

L. n. 76/2016 e D.Lgs. n. 7/2017

Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze

di Emanuele Calò (*)

Lo studio della L. n. 76/2016 su unioni civili e convivenze sarebbe incompleto senza una disamina dei suoi profili di diritto internazionale privato interno ed europeo, per via: a) della discutibile compatibilità di taluni suoi aspetti coi principi fondamentali del diritto dell'UE, b) della scarsa competitività di taluni suoi moduli, che porteranno inevitabilmente allo stesso *system/forum shopping* che si voleva evitare; c) delle probabili conseguenze di quel che appare come un eccesso di delega. Sia la legge che i decreti delegati, come vedremo, potrebbero portare all'introduzione del matrimonio omosessuale nel nostro sistema. Per chi fosse impegnato in progetti di politica legislativa, vi sarebbero serie ragioni di riflessione e altrettanto sarebbe da dire per gli operatori del diritto, *in primis* i notai, fra il cui *core business* spicca il diritto di famiglia. Sta di fatto che il diritto comparato e il diritto internazionale privato più si notano quanto più sono trascurati o, peggio, ignorati.

1. Moduli pesanti e moduli leggeri negli istituti familiari diversi dal matrimonio

La questione omosessuale si è posta all'attenzione anzitutto con la rivolta di *Stonewall*, in New York, nel giugno 1969. Vent'anni dopo, la Danimarca ebbe ad emanare la prima legge al mondo in materia di convivenze registrate omosessuali. Dodici anni dopo, i Paesi Bassi emanarono la prima legge al mondo sul matrimonio omosessuale.

Tuttavia, se si bada ai numeri, esaminando la Francia, per via del *bouquet* che offre (Matrimonio omosessuale ed eterosessuale, *Pacs* omosessuale ed eterosessuale, *concubinage* omosessuale ed eterosessuale, quest'ultimo privo di statistiche) le cifre dei moduli omosessuali sono molto basse. Nel 2014, risultano 398.161 unioni etero contro 16.859 unioni omo. Più interessante ancora è il raffronto fra matrimoni (241.292) e *Pacs* (173.728), che dimostra come vi sia una serrata concorrenza fra moduli pesanti e moduli leggeri, e il *Pacs* è sufficientemente leggero da non prevedere diritti successori.

I moduli pesanti sono la *Lebenspartnerschaft* tedesca e l'unione civile italiana, che sono un vero e proprio matrimonio al quale manca soltanto il *nomen iuris*, mentre i moduli leggeri, sono

quasi tutti gli altri (facciamo grazia dei modelli extra europei) dei quali il più noto è l'anzidetto *Pacs*. Abbiamo poi il cennato *concubinage*, dal quale scaturiscono effetti assai modesti. Nei riguardi delle convivenze e dei contratti di convivenza italiani, la classificazione, come si esaminerà in prosieguo, presenta aspetti problematici.

2. Le norme di conflitto nella L. 20 maggio 2016, n. 76

La L. n. 76/2016 (1), all'art. 1, comma 28, dispone che il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

(...) b) modifica e 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; (...).

(*) Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Pisa il 4 febbraio 2017 aggiornata per il Convegno del Consiglio Notarile di Firenze del 14 giugno 2017.

(1) E. Calò, *Le unioni civili in Italia - Legge 20 maggio 2016, n. 76 recante Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016.

Si tratta della soluzione da noi propugnata nel 2009 (2) e che ora ritroviamo nella legge sulle Unioni civili, dove tutte le soluzioni internazionalprivatistiche hanno nome e cognome, fuorché per la loro collocazione e per qualche non felice allargamento, di cui in appresso.

Al riguardo, rilevavamo che si trattava della soluzione scelta dal par. 215 del *Civil Partnership Act*, 2004 (3) e dagli artt. 45 (4) e 65c (5) della legge svizzera di diritto internazionale privato. In effetti, non sembravano esservi delle basi per riconoscere pienezza di diritti ai conviventi registrati e non ai coniugi, allorché si tratti nell'uno e nell'altro caso, di unioni omosessuali.

Bastava, in tal caso, attribuire ai matrimoni lo stesso status, quale che esso sia, che si vuole attribuire alle convivenze registrate fra persone dello stesso sesso (6).

Constatavamo, al riguardo, che talune convivenze, in specie quella tedesca, erano, ontologicamente, dei matrimoni, ai quali faceva difetto soltanto la denominazione. Per far salva la coerenza ermeneutica e, al contempo, i principi che governano l'ordine pubblico internazionale, il trattamento a stregua di convivenza consente sia di disciplinare la materia senza assorbirla nel nostro ordinamento (ad esempio, senza consigliare la sua trascrizione, ove si tratti di residenti) sia di scongiurare eventuali contrasti con i principi UE (7). In Germania, secondo un contributo di Rembert Süß, la dottrina e la giurisprudenza attualmente dominanti (cfr. Corte d'Appello di Monaco (*OLG München*), sent. 6 luglio 2011; Corte Federale delle finanze (*Bundesfinanzhof*)) qualificano il matrimonio omosessuale concluso all'estero come "convivenza registrata" ai sensi dell'art. 17b EGBGB (8) (detto

(2) E. Calò, *Matrimonio à la carte - Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009, 106 ss. Soluzione propugnata anche sulla base del dato comparatistico: "as German law does not have same-sex marriage, the Californian same-sex marriage will be "downgraded" to a life partnership - with the consequence that it will be registered as such.", Angelika Fuchs, *Registered partnership, same-sex marriage and children: crossing borders*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 449 ss.; (nel frattempo la Germania ha introdotto il matrimonio omosessuale).

(3) 215 Overseas relationships treated as civil partnerships: the general rule

(1) Two people are to be treated as having formed a civil partnership as a result of having registered an overseas relationship if, under the relevant law, they-

(a) had capacity to enter into the relationship, and
(b) met all requirements necessary to ensure the formal validity of the relationship.

(2) Subject to subsection (3), the time when they are to be treated as having formed the civil partnership is the time when the overseas relationship is registered (under the relevant law) as having been entered into.

(3) If the overseas relationship is registered (under the relevant law) as having been entered into before this section comes into force, the time when they are to be treated as having formed a civil partnership is the time when this section comes into force.

(4) But if ...

(a) before this section comes into force, a dissolution or annulment of the overseas relationship was obtained outside the United Kingdom, and

(b) the dissolution or annulment would be recognised under Chapter 3 if the overseas relationship had been treated as a civil partnership at the time of the dissolution or annulment, subsection (3) does not apply and subsections (1) and (2) have effect subject to subsection (5).

