

Università di Bologna – Université de Strasbourg

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione Europea

Ciclo XXII

**Il diritto internazionale privato comunitario
in materia matrimoniale**

Candidato: Marco Mellone

Coordinatore

Relatore

Prof.ssa Lucia Serena Rossi

Prof.ssa Antonietta di Blase

Esame finale anno 2010

INDICE

INTRODUZIONE.

1. La famiglia e il diritto dell'Unione Europea	p. 1
2 In particolare: la promozione di una politica di protezione della famiglia nei lavori del Parlamento Europeo	p. 5
3 La cooperazione giudiziaria come tecnica per il coordinamento degli ordinamenti nazionali in materia matrimoniale	p. 8

CAPITOLO I: Il Diritto comunitario e la cooperazione giudiziaria in materia di famiglia.

1 Le origini e il concetto di cooperazione giudiziaria in ambito comunitario	p. 14
2 Il Trattato di Maastricht e la creazione del settore Giustizia e Affari interni	p. 17
3 Dal trattato di Amsterdam a quello di Nizza: la comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile	p. 20
3.1 (segue) L'articolo 65 del Trattato: misure ed obiettivi	p. 25
4. Le criticità e le prospettive dell'attuale assetto istituzionale: le posizioni differenziate di Regno Unito, Irlanda e Danimarca	p. 28
4.1 (segue) Le competenze limitate della Corte di Giustizia	p. 32
4.2 (segue) La situazione del diritto di famiglia	p. 37
5. Il sistema Bruxelles II: genesi e caratteristiche	p. 41
6. L'ambito di applicazione della disciplina comunitaria:	
a) Ratione materiae;	p. 46
b) Ratione temporis	p. 55
7. L'articolazione del regolamento n. 2201/2003 con le convenzioni internazionali multilaterali in materia familiare	p. 59
Bibliografia	p. 66

CAPITOLO II: La qualificazione nelle norme di conflitto comunitarie in materia matrimoniale.

1 Il problema della qualificazione dei termini e delle nozioni utilizzate dalle norme di conflitto comunitarie: gli approcci classici	p. 71
2 Le soluzioni proposte dalla dottrina con riferimento alla qualificazione nel diritto internazionale privato comunitario	p. 74
3 L'impossibilità di individuare una nozione armonizzata	

nella legislazione comunitaria	p. 80
3.1 Matrimoni tra persone dello stesso sesso e matrimoni poligamici	p. 82
3.2 Forme di unione alternative al matrimonio: le partnership registrate	p. 85
3.3 Le convivenze di fatto	p. 88
4 L'equiparazione tra matrimoni e unioni di fatto nel regime applicabile ai funzionari dell'Unione Europea	p. 89
5 L'esigenza di superamento dell'approccio "host state oriented"	p. 93
6 La ricostruzione operata dai giudici comunitari	p. 96
7 La giurisprudenza comunitaria e la nozione di transessuale	p.102
Bibliografia	p.106

CAPITOLO III: La disciplina comunitaria sulla giurisdizione in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio.

1 I titoli giurisdizionali in materia matrimoniale: osservazioni generali	p.108
2 La nozione di residenza abituale dei coniugi e l'esigenza di un approccio funzionale	p.115
3 Il criterio della cittadinanza nella prospettiva comunitaria	p.128
3.1 La cittadinanza nel Regno Unito e in Irlanda: il <i>domicile</i>	p.134
4. Il nodo dei criteri residuali nazionali	p.139
5 Il collegamento con la disciplina delle obbligazioni alimentari	p.145
Bibliografia	p.151

CAPITOLO IV: La disciplina riguardante il riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale

1 I caratteri generali della disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale	p.154
2 Il campo di applicazione del regime comunitario di libera circolazione delle decisioni	p.160
3 La molteplicità dei regimi per il riconoscimento di decisioni matrimoniali aventi un contenuto eterogeneo	p.164
4 La trascrizione automatica nel registro di stato civile	p.166
5 Il procedimento di delibazione	p.170
6 Il collegamento con gli altri regimi di riconoscimento in materia familiare	p.175
7 L'articolazione con la disciplina di riconoscimento delle decisioni emesse dai tribunali ecclesiastici e, in generale, dagli altri tribunali religiosi	p.178
8 I motivi di non riconoscimento delle decisioni di scioglimento del matrimonio:	p.183
8.1) Il coordinamento delle decisioni nazionali nello spazio giudiziario europeo	p.183
8.2) L'ordine pubblico	p.186
8.2.1 L'ordine pubblico processuale	p.187
8.2.2 L'ordine pubblico sostanziale: l'articolo 25, il <i>divorce shopping</i>	
e il limite della frode alla legge	p.190
Bibliografia	p.196

<u>BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE</u>	p.199
Elenco delle abbreviazioni	p.205
Bibliografia generale	p.207

Introduzione

1. La famiglia e il diritto dell'Unione Europea; 2 In particolare: la promozione di una politica di protezione della famiglia nei lavori del Parlamento Europeo; 3 La cooperazione giudiziaria come tecnica per il coordinamento degli ordinamenti nazionali in materia matrimoniale.

1. La famiglia e il diritto dell'Unione Europea

Com'è noto, l'impostazione iniziale del Trattato istitutivo delle Comunità Europee, incentrato su obiettivi prettamente economici ed in particolar modo su una migliore allocazione dei fattori produttivi all'interno del territorio comunitario (lavoratori, merci, servizi e capitali) non permetteva di esplorare fino in fondo lo stretto collegamento esistente tra la realizzazione del mercato interno comunitario (ed il suo corretto funzionamento) e la necessità di attuare politiche a sostegno della mobilità dei cittadini all'interno dello spazio comunitario.

Solo alla fine degli anni Sessanta, è emersa (seppur timidamente) la consapevolezza di come le questioni familiari siano intimamente connesse a quelle economiche e lavorative e, di conseguenza, si è accentuata l'esigenza di fornire una soluzione soddisfacente al problema della famiglia del lavoratore migrante. L'effetto di questa prima "tensione sociale" è rappresentata dal Regolamento n.1612/1968 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità¹, che ha riconosciuto il diritto dei familiari – coniuge, discendenti e ascendenti a carico – a trasferirsi e stabilirsi con il lavoratore nello Stato ove questi svolgeva la propria attività. Tale regolamento è stato poi successivamente emendato ed integrato da successivi interventi del legislatore comunitario, volti a precisare e rendere effettivo il principio richiamato.² Ne è derivato un corpus di regole in grado

¹ Regolamento CEE n. 1612/1968 del 15 ottobre 1968 in G.U.C.E. L 257 del 19 ottobre 1968

² Tra questi si ricorda il regolamento CEE n. 1251/70 relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego; la direttiva 68/360/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno delle Comunità; la direttiva 72/194/CEE che estende il campo di applicazione della direttiva del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai lavoratori che esercitano il diritto di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego; la direttiva 73/148/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione dei servizi; la direttiva 75/347/CEE relativa al diritto di un cittadino di uno Stato membro di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata; la direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale;

di favorire realmente l'inserimento della famiglia del lavoratore migrante non solo nel contesto lavorativo, ma anche in quello sociale dello Stato di destinazione.

All'interno di questa prima fase, merita di essere segnalata altresì la politica comunitaria volta ad assicurare uguali diritti agli uomini e alle donne ed in particolare la direttiva n. 75/117 sul principio della parità di retribuzione³, la direttiva n.76/207 sull'accesso al lavoro, alle condizioni di lavoro, alla formazione e promozione professionale, nonché al pari trattamento nella sicurezza sociale⁴: tali misure, seppur ancora funzionalmente collegate alla realizzazione della libera circolazione dei lavoratori e non ancora inquadrate all'interno di un preciso progetto sociale comunitario, rappresentavano un'importante tappa nell'evoluzione delle politiche comunitarie in tale ambito, avendo avuto il merito di superare l'originaria impostazione dell'art. 119 del Trattato si limitava a enunciare il principio della parità tra uomini e donne.

Tuttavia, solo a partire dagli anni Novanta, e cioè una volta raggiunto l'obiettivo della creazione di un mercato unico nel territorio comunitario, si è fatta strada l'idea di elaborare una specifica ed autonoma politica comunitaria nel campo del diritto di famiglia, non più funzionalmente collegata al raggiungimento degli obiettivi economici. Già con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht, il 7 febbraio 1992, l'Unione Europea ha manifestato la consapevolezza di dover svolgere precisi compiti anche per le questioni relative ai diritti della persona e alla disciplina dei rapporti di carattere familiare. Solo con il Trattato di Amsterdam del 1997, però, si è assistito ad una vera svolta istituzionale nel senso del riconoscimento dell'importanza di elaborare ed attuare politiche sociali a sostegno della famiglia.

Ed infatti, da un lato, il principio di parità tra uomini e donne è stato elevato ad obiettivo generale dell'Unione (prima era limitato al profilo della retribuzione, ex. art. 2 TCE), nonché a specifico punto di riferimento nelle azioni dell'Unione (ex. art. 3.2 TCE). Dall'altro, tale principio è stato

direttiva 93/96/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti. L'ampiezza e la complessità di tale produzione normativa, nonché i numerosi interventi in chiave interpretativa della Corte di Giustizia hanno reso necessaria una ricostruzione unitaria dell'intero settore attraverso la direttiva 2004/38/CEE 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 (in G.U.C.E., L 158 del 30 aprile 2004). Tale direttiva ha introdotto altresì aspetti innovativi, come la creazione di un titolo di soggiorno definitivo, da attribuire a coloro che abbiano soggiornato per almeno 5 anni nel territorio dello Stato ospitante.

³ Direttiva 75/117 CEE del Consiglio del 1° febbraio 1975 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità di retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in G.U.C.E. L45 del 19 dicembre 1975, p. 19 e ss.

⁴ Direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, in G.U.C.E. L39 del 14 febbraio 1976, p. 40 e ss

ripreso in alcune norme dell'ex Titolo XI, denominato politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù: in particolare l'ex art. 141 (ora art. 157), oltre ad estendere il principio di parità tra uomini e donne nell'occupazione nell'impiego, ha introdotto per la prima volta l'idea di una cooperazione non più di tipo negativo degli Stati membri (ovvero non limitata all'obbligo di astenersi dall'adozione di norme discriminatorie), ma anche diretta a mettere in atto azioni positive "che prevedono vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali".

Nel corso degli ultimi anni il dibattito è rimasto sempre vivo in seno alle istituzioni comunitarie ed, in particolare, l'attenzione si è concentrata sul principio di pari opportunità tra uomini e donne. Con una comunicazione del 7 giugno 2000⁵ la Commissione ha predisposto un programma volto a realizzare il principio della parità tra uomini e donne, prevedendo un superamento della precedente impostazione legata alla vita economica e all'accesso al godimento dei diritti sociali, e allargando l'orizzonte a settori nuovi come la partecipazione al processo decisionale politico, economico e sociale. A tale comunicazione è seguita una risoluzione del Consiglio e dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare⁶. Tale risoluzione sostiene la necessità "di un approccio globale ed integrato per conciliare la vita professionale con quella familiare, in quanto diritto degli uomini e delle donne, fattore di realizzazione professionale nella vita pubblica, sociale e familiare e privata, valore sociale fondamentale e responsabilità della società, degli Stati membri e della Comunità Europea"⁷.

La sintetica ricostruzione appena svolta dimostra come l'Unione Europea abbia sempre operato in assenza di una specifica base normativa in materia di diritto di famiglia, ed i suoi interventi abbiano riguardato settori affini ad esso ed, in generale, le politiche sociali volte a promuovere la famiglia e la parità di diritti tra i suoi componenti. Tali misure solo indirettamente hanno inciso sul diritto di famiglia "stricto sensu", e cioè su istituti come il matrimonio o la filiazione, ma hanno contribuito a sviluppare il dibattito intorno a questi temi e a sottolineare l'importanza di futuri interventi comunitari sia in relazione alle politiche economiche cui essi sono funzionalmente collegati (libera circolazione dei lavoratori) sia in relazione

⁵ Comunicazione della Commissione del 7 giugno 2000 al Parlamento Europeo e al Consiglio "Verso una strategia quadro comunitaria per la parità tra donne e uomini (2001-2005)", COM (2000) 335 def.

⁶ Risoluzione del Consiglio e dei Ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale del 29 giugno 2000 concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare, in G.U.C.E., C 218 del 31 luglio 2000.

⁷ Risoluzione del Consiglio e dei Ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale del 29 giugno 2000, cit. , considerando n. 4

alla creazione e allo sviluppo di un'Europa sociale e non più meramente economica.⁸

L'assenza di una competenza diretta riguarda, invero, non solo il diritto di famiglia, ma l'intera materia civile⁹: difatti, il tema della convergenza delle legislazioni degli Stati membri nel settore del diritto civile non è stato mai trattato direttamente dalle istituzioni comunitarie. Solo recentemente, il Consiglio Europeo, riunitosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, ha affermato per la prima volta che "in un autentico spazio di giustizia europeo l'incompatibilità o la complessità dei sistemi giuridici e amministrativi degli Stati membri non dovrebbe costituire per i singoli e per le imprese un impedimento o un ostacolo all'esercizio dei loro diritti"¹⁰. Alla luce di ciò, il Consiglio Europeo concludeva che "per quanto concerne il diritto materiale occorre procedere ad uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili"¹¹.

Tuttavia gli sforzi per realizzare tale disegno, tanto affascinante quanto ambizioso per dimensioni ed effetti sulle legislazioni nazionali, si sono fin da subito concentrati nella direzione di quei settori del diritto civile in cui maggiori erano i punti di contatto e minori le resistenze degli Stati membri verso politiche armonizzatrici. Il diritto di famiglia non tanto sotto il primo profilo (ed invero non si riscontrano nelle legislazioni europee in materia familiare differenze non meno importanti e significative di quelle che caratterizzano altri settori del diritto civile) quanto sotto il secondo, e cioè per la particolare sensibilità e centralità che il settore in esame assume all'interno di ciascun ordinamento statale, non rientrava tra quelle materie ritenute più facilmente armonizzabili ed ogni progetto di possibile unificazione non ha avuto alcun seguito. L'attenzione invece si è spostata sulla materia contrattuale ed in generale sul diritto delle obbligazioni con i ben noti progetti nel campo del "diritto contrattuale europeo"¹².

⁸ Sul punto si veda da ultimo, E. BERGAMINI, *Libera circolazione, vita familiare e abuso del diritto*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2006, pp. 348 e ss.

⁹ Per una completa disamina dell'impatto del diritto comunitario sul diritto privato nazionale si rimanda a A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, 2000, Torino, Giappichelli.

¹⁰ Punto 28 delle conclusioni del Consiglio di Tampere

¹¹ Punto 39 delle conclusioni del Consiglio di Tampere; vedi anche punto 5.

