Parlamento europeo – Audizione congiunta dei Comitati LIBE e JURI sulla cooperazione in diritto civile europeo – divorzio e separazione legale

11 settembre 2007

Presentazione del dott. Matteo Bonini Baraldi, Università di Bologna

Il ruolo della clausola di ordine pubblico in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio

Background

La *ratio* sottostante la proposta comunitaria oggi in discussione consiste principalmente nel tentativo di facilitare la vita dei cittadini e di tutelarli al meglio attraverso maggiore certezza del diritto e migliore accesso alle garanzie giurisdizionali. Ciò al fine di garantire la libertà di circolazione delle persone prevista dai trattati senza restrizioni ingiustificate (considerando n. 1). Si tratta pertanto di situazioni di rango 'costituzionale' molto importanti ed in relazione alle quali le scelte del legislatore comunitario sono ovviamente soggette al rispetto dei principi e delle eccezioni sancite dal trattato e dalla giurisprudenza. Evidentemente, questo è anche il motivo per cui la Commissione ha considerato che il ricorso all'ordine pubblico dovrebbe avere carattere di eccezionalità.

L'ordine pubblico nazionale

In premessa va ricordato che sia il regolamento esistente che la proposta si applicano solo a situazioni transnazionali (così l'art. 65 del Trattato), non in situazioni puramente interne agli stati membri.

L'ordine pubblico è previsto anche dal trattato CE, all'art. 39(3), come limite all'esercizio della libertà di circolazione, ma sappiamo che per la giurisprudenza comunitaria ha contenuto e funzione molto limitati: non può essere determinato unilateralmente dagli Stati membri e presuppone oltre alla 'perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività'.[1]

Al contrario nel diritto internazionale privato europeo che si va delineando l'ordine pubblico, che riveste il significato di tutela dei principi essenziali del foro, gioca ancora un ruolo di primario rilievo laddove si tratti di famiglia. Attualmente riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze già rese.[2] La proposta in esame inserirebbe una seconda disposizione sull'ordine pubblico, questa volta riferita all'applicazione del diritto di un altro stato membro.[3] In altri settori c'è forse meno necessità di una protezione così radicale degli interessi nazionali (art. 20 della proposta di regolamento sulle obbligazioni alimentari è significativo).

[1] Causa C-441/02 [2006] *Raccolta* I-3449.

[2] L'art. 28(a) del regolamento 2201/2003 stabilisce che 'La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta…a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto'.

[3] Art. 20 *sexies* della proposta: 'L'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento può essere pretermessa solo ove tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro'.

Concezioni relative al matrimonio e ''ordine pubblico europeo'

Mi sembra che vi siano almeno tre principali concezioni del matrimonio che alcuni stati membri desidererebbero preservare contro quelle di altri stati membri:

i) che il matrimonio può sempre essere (facilmente ed economicamente) sciolto;
ii) che il matrimonio è per la vita e non può mai essere sciolto;
iii) che il matrimonio è solo tra persone di sesso diverso.

Nel nostro caso, la clausola di ordine pubblico è concepita per garantire il rispetto per le leggi e le tradizioni degli stati membri. Ad uno sguardo più ravvicinato, tuttavia, niente vieta in principio la cooperazione tra essi nell'ambito della famiglia, come testimonia l'Alleanza per le Famiglie recentemente stabilita e che mette in atto tentativi molto significativi di cooperazione a favore dell'azione comunitaria di sostegno alle famiglie in Europa.[4]

Questi sviluppi evidenziano un approccio promettente in quanto dimostrano che è possibile, e finanche desiderabile, allineare le attività degli stati membri e della Comunità al principio di leale cooperazione sviluppato in altre aree dell'integrazione comunitaria.

Tuttavia, per quanto concerne i tre ambiti sopra menzionati non sembra vi sia molto spazio per la conciliazione di visioni antitetiche. Abbandonare l'obiettivo di un'ulteriore integrazione nel campo del diritto di famiglia potrebbe, presto o tardi, scontrarsi con il fatto che nella stessa Comunità europea si è venuto formando un 'ordine pubblico' inteso come un insieme di usi, valori, principi così fondamentali da non poter essere messi da parte. Anche la Comunità possiede le proprie 'tradizioni', tra le quali – in materia economica – il divieto della doppia regolazione, il controllo del solo stato di origine sulla produzione e la commercializzazione dei beni, l'assoggettamento del prestatore di servizi solo agli obblighi dello stato membro in cui è stabilito, ed altre ancora. In materia di libera circolazione delle persone va ricordata, ad esempio, la circostanza che ogni ostacolo deve essere giustificato *in primis* sulla base delle specifiche eccezioni previste dal trattato (ordine pubblico, sicurezza e salute pubbliche). In aggiunta, è piuttosto chiaro che un 'ordine pubblico comunitario' è fondamentalmente basato anche sul rispetto di determinati diritti umani essenziali.

Dobbiamo pertanto chiederci se sia lecito ignorare tale complesso di principi essenziali dell'azione comunitaria laddove si tratti di status personale dell'individuo. Mi si consenta di leggere la seconda frase del Preambolo della Carta di Nizza:

'Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia'.

