

## **I coniugi possono scegliere la legge applicabile al divorzio ed alla separazione: questi i limiti.**

Il regolamento 1259\2010 CE del 20.12.2010, all'art. 5, comma 1, prevede la possibilità per i coniugi di "*designare per comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*"; in questo modo, il regolamento ha inteso individuare nella volontà dei coniugi il criterio privilegiato per la scelta della legge applicabile nelle procedure di scioglimento o allentamento del vincolo matrimoniale, rimettendo in gioco meri criteri oggettivi di individuazione quando tale volontà manchi ovvero non sia valida nei suoi presupposti sostanziali ( art. 6) e formali ( art. 7), di cui all'art. 8 reg. 1259\2003). L'accordo che designa la legge applicabile può, per specifica previsione dell'art. 5 par. 3 reg. 1259\2010, essere concluso o modificato '*al più tardi*' nel momento in cui è adita l'autorità giudiziaria ma i coniugi, ove previsto dalla legge del foro adito, possono designare la legge applicabile '*...nel corso del procedimento innanzi all'autorità giudiziaria...*' che, a sua volta, fa *mettere agli atti* tale designazione in conformità delle legge del foro. Sull'ammissibilità, o meno, di una *electio iuris* intervenuta nel corso del procedimento ovvero sulla individuazione del momento entro il quale tale scelta debba essere compiuta soccorre il dettato [dell'art. 709 c.p.c.](#), nella parte in cui prevede che, con l'ordinanza con cui fissa l'udienza di comparizione delle parti, il Presidente assegni un termine al ricorrente ed al convenuto per il deposito di memorie nelle quali siano evidenziati, tra gli altri, '*gli elementi di diritto* costituenti le ragioni della domanda'. Ne consegue che ove le parti non abbiano allegato agli atti di causa un accordo - redatto nelle forme di cui all'art. 7 reg. 1259\2010 - in cui manifesta sia la volontà scegliere la legge applicabile per la regolamentazione dello scioglimento o dell'allentamento del vincolo matrimoniale, il Presidente, informate le parti ex '*considerando*' 18 e 19 reg. 1259\2010, sulla possibilità di opzione, presi i provvedimenti propri della fase presidenziale, indichi alle parti, nell'ordinanza ex art. 709 c.p.c., che la memoria integrativa ovvero l'atto di costituzione, contengano la manifestazione di volontà sulla legge che le parti stesse intendano sia applicata nel giudizio di separazione o di divorzio.

Tribunale di Milano, sezione nona, ordinanza del 11.12.2012

rilevato che

- con ricorso presentato in data 3 ottobre 2012, G, cittadina dell'Ecuador, premesso il matrimonio con L, anch'egli cittadino dell'Ecuador, celebrato in Quito in data ... 1996, in costanza del quale sono nate le figlie ... (1995) e ... (2000), chiedeva, ricorrendo le circostanze di fatto e di diritto previste dagli artt. 81 e ss del libro I, Titolo Terzo (*'Del matrimonio'*) ed in particolare ed in applicazione dell'articolato normativo dall'art. 104 all'art. 129 (*'Della fine del matrimonio'*) del Codice Civile dell'Ecuador, che fosse dichiarata la fine del matrimonio tra i coniugi, affidando alla madre le figlie ( lasciate libere di decidere le modalità di frequentazione con il padre) e con obbligo del padre di corrispondere le somme, mensili, di euro 500 a titolo di mantenimento delle figlie e di euro 200 a titolo di *'assegno alimentare'* per la moglie fino a quando la stessa non avrà trovato una stabile occupazione. La ricorrente ancorava la propria richiesta alla sussistenza di *'ingiurie gravi o atteggiamenti ostili che esplicitino uno stato abituale di mancanza di armonia delle due volontà nella vita coniugale'* attribuite al marito, che, secondo il punto 3 dell'art. 109 del Codice Civile dell'Ecuador, costituisce una delle previste *'Cause di divorzio'*
- Con memoria depositata in data 15 Novembre 2012 L..., condivisi i riferimenti normativi illustrati da controparte circa la sussistenza della giurisdizione italiana – ed in particolare la competenza territoriale del Tribunale di Milano - a pronunciare il richiesto provvedimento di fine del matrimonio, ripercorreva le fasi della vita matrimoniale segnalando:
  - a) che la moglie il 31 maggio 2006 si era allontanata dall'Italia affermando di voler trascorrere una vacanza In Ecuador con le bambine, facendo poi sapere,attraverso alcuni parenti, al marito di non voler far più rientro in Italia;
  - b) che la stessa G confermava al marito tale suo intendimento nel corso di una conversazione telefonica;
  - c) che nel mese di settembre 2008 la figlia maggiore .. faceva rientro in Italia avendo essa espressa la volontà di *'andare a vivere con il padre'* sia pure manifestando, durante la convivenza, seri problemi di comportamento sociale che inducevano il padre a richiedere l'intervento ed il sostegno dei servizi sociali di ...;
  - d) che solo nell'aprile del 2011 ( e secondo il convenuto alla fine di una ennesima relazione affettiva) la moglie faceva rientro in Italia chiedendo al marito di essere ospitata presso l'abitazione coniugale ma di fatto tenendo una condotta di vita del tutto autonoma ed indipendente al punto da trascorrere i week end lontano da casa e comunicando, infine, al marito, nello scorso mese di settembre, di essere incinta di sei mesi del suo nuovo compagno X
- il marito concorda sulla domanda di dichiarazione di *'fine del matrimonio'* ma rileva l'esistenza di cause addebitali alla moglie che, ex art. 111 del Codice Civile dell'Equador, deve essere ritenuta responsabile del divorzio per aver posto in essere un palese adulterio