¹² Per una ricostruzione delle proposte avanzate sul tema e sui più recenti sviluppi, si vedano i seguenti atti: Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'11 luglio 2001, in materia di diritto europeo dei contratti [COM(2001) 398 def. – in G.U.C.E. L 255 del 13.09.2001]; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione [COM(2003) 68 def. – in G.U.C.E. L 63 del 15.03.2003]; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro [COM(2004) 651 - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale]; Relazione della Commissione: Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis [COM(2005) 456 - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale]

Nell'attesa di un tale sviluppo politico e istituzionale, resta oggi da considerare il dato della mancanza di una competenza comunitaria in materia di famiglia e l'impossibilità di superare efficacemente tale ostacolo, a meno di ricorrere a meccanismi di estensione della competenza - peraltro sovente utilizzati dall'Unione - quale la procedura dell'art. 308 TCE¹³. Com'è noto, tale norma consente al Consiglio di adottare all'unanimità, su proposta della Commissione e previo parere del Parlamento Europeo, ogni misura necessaria al raggiungimento di uno scopo della Comunità, per il quale il Trattato non abbia previsto il relativo potere. In questo modo, si garantisce la possibilità di autorizzare azioni e poteri non contemplati dal Trattato, coinvolgendo adeguatamente le istituzioni comunitarie e tutti gli Stati membri cui è riconosciuto un vero e proprio potere di veto.

2. In particolare: la promozione di una politica di protezione della famiglia nei lavori del Parlamento Europeo

L'analisi del percorso politico seguito dall'Unione Europea nella delicata materia familiare non può prescindere dall'esame dell'attività di impulso e di sensibilizzazione promossa dal Parlamento Europeo. Ed infatti, in un quadro istituzionale caratterizzato dall'impossibilità da parte dell'Unione Europea di incidere direttamente in tale settore, il Parlamento Europeo ha (seppur gradualmente) assunto il compito di portare i temi riguardanti la dimensione familiare al centro del dibattito politico, da un lato, stimolando gli Stati membri a coordinare le rispettive legislazioni nazionali e, dall'altro, invitando le (altre) istituzioni comunitarie a vigilare sugli sviluppi e sui mutamenti sociali nel quadro delle politiche della famiglia.

Pur muovendo dal presupposto (ineludibile) del riconoscimento (più o meno diretto) della competenza esclusiva degli Stati membri a legiferare in materia, il Parlamento Europeo non ha rinunciato a promuovere politiche familiari "progressiste", e cioè particolarmente attente agli sviluppi sociali e ai cambiamenti di valori che l'Europa ha conosciuto nel corso degli ultimi decenni. In particolare, l'attività del Parlamento Europeo ha seguito due precise linee direttrici tra loro diametralmente opposte, ma legate dallo stesso disegno politico.

In primo luogo, si è inteso superare definitivamente l'impostazione strettamente economica del Trattato Istitutivo, interpretando le politiche sociali, e quindi la famiglia, non più in un rapporto funzionale con le libertà economiche, ma come autonomo settore di azione dell'Unione Europea. In

¹³ Ad oggi oltre settecento atti sono stati adottati facendo ricorso alla procedura dell'art. 308 TCE. Sull'applicabilità di tale procedura alla materia in esame, C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità Europea in materia di diritto di famiglia?*, da BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, 2006, in particolare p. 25 e ss.

questo modo, il Parlamento Europeo, partendo dall'assunto che, nonostante i cambiamenti sociali e di costume, la famiglia rimane un punto di riferimento imprescindibile per ogni ordinamento sociale, ha posto l'attenzione sulla necessità di tutelare e garantire tutte le forme di vita familiare, contraddistinte da un vincolo di affetto e di solidarietà (la cd. *affectio maritalis*). A tal proposito, è interessante notare che già prima delle richiamate svolte istituzionali dei Trattati di Maastricht e Amsterdam, il Parlamento Europeo aveva anticipato la necessità di esercitare un'azione comunitaria anche in settori non decisamente economici: già nel 1983, difatti, il Parlamento Europeo adottò una risoluzione sulla politica della famiglia¹⁴, cui è seguita una successiva risoluzione avente ad oggetto la protezione delle famiglie e dei nuclei familiari nel dicembre del 1994 a conclusione dell'anno internazionale della famiglia.¹⁵

Particolarmente significativa risulta infine la risoluzione del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia¹⁶, in quanto rappresenta una sorta di quadro di riferimento sia per gli Stati membri che per le istituzioni in merito all'adozione di un'efficace politica in materia familiare. Il punto di partenza è rappresentato dalla considerazione che “le forme di vita familiare e le forme di affetto e sostegno emotivo che le accompagnano rappresentano elementi essenziali di benessere qualitativo e che è interesse degli Stati membri e delle istituzioni assistere la famiglia nell'esercizio delle loro funzioni, affinché esse non siano penalizzate né in termini economici, né sul piano sociale e socioculturale”¹⁷. Sulla scorta di tale considerazione assume chiara rilevanza l'esigenza di “definire le linee direttrici di una politica della famiglia integrata che (...) superi l'impostazione strettamente economica delle politiche puramente finalizzate alle prestazioni e presti attenzione alla promozione della parità di opportunità tra uomini e donne”¹⁸. Chiarito l'obiettivo principale della politica familiare nel settore, la risoluzione si rivolge ad entrambi gli attori chiamati a realizzare lo scopo fissato. Da un lato, infatti, si chiede agli Stati membri di “intraprendere politiche familiari specifiche che sostengano e proteggano la famiglia economicamente e nella sua funzione educativa e di solidarietà tra le generazioni”¹⁹. Dall'altro, si invitano le (altre) istituzioni comunitarie a prendere coscienza della centralità del tema della famiglia e di dotarsi al proprio interno di specifici organi e unità lavorative. In tal senso, si inquadra

¹⁴ Risoluzione del Parlamento Europeo del 9 giugno 1983 sulla politica della famiglia nella Comunità Europea, in G.U.C.E. C184 del 11 luglio 1983, p. 116 e ss.

¹⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo del 14 dicembre 1994 sulla protezione delle famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia, in G.U.C.E., C 18 del 23 gennaio 1995, p. 96 e ss.

¹⁶ In G.U.C.E., C 128 del 7 maggio 1999, pp. 79 e ss.

¹⁷ Considerando C della risoluzione del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia, cit.

¹⁸ Punto 1 della risoluzione del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia, cit.

¹⁹ Punto 3 della risoluzione del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia, cit.

la proposta di creare una nuova formazione del Consiglio con la partecipazione dei Ministri incaricati della politica della famiglia e dell'infanzia e di prevedere la loro riunione (almeno) una volta l'anno. Allo stesso modo, si invita la Commissione a prevedere un'unità lavorativa completamente dedicata agli affari della famiglia e alla protezione dell'infanzia e che essa "si tenga in contatto permanente con il Parlamento Europeo e con le associazioni che operano nel settore della famiglia e della protezione dell'infanzia"²⁰.

L'azione del Parlamento Europeo, tuttavia, non si è limitata ad una politica tradizionale e conservativa, volta cioè ad assicurare il rispetto e la tutela dell'unità familiare, come nucleo originario di ciascun ordinamento sociale, ma si è rivolta altresì verso posizioni "progressiste", cercando di allargare "dall'interno" il concetto di famiglia, a cominciare dalle nozioni di matrimonio e coniuge. In tal senso, è opportuno ricordare lo sforzo politico intrapreso dal Parlamento Europeo con riferimento all'equiparazione dei diritti delle coppie omosessuali e la lotta contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. In una risoluzione del 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità²¹, il Parlamento Europeo invita la Commissione ad elaborare proposte legislative che abbiano lo scopo di eliminare "gli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero ad un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni"²². In una successiva risoluzione del 2000, avente ad oggetto la relazione annuale sui diritti umani nell'Unione Europea²³, il Parlamento Europeo, pur osservando un progressivo avvicinamento tra gli Stati membri nel riconoscimento delle convivenze al di fuori del matrimonio, indipendentemente dal sesso, rileva la necessità di proseguire nel difficile cammino verso l'equiparazione dei diritti delle coppie omosessuali e a tal fine invita quegli Stati membri che ancora non prevedono tale riconoscimento, a modificare le proprie legislazioni²⁴.

All'attività di impulso politico ha fatto seguito una vera e propria azione legislativa, almeno in quei settori in cui il Parlamento Europeo assume pienamente il ruolo di co-legislatore. L'iter legislativo che ha contraddistinto l'adozione della direttiva 2004/38 fornisce un chiaro esempio in tal senso: il tentativo di allargamento della nozione di coniuge anche alle coppie omosessuali e il conseguente riconoscimento in capo a quest'ultime dei benefici in materia di libera circolazione dei lavoratori rappresenta chiaramente l'intenzione di favorire anche sul piano

²⁰ Punto 9 della risoluzione del 28 gennaio 1999 sulla protezione della famiglia e dell'infanzia, cit.

²¹ In G.U.C.E. , C 61 del 28 febbraio 1994

²² Punto 14 della risoluzione del 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità, cit.

²³ In G.U.C.E. , C 377 del 29 dicembre 2000

²⁴ Punto 57, vedi anche punto 56 e 58

comunitario un'evoluzione sociale e giuridica, peraltro già in atto in diversi ordinamenti nazionali europei²⁵. Allo stesso modo, si inquadra anche la proposta di includere nella nozione di coniuge ai sensi della suddetta direttiva le unioni registrate a prescindere dalla legge nazionale del paese in cui il cittadino comunitario esercita la libera circolazione.

In conclusione, è d'uopo osservare che l'azione del Parlamento Europeo nella duplice prospettiva richiamata, tradizionale e conservativa da un lato, progressista dall'altro, pur rappresentando un efficace mezzo di pressione e sensibilizzazione sui temi riguardanti la dimensione familiare, non ha tuttavia determinato un effettivo cambiamento della politica comunitaria in tale settore. Ciò è dipeso principalmente da due fattori: da un lato, ha pesato uno scarso grado di cooperazione degli Stati membri, notoriamente restii a cedere parte della propria sovranità in settori particolarmente delicati del proprio ordinamento, e di conseguenza insensibili ai ripetuti inviti ad un'armonizzazione spontanea. Dall'altro, il mancato appoggio delle altre istituzioni comunitarie, ed in particolar modo della Commissione, che non ha saputo tradurre queste spinte progressiste in concrete proposte legislative: ne è un esempio il mancato accoglimento della proposta di allargamento della nozione di coniuge e di matrimonio, in occasione dell'adozione della richiamata direttiva n. 2004/38²⁶.

3. La cooperazione giudiziaria come tecnica per il coordinamento degli ordinamenti nazionali in materia matrimoniale.

Come detto in precedenza, in base alle competenze attribuite dalle attuali norme del Trattato CE, l'Unione Europea non può adottare strumenti normativi volti ad armonizzare direttamente il diritto di famiglia negli Stati membri.

Il problema dell'armonizzazione sostanziale delle legislazioni nazionali in materia civile non è nuovo nel diritto comunitario: ed invero, già la versione originaria del Trattato di Roma attribuiva al legislatore comunitario il potere di adottare degli strumenti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia civile, sebbene con il consenso unanime degli Stati membri. Allorquando poi si è fatto largo l'obiettivo di realizzare concretamente il mercato unico europeo, l'Atto Unico europeo ha rafforzato questo

²⁵ Posizione del Parlamento definita in prima lettura il giorno 11 febbraio 2003 in vista dell'adozione della direttiva 2003/.../CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, doc. P5- TA (2003) 0041, in G.U.C.E., C 43 E del 19 febbraio 2004, emendamenti n. 14, 15, 16 alla proposta COM 82001) 257 del 23 maggio 2001, *ibidem*, C 270 E del 27 settembre 2001.

²⁶ Cfr. risoluzione legislativa del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, doc. P5-TC1 – COD (2001) 0111.

meccanismo, dando la possibilità al legislatore comunitario di adottare degli strumenti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali anche con il meccanismo della maggioranza qualificata.

In virtù di questa base giuridica, l'Unione Europea ha armonizzato alcuni importanti settori della materia civile, come i contratti di agenzia²⁷, i contratti conclusi con i consumatori²⁸ o la tutela dei dati personali²⁹.

In questi casi, il legislatore comunitario ha individuato e ha previsto l'applicazione della medesima norma sostanziale in tutto il territorio comunitario. Si tratta della cd. strada dell'armonizzazione diretta, già conosciuta nel diritto internazionale privato classico attraverso le convenzioni di diritto uniforme.

Tuttavia, anche nel diritto internazionale privato classico il ricorso alla tecnica dell'armonizzazione diretta non ha mai avuto un notevole successo e ciò in ragione del fatto che questo metodo presenta alcuni inconvenienti: in primo luogo, l'armonizzazione di una tipologia contrattuale non è mai completa nel senso che lo strumento di armonizzazione deve giocoforza lasciare spazio al diritto nazionale – che per definizione è completo - per qualsiasi altra questione riguardante l'applicazione della normativa armonizzata.

Inoltre, quando il campo di applicazione degli strumenti di diritto internazionale privato uniforme non è limitato alle fattispecie internazionali, si può creare un problema di compatibilità con i casi di puro diritto interno: le regole di diritto internazionale privato uniforme, infatti, sono elaborate per regolamentare tendenzialmente fattispecie internazionali e non di diritto domestico, sicché la loro applicazione alle fattispecie puramente nazionali spesso risulta problematica³⁰. E' ciò che è successo con le citate direttive comunitarie in materia di contratti di agenzia o di contratti conclusi con consumatori: le regole in esse contenute non sono applicabili solo alle fattispecie transnazionali, ma puntano a disciplinare in maniera tendenzialmente uniforme sia le situazioni meramente nazionali che quelle internazionali.

Infine, la strada dell'armonizzazione diretta è certamente limitata a quei settori del diritto civile in cui è possibile pronosticare un ravvicinamento delle legislazioni nazionali: non sempre, infatti, le regole nazionali presentano quel minimo comune denominatore necessario per avviare

²⁷ Direttiva 86/653/CEE del Consiglio del 18 dicembre 1986 relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, G.U.C.E. L 189 del 20.7.1988.

²⁸ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in G.U.C.E. , L 144 del 4.6.1997.

²⁹ Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati personali, in G.U.C.E. del 23.11.1995, serie L 281.

³⁰ Vedi H. BATIFOLL, *Le pluralisme des méthodes en dip*, RCADI, 1973, II p. 107 e LOUSSOUARN, *Cours général de dip*, RCADI, 1973, II, p. 291 ss.

un'azione di armonizzazione. Non a caso, la stessa idea di creare un codice europeo dei contratti ha da subito incontrato numerose difficoltà e rappresenta, tuttora, un progetto di complessa e non immediata realizzazione.

Di fronte alle incertezze del metodo della armonizzazione diretta, la Comunità Europea ha fin dalle origini promosso il ricorso alla tecnica alternativa della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. La cooperazione giudiziaria, infatti, rappresenta una tecnica diversa e, per l'appunto, alternativa rispetto a quella dell'armonizzazione diretta, ma in grado ugualmente di raggiungere il medesimo obiettivo di armonizzazione, sebbene in via indiretta.

Il mezzo attraverso il quale la cooperazione giudiziaria raggiunge tale obiettivo è il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici. Ed invero, quando una decisione straniera è riconosciuta in un determinato Paese membro, quest'ultimo fa proprio non solo "l'involucro giudiziario", ma anche – e soprattutto – la situazione giuridica in esso sottostante e cioè la regola di diritto applicata nella decisione riconosciuta. In questo modo, quindi, la regola sostanziale riceve applicazione uniforme in tutto il territorio comunitario, indipendentemente dall'ordinamento di appartenenza.

In questo modo, la cooperazione giudiziaria si pone su un piano diverso rispetto alla cooperazione giuridica – e cioè il ravvicinamento delle legislazioni. Il suo obiettivo non è già armonizzare in maniera diretta le legislazioni nazionali, bensì creare le condizioni affinché il problema della diversità tra le legislazioni nazionali sia affrontato e risolto attraverso un metodo che assicuri il rispetto della sovranità legislativa di ciascun stato nazionale.

