innanzitutto la legge nazionale comune e, in assenza, la legge del luogo di localizzazione della convivenza. Detto criterio è da interpretarsi in base a un'indagine fattuale, cui concorrono una pluralità di circostanze: deve essere dunque ricostruito lo sviluppo complessivo della vicenda, suscettibile di modifiche nel corso del tempo, e individuato il centro principale degli interessi e dei rapporti affettivi in cui la convivenza si realizza, non necessariamente coincidente con residenze, a loro volta variabili nel tempo²⁵.

Non è chiaro dunque come interpretare il comma 2° dell'art. 30-*bis* secondo il quale sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima. Come noto, tale soluzione può porsi in contrasto con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, oggi ribadito dall'art. 18 TFUE, e con le prerogative connesse all'esercizio

residenza all'estero"; da cui pare potersi dedurre che la norma non è quindi applicabile nei casi presentanti forti elementi di estraneità al momento in cui l'adozione viene costituita.

²⁴ H. Fulchiron, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, *Journal droit international*, 2000, 902; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2005, p. 105.

²⁵ Si veda ad es., con riferimento al criterio in oggetto in ipotesi riferite ad una coppia di coniugi, Corte Cost., 4 apr. 2011/7599, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, 1092.

della cittadinanza europea. Pare certa l'inapplicabilità della prevalenza della *lex fori* in presenza di più cittadinanze comune di più Stati membri²⁶.

Un altro problema posto dalla disposizione in esame riguarda il funzionamento del rinvio. Il criterio della prevalente localizzazione sembra sfuggire, per la sua natura, a detto funzionamento, pur se questa esclusione non sia espressamente prevista all'art.13 l. 1995/218; la sua eventuale sostituzione con collegamenti di tipo più formale contrasterebbe con l'intento del nostro legislatore, mentre i criteri di residenza o domicilio comuni, eventualmente considerati da un ordinamento straniero, potrebbero invece concorrere alla determinazione della connessione più significativa. Ciò anche nel caso in cui un conflitto di qualificazioni potesse verificarsi con riferimento alla differente natura degli accordi di convivenza entro sistemi giuridici di diversi paesi. Si pensi ad es. al caso in cui due cittadini della Florida, conviventi in Italia ed ivi residenti, concludano, nel loro paese d'origine, un accordo di convivenza in cui si prevede che in caso di cessazione del rapporto l'uno verserà all'altro la somma di \$ 20000 al mese, in considerazione della diversa capacità economica dei conviventi. Qualora, alla cessazione del rapporto, uno dei partner si rivolga ai giudici italiani per veder attuata la propria pretesa, e il giudice italiano applichi la legge della cittadinanza comune dei partners, verrà in rilievo la qualificazione seguita nello Stato della Florida per gli accordi di convivenza. In quell'ordinamento, in assenza di uno *Statute* specificamente previsto per questi *Nuptial-Like Agreements*²⁷, si è ritenuta applicabile in via analogica la disciplina prevista dagli *Statutes of Frauds* per gli accordi pre-nuziali. La legge della Florida ha così determinato un rinvio di qualificazione alla *lex fori*, in base alla tradizionale qualificazione processuale degli *Statutes of Frauds*. Alcuni profili problematici si possono inoltre porre, all'atto dell'individuazione dell'ambito d'applicazione della disciplina dell'art. 30-*bis* l. 1995/218 in commento. A tale riguardo, pare da escludere la riconducibilità dei profili personali (ad es. obbligo di fedeltà, coabitazione, assistenza) all'ambito di applicazione degli accordi destinati a regolarla, per la stretta connessione di tali effetti dall'istituto del matrimonio. Sicura è invece la sottoposizione degli aspetti patrimoniali della convivenza agli accordi in esame: a titolo esemplificativo si possono menzionare gli obblighi di contribuzione reciproca, spese comuni, diritti sull'abitazione comune, regime degli acquisti compiuti durante

²⁶ Si veda la sentenza della Corte giust UE, 2 ott. 2003, causa C—148/02, *García Avello*. Cfr. in generale J. Basedow, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Unione européenne*, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 444 ss.

²⁷ K. C. Gordon, *The Necessity and Enforcement of Cohabitation Agreements: when Strings will attach and how to prevent them – a State Survey*, *Brandeis Law Journ.*, 1998-1999, p. 256.

la convivenza o anteriormente ad essa, cessazione della convivenza e conseguenze economiche di detta cessazione.