( gravidanza con uomo diverso dal marito) ed un volontario allontanamento dalla casa coniugale per oltre un anno – art 109 nr. 1 e nr. 11 Codice Civil – con conseguente applicazione dell’art. 107 nr. 4 del predetto Codice Civil nella parte in cui stabilisce che *‘non si concederà...l’affidamento dei figli al coniuge che sia stato causa del divorzio per uno qualunque dei motivi indicati dall’art. 109’* ; la ritenuta responsabilità del divorzio preclude, per altro, il riconoscimento di una somma a favore del coniuge quale contributo al proprio mantenimento;

Va ritenuta la *Giurisprudenza* Italiana a decidere sulla domanda avuto riguardo al combinato disposto dell’art. 3 e 32 l. 218\1995 e nonché dell’art. 3 del regolamento CE 2201\2003 atteso che i coniugi hanno stabilito, da tempo, la loro abituale residenza in ... ( che determina la competenza territoriale del Tribunale di Milano), comune in cui hanno acquistato, nell’anno 2003, un immobile con mutuo della durata di 25 anni, ed avuto riguardo, altresì alla stabile occupazione – quantomeno- del marito come documentato dalle dichiarazioni dei redditi prodotto.

La questione relativa alla legge sostanziale applicabile assume profili più problematici ove si consideri che il Codice di Diritto Privato Internazionale, sottoscritto in L’Avana nel 1928 e recepito dalla Repubblica dell’Ecuador in data 20 febbraio 1931, prevede, all’articolo 52 che il diritto alla separazione ed al divorzio si regolino secondo la legge del *‘domicilio coniugale’* e tale disposizione appare rinviare alla legge italiana luogo nel quale, come sopra osservato e per come dedotto dalle parti, esse hanno la propria residenza.

Interviene, tuttavia, sul punto, la disposizione del regolamento 1259\2010 CE del 20.12.2010 (Gazzetta Ufficiale Europea 29.12.2010 in vigore dal 21 Giugno 2011) che, all’art. 5, comma 1, prevede la possibilità per i coniugi di *‘...designare per comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché si tratti di una delle seguenti leggi:*

- a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell’accordo; o*
- b) la legge dello Stato dell’ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell’accordo; o*
- c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell’accordo; o*
- d) la legge del foro.*

Non vi è dubbio che il regolamento 1259\2010 abbia inteso individuare nella volontà dei coniugi il criterio privilegiato per la scelta della legge applicabile nelle procedure di scioglimento o allentamento del vincolo matrimoniale, rimettendo in gioco meri criteri oggettivi di individuazione quando tale volontà manchi ovvero non sia valida nei suoi presupposti sostanziali ( art. 6) e formali ( art. 7). ( cfr. art. 8 reg. 1259\2003)

L’accordo che designa la legge applicabile può, per specifica previsione dell’art. 5 par. 3 reg. 1259\2010, essere concluso o modificato *‘al più tardi’* nel

momento in cui è adita l'autorità giudiziaria ma i coniugi, ove previsto dalla legge del foro adito, possono designare la legge applicabile '...nel corso del procedimento innanzi all'autorità giudiziaria...' che, a sua volta, fa mettere agli atti tale designazione in conformità delle legge del foro.