(5) The overseas relationship is not to be treated as having been a civil partnership for the purposes of any provisions except ...

(a) Schedules 7, 11 and 17 (financial relief in United Kingdom after dissolution or annulment obtained outside the United Kingdom);

(b) such provisions as are specified (with or without modifications) in an order under section 259;

(c) Chapter 3 (so far as necessary for the purposes of paragraphs (a) and (b)).

(6) This section is subject to sections 216, 217 and 218.

(4) Se il diritto applicabile in virtù delle disposizioni del capitolo 3 non prevede norme concernenti l'unione domestica registrata, si applica il diritto svizzero; è fatto salvo l'art. 49.

(5) Il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata.

(6) R. Baratta proponeva di inquadrare il matrimonio omosessuale nella legislazione sulle convivenze non maritali registrate o, per gli Stati che ne fossero sprovvisti, nella figura della famiglia di fatto (*Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 602). Tuttavia, anche le giurisdizioni che ne sono sprovviste, possono regolarsi applicando le norme sulle convivenze registrate, nella misura in cui le riconoscano. Per un'analoga proposta, nei riguardi: a) del diritto tedesco, K.A. von Sachsen Gessaphe, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand, Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe* - Publications de l'Institut suisse de droit comparé (Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne), Genève, Zurich, Bâle, 2004, 20, b) del diritto spagnolo, M.A. Rodríguez Vásquez, *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, 14. Secondo C. Costello molti Stati membri tendono ad inquadrare i matrimoni omosessuali a stregua di convivenze registrate, sottoponendoli al mutuo riconoscimento ddi cui all'articolo 2(2)b (Metock: free movement and "normal family life" in the Union, *Common market Law Review*, 2009, 616).

(7) "In some legal systems that do not allow same - sex marriage it has been indicated that a foreign same - sex marriage would probably be classified as a registered partnership" (C. Harnois - J. Hirsch, *Note on developments in internal law and private International law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships*, March 2008, 57 (si trova sul sito della Conferenza), 43).

(8) Art. 17b.(1) The formation of a registered life partnership, its general effects and property regime, as well as its dissolution are governed by the substantive provisions of the country in which the life partnership is registered. Matters related to succession shall be governed by the law designated as applicable by the general rules; if under these rules, the life partnership fails to qualify for statutory rights to succession, the first sentence of this Article shall apply mutatis mutandis. The balancing of future pensions is governed by the law applicable under sentence 1; it shall only be carried out if accordingly German law is applicable and if the law of one of the countries, whose nationals the life partners are at the time when the application for termination of the life partnership is filed, recognizes a balancing of future pensions of life partners. Otherwise, it shall be carried out pursuant to German law on application of a life partner if the other life partner has acquired during the subsistence of the life partnership an inland future

“qualificazione funzionale”). Se due uomini tedeschi contraggono un matrimonio nei Paesi Bassi, tale matrimonio sarà riconosciuto in Germania e registrato come convivenza registrata; gli effetti saranno quelli che derivano dalla legge olandese (entro il limite del diritto tedesco ai sensi del citato art. 17b EGBGB).

Però non abbiamo mai proposto che si applicasse la disciplina delle unioni civili italiane ai moduli diversi dal matrimonio omosessuale (quella è farina del sacco di chi ha gestito i lavori parlamentari), mentre ora la L. n. 76/2016 nel disporre l'applicazione della disciplina delle unioni civili anche agli istituti “analoghi” fa sì che, ad esempio, ai *pacés* stranieri si applichi la disciplina italiana delle unioni civili, che è un matrimonio con altro *nomen iuris*. Questo spiega perché il decreto legislativo, come appresso si vedrà, abbia olímpicamente ignorato la legge delega.

Nei riguardi delle convivenze, l'art. 1, comma 64, L. n. 76/2016 (un *déjà vu* di un seriore disegno di legge) dispone che, dopo l'art. 30 della L. 31 maggio 1995, n. 218, è inserito l'art. 30 *bis* sui contratti di convivenza, a tenore del 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.

Sennonché, manca qualsivoglia previsione sulla *pro-fessio iuris*, sempre meglio della c.d. convivenza di fatto, per la quale manca qualsivoglia norma di conflitto che la disciplini.

La legge alla quale porterà il criterio di collegamento del contratto di convivenza non esiste nel mondo perché soltanto in Italia si è ritenuto di disciplinarla, sulla base di qualche risalente lamentela di conviventi che con ogni probabilità non avevano grande dimestichezza col diritto. Come dire che la sensibilità sociale senza un approfondimento giuridico e sociologico rimane fine a se stessa.

Tutto questo, beninteso, nelle more dell'applicazione del Reg. 2016/1104/UE del Consiglio del 24 giugno 2016, 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, la cui applicazione, però, alle convivenze di fatto ed ai contratti di convivenza è per noi ammissibile, malgrado qualche rischio di forzatura, per via del riferimento della legge alla registrazione anagrafica non obbligatoria ma finalizzata all'accertamento. Il quale regolamento come vedremo, comprende (art. 3, par. 1, lett. b) l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o del suo scioglimento.

3. Reg. (UE) 2016/1104 del Consiglio del 24 giugno 2016

L'art. 9 del Reg. (UE) 2016/1104 (9) (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), che stante la procedura di cooperazione rafforzata si applica soltanto a Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Cipro, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia, dispone, al par. 1, che se un'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente ai sensi degli artt. 4, 5, o dell'art. 6, lett. a), b), c) o d) ritiene che il suo diritto nazionale non contempli l'istituto dell'unione registrata, può declinare la propria competenza. Se decide di declinare la propria competenza, l'autorità giurisdizionale vi procede senza indebito ritardo. Dal canto suo, secondo il considerando (21) il regolamento non si dovrebbe applicare ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un'unione registrata, che sono disciplinate dal diritto nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato. Ciò sta a significare che il Regolamento non interferisce col diritto di famiglia degli Stati membri.

L'art. 69, par. 3 del Regolamento, stabilisce che le disposizioni del capo III (legge applicabile) sono

pension right insofar as carrying it out would not be inconsistent with equity in light of the economic circumstances of both sides also during the time which was not spent within the country.