Questo ambizioso e complesso risultato si ottiene fondamentalmente attraverso due fattori.

In primo luogo, il riconoscimento reciproco richiede un intenso spirito di fiducia reciproca tra gli Stati membri, sia sotto il profilo politico, sia sotto il profilo giudiziario. In altre parole, gli Stati membri devono avere tra di loro pieno rispetto nei rispettivi sistemi giuridici e giudiziari: senza tale presupposto, non è neanche concepibile che una decisione o un qualsiasi altro atto pubblico possa produrre degli effetti al di fuori del territorio in cui è stato emesso.

In secondo luogo – e da un punto di vista più strettamente tecnico – l'obiettivo del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie è reso possibile dal funzionamento di alcuni meccanismi di cooperazione tra gli Stati membri. Più precisamente, questi meccanismi puntano ad eliminare ovvero ad attenuare l'applicazione di quei limiti che gli Stati nazionali hanno storicamente individuato per il riconoscimento delle decisioni straniere e cioè il controllo su: a) competenza originaria del giudice che ha

emesso la decisione; b) scelta della legge applicabile al rapporto; c) compatibilità della decisione straniera con l'ordinamento interno.

A riprova di ciò, le principali convenzioni di diritto internazionale privato che hanno previsto l'effetto del riconoscimento reciproco delle decisioni hanno sempre subordinato tale effetto ad una previa armonizzazione riguardante uno degli aspetti appena citati.

L'esempio classico, e anche più frequente, è dato dall'armonizzazione delle regole riguardanti la competenza giurisdizionale: la convenzione di Bruxelles del 1968, ad esempio, prevedeva uno specifico e complesso sistema di riparto della giurisdizione, il cui obiettivo era eliminare i possibili contrasti tra giudicati nazionali e favorire in questo modo il riconoscimento immediato delle decisioni straniere. Com'è noto, poi, questo sistema è stato riveduto e migliorato in occasione della trasformazione della convenzione in regolamento comunitario.

Lo stesso obiettivo è stato raggiunto anche attraverso l'armonizzazione delle regole sulla competenza indiretta: ne è un esempio la Convenzione dell'Aja del 1970 sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale che ha stabilito delle regole comuni sulla giurisdizione, sebbene applicabili solo alla fase del controllo sulla competenza originaria del giudice adito (da qui il nome di regole di competenza indiretta). In entrambi i casi, l'effetto ottenuto è stata l'eliminazione della possibilità da parte dello Stato dove era stato richiesto il riconoscimento di opporsi a tale richiesta sulla base di motivi attinenti alla competenza giurisdizionale del giudice adito.

Strettamente collegata con la questione della giurisdizione è il profilo della litispendenza internazionale che richiede un coordinamento preciso tra i giudici comunitari: spesso, infatti, accade che due o più giudici nazionali siano aditi relativamente alla medesima domanda o a due domande strettamente collegate per cui si rende necessario decidere chi tra di essi è competente a pronunciarsi. Anche in questo caso, è fondamentale prevedere a priori delle regole ben precise per evitare che si creino procedimenti giurisdizionali paralleli e, potenzialmente, che si arrivi a giudicati nazionali in contrasto tra di loro. La convenzione di Bruxelles del 1968 prima e il regolamento n. 44/2001 poi hanno previsto una disciplina ad hoc sulla litispendenza e sulla connessione che ha ridotto notevolmente i casi di procedimenti paralleli e, di conseguenza, i casi di mancato riconoscimento di una sentenza straniera a causa del contrasto con un giudicato nazionale.

Lo stesso limite principale al riconoscimento delle sentenze straniere, ovvero sia l'ordine pubblico, ha subito dei sensibili ridimensionamenti in presenza di regole armonizzate relative alla disciplina applicabile. Da questo punto di vista, la Convenzione di Roma del 1980 (oggi, sostituita dal regolamento Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ha costituito un notevole rafforzamento del sistema comunitario di riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale già istituito dalla citata Convenzione di Bruxelles del 1968.

L'armonizzazione delle regole di conflitto sulla legge applicabile, unitamente a quelle sulla giurisdizione, può addirittura portare all'abolizione del limite dell'ordine pubblico: un esempio recente è dato dal regolamento comunitario n. 4/2009 relativo alla giurisdizione, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari. Tale regolamento riconosce l'immediata riconoscibilità - senza alcuna possibilità di contestazione - alle sole decisioni provenienti dagli Stati membri che hanno aderito ad un protocollo sulla legge applicabile elaborato nel 2007 in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato³¹.

In altre parole, quando un giudice comunitario si è pronunciato sulla base di regole comuni sulla giurisdizione e abbia altresì applicato la medesima legge che avrebbe applicato un altro giudice comunitario, la sua decisione avrà efficacia immediata e – si ripete – senza alcun limite (ivi compreso l'ordine pubblico) in tutto il territorio comunitario. Viceversa, quando la decisione proviene da uno Stato membro che non ha aderito al suddetto protocollo, il relativo riconoscimento potrà essere oggetto di contestazione, ad esempio, sulla base di motivi relativi all'ordine pubblico.

L'unione di questi due elementi – spirito di fiducia reciproca e applicazione dei meccanismi di cooperazione giudiziaria – permettono il funzionamento efficace del principio del mutuo riconoscimento in materia giudiziaria.

Questo metodo ha prodotto risultati molto importanti nella materia civile e commerciale, laddove la possibilità per uno Stato membro di non riconoscere una decisione o un atto pubblico straniero è stata notevolmente ridimensionata ovvero in alcuni casi, addirittura, annullata, come nella già citata ipotesi delle obbligazioni alimentari ovvero nell'ipotesi dei crediti non contestati³².

La nuova sfida che il legislatore comunitario si è impegnato a raccogliere è trasporre questo metodo al più complesso e delicato settore della materia familiare, laddove l'applicazione dei limiti al riconoscimento delle sentenze straniere è senza dubbio più forte. Ciononostante, l'Unione Europea ha adottato negli ultimi anni una regolamentazione molto ambiziosa che punta ad attenuare e, tendenzialmente, ad eliminare i limiti alla circolazione delle decisioni europee in materia familiare. Per fare ciò, ha attuato un'opera di armonizzazione riguardante alcuni aspetti fondamentali quali la giurisdizione, la litispendenza internazionale ed è prossima ad armonizzare anche il profilo concernente la legge applicabile.

Ciò detto, occorre valutare se queste misure adottate dall'Unione Europea siano realmente in grado di raggiungere l'ambizioso obiettivo di agevolare

³¹ L'articolo 17, del regolamento n. 4/2009, stabilisce che "La decisione emessa in uno Stato membro vincolato dal protocollo dell'Aia del 2007 è riconosciuta in un altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento".

³² Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in G.U.C.E., L 143 del 30.4.2004.

la libera circolazione delle decisioni in materia matrimoniale: tale scopo assume ancora più importanza se si considera che esso comporterebbe l'ulteriore effetto di agevolare il riconoscimento delle situazioni giuridiche e quindi degli status coniugali collegati a ciascuna decisione.

Questo è l'obiettivo in definitiva del presente lavoro: cercare di capire se attraverso il metodo della cooperazione giudiziaria, il legislatore comunitario sia riuscito ad aggirare l'ostacolo della mancanza di competenza legislativa diretta in materia familiare e, conseguentemente, se abbia gettato le basi per favorire la creazione di un principio di riconoscimento reciproco degli status civili nell'Unione Europea, attraverso il metodo della cooperazione giudiziaria.

Capitolo I

Il Diritto comunitario e la cooperazione giudiziaria in materia di famiglia.

1 Le origini e il concetto di cooperazione giudiziaria in ambito comunitario; 2 Il Trattato di Maastricht e la creazione del settore Giustizia e Affari interni; 3 Dal trattato di Amsterdam a quello di Nizza: la comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile; 3.1 (segue) L'articolo 65 del Trattato: misure ed obiettivi; 4. Le criticità e le prospettive dell'attuale assetto istituzionale: le posizioni differenziate di Regno Unito, Irlanda e Danimarca; 4.1 (segue) Le competenze limitate della Corte di Giustizia; 4.2 (segue) La situazione del diritto di famiglia; 5. Il sistema Bruxelles II: genesi e caratteristiche; 6. L'ambito di applicazione della disciplina comunitaria: a) Ratione materiae; b) Ratione temporis; 7. L'articolazione del regolamento n. 2201/2003 con le convenzioni internazionali multilaterali in materia familiare.

1. Le origini e il concetto di cooperazione giudiziaria in ambito comunitario

Il Trattato di Roma istitutivo delle Comunità Economiche Europee, conteneva una sola disposizione riguardante il tema della cooperazione giudiziaria e non si trattava di una disposizione direttamente vincolante per gli Stati membri. Si tratta dell'art. 293 che invitava gli Stati membri a favorire “la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”.

Sulla base di questa norma (prima caduta in desuetudine³³ e poi definitivamente cancellata dal Trattato di Lisbona) è stata adottata la Convenzione di Bruxelles del 1968 avente ad oggetto la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale³⁴, che ha rappresentato per quasi trent'anni l'unico vero strumento, di natura comunitaria, in materia di cooperazione

³³ La funzione dell'art. 293, ultimo trattino era stata ormai completamente sostituita dai ben più efficaci meccanismi di cooperazione previsti dall'art. 65 TCE. Sul rapporto tra l'art. 293 e l'art. 65 si rinvia a S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 261 e ss..

³⁴ Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (versione consolidata), in G.U.C.E. C 27 del 26.1.1998.

giudiziaria civile.³⁵ A dire il vero, la Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁶, pur rappresentando, sotto un profilo formale, uno strumento di diritto internazionale convenzionale (a differenza della citata Convenzione di Bruxelles del 1968, la sua adozione non avvenne sulla base dell'art. 293 TCE), è stata da sempre considerata un atto avente natura comunitaria³⁷.

La presenza di questi due strumenti tuttavia non deve trarre in inganno circa l'origine dell'idea e del senso di cooperazione giudiziaria in Europa, quando tale obiettivo si è fatto strada nei Trattati di modifica di quelli istitutivi. Infatti, in tutto il territorio comunitario, il cittadino dell'Unione deve poter esercitare agevolmente i propri diritti ed eseguire, così, le decisioni giudiziarie a lui favorevoli; tuttavia, la sua circolazione nell'Unione non deve essere di ostacolo all'esecuzione dei provvedimenti e delle decisioni che lo vedono soccombente. La libertà, intesa come libera circolazione delle persone all'interno dell'UE, è un obiettivo fondamentale del trattato, al cui raggiungimento devono contribuire in maniera fondamentale le misure di accompagnamento collegate ai concetti di sicurezza e giustizia.

Già in base ai Trattati attualmente vigenti si può attribuire al termine "libertà" un significato che va oltre la libera circolazione attraverso le frontiere interne. E' anche "libertà" di vivere in un contesto di legalità, consapevoli che le autorità pubbliche utilizzeranno tutti i mezzi in loro potere, separatamente o insieme (a livello nazionale, dell'Unione o a livello mondiale) per combattere e limitare l'azione di chi cerca di negare tale libertà o abusarne. Il concetto di libertà deve anche essere integrato dalla totalità dei diritti fondamentali dell'uomo, inclusa la protezione da qualsiasi forma di discriminazione.

Per godere della libertà, è necessario uno spazio autentico di giustizia (l'idea della cui creazione fu lanciata fin dal 1976 da Giscard d'Estaing³⁸), in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nei loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni devono essere rispettate in tutta l'Unione, salvaguardando al tempo stesso la certezza del diritto, fondamentale per i cittadini in genere e per gli operatori economici. Gli ordinamenti giuridici

³⁵ Sull'art. 293 si fonda anche la Convenzione del 23 novembre 1995 sulle procedure di insolvenza, mai entrata in vigore.

³⁶ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (versione consolidata), in G.U.C.E. C 27 del 26.1.1998.

³⁷ Vedi la Relazione Accompagnatoria della Convenzione di Roma a cura di Mario Giuliano e Paul Lagarde, in G.U.C.E. C 282 del 31.1.1980, ed in particolare il punto 3.

³⁸ Precisamente, l'espressione fu pronunciata dall'allora presidente Giscard d'Estaing in occasione del Consiglio Europeo di Bruxelles del 5 dicembre 1977: "*La construction de l'Union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire*". Per un commento vedi J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire Français de droit international*, 1978, p. 927 ss.

degli Stati membri devono diventare maggiormente compatibili e convergenti.

Tuttavia, la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza giustizia è un'operazione complessa, lunga e che richiede un presupposto fondamentale: uno spirito di fiducia reciproca e di volontà comune tra gli Stati per raggiungere determinati obiettivi. L'esperienza dei paesi europei ha insegnato che solo dopo un lungo percorso, la Comunità Europea ha gettato le basi per la creazione di uno spazio comune in cui i cittadini potessero avere accesso al sistema giudiziario di un altro Stato membro con la stessa facilità ed efficacia che nel proprio.

All'origine l'idea della cooperazione giudiziaria nella Comunità era rivolta essenzialmente alla materia penale e di polizia, piuttosto che a quella civile: ciò non stupisce se si considera che i fenomeni di terrorismo, traffico di armi e stupefacenti cominciavano ad assumere sempre più un connotato internazionale (complice le libertà del Trattato) e di conseguenza suscitavano un maggior allarme sociale³⁹. Questo dato è particolarmente significativo, se teniamo conto che, come vedremo in seguito, il settore che attualmente soffre maggiormente la mancanza di risultati e notevoli ritardi in Europa è proprio la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia.

Solo in un secondo momento, all'attività di cooperazione penale si è aggiunta la cooperazione in alcuni settori che presentavano elementi in comune tra la materia penale e la materia civile, come ad esempio la disciplina del ritorno del minore in seguito ad un'illecita sottrazione internazionale.

Infine, come vedremo in seguito, la materia civile, grazie alla possibilità di offrire maggiori margini di convergenza tra le legislazioni degli Stati membri, ha rappresentato il campo privilegiato dell'attività di cooperazione giudiziaria europea, raggiungendo risultati tangibili e significativi e affermandosi in definitiva come il fiore all'occhiello dell'Unione Europea nel settore giustizia e affari interni.⁴⁰

³⁹ Vedi anche B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in *Il progetto di Trattato-Costituzione: verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, L. S. ROSSI (a cura di), p. 273 e ss. , in particolare p. 277.