I valori dell'Unione ora ricordati dovrebbero pertanto orientare l'azione comunitaria almeno a fianco dei valori cari agli stati membri, specie nella costruzione dell'area di

[4] Vedi il considerando n. 6 delle Conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sull'importanza delle politiche favorevoli alla famiglia in Europa e sulla creazione di un'Alleanza per la famiglia, GUUE 17.7.2007, C 163/1.

libertà, sicurezza e giustizia.
Illustrerò ora tale prospettiva prendendo ad esempio il caso del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Il punto che voglio porre alla vostra attenzione è che mentre gli stati membri possono ritenere che rientri tra le loro prerogative la competenza esclusiva sulla materia di famiglia, l'Unione può ritenersi vincolata al dovere di osservare i valori fondamentali sui quali sostiene di essere fondata e di assicurare la supremazia del diritto comunitario. Il Parlamento in particolare può ritenere di essere sottoposto al dovere di proteggere i diritti fondamentali dei cittadini, compresi i cittadini gay e le cittadine lesbiche.[5]

Salvaguardare la supremazia e la coerenza del diritto comunitario

Il rapporto tra gli interessi degli stati membri e la *mission* comunitaria è attualmente nettamente sbilanciato a favore dei primi. Infatti, la disposizione sull'ordine pubblico deve essere letta congiuntamente ad un'affermazione del Consiglio sull'esistenza e la validità dei matrimoni, secondo cui 'l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro competente in materia di divorzio o separazione personale può pronunciarsi sull'esistenza di un matrimonio in virtù del diritto nazionale'.[6]

A tacere del fatto che la legge applicabile alle condizioni per contrarre matrimonio non è argomento attualmente aperto alla discussione, se fondato su queste basi il sistema sembra seriamente sbilanciato e fondato su una molto evidente 'sfiducia reciproca'. Tale sfiducia reciproca può pregiudicare la supremazia del diritto comunitario e causare discriminazioni dei soggetti interessati. Più precisamente, uno stato membro dovrà semplicemente affermare che un matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto in uno degli stati membri è inesistente o invalido nel proprio territorio per evitare l'applicazione del regolamento *tout court*, senza neppure giungere ad esaminare l'ordine pubblico.

Non bisogna dimenticare che le regole di cui discutiamo si applicherebbero solo a coloro che migrano e non a situazioni puramente interne. Ciò che il Consiglio vorrebbe affermare, quindi, è che uno stato membro che desideri mantenere la propria configurazione del matrimonio per i propri cittadini, ciò che costituisce una posizione comprensibile allo stato, sarà messo in grado di imporre la medesima configurazione a tutti i cittadini dell'Unione che vi hanno stabilito la propria residenza, i quali non potranno avere accesso alle garanzie giurisdizionali e ottenere una sentenza di divorzio in base al regime facilitato previsto dal diritto comunitario.

La posizione del Consiglio genera incertezza e ineguaglianza e si pone in contrasto con alcuni principi generali adottati in altre aree del diritto comunitario e con quelli affermati dalla Corte di giustizia. Sappiamo che la libera circolazione delle persone può essere limitata solo in casi eccezionali rientranti nel ristretto concetto di ordine, salute e sicurezza pubblici visti sopra: la limitazione che deriva dalla scelta della legge del foro per la determinazione dello status non sembra facilmente rientrarvi. Volendo compiere un paragone con l'attribuzione della cittadinanza (*Micheletti*[7]; *Chen*[8]) e del cognome (*Garcia*

[5] I documenti del Consiglio riportano che 'una delegazione ha tuttavia sottolineato che il rispetto dell'ordinamento giuridico nazionale non dovrebbe pregiudicare la coerente applicazione del diritto comunitario' (Documento del Consiglio n. 8364/07, Meeting Affari generali e relazioni esterne del 19-20 aprile 2007, p. 7).
[6] Documento n. 8364/07, p. 11.
[7] Causa C-369/90 [1992] *Raccolta* I-4239.

Avello[9]), la Corte ha sostanzialmente stabilito che gli stati membri devono rispettare le scelte compiute dallo stato membro di origine, sicché il giudizio circa l'esistenza o meno della cittadinanza non può essere riformulato dallo stato di destinazione. In parole povere, non esistono ragioni per le quali il legislatore comunitario dovrebbe allontanarsi dal principio ricordato quando si versi nell'ambito degli status familiari.

La giurisprudenza citata, così come quella relativa alla libera circolazione dei beni (*Cassis de Dijon*)[10] o allo stabilimento delle imprese (*Centros*)[11] indicano una possibile soluzione: ammettere che la Comunità possa obbligare lo stato membro B a non riesaminare l'esistenza di una situazione familiare prevista dallo stato membro A e penetrata assieme al cittadino migrante. La sentenza *K.B.* sulla parità di trattamento del partner transessuale offre ulteriori elementi di riflessione anche se non riguardava i migranti.

Adottare il criterio della lex loci actus

Per raggiungere i medesimi risultati raggiunti in queste aree (altrettanto sensibili) grazie, ad esempio, al principio del divieto della 'doppia regolazione', nella materia del diritto internazionale privato la Comunità dovrebbe adottare il criterio della *lex loci actus* (o *celebrationis*). Questo criterio è in linea con gli obiettivi comunitari e con le soluzioni generalmente perseguite.

In conclusione, sicuramente sono superati i tempi – come i primi anni '70 – in cui 'la possibilità di considerare i diritti umani come principio fondante della Comunità era largamente ignorata' (Williams 2005, 145). Ora che gli standard di protezione dei diritti umani sono chiaramente penetrati nel tessuto comunitario, potrebbe essere proprio la Comunità ad assistere gli ordinamenti giuridici nazionali – a partire dai quali tali standard hanno tratto origine – nell'abbandonare la propria riluttanza e nell'accrescere la coerenza e la fiducia reciproca sul piano comunitario. Convincere gli stati membri che la 'doppia regolazione' nel campo dello status personale e delle condizioni per contrarre matrimonio non potrà essere un'opzione sostenibile a lungo termine sarà certamente una sfida centrale negli anni a venire.

[8] Causa C-200/02 [2004] *Raccolta* I-9925.
[9] Causa C-148/02 [2003] *Raccolta* I-11613.
[10] Causa 120/78 [1979] *Raccolta* 649.
[11] Causa C-212/97 [1999] *Raccolta* I-1459.