Invero, nel caso di specie, entrambe le parti hanno fatto proprio il criterio oggettivo previsto dall'art. 31 1 comma l. 215\1995, sul presupposto che tale criterio, nella sua doppia articolazione (legge del paese di origine o, *in mancanza*, legge dello Stato in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata) fosse *l'unico disponibile* per disciplinare la fine del matrimonio e le pronunce conseguenti.

In realtà può ritenersi che le parti (che ex art. 18 dei 'considerando' Reg. 1259\2010 devono essere informate sulla possibilità di scegliere la legge applicabile) non abbiano manifestato la volontà sulla legge che intendevano fosse applicata in quanto la legge ritenuta applicabile era già pre-impostata dal disposto dell'art. 31 I comma l. 218\1995 sulla quale nessuna opzione era possibile.

Tale facoltà, per il ricordato dettato dell'art. 5 comma 3 reg. 1259\2010, può essere esercitata anche nel corso del procedimento davanti all'autorità giudiziaria che imporrà la formalizzazione ( 'fa mettere agli atti' ) della scelta operata dalle parti.

Sull'ammissibilità, o meno, di una *electio iuris* intervenuta nel corso del procedimento ovvero sulla individuazione del momento entro il quale tale scelta debba essere compiuta soccorre, secondo la condivisibile opinione di alcuni commentatori, il dettato [dell'art. 709 c.p.c.](#), nella parte in cui prevede che, con l'ordinanza con cui fissa l'udienza di comparizione delle parti, il Presidente assegni un termine al ricorrente ed al convenuto per il deposito di memorie nelle quali siano evidenziati, tra gli altri, 'gli *elementi di diritto* costituenti le ragioni della domanda' (per il convenuto le relative 'eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili di ufficio) - ([ex art. 163 e 167 c.p.c.](#))

Ne consegue che ove le parti non abbiano allegato agli atti di causa un accordo - redatto nelle forme di cui all'art. 7 reg. 1259\2010 - in cui manifesta sia la volontà scegliere la legge applicabile per la regolamentazione dello scioglimento o dell'allentamento del vincolo matrimoniale, il Presidente, informate le parti ex 'considerando' 18 e 19 reg. 1259\2010, sulla possibilità di opzione, presi i provvedimenti propri della fase presidenziale, indichi alle parti, nell'ordinanza [ex art. 709 c.p.c.](#), che la memoria integrativa ovvero l'atto di costituzione, contengano la manifestazione di volontà sulla legge che le parti stesse intendano sia applicata nel giudizio di separazione o di divorzio.

Quanto sopra premesso e venendo ai provvedimenti propri della fase Presidenziale deve ritenersi, come, allo stato, le due figlie della coppia siano in una situazione di particolare difficoltà personale, già emersa nella figlia

maggior ... e manifestata in comportamenti di disagio sociale definiti dal padre 'ribelli e pericolosi' che lo avevano indotto a rivolgersi, per meglio affrontarli, ai servizi sociali del Comune di ...

Per contro ed allo stato, la madre non sembra dispiegare precise competenze genitoriali atteso il comportamento tenuto nel corso del matrimonio, la circostanza che abbia portato le figlie in Ecuador, che abbia dovuto lasciato ripartire per l'Italia – da sola – la figlia maggior, che abbia poi fatto ritorno condividendo la casa coniugale ma evidentemente mantenendo autonome scelte di vita che la dovevano portare ad iniziare – in costanza del matrimonio – una convivenza con altro uomo dal quale ora aspetta un figlio.

La maggior competenza e le maggiori risorse genitoriale del marito si evidenziano, per altro, nella circostanza che, alle prese con il disagio sociale di ..., egli abbia avuto la coscienza di rivolgersi ai servizi sociali per avere – evidentemente – sostegno ed aiuto nell'affrontare il disagio e, con esso, la crescita e l'educazione della figlia tornata dall'Ecuador.

La conflittualità in atto tra i coniugi, il dato di fatto di una già instaurata convivenza con altro uomo dal parte della moglie, la sua ammessa gravidanza, fanno ritenere le ragazze esposte ad un consistente rischio di vissuti ansiogeni e di conseguenti comportamenti devianti che vanno, allo prevenuti o contenuti mediante il loro affidamento al Comune di ... con collocazione, prevalente, presso l'abitazione del padre.

Ai Servizi Sociali del Comune di ... viene conferito il compito di osservare lo sviluppo evolutivo delle minori e il grado di capacità dei genitori di coglierne i bisogni più profondi demandando loro di svolgere un'accurata indagine psicosociale sulle condizioni di vita delle minori, il loro grado di evoluzione affettiva e cognitiva nonché la loro relazione con ciascuna delle figure genitoriali.