⁴⁰ E' interessante notare che lo stesso percorso è stato seguito anche nell'ambito della cooperazione tra i paesi dell'Unione Europea e i paesi dell'area mediterranea. Il partenariato euromediterraneo – cd. Euromed, anch'esso fondato su obiettivi di natura economica, e cioè rendere il Mediterraneo uno spazio comune per il commercio tra i paesi dell'area e tra questi e i paesi terzi – prevede nel suo accordo istitutivo (si tratta della dichiarazione di Barcellona del 27/28.11.1995, reperibile al seguente indirizzo internet: http://europa.eu.int/comm/external_relations/euromed/bd.htm) uno specifico settore di intervento dedicato alla cooperazione giudiziaria. L'idea di cooperazione, però, è stata rivolta, fin da subito, alla lotta all'immigrazione clandestina e ai traffici illeciti in generale: la materia civile era presa in considerazione solo per quegli aspetti più strettamente collegati alla cooperazione di polizia, come ad esempio la lotta internazionale contro la sottrazione di minori. I più recenti sviluppi, però, hanno messo in evidenza il tentativo di affrancare l'idea di cooperazione giudiziaria tra i paesi del Mediterraneo dagli aspetti più

2. Il Trattato di Maastricht e la creazione del settore Giustizia e Affari interni

Fatta salva l'adozione della Convenzione di Bruxelles del 1968, la cooperazione giudiziaria civile era rimasta sostanzialmente ai margini delle politiche comunitarie fino agli inizi degli anni Novanta, quando le esigenze di rafforzamento e piena attuazione del mercato comune imposero l'adozione di una politica ad hoc nel campo della giustizia (sia penale che civile). La cooperazione giudiziaria, dunque, fu per la prima volta inserita tra le questioni di interesse comune ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione (art. K 1), sebbene gli Stati membri rimanessero pienamente liberi per ciò che concerne il mantenimento dell'ordine pubblico e la sicurezza interna (art. K 2).

In particolare, il Trattato di Maastricht configurò l'Unione europea su tre pilastri: il primo pilastro, rappresentato dalla Comunità europea, impiegava gli strumenti giuridici e le procedure definiti dai trattati istitutivi delle tre originarie Comunità (CEE, CECA e CEEA); il secondo pilastro si occupava della politica estera e di sicurezza comune (PESC), con lo scopo di consentire all'Unione di affermare la propria identità nel contesto internazionale; il terzo pilastro, infine, comprendeva la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, ivi inclusa la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale (Art. K1, del titolo VI del T.U.E.).

L'archetipo istituzionale delineato dal Trattato di Maastricht prevedeva una disciplina differenziata tra i vari pilastri sia con riferimento alla tipologia di atti e alle procedure per l'adozione degli stessi sia ai meccanismi di controllo giurisdizionale.

Per la verità, in questo primo stadio di integrazione, la materia della giustizia e degli affari interni era completamente rimasta a livello di cooperazione intergovernativa con la conseguenza che l'impatto sulla disciplina interna del settore continuava a dipendere dalla disponibilità degli Stati a cooperare in settori tradizionalmente oggetto di "riservato dominio". La cooperazione intergovernativa, a livello europeo, si realizzava, infatti, in seno al Consiglio e il coinvolgimento delle altre istituzioni comunitarie era piuttosto limitato, rispetto a quanto, invece, era previsto nel primo pilastro: la Commissione aveva poteri d'iniziativa solo in materia civile, mentre il Parlamento veniva informato e consultato dalla presidenza di turno del Consiglio, ma il suo parere non era vincolante; inoltre, era escluso il

prettamente penali e di polizia internazionale. Nel "Regional strategy paper" 2002-2006, per la prima volta, è stato inserito tra gli obiettivi dell'azione comune euromediterranea la reciproca assistenza giudiziale in materia civile, ed in particolare nella materia familiare (Regional strategy paper 2002-2006 e Regional indicative programme 2002-2004, reperibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/external_relations/euromed/rsp/index.htm. In particolare, si vedano p. 33 e ss.). Inoltre, occorre segnalare in questo senso, l'adozione del programma Euromed Justice I (che sarà seguito da un nuovo programma Euromed Justice II) che ha rappresentato una prima, ma fondamentale occasione di incontro e scambio tra operatori e giuristi delle due sponde del Mediterraneo.

controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia, salvo l'attribuzione dei singoli Stati del potere di interpretare le convenzioni concluse in tali materie.

In tema di cooperazione giudiziaria, il Consiglio decideva sempre all'unanimità, mentre la maggioranza qualificata era prevista solo per l'adozione delle misure di applicazione degli atti adottati in base al Titolo VI del TUE. In particolare, il Consiglio poteva adottare i seguenti tipi di atti: le posizioni comuni, che comportavano per gli Stati membri l'obbligo interno di trasposizione; le azioni comuni, che rappresentavano azioni coordinate degli Stati membri, attuate in nome e nel quadro dell'Unione Europea; oppure le convenzioni, veri e propri strumenti di diritto internazionale che, come tali, dovevano essere ratificate da ciascun Stato membro.

Il legislatore comunitario si è concentrato proprio su quest'ultimo strumento – che in realtà avrebbe dovuto rappresentare la misura residuale, dato il suo carattere propriamente internazionale e non comunitario – adottando prima la convenzione relativa alla notificazione negli Stati membri dell'Unione europea degli atti giudiziari ed extragiudiziali, in materia civile e commerciale⁴¹ e poi la convenzione di Bruxelles (cd Convenzione di Bruxelles II) concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali⁴².

L'art. K 3, inoltre, disponeva che gli Stati membri dovessero informarsi e consultarsi reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione. Di conseguenza, gli Stati membri, per ogni loro iniziativa, programma o progetto, erano tenuti a scambiarsi informazioni preliminarmente e a consultarsi reciprocamente nella comune sede consiliare.

Il Trattato di Maastricht faceva salvo, peraltro, il funzionamento di meccanismi di cooperazione rafforzata (art. K 7) tra due o più Stati membri a condizione che ciò non fosse in contrasto con le linee direttrici dell'intera comunità. In altre parole, gli accordi particolari erano ammessi, solo in

⁴¹ In GUCE C 261 del 27 agosto 1997, p. 2 e ss. Contestualmente all'adozione del testo della Convenzione fu adottato anche il protocollo relativo all'interpretazione della Convenzione stessa ad opera della Corte di Giustizia, *ibidem*, p. 18 e ss.

⁴² Convenzione del 28 maggio 1998, in GUCE C 221 del 16 7 1998, p.1 e ss. Vedi anche la relazione esplicativa curata da A. BORRAS, *ibidem*, p.27 e ss, nonché il protocollo concernente l'interpretazione, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, della convenzione, *ibidem*, p. 18 e ss. In dottrina, cfr P. BEAUMONT, G. MOIR, *Brussels Convention II: a new private International law instrument in family matters for the European Community?*, in ELR, 1995, p. 268 e ss; H. GAUDEMET-TALLON, *La convention de Bruxelles II: Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale*, in Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 1999, p. 83 e ss.; M. JANTERA-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe*, in YPIL, 1999, p. 1 e ss.; B. STURLESE, *L'estension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1995-1996, p. 49 e ss ; P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe*, Gazette du Palais, 17-18 ottobre 1999, p. 15 e ss.

quanto prefiguravano o sperimentavano future modalità generali di cooperazione: ne furono un chiaro esempio gli accordi di Schengen in materia di controlli alle frontiere comuni di alcuni Stati dell'Unione Europea⁴³.

Inoltre, il Trattato di Maastricht prevedeva una cd. norma passerella, in base alla quale tutte le materie rientranti nel cd. settore Giustizia e Affari interni – ad eccezione della cooperazione giudiziaria in materia penale, doganale e di polizia – potevano passare al primo pilastro comunitario, attraverso una delibera all'unanimità del Consiglio sulla base dell'art. 100 C (ora abrogato): ciò avrebbe comportato l'applicazione a tali materie dei meccanismi e delle procedure di adozione degli atti che caratterizzavano il primo pilastro, dotate di un maggiore grado di efficacia e di penetrazione nei sistemi nazionali.

Quindi già nel Trattato di Maastricht si intravedeva la previsione di una disciplina differenziata tra la cooperazione giudiziaria penale e quella civile, quest'ultima destinata a seguire un canale privilegiato nel sistema istituzionale comunitario. In altre parole, si faceva strada l'idea di concentrare l'attenzione sulla cooperazione giudiziaria civile, che presentava maggiori margini di intervento, grazie alla minore resistenza degli Stati membri a cedere spazi di sovranità: l'obiettivo finale era creare uno spazio giudiziario europeo caratterizzato dal progressivo affrancamento dal concetto di giustizia (e di giudice) nazionale e dal riconoscimento reciproco e automatico delle decisioni giudiziali nel territorio comunitario, sulla base di regole comuni disciplinanti la giurisdizione dei tribunali nonché la normativa applicabile.

La debolezza dei meccanismi istituzionali riservati alla cooperazione giudiziaria civile fece sì che l'azione comunitaria in questo settore produsse degli effetti scarsamente rilevanti: inoltre, il legislatore comunitario preferì adottare un approccio particolarmente prudente, puntando l'attenzione sull'elaborazione di strumenti di diritto internazionale pattizio – con ciò continuando a percorrere l'ottica originaria del Trattato e del suo art. 293 – e rinunciando ai nuovi mezzi offerti dal Trattato di Maastricht. Le principali misure adottate, le due convenzioni prima menzionate sulle notifiche e sulle cause matrimoniali, non entrarono peraltro mai in vigore in quanto nel frattempo si erano create le condizioni sulla scena europea per la creazione di nuovi meccanismi di cooperazione ben più rapidi ed efficaci.

Tuttavia, il lavoro svolto sotto la dimensione istituzionale di Maastricht non va però assolutamente sottovalutato e ciò per una serie di ragioni: innanzitutto, l'intenso lavoro di negoziazione tra gli Stati membri per l'adozione di queste convenzioni ha permesso, una volta cambiato il quadro politico, di creare le condizioni per un'elaborazione più rapida ed efficace

⁴³ Un altro esempio è dato dalla salvezza della convenzione del 1931 tra i paesi nordici in ambito matrimoniale e di responsabilità genitoriale sancita dalla convenzione "Bruxelles II", su cui *amplius infra*.

degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile a livello europeo. Non a caso, le soluzioni della convenzione sulle notifiche del 1997 sono state in gran parte riprese nel regolamento comunitario n. 1348/2000 sulle notifiche transfrontaliere⁴⁴, così come il testo della convenzione del 1998 sulla competenza e il riconoscimento delle decisioni nelle cause matrimoniali ha rappresentato la base per l'elaborazione del regolamento comunitario n. 1347/2000 (cd. Bruxelles II).⁴⁵

Inoltre, tali convenzioni godono di un'ulteriore caratteristica – comune agli strumenti di diritto internazionale pattizio ed invece non presente negli atti comunitari – e cioè sono accompagnate da una relazione accompagnatoria che ne chiarisce, punto per punto, il contenuto e le soluzioni adottate. Pur non essendo entrate in vigore, tali relazioni accompagnatorie hanno rappresentato un importante punto di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione degli strumenti comunitari successivamente adottati nel medesimo settore.

3. Dal trattato di Amsterdam a quello di Nizza: la comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile:

Pur avendo avuto il grande merito di inserire la cooperazione giudiziaria civile tra le materie oggetto delle politiche dell'Unione Europea, il Trattato di Maastricht non fornì adeguati strumenti in grado di incidere sui problemi quotidiani della giustizia e della sicurezza dei cittadini. La trasparenza delle decisioni istituzionali e la tutela degli individui meritavano di essere perfezionate, in quanto la consultazione del Parlamento europeo era rimasta a livello teorico, così come la possibilità di intervento della Corte di giustizia. Il Parlamento europeo, con una risoluzione del 1995, sottolineò che era necessario compiere progressi decisivi nei campi della giustizia e degli affari interni, i quali non avrebbero dovuto più essere dissociati artificialmente dalle politiche comunitarie collegate, rientranti nel sistema

⁴⁴ Vedi considerando n. 5 del regolamento n. 1348/2000: “Con un atto del 26 maggio 1997 il Consiglio ha stabilito la convenzione relativa alla notificazione negli Stati membri dell'Unione europea degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, raccomandandone agli Stati membri l'adozione secondo le rispettive norme costituzionali. Tale convenzione non è entrata in vigore. È opportuno salvaguardare la continuità dei risultati conseguiti nell'ambito dei negoziati per la conclusione della convenzione. Pertanto, il presente regolamento recepisce sostanzialmente il contenuto della convenzione”.

⁴⁵ In particolare, il considerando n. 6 del regolamento n. 1347/2000 ricorda che : “Il Consiglio, con atto del 28 maggio 1998, ha stabilito la convenzione concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, raccomandandone agli Stati membri l'adozione secondo le rispettive norme costituzionali. È opportuno salvaguardare la continuità dei risultati conseguiti nell'ambito dei negoziati per la conclusione della convenzione” Poi, però, precisa che: “Il presente regolamento recepisce sostanzialmente il contenuto della convenzione, ma contiene anche una serie di disposizioni nuove rispetto alla convenzione, idonee ad assicurare la coerenza con alcune disposizioni del regolamento proposto concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”.

comunitario vero e proprio.⁴⁶ In particolare, il Parlamento Europeo individuò le ragioni delle difficoltà del settore nella ripartizione non chiara delle competenze tra primo e terzo settore, nella persistenza del principio dell'unanimità che favoriva i singoli interessi nazionali, nonché nella mancanza di un controllo giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia.⁴⁷

Le difficoltà incontrate nell'attuazione della cooperazione giudiziaria fecero sì che il dibattito sulla revisione del Trattato di Maastricht si concentrasse sulla cosiddetta "comunitarizzazione" della materia, attraverso il procedimento di cui all'art. K9 del Trattato di Maastricht (cd. "norma passerella"). La Conferenza intergovernativa concentrò i lavori su due settori: la libera circolazione delle persone, l'asilo e l'immigrazione, da un lato, e, dall'altro, la sicurezza e l'incolumità delle persone. Nel primo settore, in particolare, si cercava di promuovere lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale assicurare la libera circolazione delle persone, con la garanzia della sicurezza per coloro che vivono nel territorio degli Stati membri. In altre parole, la Conferenza intergovernativa puntava ad una politica comune dell'immigrazione e delle frontiere esterne e ad una cooperazione effettiva in materia di giustizia civile e penale.

Fu così che con il Trattato di Amsterdam del 1997, gran parte delle materie che rientravano nell'originario terzo pilastro dell'Unione Europea – ivi inclusa la cooperazione giudiziaria civile - furono comunitarizzate, cioè furono trasferite al primo pilastro, con conseguente applicazione – sebbene parziale - della disciplina tipica degli atti comunitari. Per accogliere le nuove materie nel pilastro comunitario, si creò un nuovo Titolo, il Titolo IV, inserito nella parte terza del Trattato e denominato "Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone".

Tuttavia, il Trattato di Amsterdam, per permettere un passaggio graduale alla nuova disciplina, stabilì un regime transitorio della durata di 5 anni dalla sua entrata in vigore, terminato il quale le materie del Titolo IV

⁴⁶ Risoluzione del Parlamento Europeo sui progressi compiuti nel 1995 nell'attuazione della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni conformemente al titolo VI del trattato sull'Unione europea, in G.U.C.E. n. C 017 del 22/01/1996 p. 179 e ss.