(2) Article 10 subarticle 2 and article 17 a shall apply accordingly. If the general effects of the life partnership are governed by the law of another country, personal property that is located in this country shall be governed by par. 8 subparagraph 1 of the Registered Partnership Act, and legal transactions that have taken place in this country shall be governed by par. 8 subparagraph 2 of the Registered Partnership Act in connection with section 1357 of the Civil Code, insofar as these rules are more favorable to third parties acting in good faith as compared to the foreign law.

(3) If a life partnership between the same persons is registered in

different countries, the effects specified in subarticle 1 shall, from the time of its registration on, be determined on the basis of the last life partnership entered into.

(4) The effects of a life partnership registered abroad shall not exceed those arising under the provisions of the German Civil Code and the Registered Partnership Act.

(9) P. Lagarde, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *RDIPP*, 2016, 676, il quale fa riferimento all'opposizione di Polonia e Ungheria al Regolamento per timore che i moduli omosessuali potessero dilagare, timore però non così infondato come l'autorevole autore considera.

applicabili solo ai partner che abbiano registrato la loro unione o che abbiano designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019.

Si dispone (art. 3) che ai fini del regolamento si intende per: a) “unione registrata”: il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione; b) “effetti patrimoniali di un’unione registrata”: l’insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell’unione o del suo scioglimento; c) “convenzione tra partner”: qualsiasi accordo tra i partner o i futuri partner con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata.

Nell’ambito del Regolamento dovrebbero confluire, quindi, per i soli aspetti patrimoniali, sia le unioni civili che le cc.dd. convivenze di fatto anche laddove vi sia un contratto di convivenza registrato, in quanto sia le une che le altre costituiscono, ai sensi del citato Regolamento “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”. Certamente, se badassimo alla sola lettera della legge anziché alla sua funzione, il riferimento all’accertamento e non all’obbligatorietà sarebbe un ostacolo; sarebbe in ogni caso assai grave che le convivenze non rientrassero nel Regolamento.

A tale riguardo, secondo il considerando 16 del Reg. (UE) 2016/1104 “il modo in cui il diritto nazionale concepisce le forme di unione diverse dal matrimonio varia da uno Stato membro all’altro ed è opportuno operare una distinzione tra coppie la cui unione è istituzionalmente formalizzata mediante registrazione davanti a un’autorità pubblica e coppie che vivono in unione di fatto. Sebbene siano legalmente riconosciute da alcuni Stati membri, le unioni di fatto dovrebbero essere dissociate dalle unioni registrate, il cui carattere formale permette di tenere conto della loro specificità e di definire norme ad esse applicabili in uno strumento dell’Unione.”. Poiché la qualificazione della fattispecie non è certamente limitata dal *nomen iuris*, appare opportuno che la natura delle c.d. convivenze di fatto di cui alla L. n. 76/2016 le

allontani dal fatto e le riconduca al diritto, in seno al Regolamento stesso.

L’art. 26 del Regolamento (10) dispone che la legge applicabile in mancanza di scelta delle parti sia quella dello Stato ai sensi della cui legge l’unione registrata è stata costituita.

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 ai sensi della cui legge l’unione registrata è stata costituita 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 hanno mantenuto 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 legge di tale altro Stato, secondo il suddetto art. 26, si applica dalla costituzione dell’unione registrata, salvo disaccordo di uno dei partner. In quest’ultimo caso, la legge di tale altro Stato ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell’ultima residenza abituale comune in tale altro Stato. L’applicazione della legge dell’altro Stato non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge ai sensi della cui legge l’unione registrata è stata costituita. Tale previsione non si applica se i partner hanno concluso una convenzione tra partner prima della data di stabilimento dell’ultima residenza abituale comune in tale altro Stato.

L’art. 32 del Regolamento stabilisce l’esclusione del rinvio: “qualora il presente regolamento prescriva l’applicazione della legge di uno Stato, esso si riferisce all’applicazione delle norme giuridiche in vigore in quello Stato, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato”. Si rientra, così, dall’eccezione a ciò che era il principio dell’esclusione del rinvio, seguito da ogni regolamento, fatta eccezione del Regolamento Successioni 650/2012.

Salvo diverso accordo dei partner, il cambiamento della legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata deciso nel corso dell’unione ha effetti solo per il futuro; qualunque cambiamento retroattivo della legge applicabile

(10) Il considerando 50 dispone: “Per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate in assenza di una scelta di legge e di una convenzione tra partner, l’autorità giurisdizionale di uno Stato membro, su richiesta di uno dei partner, dovrebbe poter concludere, in

casi eccezionali in cui i partner si fossero trasferiti nello Stato di residenza abituale per un lungo periodo di tempo, che la legge di tale Stato è applicabile se i partner vi hanno fatto affidamento. In ogni caso, non può pregiudicare i diritti dei terzi”.

non pregiudica i diritti dei terzi derivanti da tale legge.

La *professio iuris*, quando il regolamento sarà applicabile, potrà riguardare la c.d. convivenza di fatto italiana, ancorché non vi fosse un contratto.

Secondo il considerando 44: “Tuttavia, per evitare di privare la scelta di legge di qualsiasi effetto e lasciare così i partner in un vuoto giuridico, tale scelta di legge dovrebbe essere limitata a una legge che attribuisca effetti patrimoniali alle unioni registrate”. Anche se la convivenza di fatto produce i suoi effetti patrimoniali più rilevanti in caso di cessazione della convivenza, soccorre la previsione dell’art. 3, par. 1, lett. b) del Regolamento, laddove annovera fra gli effetti patrimoniali di un’unione registrata i rapporti patrimoniali scaturiti in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell’unione o del suo scioglimento. La convivenza di fatto regolata dalla legge italiana è alquanto frammentaria, anche se la previsione della sua registrazione potrebbe farla accostare alla Dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, laddove riguarda:

- all’art. 2: “b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell’Unione un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante” e qui si tratta palesemente dell’unione civile;

- all’art. 3: “b) il partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” che riguarda la c.d. convivenza di fatto.

Dal canto suo, il D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30. - Attuazione della Dir. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare (T.U. Circolazione e soggiorno cittadini U.E.) attua la direttiva con queste definizioni: “2) il partner che abbia contratto con il cittadino dell’Unione un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato

membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro” ospitante (art. 2) e “b) il partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale” (art. 3).