L'abitazione, anche in virtù del collocamento prevalente delle figlie minori, va assegnata al marito il quale in essa attualmente abita, essendosi la moglie allontanata, e per la quale sostiene l'intero onere del mutuo

Avuto riguardo alla condizione reddituale della ricorrente ( ammessa al gratuito patrocinio) deve ritenersi di allineare ai livelli più bassi l'obbligo di contributo al mantenimento delle figlie che si determina in euro 150 mensili da corrisondersi al marito entro il giorno 5 di ogni mese, rivalutato secondo la variazione degli indici istat a far data dal mese di gennaio 2014 – con base gennaio 2013 –

Allo stato non si ritiene, stante la convivenza della moglie con altro uomo, di dover a carico del marito un contributo al di lei mantenimento.

P.Q.M.

Il Presidente f.f.

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 3.12.2012, in via provvisoria ed urgente,

- a) autorizza i coniugi a vivere separati;
- b) affida le figlie minori ... e ... al Comune di ... con collocamento delle stesse presso l'abitazione del padre;
- c) L'ente affidatario demanderà ai competenti servizi sociali di osservare lo sviluppo evolutivo delle minori e il grado di capacità dei genitori di coglierne i bisogni più profondi nonché di svolgere un'accurata indagine psicosociale sulle condizioni di vita delle minori, il loro grado di evoluzione affettiva e cognitiva nonché la loro relazione con ciascuna delle figure genitoriali.
- d) L'ente affidatario comunicherà immediatamente l'avvenuta presa in carico della minori .. e ... segnalando ai servizi sociali competenti di trasmettere entro io giorno 28 di febbraio una relazione preliminare;
- e) L'ente affidatario regolamenterà le frequentazione tra la madre e le figlie,
- f) Fino all'avvenuta presa in carico da parte dell'ente affidatario, dispone che la madre possa vedere e tenere con sé le figlie due week al mese alternati, dal venerdì sera alla domenica sera, nonché due giorni infrasettimanali dalle ore 15 alle ore 20.00:
- g) dispone che per le festività di Natale 2012 le figlie trascorrano dal 23\12 al 30\12 con la madre e dal 30\12 al 6\1 il con il padre il quale potrà vedere le figlie - per lo scambio dei doni e degli auguri - il giorno 24 o 25\12 secondo gli accordi con le madre e con le figlie;
- h) I genitori potranno tenere con sé le figlie, secondo la regola dell'alternanza, per i ponti e le festività civili e religiose;
- i) Dispone che, a titolo di contributo al mantenimento delle figlie, la moglie versi, entro il 5 di ogni mese al marito, la somma di euro 150,00 rivalutabile secondo la variazione degli indici istat a far data dal mese di Gennaio 2014 con base gennaio 2013

Nomina Istruttore della causa se stesso,

Fissa per l'udienza di comparizione e trattazione il 5 Marzo 2013 alle ore 10.00

Assegna al ricorrente termine sino al 30 gennaio 2013 per il deposito in cancelleria di memoria integrativa che deve avere il contenuto [di cui all'art. 163 comma 3 nn 2,3,4,5 e 6 c.p.c;](#)

assegna, altresì, alla parte convenuta termine sino a dieci giorni prima dell'udienza di comparizione e trattazione sopra indicata per la costituzione in giudizio con l'assistenza di un difensore ai sensi [degli artt. 166 e 167 commi 1 e 2 c.p.c](#) nonché, in particolare, per la proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio;

avverte la parte convenuta che la costituzione oltre il termine suddetto comporta le decadenze di cui [all'art. 167 c.p.c](#) e che oltre lo stesso termine non

potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio.

Vorranno le parti indicare nella memoria integrativa e nell'atto di costituzione, la legge che intendono sia applicata nel presente giudizio, in particolare manifestando la volontà che sia applicata la legge dello Stato di Origine ( Ecuador) ovvero quella dello Stato Italiano in cui essi hanno la residenza.

Manda alla Cancelleria di comunicare il presente provvedimento all'ente affidatario Comune di ... il quale vorrà comunicare la presa in carico dell'affidamento e vorrà segnalare ai servizi sociali competenti, la necessità di far pervenire, a questo Tribunale, entro il 28 febbraio 2013 una preliminare relazione sulla situazione della minori affidate.

Manda alla cancelleria di comunicare, altresì, la presente ordinanza al P.M.

Il Presidente f.f.  
Olindo Canali

Milano 11.12.2012