⁴⁷ Punto 2 della risoluzione sopra citata: "(Il Parlamento Europeo) ritiene che l'evidente debolezza del terzo pilastro derivi dai seguenti fattori: - mancanza, al titolo VI del trattato UE, di chiari obiettivi politici; - discutibile ripartizione di competenze tra la Comunità (primo pilastro), la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro) e gli Stati membri; - esigenza dell'unanimità, che conduce a un blocco o comporta decisioni di minima, ridotte cioè al minimo comun denominatore delle legislazioni dei diversi Stati membri; - strumenti previsti all'articolo K.3: controversie in merito al carattere vincolante o meno delle posizioni e azioni comuni, mole e complessità delle convenzioni; - interpretazione restrittiva della cooperazione intergovernativa da parte del Consiglio e di alcuni Stati membri e dalla loro volontà di perpetuare le prassi intergovernative; - mancanza di controllo giudiziario adeguato da parte della Corte di giustizia; - mancanza di volontà degli Stati membri di utilizzare tutte le risorse del titolo VI, cioè gli articoli K.3 e K.4 (possibilità in alcuni casi di ricorrere al voto a maggioranza qualificata e di prevedere la competenza della Corte di giustizia) e l'articolo K.9".

sarebbero dovute essere interamente sottoposte alla disciplina tipica degli atti del primo “pilastro”.⁴⁸

In base a tale regime transitorio, l’adozione delle decisioni nelle materie “trasferite” fu fin da subito sottoposta alla partecipazione di tutte le istituzioni comunitarie con l’iniziativa legislativa condivisa tra gli Stati membri e la Commissione⁴⁹ e il potere di adottare gli atti conferito al Consiglio con delibera all’unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo.

Trascorsi i cinque anni, la Commissione acquistava in via esclusiva il potere di iniziativa, mentre il Consiglio, deliberando all’unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo, avrebbe deliberato al fine di assoggettare le materie di cui al titolo IV alla procedura dell’art. 251 Tce (art. 67.2 Tce)⁵⁰. La Corte di Giustizia finalmente era ammessa a pronunciarsi sulle materie di cui al titolo IV, sebbene con una forte limitazione derivante dalla possibilità di ricevere rinvii pregiudiziali solo dai giudici di ultima istanza (art. 68).

In generale, il Trattato di Amsterdam, pur attraverso piccolissimi passi in avanti, cercò di eliminare alcuni degli ostacoli che avevano limitato il funzionamento della cooperazione in materia di giustizia e affari interni e la piena realizzazione delle quattro libertà fondamentali di circolazione in ambito comunitario, favorendo, in definitiva, il funzionamento e lo sviluppo del settore.

La cooperazione giudiziaria civile si giovò ben presto del rinnovato assetto istituzionale e subito dopo l’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, avvenuta il 1 maggio 1999, vide nascere i primi strumenti di natura comunitaria, adottati all’unanimità dal Consiglio. Si trattò sostanzialmente della conversione in regolamenti comunitari del testo di tre convenzioni già esistenti, ma mai entrate in vigore: le convenzioni in materia di notifiche transfrontaliere e di competenza e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale, concluse in base all’art. K3 del Trattato di Maastricht e la convenzione sulle procedure di insolvenza adottata in base all’art. 293 del Trattato.

Prima ancora poi che scadesse il periodo transitorio di cinque anni previsto dal Trattato di Amsterdam, le misure in materia di cooperazione giudiziaria civile, nonché quelle in materia di asilo e di protezione temporanea dei

⁴⁸ Per una disamina completa del regime transitorio previsto dal Trattato di Amsterdam, vedi R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 481 e ss. .

⁴⁹ Facevano eccezione le materie di cui all’art. 62, punto 2, lettera *b*, punti *i* e *iii*, e cioè le misure relative all’attraversamento delle frontiere esterne, per le quali la Commissione aveva potere esclusivo di iniziativa legislativa fin dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

⁵⁰ Anche in questo caso, facevano eccezione le materie di cui all’art. 62, punto 2, lettera *b*, punti *ii* e *iv* che, senza attendere la decisione del Consiglio, sarebbero passate alla procedura di codecisione, sulla base del Trattato.

sfollati⁵¹, furono definitivamente assoggettate alla procedura dell'art. 251 Tce con voto a maggioranza qualificata. Ciò è avvenuto con il Trattato di Nizza del 2001 che, anche in vista dell'allargamento dell'Unione Europea a venticinque Stati membri, ha aggiunto il punto 5 dell'art. 67, sdoganando le suddette materie dal regime generale dell'art. 67 punto 1, ma prevedendo al contempo una deroga alla deroga, proprio in materia di diritto di famiglia, che rimase assoggettata al principio dell'unanimità.

Nonostante quest'ultima previsione, il legislatore comunitario ebbe finalmente la possibilità di intervenire efficacemente e rapidamente nel settore civile, ottenendo in un tempo relativamente breve dei risultati sorprendenti sia in termini di numero di strumenti adottati che della loro potenziale efficacia. Si è trattato di un'intensa attività legislativa che si è tradotta nell'adozione di varie misure aventi ad oggetto la competenza giurisdizionale e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, sia in materia civile e commerciale⁵² che in materia matrimoniale⁵³, le notifiche transfrontaliere degli atti⁵⁴, l'assunzione delle prove all'estero⁵⁵, le procedure di insolvenza⁵⁶, la legge applicabile sia alle obbligazioni contrattuali⁵⁷ che extracontrattuali⁵⁸ ed infine la armonizzazione di alcuni settori della procedura civile come il procedimento di ingiunzione di pagamento europeo⁵⁹ e la procedura europea per le controversie di modesta entità⁶⁰.

⁵¹ Queste ultime a condizione che il Consiglio avesse preliminarmente adottato una normativa comunitaria che ne definisse le norme comuni e i principi essenziali (art. 67, punto 5, primo trattino).

⁵² Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* L 12 del 16.01.2001 ed il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, pubblicato in *GUUE* L 143 del 30 aprile 2004.

⁵³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE* L 388 del 23.12.2003.

⁵⁴ Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, che abroga il precedente regolamento (CE) n. 1348/2000, in *GUUE* L 234 del 10 dicembre 2007.

⁵⁵ Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in *GUCE* L 174 del 27.06.2001.

⁵⁶ Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza, in *GUCE* L 160 del 30.06.2000.

⁵⁷ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *GUCE* L 177 del 4.7.2008.

⁵⁸ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007.

⁵⁹ Regolamento (CE) n. 1896/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *GUUE* L 399 del 30 dicembre 2006.

⁶⁰ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007.

La tipologia di atto utilizzato fin dall'inizio è stato il regolamento comunitario, preferito alla direttiva in quanto considerato mezzo idoneo a dotare di maggiore efficacia e diretta applicabilità una normativa così giovane ed ambiziosa. Più precisamente, tale scelta è collocabile storicamente nei negoziati che hanno preceduto l'adozione della prima misura adottata all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, ovverosia il Regolamento n. 1348/2000 sulla trasmissione degli atti giudiziali ed extragiudiziali. In quella sede la Commissione optò inizialmente per la forma della direttiva comunitaria, che però fu ben presto bocciata sia dal Parlamento Europeo, secondo cui "il regolamento ha il vantaggio di garantire un'attuazione rapida, chiara ed omogenea del testo in sintonia con gli obiettivi prefissi"⁶¹, sia dal Consiglio che, per timore di lasciare un margine di discrezionalità ampio agli Stati membri, si indirizzò verso lo strumento del regolamento. Da quel momento, sostanzialmente, il tema non fu più riproposto e la stessa Commissione si è adeguata in tal senso nelle sue proposte legislative⁶².

Corre l'obbligo di segnalare, tuttavia, che i più recenti regolamenti comunitari nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile sono caratterizzati sempre più da una struttura a maglie larghe e dalla necessità di una regolamentazione interna per integrare e completare la normativa comunitaria. Tale fenomeno è dovuto probabilmente alla particolare delicatezza e sensibilità di taluni settori su cui il legislatore comunitario ha concentrato la propria attenzione come, ad esempio, l'armonizzazione delle regole procedurali nazionali⁶³; in ogni caso, tale fenomeno potrebbe, paradossalmente, riproporre il tema della scelta tra direttiva e regolamento, posto che quest'ultimo tende ad assumere sempre più le caratteristiche della prima. A nostro avviso, ed in estrema sintesi, tale approccio del legislatore comunitario non dovrebbe creare particolari questioni circa il rispetto del principio di proporzionalità, alla luce del noto insegnamento⁶⁴ secondo cui "regolamenti, direttive e decisioni sono tutti sullo stesso piano per quanto concerne la loro diretta applicabilità" e che l'emanazione di atti interni di esecuzione dipende esclusivamente dal loro grado di completezza.

⁶¹ Proposta modificata di regolamento del Consiglio relativo alla notificazione e comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, COM (2000) 75 def. del 29 marzo 2000, par. 2.1

⁶² A favore della scelta del regolamento come tipologia di atto più adatta a raggiungere gli obiettivi comunitari in tale settore, L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in RDIPP, 2004, pp. 63 e ss., in particolare pag. 68 e S. BARIATTI, *La cooperazione...cit.*, p. 274.

⁶³ Per un maggiore approfondimento sul tema vedi A. PANCALDI, Riv. Dir. Proc., 4, 2007, P. 1313 e ss.

⁶⁴ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2003, p. 314.

3.1 (segue) L'articolo 65 del Trattato: misure ed obiettivi

Infine, per completare la disamina delle novità introdotte dal Trattato di Amsterdam, non si può non fare riferimento all'art. 65 Tce, che ha rappresentato il punto di riferimento per il legislatore comunitario sia per la programmazione dell'attività legislativa sia per l'individuazione dei limiti e delle condizioni per il suo intervento. In particolare, il Trattato di Amsterdam ha previsto all'art. 65 un gruppo di misure che il legislatore comunitario può adottare a condizione che esse presentino implicazioni transfrontaliere e siano funzionali al corretto funzionamento del mercato interno: tali misure sono rivolte in particolare:

- a) al miglioramento e la semplificazione;
 - del sistema per la notifica transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali;
 - della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;
 - del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale;
- b) alla promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale;
- c) all'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei processi civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri.

La letteratura sull'art. 65 Tce è ampia⁶⁵, in quanto tale norma ha avuto il grande merito di favorire l'evoluzione del sistema di cooperazione giudiziaria civile attraverso un progetto vasto e ambizioso che è stato portato a termine in tempi relativamente brevi dal legislatore comunitario. L'art. 65 non è una base giuridica in senso proprio e cioè su tale articolo non si è fondata l'adozione delle misure comunitarie di cooperazione – che invece si sono rette sul combinato disposto degli artt. 61 e 67 – ma al tempo stesso ha svolto per certi versi la medesima funzione indicando di volta in volta le misure da adottare e i limiti allo svolgimento dell'attività legislativa. Le misure (*rectius* il gruppo di misure) indicate rispondono ad una logica ben precisa e cioè sono collocate in un ordine crescente di importanza e di difficoltà e rispondono a vari aspetti ed esigenze della cooperazione giudiziaria civile: si parte con quei settori più propriamente ascrivibili alla assistenza giudiziaria, come il sistema di notifiche transfrontaliere degli atti giudiziari o i meccanismi di assunzione dei mezzi di prova all'estero – settori in cui già esistevano peraltro degli strumenti internazionali di

⁶⁵ *Ex plurimis*, F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"?*, in RDIPP, 2000, p. 873 ss., J. BASEDOW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in CMLR, 2000, p. 687 ss., R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in Riv. Dir. Un. Eur., 1998, p. 481 ss., S. BARIATTI, *La cooperazione ...*, cit., p. 261 ss.; KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004, pp. 65-94.

riferimento⁶⁶ - per poi passare alle misure riguardanti più propriamente il cuore del diritto internazionale privato e processuale – giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni – e quindi finire con l’ultima (e più difficile) parte del progetto, riguardante l’armonizzazione di alcuni settori della procedura civile nazionale⁶⁷.

In particolare, con l’adozione degli ultimi regolamenti - per l’appunto in materia di procedura civile – è stata completata la prima generazione di misure comunitarie di cooperazione giudiziaria civile: l’adozione di tutti questi strumenti non è stata certo impresa agevole, dovendo i negoziati tenere conto di un numero progressivamente sempre più ampio di Stati membri (dai quindici del 2000 ai ventisette del 2007) e, in alcuni casi, della persistenza del principio dell’unanimità. Lo stesso art. 65 ha ancorato l’intervento del legislatore comunitario a due precise condizioni e cioè che le misure comunitarie presentassero carattere transfrontaliero e che fossero funzionali al buon funzionamento del mercato interno. Questi paletti hanno fortemente condizionato l’andamento dei negoziati, e in alcuni casi hanno costretto il legislatore comunitario a trovare delle soluzioni di compromesso per evitare di incorrere in un giudizio di validità dell’atto comunitario, con un conseguente indebolimento del potenziale armonizzante delle misure medesime. Un esempio su tutti è fornito dalla storia dei negoziati che hanno preceduto l’adozione del regolamento n. 1896/2006 che istituisce un procedimento di ingiunzione di pagamento europeo (nonché il regolamento n. 861/2007 che istituisce una procedura europea per le controversie di modesta entità): la Commissione, infatti, aveva proposto di allargare il campo di applicazione di tale misura anche alle fattispecie meramente interne, cioè tra due litiganti dello stesso Stato membro, interpretando estensivamente l’art. 65. Tale lettura si basava sul presupposto di evitare disparità nell’accesso alla giustizia tra coloro che desiderano agire nei confronti di una controparte residente o domiciliata in un altro Stato membro e coloro che invece vogliono instaurare un procedimento nei confronti di una persona residente o domiciliata nel proprio Stato.

Tuttavia, tale lettura dell’art. 65 non ha prevalso in sede di negoziati, laddove si è preferito fare riferimento ad un’interpretazione restrittiva della norma, ancorando in definitiva l’applicazione della misura alla circostanza

⁶⁶ La Convenzione dell’Aja del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale e la Convenzione dell’Aja del 18 marzo 1970 sull’ottenimento delle prove all’estero in materia civile e commerciale: il testo di entrambe le convenzioni è disponibile sul sito della Conferenza dell’Aja, www.hcch.net.

⁶⁷ Ed in effetti, la procedura civile è il settore in cui gli Stati sono maggiormente restii a cedere spazi di sovranità, in quanto le regole di procedura civile identificano un ordinamento ancor di più di quanto non lo facciano le regole sostanziali, sul punto vedi X. E. KRAMER, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a European Small Claims Procedure*, in *Int’l lis*, 2006, p. 109 ss. Sulla possibilità di intaccare il dogma della *lex fori* come unica legge procedurale, vedi M.L. NIBOYET, *Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure*, in *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, pp. 363 e ss.

che almeno una delle parti abbia domicilio in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito: in questo modo, la soluzione adottata, pur essendo in linea teorica maggiormente aderente alla lettera dell'art. 65, ha ridotto sensibilmente l'impatto e l'efficacia dello strumento comunitario sulle legislazioni nazionali.

Il Trattato di Lisbona ha poi sostanzialmente mantenuto la struttura dell'articolo 65, confermando i gruppi di misure già individuati dal Trattato di Amsterdam, ma, al contempo, individuandone dei nuovi: in particolare, sono state inserite nel nuovo articolo 65 le misure che assicurano un accesso effettivo alla giustizia (lett. e), quelle che riguardano lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie (lett. g) e, infine, le misure che garantiscono un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari (lett. h).

Si tratta sostanzialmente di misure che già sono state oggetto di specifici interventi del legislatore comunitario: la garanzia di un accesso effettivo alla giustizia per i cittadini comunitari (lett. e) è un obiettivo che percorre trasversalmente tutti gli strumenti comunitari già adottati dall'Unione Europea in questo settore e che, in alcuni casi, ha rappresentato l'oggetto principale dell'intervento del legislatore comunitario. La direttiva sul *legal aid*⁶⁸, ad esempio, ha avuto lo scopo di armonizzare le normative nazionali che riguardano il supporto dello stato ai cittadini che non possono permettersi di pagare le spese di giustizia. Quando, poi, il cittadino comunitario è costretto a promuovere un giudizio civile in un altro paese dell'Unione Europea, il legislatore comunitario ha previsto degli strumenti in grado di permettergli di adire personalmente e autonomamente il giudice straniero, senza aggravio di spese per assistenza legale o altre spese di giustizia⁶⁹.