4. D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7

4.1 Schema di decreto legislativo

Lo schema di decreto legislativo previsto dalla L. n. 76/2016 era così presentato e congegnato: CAPO I Modifiche alle disposizioni di diritto internazionale privato

Art. 1 (Modifiche alla L. 31 maggio 1995, n. 218)

1. Alla L. 31 maggio 1995, n. 218 sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo l’art. 32 sono inseriti i seguenti:

“Art. 32-bis (Matrimonio contratto all’estero da persone dello stesso sesso). 1. Il matrimonio contratto all’estero da persone dello stesso sesso produce gli effetti dell’unione civile regolata dalla legge italiana.

Art. 32-ter (Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso)

1. La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell’unione civile. Se la legge applicabile non ammette l’unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana. Le disposizioni di cui all’articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76 sono di applicazione necessaria (11).

2. 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.

3. L’unione civile è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge del luogo di costituzione o dalla legge nazionale di almeno una delle parti o dalla legge dello Stato di comune residenza al momento della costituzione.

4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l’unione è stata costituita. A richiesta di una delle

(11) 4. Sono cause impeditive per la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso:

a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un’unione civile tra persone dello stesso sesso;

b) l’interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l’istanza d’interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell’unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull’istanza non sia passata in giudicato;

c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all’art. 87, comma 1, c.

c.; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo art. 87;

d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l’altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento.

parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

5. Alle obbligazioni alimentari si applica l'articolo 45.

Art. 32-*quater* (Scioglimento dell'unione civile)

1. In materia di scioglimento dell'unione civile 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.

2. Lo scioglimento dell'unione civile è regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento n. 1259/2010/UE del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Art. 32-*quinquies* (Unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso)

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.”; b) l'art. 45 è sostituito dal seguente: “Art. 45 (Obbligazioni alimentari nella famiglia) - 1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, e successive modificazioni.”.

Come accennato, secondo il comma 28 della L. n. 76/2016, ogni istituto straniero omosessuale avrebbe dovuto assumere la disciplina “dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane”. Sennonché, dai lavori parlamentari (12) emerge chiaramente l'intenzione di riconoscere il matrimonio celebrato in altre giurisdizioni fra persone dello stesso sesso che non fossero di cittadinanza italiana, laddove si è sostenuto (vedi ad esempio l'esame dei provvedimenti al Senato, concluso il 16 novembre 2016, Affari costituzionali,

Sottocommissione per i pareri - Seduta del 15 novembre, relatrice Lo Moro PD), che l'art. 1, comma 1, lett. a), capoverso art. 32-*bis*, nel quale si prevede che il matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, si riferisce esclusivamente ai cittadini italiani. In caso contrario, a suo avviso, si determinerebbe un'irragionevole deroga ai principi generali in materia di diritto internazionale privato. Sostiene al riguardo che siccome l'art. 29, comma 1, L. n. 218 del 1995 stabilisce che i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune, il matrimonio contratto all'estero da cittadini non italiani dello stesso sesso produce gli effetti del matrimonio.

In precedenza, la Commissione Giustizia aveva considerato che la formulazione dell'art. 32 *bis* non appariva condivisibile in quanto non distingueva l'ipotesi in cui il matrimonio fosse stato celebrato all'estero da persone dello stesso sesso straniere da quella in cui tali persone fossero cittadine italiane in quanto si sarebbe trattato di una discriminazione ai danni delle coppie omosessuali straniere coniugate che, a differenza di quelle eterosessuali, vedrebbero applicata inderogabilmente al loro matrimonio la legge italiana in luogo della loro legge nazionale.

Le commissioni parlamentari hanno quindi considerato discriminatoria una soluzione accolta in Germania, Inghilterra e Svizzera. La differenza probabilmente l'ha fatta Cass. n. 4184/2012 (13), laddove ha optato per considerare irrilevante la differenza di sesso nel matrimonio, sottraendo il matrimonio omosessuale dall'area del contrasto con l'ordine pubblico internazionale per inserirlo, invece, fra gli istituti non previsti dall'ordinamento interno. Come dire che da anni, in buona sostanza, era già riconosciuto in Italia il matrimonio omosessuale privo di italianità, essendo questione di tempo che sia anche accolto nell'ordinamento interno, non essendovi a questo punto ragioni giuridiche per respingerlo, a meno che vi sia un riflusso ideologico che non è possibile escludere.

4.2 La disciplina approvata

Il D.Lgs. n. 7/2017, in vigore dall'11 febbraio 2017, ha profondamente innovato questa disciplina.

L'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 7/2017 modifica la L. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di

(12) “Il predetto art. 32-*bis*, pertanto dovrebbe trovare applicazione unicamente nei confronti dei cittadini italiani dello stesso sesso che contraggono matrimonio all'estero considerando che l'ordinamento italiano non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso, mentre non dovrebbe essere applicato anche ai

cittadini stranieri che hanno contratto matrimonio all'estero” (parere della Commissione Giustizia della Camera).

(13) E. Calò, *Sul matrimonio omosessuale un grand arrêt della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*, nota a Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in questa *Rivista*, 2012, 504.

diritto internazionale privato) introducendo gli art. 32 bis a 32 *quinquies* e sostituendone l'art. 45.

L'art. 32 bis dispone che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. Vi è un palese contrasto con le previsioni della legge delega, che non faceva alcuna menzione della cittadinanza ("modifica e 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"). Si trattava di una soluzione addirittura obbligata, secondo la relazione allo schema di decreto legislativo: "per quanto riguarda il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero la soluzione obbligata è quella per cui lo stesso produce in Italia gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana: indipendentemente dalla cittadinanza (italiana o straniera) delle parti, la disciplina di tale unione va desunta dalla legge n. 76 del 2016": bisognerà aggiornare la definizione di obbligo.

Trattandosi del riconoscimento di tali matrimoni omosessuali, si applicherebbe il Reg. (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Si consideri, però, che secondo il considerando 21 di detto regolamento "il presente regolamento non si dovrebbe applicare ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un matrimonio, che continuano a essere disciplinate dal diritto nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato".

Sul sito del nostro dicastero della Giustizia, si legge che "tutte le osservazioni e le condizioni formulate dalle competenti Commissioni parlamentari sono state accolte", tant'è che si asserisce in prosieguo che "per quanto riguarda il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero la soluzione

indicata dalla legge di delega è quella per cui lo stesso produce in Italia gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana indipendentemente, secondo l'interpretazione letterale del citato comma 28, lettera b), dalla cittadinanza (italiana o straniera) delle parti, cosicché la disciplina di tale unione va desunta dalla legge n. 76 del 2016. In sede di esame parlamentare dello schema di decreto legislativo, le Commissioni competenti hanno sottolineato la necessità di interpretare la richiamata disciplina di delega come diretta ad imporre la predetta soluzione nel caso di matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso, ciò che appare coerente con la ratio della delega".