6. COORDINAMENTO CON IL REG. (UE) 1104/2016

Partendo dalla qualificazione negoziale dall'atto istitutivo della disciplina della convivenza, sarebbe forse stato più opportuno un diverso criterio di collegamento: l'*electio iuris*. Dal momento che gli accordi di convivenza trovano la loro origine nella volontà dei soggetti che li scelgono in alternativa al matrimonio, sarebbe parso più coerente non sottrarre alla disponibilità delle parti la disciplina internazionalprivatistica degli stessi, anche alla luce dell'estensione di tale collegamento entro le fonti europee²⁸.

Tale soluzione avrebbe offerto numerosi vantaggi, tra i quali, ad es., la realizzazione di una disciplina di conflitto uniforme in una materia variamente regolata dai singoli ordinamenti. Più in particolare, e con riguardo all'ordinamento italiano, tale soluzione avrebbe consentito di differenziare, in maniera più coerente alla qualificazione prescelta, la disciplina degli istituti della convivenza rispetto ai rapporti di famiglia, la cui regolamentazione di conflitto nell'ordinamento italiano è sottratta alla libera disponibilità delle parti, se non per la limitata rilevanza dell'autonomia della volontà in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi. Inoltre, sempre con riguardo al sistema giuridico italiano, la soluzione rivolta a richiamare l'*electio iuris* quale criterio di collegamento principale ai fini dell'individuazione della disciplina dei rapporti tra i conviventi, avrebbe avuto il pregio di uniformare la regolamentazione internazionalprivatistica di tali fattispecie con altre che possono analogamente concretizzarsi nei rapporti tra i conviventi.

In materia, si segnalano le previsioni del Reg. (UE), 2016/1104 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, applicabile a decorrere dal 29 gennaio 2019²⁹. L'atto offre una regolamentazione internazionalprivatistica organica dei rapporti patrimoniali tra *partner* e consente alle parti la scelta della legge applicabile fra le seguenti: la legge dello Stato della residenza abituale, oppure della

²⁸ K.Kroll-Ludwigs, *Die Rolle der Parteiautonomie in europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, 2013, p. 170.

²⁹ Cfr. in generale sul punto: D. Damascelli, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato ed europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1103 ss.; E. Calò, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Notariato*, 2017, p. 394 ss.

cittadinanza, dei partner o di uno di essi al momento della conclusione dell'accordo, oppure la legge dello Stato in cui è stata costituita l'unione registrata. Alla data di inizio di operatività del regolamento sarà necessario stabilire se gli aspetti patrimoniali degli accordi di convivenza del diritto italiano sono suscettibili di essere ricompresi nell'ambito di applicazione del regolamento. Sarà in particolare necessario stabilire se il contratto di convivenza possa essere considerato come "unione registrata", tenendo conto della definizione offertane dall'art. 3 del regolamento stesso come "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".

Tra i vantaggi della disciplina di conflitto degli accordi di convivenza fondata sulla scelta delle parti si porrebbe anche la circostanza che l'applicazione della legge designata corrisponderebbe alle aspettative delle parti stesse. Essa potrebbe inoltre assicurare la stabilità e la continuità dei rapporti giuridici intrapresi da coppie di diversa cittadinanza più di quanto forse non garantisca la localizzazione della vita matrimoniale, per sua natura criterio mutevole nel tempo e nello spazio.

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce dell'analisi sino ad ora condotta riguardo alla nuova disciplina delle unioni civili, è evidente che uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore delegato pare essere la repressione degli eventuali intenti elusivi della normativa materiale italiana in tema di unioni civili tra persone dello stesso sesso, e possibili estensioni della disciplina prevista.

Tuttavia, non si può non osservare come la preoccupazione di evitare possibili azioni "elusivo" dei propri concittadini ha suggerito soluzioni discutibili, con riguardo ai casi delle unioni civili e dei matrimoni in cui entrambe le parti siano straniere o di cittadinanza mista. Come si è visto, mentre per i matrimoni omosessuali contratti all'estero tra persone dello stesso sesso l'art. 32-bis è tassativo nel prescrivere il *downgrade* automatico ad unione civile, nel caso in cui le parti siano cittadini italiani. Nel caso di coppia straniera o di coppia mista, composta da un italiano e da uno straniero non è chiaro se tale sia la conclusione. La prima versione dell'art. 32-bis non prevedeva il riferimento alla cittadinanza italiana dei contraenti il matrimonio omosessuale, rendendo possibile l'interpretazione che qualsiasi matrimonio omosessuale contratto all'estero fosse destinato ad essere riconosciuto in Italia come unione civile. Nel caso di coppia straniera, il matrimonio potrebbe invece essere trascritto,