Funzionalmente collegata all'obiettivo di facilitare l'accesso alla giustizia per i cittadini comunitari è anche la promozione di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie (lett. g): a tal proposito, l'Unione Europea ha recentemente adottato la direttiva comunitaria su alcuni aspetti riguardanti la mediazione⁷⁰ che ha segnato una prima, ma significativa opera di armonizzazione in questo specifico settore in cui tuttora sussistono sensibili differenze a livello nazionale.

⁶⁸ Direttiva n. 2002/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minimi comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, in G.U.C.E. del 31 gennaio 2003, L 26.

⁶⁹ Si fa riferimento ai già citati regolamenti comunitari n. 1896/2006 e n. 861/2007 che istituiscono rispettivamente una procedura europea di ingiunzione di pagamento e una procedura europea per le controversie di modesta entità. Su quest'ultimo regolamento, ci si permette di rinviare al nostro M. MELLONE - A.PANCALDI, Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità, in Riv. Dir. Un. Eur., 2008, p. 281 e ss.

⁷⁰ Direttiva del Consiglio e del Parlamento Europeo n. 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in G.U.C.E. L 136 del 24 maggio 2008, p. 3

Infine, l'opera di sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari (lett. h) è un obiettivo già da tempo perseguito dall'Unione Europea, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam⁷¹: recentemente, però, l'esigenza di affiancare all'attività legislativa un'intensa e capillare azione di diffusione tra gli operatori giudiziari nazionali delle nuove norme comunitarie ha indotto l'Unione Europea a dedicare a tale scopo un programma di misure ambizioso ed impegnativo, basato sia su azioni centralizzate sia su attività delegate a singoli progetti nazionali. Si tratta del programma "Giustizia Civile 2007-2013" approvato in via definitiva nell'ottobre 2007 con la decisione n. 1149/2007⁷² che prevede, tra l'altro, la destinazione di risorse economiche anche a favore di "reti" di contatto interstatali come la rete dei Consigli superiori della magistratura o la rete dei presidenti di Corte di Cassazione.

4. Le criticità e le prospettive dell'attuale assetto istituzionale: l'opting in di Regno Unito e Irlanda e la situazione della Danimarca

Il percorso istituzionale appena seguito ha dimostrato come l'ambizioso progetto di creare all'interno dell'Unione Europea un autentico "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", richieda necessariamente un archetipo istituzionale in grado di sorreggere e favorire un'efficace azione nel campo della cooperazione giudiziaria sia civile che penale. Ed in effetti, la materia civile solo dopo essersi affrancata dalle sabbie paludose del terzo pilastro – nonché dal regime di limbo post-Amsterdam – ha conosciuto uno sviluppo rapido e sorprendente: il legislatore comunitario, infatti, ha adottato nel giro di pochi anni tutte le misure previste dall'art. 65, seguendo scrupolosamente il piano di marcia previsto nei vari programmi comunitari, tra i quali: il Piano di Azione di Vienna del 1998⁷³; le conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999⁷⁴; il "progetto di programma di misure relative

⁷¹ Vedi, ad esempio, il progetto Grotius: Azione Comune 96/636/GAI del 28 ottobre 1996, adottata dal Consiglio in base all'articolo K3 del Trattato sull'Unione Europea, che istituisce un programma di incoraggiamento e di scambi destinato agli operatori della giustizia, in GUCE L 287 del 8 novembre 1996, p. 3; oppure il progetto Robert Schuman, Decisione n. 1496/98/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che istituisce un programma d'azione per una maggiore sensibilizzazione degli operatori del diritto al diritto comunitario, in G.U.C.E. L 196 del 14 luglio 1998, p. 24.

⁷² Decisione n. 1149/2007/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 settembre 2007 che istituisce il programma specifico «Giustizia civile» per il periodo 2007-2013 come parte del programma generale «Diritti fondamentali e giustizia», in G.U.C.E. L 257/16 del 3 ottobre 2007.

⁷³ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, GUCE C 19 del 23 gennaio 1999.

⁷⁴ Si vedano in particolare i punti 30 e 34 delle conclusioni di Tampere. Per un maggior approfondimento v. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 e ss.

all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale" del 2000⁷⁵; le conclusioni del Consiglio Europeo di Laeken⁷⁶ del 2001 e infine il programma dell'Aja del 2004 e il suo piano di attuazione dell'anno successivo.

Nonostante il forte impulso politico l'emancipazione "istituzionale" della cooperazione giudiziaria civile, tuttavia, non può dirsi ancora conclusa. In particolare, i lavori in tale materia restano fortemente condizionati dalla sussistenza di alcuni regimi differenziati che rischiano di pregiudicare seriamente lo sviluppo di un efficace attività legislativa comunitaria: a tal proposito, si possono individuare almeno tre elementi di discontinuità rispetto alla disciplina ordinaria degli atti comunitari.

In primo luogo, rileva la circostanza che non tutti gli Stati membri partecipano nella stessa misura alle iniziative in materia di cooperazione giudiziaria civile, ovvero in generale alle misure di cui all'attuale Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già Titolo IV del Tce). Difatti, in base ad un protocollo annesso al Trattato di Amsterdam e confermato dal Trattato di Lisbona⁷⁷, il Regno Unito e l'Irlanda hanno la possibilità di esprimere, di volta in volta, la volontà di partecipare alle singole iniziative comunitarie nel settore della cooperazione giudiziaria civile, comunicando tale intenzione alla Commissione entro 3 mesi dalla presentazione della proposta legislativa: in caso contrario, si presume la volontà di questi paesi di non aderire alla misura proposta⁷⁸. Questa facoltà, meglio nota come "*opting in*", conserva dei tratti in comune con l'istituto della riserva nel diritto internazionale pattizio.

Più precisamente, condivide con la riserva del diritto internazionale dei trattati l'obiettivo di "facilitare la più larga partecipazione ai negoziati"⁷⁹: quest'ultima però è ammessa soltanto se compatibile con lo scopo e con l'oggetto del Trattato e, inoltre, può essere contestata dagli altri Stati che partecipano ai negoziati. In questo caso, invece, il singolo Stato esprime l'intenzione di non aderire all'intero testo dell'accordo senza che gli altri Stati possano opporsi a ciò: inoltre, esso conserva la facoltà di aderire in un successivo momento all'accordo raggiunto dagli altri Stati. Fino ad oggi, la facoltà di *opting in* è sempre stata utilizzata in occasione dell'adozione dei

⁷⁵ In GUCE C 12 del 15 gennaio 2001.

⁷⁶ Nel quale sono state ribadite, relativamente al settore che qui interessa, le priorità già individuate dal Consiglio Europeo di Tampere, come si evince dal punto 37 delle conclusioni in esso elaborate: "Il Consiglio Europeo riafferma il suo impegno riguardo agli orientamenti politici e agli obiettivi definiti a Tampere [...]".

⁷⁷ Si tratta del protocollo n. 21 allegato al Trattato sull'Unione Europea relativo alla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in G.U.U.E. C 115 del 9 maggio 2008.

⁷⁸ Per un maggior approfondimento sulla posizione di tali Stati vedi HEDEMANN-ROBINSON, *The Area of Freedom, Security and Justice with regards to the UK, Ireland and Denmark: The "Opt-in-Opt-outs" under the Treaty of Amsterdam*, in O'Keefe, Twowey (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, Portland-Oregon, 1999, p. 303 e ss.

⁷⁹ Cfr. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2003, p. 93.

regolamenti comunitari di cooperazione giudiziaria civile: tuttavia recentemente sia il Regno Unito, in ben due circostanze⁸⁰, che l'Irlanda⁸¹, hanno dichiarato di non voler partecipare ai negoziati, riservandosi ad un successivo momento la decisione di aderire agli accordi raggiunti. La pericolosità di un simile atteggiamento è evidente, perché rischia di condizionare gravemente l'andamento dei negoziati, i cui risultati saranno necessariamente subordinati alle condizioni poste successivamente dagli Stati che non vi hanno partecipato.

Discorso differente, invece, vale per la Danimarca che fin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam non partecipa ad alcuna iniziativa comunitaria nelle materie di cui al Titolo V. Anche in questo caso, l'esclusione è contenuta in un protocollo già allegato al Trattato di Amsterdam, e ora ripreso dal Trattato di Lisbona⁸²: di conseguenza, in ogni atto comunitario adottato nelle suddette materie viene sottolineato – normalmente in un considerando – che per Stato membro ai fini dell'applicazione della misura si intendono tutti i paesi dell'Unione Europea, tranne appunto la Danimarca. Ovviamente, la circostanza che le misure comunitarie non trovino uniforme applicazione nel territorio comunitario ha rappresentato fin da subito un pericolo per la realizzazione dello spazio giudiziario europeo: ed invero, pur essendo la Danimarca parte delle più importanti convenzioni internazionali di cooperazione giudiziaria civile⁸³ - ivi comprese le convenzioni “comunitarie” di Bruxelles del 1968 e

⁸⁰Proposta di regolamento del Consiglio e del Parlamento Europeo avente ad oggetto la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. Roma I), COM 2005 (650) e Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, COM (2005) 649 def.

⁸¹Proposta di Regolamento del Consiglio che modifica il regolamento 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e che introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione (cd. Regolamento Roma III), COM (2006)399.

⁸²Protocollo n. 21 allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea relativo alla posizione della Danimarca, in G.U.U.E. C 115 del 9 maggio 2008.

⁸³ Tra le più importanti, si citano alcune convenzioni firmate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato di cui la Danimarca è parte: la Convenzione del 1 marzo 1954 sulla procedura civile, la Convenzione del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di beni mobili corporali, la Convenzione del 15 aprile 1958 sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari nei confronti dei minori; la Convenzione del 5 ottobre 1961 sui conflitti di legge in materia di forma delle disposizioni testamentarie; la convenzione del 5 ottobre 1961 che sopprime l'esigenza della legalizzazione degli atti pubblici stranieri; la convenzione del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale; la convenzione del 1 giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni; la convenzione del 18 marzo 1970 sull'ottenimento delle prove all'estero in materia civile e commerciale; la convenzione del 2 ottobre 1973 riguardante il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari; la convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori; la convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale; la convenzione del 19 ottobre 1996 riguardante la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure per la

di Roma del 1980 - le misure adottate dal legislatore comunitario conservano un potenziale armonizzante indubbiamente maggiore ed assicurano altresì un impatto ben più efficace nei singoli ordinamenti nazionali.

Per questa ragione, anche dopo il fallimento delle trattative in occasione del Trattato di Amsterdam, il tentativo di far aderire il Regno di Danimarca alle misure di cooperazione giudiziaria è continuato ed ha portato, seppur recentemente, ad alcuni risultati significativi. Con due accordi siglati con il Consiglio⁸⁴, la Danimarca ha aderito al regolamento n. 44/2001 concernente la competenza e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale e al regolamento n. 1348/2000 avente ad oggetto la notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale. In virtù di tali accordi, peraltro, la Danimarca ha la possibilità di accettare o meno le eventuali modifiche dei suddetti regolamenti – così come già è successo con la modifica, *rectius* abrogazione del regolamento n. 1348/2000 – notificando alla Commissione la propria intenzione entro 30 giorni dall'adozione della modifica: nel caso in cui, però, decida di non accettare le modifiche della normativa comunitaria, l'accordo perde vigore. La *ratio* di tale previsione è chiara, avendo l'Unione Europea l'interesse di garantire l'applicazione uniforme e la continuità del diritto comunitario, e, in definitiva, di tutelare le medesime esigenze alla base della conclusione degli accordi con il Regno di Danimarca.

Il Trattato di Lisbona non ha modificato sostanzialmente tale situazione, anzi, sotto taluni aspetti, ha contribuito a rendere ancora più incerto e claudicante il quadro istituzionale: innanzitutto, Danimarca, Regno Unito e Irlanda continueranno a godere di posizioni “differenziate” rispetto a tutti gli altri paesi nelle materie di cui al titolo IV con tutti gli svantaggi prima sottolineati: non si è riusciti dunque in sede di conferenza intergovernativa ad eliminare questo pericoloso meccanismo, anche alla luce degli incoraggianti risultati raggiunti in questo settore.

Inoltre, si è deciso di concedere ai medesimi paesi la facoltà del “opting in” anche in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia, nel frattempo passate alla procedura di codecisione con voto a maggioranza qualificata. Al di là dell'indubbio beneficio rappresentato dall'assoggettamento alla procedura ordinaria per queste due materie, l'allargamento del meccanismo dell'opting in può avere sul lungo periodo

protezione dei minori. Il testo delle convenzioni citate è consultabile sul sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, www.hcch.net.

⁸⁴ Per il testo dell'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, v. G.U.C.E. L 299 del 16.11.2005, pagg. 62–70; per il testo dell'accordo tra la Comunità Europea e il Regno di Danimarca relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, v. G.U.C.E. L 300 del 17.11.2005, pagg. 55–60. In dottrina v. *Consiglio UE: estensione alla Danimarca del Reg. “Bruxelles I” e del Reg. sulle notifiche infracomunitarie*, in *Int'l lis*, 2006, n. 2, p. 57.

effetti pericolosi in quanto rischia di sclerotizzare alcune posizioni particolari all'interno degli Stati membri e, in definitiva, alimentare l'idea di una cooperazione giudiziaria attuata attraverso un metodo più intergovernativo che comunitario, con evidente ripercussione sull'obiettivo di creare uno spazio giudiziario uniforme.

4.1 (segue) Le competenze limitate della Corte di Giustizia

Il secondo punto in cui la cooperazione giudiziaria civile non risulta allineata alle altre materie del primo pilastro è costituito dalle competenze della Corte di Giustizia a pronunciarsi sui rinvii pregiudiziali (siano essi interpretativi o di validità) dei giudici nazionali. Sempre in occasione del Trattato di Amsterdam, infatti, fu previsto un regime speciale per i rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto le materie di cui all'allora Titolo IV Tce (ora Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea): di conseguenza, in virtù dell'art. 68 Tce la Corte era competente a pronunciarsi sui rinvii operati dai giudici nazionali avverso le cui decisioni non poteva essere proposto un ricorso giurisdizionale di diritto interno. Al fine di compensare tale restrizione nell'accesso alla Corte, l'art. 68, comma 3, stabiliva, inoltre, che il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro potevano chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del suddetto titolo o degli atti della Comunità fondati sullo stesso e che la decisione pronunciata dalla Corte in risposta a siffatta richiesta non si applicasse alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato.

In realtà, tale regime derogatorio alla disciplina generale dell'ex art. 234 Tce (ora art. 267), avrebbe dovuto cessare una volta trascorsi cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 67 Tce, comma secondo, ultimo trattino: esso, infatti, stabilisce che "trascorsi cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio, deliberando all'unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo, prende una decisione al fine (...) di adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di Giustizia".

Sulla natura di tale norma si è discusso molto non essendo chiaro se il Consiglio fosse tenuto da un vero e proprio obbligo giuridico all'attuazione di quanto previsto nel suddetto articolo ovvero se la mera attivazione delle procedure decisionali interne al fine di rimuovere il regime speciale fosse sufficiente per superare un eventuale ricorso in carenza, tenuto conto della necessità di raggiungere l'unanimità in sede consiliare⁸⁵.