Poiché la norma fa riferimento al "matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso" il quale produrrebbe gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, volendo procedere ad un'esegesi fondata sulla perfezione di queste norme (un dato tutt'altro che scontato) si potrebbe ipotizzare che la fattispecie distingua fra matrimonio fra italiani o fra italiani e stranieri. La relazione al decreto legislativo propende per la prima lettura, come se al legislatore garbasse il matrimonio omosessuale di un italiano/a con uno straniero/a ma avesse invece una grande contrarietà verso il matrimonio fra italiani/e. La lettera della norma appare chiara: laddove fa riferimento al matrimonio dell'italiano/a con persona dello stesso sesso, poiché non si fa alcun riferimento alla cittadinanza del coniuge dobbiamo concludere che sia compresa ogni cittadinanza, compresa quella italiana.

Dovendo inferire dai già menzionati lavori parlamentari che la mancata considerazione dei matrimoni omosessuali fra stranieri comporti il loro riconoscimento (che taluno ritiene superfluo alla luce di Cass. n. 2487/2017 (14)), vi sarebbe una discriminazione nei riguardi dei cittadini italiani?

Una discriminazione inutile, perché una volta riconosciuti i matrimoni omosessuali, quale senso avrebbe continuare a negare lo stesso diritto ai cittadini italiani? (15) Lo si è fatto, invero, in Francia, attraverso una risposta del Ministero di Giustizia (16), ma certamente non attraverso una fonte legislativa. In ogni

(14) È stata ordinata la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero tra una cittadina francese e una cittadina sia italiana che francese perché Cass. 31 gennaio 2017, n. 2487, ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto dal Comune di Santo Stefano del Sole avverso la decisione della Corte d'Appello di Napoli del 7 luglio 2015 che (in riforma della decisione del Tribunale di Avellino) aveva disposto la trascrizione di detto matrimonio.

(15) Cfr. M.G. Cubeddu Wiedemann, in M.G. Cubeddu Wiedemann - P. Corder (a cura di), *I decreti attuativi delle Unioni civili*,

Milano, 2017, 40: "Il differente trattamento del matrimonio same sex concluso all'estero da cittadini italiani appare di dubbia costituzionalità, data la quasi uniformità di norme tra matrimonio e unione civile creata nell'ordinamento italiano dalla l. n. 76/2016 e sulla base del rilievo per cui in taluni ordinamenti il matrimonio è l'unica forma di unione civile registrata ammessa per le coppie dello stesso sesso".

(16) *Revue critique de droit international privé*, 2006, 440 ss.

caso, quanto all'Italia, non attraverso uno scarto fra legge delega e decreto legislativo.

Il nuovo art. 32 *ter* della L. n. 218/1995 dispone al comma 4 che i rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice potrà disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede. Questa disciplina anticipa i tempi di applicazione del Reg. (UE) 2016/1104 (non si è potuto fare altrettanto per le convivenze perché la L. n. 76/2016 non aveva fatto ricordo alla delega legislativa, disciplinando *in toto* la materia).

Inoltre, tale art. 32 *ter*, comma 4, L. n. 218/1995 riguarda anche i rapporti personali, andando quindi oltre il Reg. (UE) 2016/1104, che concerne i soli aspetti patrimoniali, trattandosi quindi di una previsione che sopravvivrà all'entrata in vigore di detto Regolamento.

Tuttavia, non è del tutto vero che il legislatore italiano abbia anticipato in tutto le previsioni del Reg. (UE) 2016/1104, perché, fra altro, tale regolamento all'art. 32 esclude il rinvio, mentre la nostra legge di diritto internazionale privato (L. n. 218/1995) nel cui seno sono state ricondotte le previsioni del D.Lgs. 7/2017, prevede il rinvio all'art. 13.

La lettura dell'art. 32 *bis* dev'essere corredata dalla ulteriore lettura dell'art. 32 *quinqüies*, concernente l'unione civile (ma il riferimento dovrebbe comprendere sia i moduli pesanti come quello tedesco che quelli leggeri come il *Pacs*) costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, il quale dispone 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.

Si tratta di una norma che contrasta:

- coi principi di diritto dell'UE, concernenti la libertà di circolazione (nei riguardi del requisito della residenza);
- coi principi di diritto dell'Unione europea che vietano le discriminazioni sulla base della nazionalità;
- coi principi di diritto dell'Unione Europea in materia di bipolizia;
- col principio costituzionale di uguaglianza, non essendovi inoltre alcuna ragionevolezza nel

ricondurre qualsivoglia istituto estero all'unione civile, di natura matrimoniale;

- col Regolamento (UE) 2016/1104;

L'ultimo punto è, quanto meno a nostro sommo parere, quello di maggiore gravità, perché non scorriamo il senso di adire la via della cooperazione rafforzata per poi violare platealmente le norme del Regolamento europeo senza nemmeno accorgersene. Poiché secondo il regolamento il principio generale è che la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate è quella dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita, non è legittimo sostituirla per la parte patrimoniale con la disciplina italiana delle unioni civili. Fra l'altro, il criterio di collegamento del luogo di registrazione, sul quale siamo stati sempre perplessi (17), è intrinsecamente permeato del *system/forum shopping*. Nel nostro caso, lo scopo dichiarato del suddetto art. 32 *quinqüies* è quello di evitare il *forum shopping*, trascurando tutti i principi UE in materia e la stessa concorrenza fra ordinamenti, ignorando fra l'altro che in molti casi lo stesso risultato si potrebbe raggiungere, per il versante patrimoniale, con la *professio iuris*.

Da quanto dianzi esposto discende che l'art. 32 *quinqüies*, L. n. 218/1995 costituisce una deroga al comma 4 dell'art. 32 *ter*, L. n. 218/1995, deroga che non dovrebbe trovare applicazione per via del suo contrasto sia con il diritto dell'UE che con la carta costituzionale.