producendo gli effetti previsti dalla legge che regola (così si è espressa, infatti, la Corte d'Appello di Napoli³⁰). Nel caso di coppia mista che abbia contratto matrimonio all'estero, la rubrica dell'art. 32-*bis* e il suo contenuto potrebbero portare a due interpretazioni differenti. La rubrica si riferisce al matrimonio contratto "da cittadini italiani dello stesso sesso", riferendo così la disciplina del c.d. declassamento al caso in cui i contraenti del matrimonio omosessuale siano entrambi italiani. La formula normativa del citato art. 32-*bis* si riferisce al matrimonio contratto "da cittadini italiani con persona dello stesso sesso", inducendo a ritenere possibile l'applicazione della disciplina in esame anche alle coppie miste.

In entrambe le ipotesi sono evidenti i profili discriminatori rispetto alla coppia di cittadini italiani per i quali opera necessariamente il declassamento del matrimonio omosessuale ad unione civile regolata dalla legge italiana.

Ciò per non dire dei problemi, altrettanto rilevanti, che potrebbero emergere in caso di successivo mutamento/acquisto di cittadinanza ad opera di una delle parti contraenti il matrimonio omosessuale.

Altre criticità si evidenziano inoltre in merito al richiamo del collegamento della cittadinanza, operato dall'art. 32-*ter* ai fini dell'accertamento dei requisiti di validità del vincolo. Perché tali unioni civili contratte all'estero possano produrre effetto in Italia, pur se validamente costituite secondo la loro legge nazionale, devono soddisfare il possesso dei requisiti richiesti dai commi 1 e 3 dell'art. 32-*ter*, ossia non dovranno essere violate le norme sugli impedimenti di cui all'art. 1, 4 co. 1. n. 76/2016. Si può dunque ritenere che il rispetto della normativa italiana sugli impedimenti alla costituzione dell'unione civile non renda ad esempio possibile riconoscere un'unione la cui legge nazionale fissi un limite d'età inferiore ai diciotto anni per poter contrarre il vincolo. Un esempio pratico può rinvenirsi nella disciplina della *registred partnership* inglese, in cui è sufficiente sia integrata la soglia degli anni sedici.

Infine la legge delega non offre alcuna indicazione relativamente alle unioni civili tra persone di sesso diverso. Anche qui le criticità si evidenziano numerose. Per i cittadini italiani che abbiano contratto l'unione civile all'estero con propri connazionali o con altri il criterio di collegamento della cittadinanza impedisce il riconoscimento dato che la legge italiana, come si è detto, non conosce l'istituto dell'unione civile tra persone di sesso diverso. Invece per i cittadini stranieri di sesso diverso si potrebbe forse ritenere possibile un'applicazione estensiva della norma dell'art. 32-*ter* l. n. 218/1995, riconoscendo validità a questa unione, se l'istituto sia stato effettivamente costituito nell'ordinamento di cui sono cittadini, restando da risolvere il problema

³⁰ App. Napoli, 13 marzo 2015, in www.articolo29.it.

della trascrizione, difficilmente realizzabile nel registro delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Più in generale, pare ragionevole il suggerimento di ricorrere all'applicazione analogica delle norme di conflitto più pertinenti sulla base della qualificazione dell'istituto straniero nell'ordinamento in cui è stato posto in essere³¹.

Si tratta evidentemente di criticità che rischiano di ostacolare l'effettiva realizzazione del diritto a intrattenere relazioni interpersonali affettive, nel senso ampiamente inteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché con il principio di libera circolazione degli *status* personali all'interno dell'Unione europea, con conseguenze significative anche sulla libertà di circolazione. Non è sicuro che l'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, seppure orientata al rispetto di tali diritti fondamentali possa realizzare l'obiettivo di rendere coerente la disciplina di conflitto delle unioni civili; forse un intervento legislativo di revisione della normativa in chiave maggiormente effettiva potrebbe essere opportuno.

³¹ B. Barel, *Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili*, in A. Di Stasi, *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Atti del Convegno di Salerno 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018, p. 208.