In ogni caso, la persistenza di tale regime derogatorio ha comportato una grave minaccia per la corretta ed efficace applicazione degli strumenti comunitari di cooperazione giudiziaria civile: l'interpretazione centralizzata

⁸⁵ Su tutti, PEERS, *Who's judging the Watchman? The judicial System of the "Area of Freedom, Security and Justice"*, in YEL, 1998, p.337 ss.

ed uniforme offerta dalla Corte di Giustizia avrebbe potuto rappresentare uno degli strumenti principali per i giudici di merito per risolvere i dubbi interpretativi aventi ad oggetto, peraltro, una normativa giovane, ambiziosa, ma in gran parte poco conosciuta.

Né il meccanismo del cd. rinvio nell'interesse della legge, che si ispirava a finalità di tutela generale dell'ordinamento, ha costituito un valido strumento compensativo, non intervenendo su un procedimento nazionale e non avendo, quindi, la funzione di indicare la giusta interpretazione delle norme comunitarie al giudice di rinvio affinché quest'ultimo potesse emettere la sua decisione. Ne è derivata una situazione di solitudine dei giudici di merito che non hanno potuto contare immediatamente su un valido conforto fornito dalla giurisprudenza comunitaria, ma che hanno dovuto aspettare il rinvio (comunque obbligatorio) da parte delle Corti nazionali di ultima istanza, con tutti i ritardi e le attese che ciò indubbiamente comporta.

A ben vedere, poi, l'impossibilità per i giudici nazionali di merito di rivolgersi alla Corte di Giustizia ha creato un ulteriore effetto distorsivo: qualora infatti la norma comunitaria non fosse stata applicata correttamente dal giudice di merito nel giudizio *a quo*, ma su quest'ultimo giudizio si fosse formato comunque il giudicato, essa non sarebbe potuta più essere oggetto di riesame, dovendo prevalere in ogni caso il principio della *res iudicata* sull'esigenza di una corretta applicazione del diritto comunitario: è ciò che affermato la Corte di Giustizia nella sentenza Kapferer⁸⁶, in cui si verteva proprio sull'applicazione di una norma contenuta nel regolamento n. 44/2001 e riguardante la competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi da consumatori. Nel caso di specie, il giudice di primo grado austriaco aveva basato la propria giurisdizione su un'interpretazione dell'art. 15 del regolamento citato, sulla quale i giudici di appello nutrivano forti dubbi, ma per la quale, nel frattempo, si era formato il giudicato.⁸⁷ E' evidente che la possibilità di rivolgersi preliminarmente alla Corte avrebbe potuto rappresentare una possibilità per il giudice di primo grado di applicare correttamente la norma richiamata evitando di creare disfunzioni

⁸⁶ Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapferer*, in raccolta 2006, p. I-2585.

⁸⁷ In particolare, la Sig.ra Kapferer, residente in Hall e Tirol (Austria), aveva ricevuto del materiale pubblicitario dalla società Schlank e Schick, società con sede in Germania, recante l'annuncio di presunte vincite, legate ad un'ordinazione-prova, peraltro non vincolante. Non avendo ricevuto tale premio, la Sig.ra Kapferer si era rivolta al Bezirksgericht Hall in Tirol, in base alla legge austriaca sulla tutela dei consumatori (Konsumentenschutzgesetz). La società convenuta aveva eccepito la competenza del tribunale adito, ma quest'ultimo aveva respinto questo argomento, rigettando al contempo le istanze dell'attrice nel merito. La convenuta non ha impugnato quella parte della sentenza riguardante la competenza, che, di conseguenza, ha acquisito autorità di cosa giudicata. Tuttavia i giudici di appello del Landesgericht Innsbruck ai quali si era rivolta l'attrice, si chiedevano se una promessa mendace di vincita potesse presentare un legame sufficientemente stretto con la conclusione di un contratto, condizione minima e necessaria per l'applicazione della regola di cui all'art. 15, par. 1, lett. c) del Reg. 44/2001.

nel sistema comunitario di individuazione della competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale.

La situazione era ancora più paradossale se si considera che proprio in quest'ultimo settore – giurisdizione in materia civile e commerciale - si è assistito ad una sorta di regresso rispetto alla disciplina riguardante la convenzione di Bruxelles del 1968. La Convenzione, difatti, godeva (e gode) della possibilità di avere un'interpretazione centralizzata da parte della Corte di Giustizia non limitata ai rinvii operati dai giudici di ultima istanza e ciò ha garantito un'applicazione uniforme in tutto il territorio comunitario delle regole in essa contenute.

Per porre rimedio a tale situazione, la Commissione ha presentato nel 2006 una proposta di abrogazione dell'art. 68 Tce⁸⁸, sottolineando come il periodo transitorio di cinque anni previsto dal Trattato di Amsterdam fosse scaduto e che il Consiglio non avesse avviato alcuna procedura per abrogare il regime derogatorio concernente le competenze della Corte di Giustizia nelle materie di cui al Titolo IV. Per la verità, già allorché il Consiglio estese la procedura di codecisione alle materie del Titolo IV⁸⁹, la Commissione aveva espressamente aggiunto agli atti tale dichiarazione: “(...) è inaccettabile che la decisione non preveda alcun adattamento delle competenze della Corte, perpetuando così una situazione in cui l'accesso alla Corte di Giustizia rimane limitato”.

La proposta della Commissione è stata oggetto di numerose riunioni del gruppo tecnico “Corte di Giustizia” in seno al Consiglio nelle quali si è discusso dell'opportunità di prevedere una procedura accelerata per i rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto tutte le materie rientranti nel cd. “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (quindi anche le materie del Titolo VI del TUE)⁹⁰. Ed in effetti, la mole di rinvii operati dai giudici nazionali in questo settore potrebbe notevolmente ingolfare il lavoro della Corte di Giustizia, a causa della mancanza di risorse umane ed economiche sufficienti⁹¹: in ragione di ciò, il gruppo tecnico del Consiglio aveva avanzato due possibili opzioni al riguardo.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione del 28 giugno 2006, al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, COM def. (2006) 346.

⁸⁹ Decisione n. 2004/927/CE del Consiglio del 22 dicembre 2004, in G.U.C.E, L 396 del 31/12/2004.

⁹⁰ Auspicava già un percorso preferenziale per le procedure di urgenza nelle materie di cui al Titolo IV, R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, 2004, p. 153.

⁹¹ La durata media di un procedimento pregiudiziale normale è attualmente di circa 20 mesi: l'art. 104 bis del regolamento di procedura della Corte di Giustizia consente di assoggettare un rinvio pregiudiziale ad un procedimento accelerato, allorché il giudice nazionale lo chiede e le circostanze invocate comprovano l'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale. Tuttavia, Il procedimento accelerato è stato utilizzato con grande riserva ed è stato attuato una sola volta in un procedimento pregiudiziale, nella causa C-189/01, *Jippes*.

La prima opzione consisteva in un procedimento che comprendeva due fasi: una prima fase, caratterizzata da regole procedurali assai semplificate e da un numero ridotto dei soggetti in esso coinvolti (erano ammesse a partecipare solo le parti della causa principale e lo Stato del giudice di rinvio, oltre alle Istituzioni comunitarie: inoltre, l'avvocato generale non presentava le conclusioni per iscritto, ma veniva sentito in camera di consiglio) si concludeva con un'ordinanza entro un breve periodo (immediatamente efficace nel giudizio a quo) che poteva essere eventualmente riesaminata in una seconda fase (questa volta con la procedura ordinaria), ma solo su richiesta dell'avvocato generale o delle parti interessate.

La seconda opzione prevedeva un giudizio a fase unica con la partecipazione dei soggetti che sono normalmente ammessi a partecipare al procedimento (Stati membri, Istituzioni, le parti del processo nazionale), ma con regole procedurali semplificate (con particolare riferimento alla presentazione orale delle posizioni, per non incorrere nel nodo delle traduzioni).

Nel frattempo, però, l'attenzione si è concentrata sui lavori della Conferenza intergovernativa che ha affrontato la questione in sede di revisione del Trattato ed è giunta finalmente ad una soluzione che ha eliminato il regime derogatorio previsto dall'art. 68 Tce: il nuovo Trattato di Lisbona, di conseguenza, allarga la disciplina del rinvio pregiudiziale a tutte le materie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Ciò ha portato ad un'accelerazione del processo di instaurazione della procedura di urgenza per le materie dell'ex Titolo IV, in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. A tal proposito, l'idea di creare una sorta di giudizio monitorio - pur costituendo astrattamente un'ipotesi interessante - è stata fortemente criticata per il rischio di non favorire la funzione di interpretazione uniforme e centralizzata cui il rinvio pregiudiziale è diretto. Ed invero, se l'ordinanza con la quale si chiudeva la prima fase del giudizio avrebbe sicuramente avuto effetto diretto sul giudizio *a quo* e indiretto (*stare decisis*) nei riguardi di tutti gli altri giudici, la sentenza di riesame rischiava di non poter più incidere efficacemente sul giudizio *a quo* (che nel frattempo era continuato e magari si era concluso sulla scorta della precedente statuizione), ma si sarebbe limitata ad avere degli effetti indiretti su tutti gli altri giudizi pendenti e su quelli futuri. Infatti, la prevista seconda fase del procedimento (quella del riesame) avrebbe seguito il normale iter procedimentale che comporta quindi tempi molti più lunghi per ottenere una decisione della Corte. In questo modo, si sarebbe rischiato di snaturare la funzione precipua del rinvio pregiudiziale, il cui obiettivo è garantire un dialogo diretto tra Corte di Giustizia e giudice nazionale, in modo tale da garantire a quest'ultimo un valido conforto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario. Così facendo, invece, la pronuncia definitiva della Corte avrebbe giovato paradossalmente a tutti gli altri

giudici, ma non a quello che ad essa si era rivolto, che nel frattempo aveva emesso una decisione sulla base di un'interpretazione della norma comunitaria, poi sconfessata dalla stessa Corte di Giustizia.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'attenzione si è concentrata su un modello a fase unica, ma con regole semplificate rispetto al procedimento ordinario. Ne è nata una nuova procedura di urgenza (in vigore dal 1 marzo 2008) dedicata esclusivamente ai rinvii riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed inserita nel regolamento di procedura della Corte all'articolo 104 ter⁹². L'attivazione della procedura di urgenza può essere richiesta dal giudice a quo (ed in questo caso è tenuto a giustificare le ragioni della richiesta) oppure può essere decisa direttamente dal presidente della Corte qualora ad un primo esame risulti necessario trattare la questione con particolare rapidità. La procedura di urgenza non è quindi automaticamente concessa ogniqualvolta si tratti di una questione riguardante le materie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma è rimessa in ultima analisi all'apprezzamento della Corte secondo le circostanze del caso. In ogni caso, la decisione viene adottata dopo aver ascoltato il parere dell'avvocato generale. La procedura di urgenza prevede un notevole snellimento delle attività processuali da compiere: le parti (nonché lo Stato membro da cui proviene il rinvio e le istituzioni secondo l'articolo 23 dello Statuto della Corte di Giustizia) possono presentare memorie e osservazioni scritte entro un termine fissato nella stessa ordinanza che decide l'applicazione del rito di urgenza⁹³. L'udienza è fissata in tempi brevi e l'avvocato generale presenta le proprie osservazioni oralmente, in camera di consiglio. E' interessante notare poi che la nuova procedura di urgenza, al fine di favorire ulteriormente il raggiungimento di una decisione in tempi brevi, prevede un ruolo particolarmente attivo del giudice *a quo*. Quest'ultimo, oltre ad essere tenuto – come da prassi e come da precise istruzioni della Corte - a formulare i quesiti interpretativi nella maniera più semplice e chiara possibile, è chiamato, *per quanto possibile*, ad avanzare delle proposte di soluzione ai quesiti da lui stesso posti. Si tratta di una disposizione del tutto inedita nei rinvii pregiudiziali ed è destinata ad aprire nuovi ed interessanti scenari nell'ambito del rapporto già intenso tra giudici nazionali e giudici comunitari.

⁹² La prima applicazione della nuova procedura di urgenza nel campo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha riguardato, peraltro, la materia matrimoniale. Si tratta del caso C-195/08, deciso dalla Corte con una sentenza del 11 luglio 2008, e riguardante l'applicazione del regolamento n. 2201/2003.

⁹³ In casi estremi, la sezione designata può addirittura ritenere non necessaria la fase integrativa degli scritti e procedere direttamente con l'udienza (articolo 104 ter, paragrafo 4).

4.2 (segue) La situazione del diritto di famiglia:

Il terzo (ma non meno importante) punto di discontinuità tra la disciplina degli atti comunitari e le misure di cooperazione giudiziaria civile riguarda la situazione del diritto di famiglia.

Come accennato in precedenza, il Trattato di Nizza ha sottoposto la sola materia della cooperazione giudiziaria civile (assieme alle misure in materia di asilo e di protezione temporanea dei sfollati) – e non le altre materie dell'ex titolo IV Tce - alla procedura di codecisione con voto a maggioranza qualificata, dando attuazione, sebbene parzialmente, a quanto previsto dall'ex art. 67 Tce, comma secondo, primo trattino. Tuttavia, lo stesso Trattato di Nizza ha previsto una sorta di eccezione all'eccezione, stabilendo che le misure in materia di diritto di famiglia dovessero ancora essere adottate con decisione del Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo. In questo modo, gli Stati membri hanno mantenuto un importante spazio di sovranità in un settore così delicato e dagli evidenti risvolti costituzionali. Questa scelta, sul piano comunitario, ha costituito almeno due significative conseguenze: da un lato, ha evidenziato un problema di deficit democratico in un settore che incide direttamente sui rapporti personali tra i cittadini comunitari⁹⁴, dall'altro ha senza dubbio indebolito o comunque rallentato l'azione comunitaria in questo settore, tenuto conto altresì dell'allargamento del numero degli Stati membri.

Ed invero, la cooperazione giudiziaria in materia di famiglia è un settore di cruciale importanza per la creazione di uno spazio giudiziario europeo. Già a partire dal Trattato di Maastricht, si avvertì l'esigenza di prevedere a livello comunitario uno strumento di cooperazione giudiziaria in materia familiare sul modello della Convenzione di Bruxelles del 1968 e della Convenzione di Lugano del 1988: queste ultime, aventi ad oggetto la materia civile e commerciale, escludono espressamente dal proprio campo di applicazione la materia familiare.

Un importante contributo in tal senso è stato fornito dal Gruppo Europeo di diritto internazionale privato (GEDIP) che elaborò nel 1993 una proposta di convenzione riguardante la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia familiare e in materia di successioni⁹⁵. La proposta rifletteva proprio l'intento di realizzare uno strumento che fosse complementare alla Convenzione di Bruxelles del 1968 (e di quella di Lugano del 1988) e che tenesse in debito conto le soluzioni in essa contenute. Si trattava, peraltro, di un progetto particolarmente ambizioso in quanto aveva ad oggetto l'intera materia matrimoniale (validità, forma,

⁹⁴ In tal senso, L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"* in RDIPP, 2004, pp. 63 e ss..