5. Convivenze di fatto e contratto di convivenza

5.1 Le origini

A suo tempo, nei riguardi della (prima) proposta di Regolamento del Consiglio relativa alla competenza, alla legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali dei conviventi registrati del 16 marzo 2011 la II. Commissione Permanente (Giustizia) del Senato del 31 maggio 2011 ebbe ad adottare una Risoluzione, comunicata alla Presidenza il 6 giugno 2011, che nel suo passaggio principale recita: "Analogamente alla distinzione operata per l'atto COM (2011) 126 *def.* tra regolamentazione dell'atto di matrimonio - rimessa alla competenza degli Stati membri - e regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, oggetto di disciplina europea, può essere ricondotta a legittimità la suddetta proposta - anche per l'ordinamento italiano - se si esclude una sua incidenza sul

(17) Calò, *Matrimonio à la carte - Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, cit.

riconoscimento delle unioni registrate. Invero, nulla impedisce a due persone, non coniugate e non facenti parte di un'unione registrata, di regolamentare, su un piano prettamente privatistico e con effetti esclusivamente *inter partes*, i rapporti patrimoniali conseguenti alla cessazione dell'unione di fatto o della convivenza. La libertà di autodeterminazione delle coppie di fatto che sono un *tertium genus* rispetto alle 'coppie coniugate' e alle 'coppie registrate' potrebbe infatti essere meglio garantita da una regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra gli stessi componenti della coppia piuttosto che da una regolamentazione ad essi imposta *ex lege*. In questo caso, anche la circolazione in sede europea della regolamentazione convenzionale di tali rapporti patrimoniali non assumerebbe la forma di un implicito riconoscimento delle unioni registrate, ma si atterrebbe a circostanza che incide sulla migliore definizione dei problemi posti dalla cessazione del vincolo (di fatto) tra due persone. La base giuridica dell'articolo 81, paragrafo 3, del TFUE incentrata sul diritto di famiglia allora perderebbe di pregnanza - facendo così venir meno alcune delle criticità riscontrate con le presenti osservazioni - potendo la disciplina rifluire nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile generale, di cui all'articolo 81, paragrafi 1 e 2, del TFUE. Risulterebbe così integra per l'Italia la possibilità di adottare in futuro uno specifico provvedimento legislativo che introduca, accanto alla famiglia legittima, forme regolamentate di convivenza".

Anche sei anni addietro, quindi, i legislatori propendevano per consentire un 'contrattino' fra i conviventi, per timore di dover riconoscere le unioni o convivenze registrate omosessuali.

Le convivenze sono nate a stregua di un contratto - ritenuto assai ambito dai conviventi, il che si è rivelato non del tutto conforme alle aspettative. La L. n. 76/2016 ha posto in essere la c.d. convivenza di fatto e la convivenza di fatto assortita da un contratto di convivenza (18).

Abbiamo letto che la "famiglia di fatto è da tempo conosciuta in Brasile dove è disciplinata la União Estável, letteralmente unione stabile. La fattispecie regola una forma di organizzazione familiare diversa dal matrimonio e dal concubinato: una famiglia di fatto che si realizza mediante la convivenza pubblica tra uomo e donna, con doveri di lealtà, di rispetto e

di mutua assistenza, ed inoltre di custodia, di mantenimento e di educazione dei figli con l'obiettivo di costituire una famiglia" (19). Giusta segnalazione, alla quale dovremmo aggiungere che alla loro base vi è la mancanza di una dichiarazione di volontà da parte della coppia, in quanto la volontà dello Stato si sovrappone a quella loro. Non sembra una prospettiva entusiasmante, ma è adeguata alle società dove vi sono vastissimi settori di popolazione marginale, così sprovviste di risorse da non riuscire neanche a recarsi in una sede pubblica dove si possa manifestare la loro volontà di contrarre matrimonio oppure qualsivoglia forma di convivenza. Non dovrebbe essere questa la situazione dell'Italia, almeno per ora, anche se l'ambiguità della scelta dell'anagrafe finisce per pesare.

In materia di convivenze, possiamo azzardare un paragone con la disciplina belga della *cohabitation légale* la quale si richiama al domicilio (art. 102 c.c. belga: *son principale établissement*), mentre la nostra legge àncora la convivenza al sistema anagrafico.

5.2 Anagrafe e libertà di circolazione

Qual è la ragione della scelta dell'anagrafe? Il presunto ruolo probatorio del comma 37, L. n. 76/2016 è poi smentito dal successivo comma 52. Potremmo ipotizzare con larghi margini di sicurezza che si volesse distinguere le convivenze, che possono essere sia fra persone di uguale che di diverso sesso, dal matrimonio e dalle unioni civili (che sono, ontologicamente, un matrimonio) e che, per tale *downgrade*, occorresse evitare di rivolgersi ai registri dello stato civile.

Si tratta, dopotutto, della medesima scelta fatta dalla Francia (20), dove il *Pacs*, definito come "contratto" (art. 515 - 1 *code civil*) è trascritto in cancelleria (art. 515 - 3 *code civil*), mentre il Belgio non ha avuto problemi ad iscrivere le coabitazioni presso l'ufficio dello stato civile del comune domicilio (art. 1476 c.c.).

Vi è però una differenza di non poco momento, perché le convivenze di fatto ed i contratti di convivenza italiani disciplinati dalla L. n. 76/2016, non dovrebbero, in tesi, sopravvivere senza conseguenze ad una cancellazione anagrafica (non corredata da una mutazione anagrafica), mentre lo stesso non è a dirsi laddove, come in Francia, si faccia capo alla cancelleria del Tribunale.

(18) F. P. Luiso, *La convivenza di fatto dopola. n. 76/2016*, in *Dir. fam.*, 2016, 1083.

(19) V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 851. Su

tali unioni, vedi E. Calò, *La planificación patrimonial internacional del derecho de familia y de sucesiones*, FEN - Buenos Aires, 2014, 52 ss., *Id.*, *Le unioni civili in Italia*, cit., 127 ss.

(20) Calò, *Le Unioni Civili in Italia*, cit., 184.

La scelta del legislatore incontra difficoltà pratiche, in quanto si rivolge ad un registro - l'anagrafe - che non sembrerebbe si possa piegare senza controindicazioni alla pubblicità di un rapporto che va ben oltre il *nomen iuris* che risulta dalla legge, e che si connota come un'unione (o una convivenza) registrata (21). Inoltre, il ruolo della volontà nella convivenza anagrafica sembra assai flebile, a fronte per esempio del rischio di una dichiarazione unilaterale (22).

Vi sono delle questioni di compatibilità con i principi costituzionali sulla libertà di circolazione (23), che sembrerebbero insormontabili, nonché coi principi di diritto dell'UE.

L'art. 3, par. 2 del T.U.E. dispone: "22. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima"; l'art. 21 par. 1 T.F.U.E. dispone: "1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi; l'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dispone: Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. 2. La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro".

Si consideri, ad esempio, che si è (giustamente) sostenuto (24) che l'art. 46 della L. 31 maggio 1995, n. 218 (nuovo diritto internazionale privato italiano), contrastasse col diritto europeo proprio per via del mancato rispetto della libertà di circolazione, e lo stesso è a dirsi per altre importanti sentenze della Corte di Giustizia.

È noto, naturalmente che la libertà di circolazione e di soggiorno sono la pietra angolare della cittadinanza europea, e costituiscono un principio irrinunciabile.

Anche a prescindere dai profili di costituzionalità, è da considerare che le norme interne contrastanti col diritto dell'UE possono essere disapplicate, ad

esempio, ritenendo irrilevante la cancellazione dall'anagrafe.

Forse sarebbe ancora opportuno considerare la proposta del Consiglio Nazionale del Notariato, che si trova tuttora sul suo sito, di istituire presso tale ente un Registro unico nazionale non solo dei patti di convivenza (com'è nella Proposta) bensì anche delle convivenze previste dalla legge, al posto di quelle anagrafiche. Non possiamo valutare se tale proposta sia ancora valida e se le si possa attribuire l'estensione da noi suggerita; tuttavia, se lo fosse, sarebbe da prenderla in seria considerazione.

5.3 Contenuto del contratto di convivenza

Ai sensi del comma 53, il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo.

Il contratto può contenere:

- a) l'indicazione della residenza;
- b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
- c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla Sezione III del Capo VI del Titolo VI del libro primo del codice civile.

Alla lettera c) si consente di scegliere il regime (coniugale) della comunione dei beni, ignari che se quasi il 70% dei coniugi sceglie, invece, la separazione dei beni, non ricorre alcuna ragione perché i conviventi, che dovrebbero essere ben più liberi, si indirizzino verso l'obsoleta comunione legale. Non vi è l'indicazione della separazione dei beni perché, ovviamente, se non si indica la comunione non vi sarà alcun regime patrimoniale e quindi il problema non si porrà.

Al riguardo, si è asserito che la scelta della comunione legale può essere fatta solo da sprovveduti (*sic*) la quale scelta avrebbe costretto il legislatore a predisporre una serie di meccanismi pubblicitari onde rendere opponibile tale scelta ai terzi (25).

A ciò si aggiunga la scarsa rilevanza: a) di prevedere la residenza, in una disciplina che presuppone la convivenza anagrafica; b) di stabilire le modalità della contribuzione al ménage, visto che comunque si dovrebbe contribuire, visto che secondo la legge si

(21) Calò, *Le convivenze registrate in Europa*, cit.

(22) Luiso, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, cit., 1087.

(23) Art. 16 Cost. Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata

da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

(24) F. Mosconi, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Parte Speciale, Torino, 1997, 106.

(25) Luiso, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, cit., 1091. Tale critica sembrerebbe implicare che altre scelte non siano previste.

tratta di “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”; se non volessero contribuire verrebbe meno il presupposto stesso della convivenza. Fra altro, sembrerebbe improbabile che una coppia legata da tanto affetto senta le necessità di consacrare per iscritto a chi spetti pagare la tassa dei rifiuti o l’abbonamento alla tv satellitare.

In dottrina si asserisce che non vi siano ostacoli ad ammettere che il contratto di convivenza possa avere un contenuto diverso e più ampio; in effetti, il testo della norma, così generico e così possibilista (“il contratto può contenere”) si presta anche a una tale interpretazione. Ciò non toglie che, senza voler fare delle critiche al legislatore, quasi che avessimo convinzioni granitiche, non è irrispettoso rilevare che un eventuale contratto di convivenza che comportasse il ricorso a scelte innovative e talentuose avrebbe con sé un certo tasso d’incertezza che il legislatore avrebbe potuto scongiurare.

Si è autorevolmente tentato quale terza via il ricorso a pattuizioni esterne al contratto di convivenza previsto dalla legge (26), ma ciò implica l’ammissione di gravi lacune nella legge, lacune che non esistono, ad esempio, nel Pacs.

Piuttosto, sembrerebbe esservi una consolidata via italiana, che consiste nel tentare di risolvere in sede dottrina i problemi (non solo le lacune) creati dalla legge. Ne andrebbe valutato il costo, in termini di incertezza del diritto e di possibili contenziosi.

5.4 La norma di conflitto

Il comma 64 della L. n. 76/2016 dispone che “Dopo l’articolo 30 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è inserito il seguente:

‘Art. 30-bis (Contratti di convivenza).

1. 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.

2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima”.

Questa disciplina, che lascia fuori la c.d. convivenza di fatto priva di contratto, sarà in ogni caso

in vigore nelle more dell’applicazione del Reg. (UE) 2016/1104. Sarà impossibile o pressoché che essa si applichi ai contratti di convivenza “stranieri” in quanto non sarebbe azzardato asserire che un tale contratto è una vera e propria rarità ovunque (27), eccezion fatta per l’Argentina, argomento sul quale torneremo.

In costanza dell’applicazione del Regolamento, le unioni registrate eterosessuali e omosessuali straniere saranno disciplinate, per il versante patrimoniale, dalle norme del citato Regolamento e certamente non potrà effettuarsi alcuna distinzione, come invece emerge dal D.Lgs. n. 7/2017, a seconda che vi intervengano o meno dei cittadini italiani.

In seno al Regolamento dovrebbero convergere, per la parte patrimoniale, sia le unioni civili ‘italiane’ che le convivenze di fatto e il contratto di convivenza “italiani”. Ciò, malgrado l’anzidetta scarsa rilevanza degli effetti patrimoniali delle convivenze di fatto, alcuni dei quali effetti sono stati spostati nel contratto di convivenza, dove vi è anche il regime primario (28).

Oltre a quanto prima accennato, a favore dell’inclusione delle convivenze nell’ambito del Regolamento in parola potrebbe anche militare il disposto dell’art. 1, comma 36, L. n. 76/2016 (“Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per ‘conviventi di fatto’ due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, o adozione, da matrimonio o da un’unione civile”) laddove menziona l’assistenza materiale nonché l’art. 1, comma 46, L. n. 76/2016 che introduce nel codice civile l’art. 230 *ter*, che inserisce il convivente nel quadro legale dell’impresa familiare. Come accennato, le previsioni sulla pubblicità anagrafica, per contro, dovrebbero essere superate. Si potrebbe legittimamente, come anche accennato, attribuire un peso, a favore dell’inclusione nel Regolamento, ai diversi diritti attribuiti dalla L. n. 76/2016 nei casi di cessazione della convivenza, alla luce delle chiare previsioni dell’art. 3, par. 1, lett. b), Reg. (UE) 2016/1104.

(26) Cfr. l’illuminante ed autorevole apporto di F. Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1742.

(27) D’altronde, ciò doveva essere già stato in qualche modo intuito dal legislatore, poiché il comma 28 della legge, ignorato dal D.Lgs. n. 7/2017) faceva confluire nell’unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che avessero contratto all’estero

anche gli istituti analoghi al matrimonio e alle unioni civili. Rimanevano però fuori gli “istituti analoghi” eterosessuali.

(28) Ribadiamo ancora che, ai sensi dell’art. 3 lett. b del Reg. (UE) 2016/1104, gli “effetti patrimoniali di un’unione registrata” sono costituiti dall’insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell’unione o del suo scioglimento.

Come già chiarito (29) questa disciplina internazionale-privatistica del contratto di convivenza conosce delle precise origini. Non è ozioso menzionarlo, perché in origine essa era stata congegnata per una disciplina unitaria, e non per una regolamentazione scissa in unioni civili e convivenze e men che meno per il solo contratto; naturalmente, non vi è disciplina che possa prescindere dalla sua collocazione. Come sopra accennato, sempre nelle more dell'applicazione del Reg. (UE) 2016/1104 (30), resterà fuori dall'art. 30 bis, L. n. 218/1995, per la parte patrimoniale, la convivenza di fatto, orfana di norma di conflitto.

Quanto alle unioni registrate omosessuali straniere, poiché il comma 1 della L. n. 76/2016 definisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione, esse potranno essere fatte rientrare per analogia nell'art. 32 ter, comma 4, D.Lgs. n. 7/2017 (31); quando si applicherà il regolamento europeo, rimarrà in vigore detta norma per la parte non patrimoniale.

Sempre nelle more dell'applicazione del regolamento, per la parte patrimoniale, alle unioni registrate eterosessuali straniere si potrà applicare per analogia la normativa del nuovo art. 30 bis, L. n. 218/1995 per svariate ragioni, che non riusciranno a celare il fatto che in realtà non vi sarà nessun'altra soluzione, a parte l'anomia. Resterebbero senza alcuna disciplina gli aspetti d'ordine personale. In effetti, come dianzi esposto, tale norma regolamenta il contratto di convivenza, e non la convivenza *tout court*; tuttavia, poiché tale contratto coinvolge anche il regime primario, l'applicazione del suddetto art. 30 bis comporta qualche forzatura ma non appare illegittima (32).

Si fa giustamente notare che l'art. 30 bis, L. n. 218/1995 non riguarda gli status ma i contratti, ma è pur vero che

è assimilabile alle convenzioni fra partner di cui all'art. 3, comma 1, lett. c), Reg. (UE) 2016/1104. D'altronde, anche se l'art. 515-1 del codice civile francese definisce il *Pacs* come contratto (il quale però comprende, a dire il vero, gli aspetti personali) la proposta di inquadrarlo nella Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali rimase isolata. D'altronde, l'unica scelta rimanente è quella dell'analogia, come detto con le unioni civili, non praticabile in quanto: a) essendo un modulo 'pesante' non possono a cuor leggero essere applicate a chi, ad esempio, scegliendo il *Pacs*, ha di proposito scartato il matrimonio, b) riguardano soltanto le coppie dello stesso sesso.

6. Conclusioni

La disciplina approvata comporta un passo avanti per l'Italia, anche alla luce delle sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani e della Corte Costituzionale italiana, che hanno ribadito a più riprese che le coppie dello stesso sesso hanno diritto ad una regolamentazione a loro tutela, che non deve essere necessariamente costituita dal matrimonio, ma che può legittimamente avere la cornice legale delle unioni registrate (33).

Ciò sta a significare che il modello "pesante" delle unioni civili non è stato il frutto di una scelta obbligata, perché poteva al suo posto esserci il modello "leggero" delle unioni registrate, come è stato affermato, in modo esplicito, dalla giurisprudenza, anche nelle sue sedi più alte, andando forse anche oltre le sue prerogative istituzionali.

La legge ed i decreti attuativi hanno posto in essere dei modelli nati vecchi che, in mancanza di riforme, saranno rapidamente superati in quanto:

- a) le unioni civili, per le ragioni prima esposte, saranno sostituite dal matrimonio omosessuale
- b) le convivenze di fatto ed il contratto di convivenza non potranno competere con gli altri moduli stranieri

(29) Calò, *Le unioni civili in Italia*, cit., 266 ss.

(30) Si riporta ancora l'art. 69, par. 3 del Reg. (UE) 2016/1104: 3. Le disposizioni del capo III sono applicabili solo ai partner che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019.

(31) Si riporta ancora: 4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alla cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

(32) Secondo Cubeddu Wiedemann: "Residua l'equiparazione dell'unione registrata costituita all'estero fra persone di sesso diverso all'unione civile di diritto italiano. La soluzione, prospettabile anche per il tramite di una interpretazione analogica dell'art. 32-quinquies, l. n. 218/1995, proposta anche in ordinamenti diversi dal nostro in virtù di una concezione estensiva delle unioni 'formalizzate', si fonda sul rispetto della vita familiare e sul riconoscimento di status acquisiti all'estero, ove tale riconoscimento sia sorretto da principi di proporzionalità e ragionevolezza" (*I decreti attuativi...*, cit., 43). Tuttavia, poiché l'unione civile non è altro che un matrimonio, questa scelta è sicuramente rispettabile ma suscita qualche riserva.

(33) E. Calò, *Le unioni civili in Italia*, cit., 73 ss.

di convivenza, ammesso che la loro inadeguatezza ed il loro contrasto con il diritto dell'UE non le ridimensionino fino a renderle irrilevanti.

Non è di ausilio che sia stato esteso agli avvocati il potere d'autentica del contratto, con una deroga poco comprensibile.

In fondo, gli istituti giuridici oltre ad essere l'espressione di una cultura, sono anche una merce che rischia di rimanere nei magazzini oppure di circolare soltanto all'interno dello striminzito (a giudicare dalle statistiche Istat) mercato nazionale.