⁹⁵ Si tratta del cd. progetto di Heidelberg (30 settembre-2 ottobre 1993). Il testo della Convenzione è pubblicato in Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1993, pp. 841-845. Si può altresì consultare il sito del GEDIP, <http://www.drt.ucl.ac.bc/gedip>.

effetti personali, effetti patrimoniali, separazione, divorzio e filiazione) nonché le successioni⁹⁶.

Un più chiaro riconoscimento politico si ebbe in occasione delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999 in cui si auspicava l'adozione di procedure semplificate di riconoscimento ed esecuzione di determinate sentenze nel settore delle controversie familiari (in particolare, quelle relative alle prestazioni alimentari e al diritto di visita). Il progetto di programma del 2001⁹⁷ - che ha rappresentato il piano di attuazione del principio del riconoscimento reciproco invocato proprio a Tampere - è andato oltre delineando per il diritto di famiglia un programma ampio e ambizioso. Sottolineando come "sia necessario progredire soprattutto nel settore del diritto di famiglia", il progetto prevedeva la creazione di una serie di strumenti giuridici che, fase per fase, avrebbero disciplinato la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di scioglimento delle coppie, siano esse sposate o non, e dei relativi effetti patrimoniali e personali. L'obiettivo finale del programma era ottenere la soppressione per le suddette materie di qualsiasi procedura intermedia di riconoscimento ed esecuzione, in modo tale da permettere una libera circolazione delle sentenze emesse in uno Stato membro ed una conseguente maggiore tutela dei diritti dei cittadini comunitari anche al di fuori dei propri confini nazionali.

Sulla base di questo programma, molti sforzi sono stati compiuti dal legislatore comunitario che ha dapprima modificato il regolamento Bruxelles II, ampliando il suo campo di applicazione anche ai figli nati da coppie non sposate, al riconoscimento delle decisioni in materia di diritto di visita e di sottrazione internazionale dei minori, poi ha avanzato proposte legislative in materia di obbligazioni alimentari⁹⁸, di legge applicabile alla separazione, divorzio e annullamento del matrimonio⁹⁹. Recentemente, è stato altresì pubblicato un libro verde sulla competenza giurisdizionale,

⁹⁶ Il testo elaborato non ebbe alcun riscontro in ambito legislativo, ma l'importanza del lavoro svolto è stata giustamente sottolineata in dottrina: H.GAUDEMET TALLON, "Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", *Revue de droit International*, 2001, pp. 381-445, in particolare p. 383-384.

⁹⁷ Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, in G.U.C.E. C 12/1 del 15 gennaio 2001.

⁹⁸ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, COM (2005) 649 def. del 15 dicembre 2005.

⁹⁹ Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e che introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM def. (2006) 399.

riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e coppie non sposate¹⁰⁰.

Questa attività dimostra un continuo interesse per la cooperazione giudiziaria in materia di famiglia, tenuto conto del crescente numero delle coppie miste in Europa, effetto diretto della libera circolazione dei cittadini nel territorio comunitario. A tale interesse, però, non corrisponde ancora un quadro istituzionale tale da permettere il raggiungimento di risultati apprezzabili in ambito comunitario. Il caso della proposta di regolamento sulla legge applicabile alla separazione, al divorzio e all'annullamento del matrimonio (cd. Roma III) è emblematico in tal senso: la Commissione presentò tale proposta nel luglio 2006 ed il testo fu da subito discusso in sede consiliare dove incontrò le resistenze di numerosi Stati membri. Nonostante ciò, il Consiglio era riuscito ad elaborare un testo comune che aveva ricevuto l'unanimità dei consensi da parte degli Stati membri tranne uno, la Svezia, per cui il compromesso raggiunto risultava inaccettabile. In questo modo, il legislatore comunitario ha dovuto prendere atto dell'impossibilità di raggiungere l'unanimità richiesta dal Trattato ed ha rimandato a future occasioni l'adozione della suddetta proposta legislativa, la quale, peraltro, aveva fin da subito incassato l'*opting out* di Regno Unito e Irlanda.

In ogni caso, i tentativi di allineare la materia della famiglia agli altri settori della cooperazione giudiziaria civile non sono mancati: in effetti, già in occasione della conferenza intergovernativa incaricata di elaborare il progetto di Trattato Costituzionale si era discusso di sottoporre il diritto di famiglia alla procedura di codecisione, ma la proposta non ebbe seguito¹⁰¹ e, d'altronde, lo stesso Trattato Costituzionale non vide mai la luce.

Si è ritornato a parlare, poi, di questo tema nei lavori che hanno preceduto la firma del Trattato di Lisbona, ma, questa volta, con maggiore incisività. La soluzione contenuta nel nuovo testo primario, però, solo parzialmente rappresenta un passo in avanti rispetto alla situazione precedente: le misure in materia di diritto di famiglia rimangono assoggettate alle decisioni del Consiglio che delibera all'unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo, ma lo stesso Consiglio, su proposta della Commissione, "può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria" (articolo 81, comma terzo). Nell'adottare questa decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento Europeo.

¹⁰⁰ Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, COM (2006) 400 def. del 17 luglio 2006.

¹⁰¹ Il testo definitivo del Trattato Costituzionale stabiliva, infatti, all'articolo III, 269, par. 3 che "il ricorso alla procedura legislativa ordinaria per disciplinare gli aspetti del diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere è possibile solo sulla base di un atto del Consiglio adottato all'unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo.

In sostanza, attraverso questa norma passerella - che riecheggia da vicino l'art. 67, secondo comma, del Trattato di Amsterdam - è stata creata l'opportunità di trasferire talune misure del diritto di famiglia alla procedura ordinaria, senza necessariamente aspettare una nuova riforma del Trattato. Ovviamente, gli estensori del Trattato hanno precisato questa volta che il Consiglio *può* decidere di utilizzare la norma passerella, ma non è tenuto a farlo, ed, in ogni caso, la relativa decisione può riguardare singole misure da adottarsi e non l'intero settore del diritto di famiglia.

Qualora, poi, il Consiglio intenda utilizzare tale facoltà, dovrà informare previamente i parlamenti nazionali che possono opporsi entro sei mesi dalla relativa comunicazione: nel caso di opposizione anche di un solo parlamento nazionale, la decisione non potrà essere adottata. Quest'ultima disposizione, pur avendo avuto il merito di associare al procedimento decisionale i parlamenti nazionali - chiamati a pronunciarsi su un tema di indubbio rilievo interno - ha complicato ulteriormente la possibilità di vedere nel breve periodo un significativo miglioramento del livello di cooperazione tra gli Stati membri in materia di diritto di famiglia. In effetti, il passaggio alla procedura ordinaria è ora subordinato ad un doppio veto nazionale, posseduto sia dai governi che dai parlamenti nazionali, il ché, considerando l'allargamento dell'Unione Europea a ventisette Stati membri, non induce a pensare che la proposta possa raggiungere facilmente l'unanimità in entrambi i casi.

In più, come detto in precedenza, gli Stati membri sono particolarmente restii a cedere spazi di sovranità in questo campo, e tendono addirittura ad interpretare estensivamente la nozione di diritto di famiglia inclusa all'articolo 67, ultimo trattino. E' ciò che è successo in occasione della presentazione della proposta di regolamento sulla competenza giurisdizionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari¹⁰². Tale materia è intimamente connessa al diritto di famiglia, sebbene si risolva nel suo aspetto pratico in una prestazione di natura prettamente economica, dal che il suo collegamento con la materia civile *lato sensu* intesa. Ed invero, le obbligazioni alimentari rientrano nel campo di applicazione del regolamento Bruxelles I - avente ad oggetto la materia civile e commerciale - mentre sono escluse dal regolamento Bruxelles II bis, avente ad oggetto taluni aspetti del diritto di famiglia.

In considerazione della natura ibrida di questa materia, la Commissione ha presentato nel dicembre 2005¹⁰³ una comunicazione nella quale invitava il Consiglio ad applicare la procedura dell' ex. art. 251 (ora art. 294) per

¹⁰² Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, cit.

¹⁰³ Comunicazione della Commissione al Consiglio del 12 dicembre 2005, che invita il Consiglio a rendere l'articolo 251 del Trattato che istituisce la Comunità Europea applicabile alle misure adottate in virtù dell'articolo 65 del Trattato in materia di obbligazioni alimentari, COM (2005) 648.

l'adozione delle misure riguardanti le obbligazioni alimentari. In altre parole, la Commissione proponeva di utilizzare la norma passerella dell'art. 67, secondo comma, che permette il passaggio dalla procedura speciale (decisione del Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento Europeo) alla procedura (ormai) ordinaria di codecisione con voto del Consiglio a maggioranza qualificata. Tale proposta, tuttavia, ha trovato molte resistenze da parte degli Stati membri e, in definitiva, è stata ben lontana dal raggiungere l'unanimità richiesta, sicché il Consiglio ha ritenuto di procedere con la disciplina speciale dell'articolo 67, ultimo trattino.

Quanto avvenuto con il dossier delle obbligazioni alimentari si può ben presto riproporre per settori affini al diritto di famiglia, quali il diritto delle successioni, che peraltro rientra nell'agenda delle prossime iniziative del legislatore comunitario. In definitiva, l'utilizzo di una norma passerella nel campo del diritto di famiglia non sembra al momento di facile e rapida attuazione e la nuova previsione inserita nel Trattato di Lisbona rischia di rappresentare una norma senza possibilità concrete di applicazione.

5. Il regolamento n. 2201/2003: genesi ed obiettivi.

L'attuale disciplina comunitaria di conflitto in materia matrimoniale è il frutto di una "stratificazione" normativa avvenuta nel corso del tempo: a differenza della materia civile e commerciale, difatti, la materia matrimoniale non è stata disciplinata da alcun strumento comunitario di diritto internazionale privato fino alla fine degli anni Novanta. Ciò è dipeso fondamentalmente da due fattori: in primo luogo, tale materia non era considerata un settore direttamente funzionale agli obiettivi economici su cui si basava l'impostazione originaria del Trattato e, in secondo luogo, le differenze normative tra gli Stati membri in questo settore apparivano difficilmente superabili, così come sottolinea la relazione accompagnatrice della convenzione di Bruxelles del 1968¹⁰⁴. Solo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e l'inclusione della cooperazione giudiziaria civile tra le politiche dell'Unione Europea, è stato dato l'avvio ai lavori che hanno portato all'adozione nel 1998 del testo di una convenzione internazionale, stipulata sulla base dell'articolo K3 del trattato destinata ad affiancare la convenzione di Bruxelles del 1968 con uno strumento analogo che regolamentasse anche la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale (cd. convenzione Bruxelles II)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Relazione curata da P. Jenard, in G.U.C.E. C 59 del 5 marzo 1979, in particolare capitolo III, sezione IV, in cui sono spiegate le ragioni dell'esclusione di alcune materie dal campo di applicazione della convenzione.

¹⁰⁵ Convenzione adottata sulla base dell'art. K3 del trattato relativa alla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in G.U.C.E C 221 del 16 luglio 1998, p. 1-19. In dottrina, v. P.de VAREILLES-SOMMIERES, *La libre circulation des jugements rendus en matière matrimonial en*

L'obiettivo di questa convenzione era prevedere per la prima volta a livello comunitario un sistema di norme di conflitto in materia matrimoniale - e in generale familiare - che potesse facilitare l'integrazione dei cittadini comunitari non solamente da un punto di vista economico.¹⁰⁶ La convenzione è accompagnata da una relazione esplicativa che ne specifica per l'appunto gli obiettivi e indica i principali problemi affrontati in sede di negoziazione della stessa: questo testo rappresenta tuttora un'importante punto di riferimento sia in dottrina sia tra gli operatori giudiziari¹⁰⁷ per capire l'evoluzione del sistema comunitario riguardante le norme di conflitto in materia matrimoniale¹⁰⁸.

La convenzione del 1998, tuttavia, non è mai entrata in vigore in quanto nel frattempo il quadro politico-istituzionale dell'Unione Europea era rapidamente cambiato e il nuovo scenario delineato dal trattato di Amsterdam permetteva l'adozione di misure ben più efficaci nel campo della cooperazione giudiziaria civile. Di conseguenza, si preferì non procedere alla fase della ratifica della convenzione¹⁰⁹, ma si concentrò

Europe, Gazette du Palais, 17-18 octobre 1999, pp. 15 ss. ; H.GAUDEMET TALLON, *La convention de Bruxelles II: convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale*, Travaux du Comité Français de droit international privé, 1999 ; P. BEAUMONT-G.MOIR, *Brussels convention II: a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community*, ELR, 1995, pp. 268 ss. ; SUMAMPOUW, *Parental responsibility under Brussels II*, in *Private Law in the International Arena*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague, 2000, pp. 729-745; M. JANTERA-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: the 1998 European Union convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters (Brussels II convention)*, in *YPIL*, 1999, pp. 1-36. STURLESE, *Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la convention de Bruxelles II ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 2, 15 Janvier 1999, p. 74;

¹⁰⁶ Vale la pena, a tal proposito, riprendere le parole con cui si apre la relazione accompagnatrice della convenzione: «L'intégration européenne a été, à l'origine, un processus essentiellement économique et les instruments juridiques mis en place visaient donc à servir ce type d'intégration. De profonds changements sont toutefois intervenus au cours des dernières années et, à l'heure actuelle, l'intégration, au-delà de sa composante économique, affecte progressivement et de plus en plus profondément la vie des citoyens européens. (...) Il faut donc aborder les problèmes qui se posent en droit de la famille sous l'angle de l'intégration européenne ». Relazione che accompagna la convenzione a cura di A. BORRAS, in G.U.C.E C 221 del 16 luglio 1998, p. 27 e ss.

¹⁰⁷ Un esempio recente in tal senso è dato da Tribunale di Firenze, decreto del 20 maggio 2003, in *RDIPP* 2005, p. 737 ss. in tema di azioni giudiziarie rientranti nel campo di applicazione del regolamento n. 1347/2000: vedi anche Tribunal de première instance de Bruxelles, référé, 8.5.2002, in *Tidschrift*, 2005, n.1, p. 36, sul tema della nozione di residenza abituale.

¹⁰⁸ Le due principali limitazioni all'attuale apporto interpretativo della relazione sono costituite dalle modifiche intervenute in sede di trasformazione della convenzione in regolamento e dalle pronunce interpretative della Corte di Giustizia, competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'attuale sistema di norme di conflitto di questa materia. Sul punto vedi A.BORRAS, *From Brussels II to Brussels II bis and further*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (ed), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 4, nota 6.

¹⁰⁹ Peraltro, la convenzione prevedeva la possibilità per gli stati contraenti di dichiarare all'atto della ratifica l'intenzione di applicare immediatamente nei rapporti reciproci le

piuttosto l'attenzione sulla possibilità di trasferire il contenuto della convenzione in un atto comunitario e più precisamente in un regolamento, dotato di diretta applicabilità ed efficacia negli Stati membri¹¹⁰.

Non a caso, dopo neanche un mese dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il legislatore comunitario adottò unitamente ad altri due strumenti¹¹¹, il regolamento n. 1347/2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi¹¹². Il lavoro di trasposizione del contenuto della convenzione nell'atto comunitario non comportò particolari problemi redazionali, fatta eccezione per due punti: in primo luogo, occorre modificare alcune disposizioni contenute nella convenzione per adattare al nuovo (e diverso) strumento; in secondo luogo, il testo della convenzione del 1998 non teneva conto di alcune modifiche contemporaneamente intervenute nel sistema parallelo denominato

norme in essa contenute (art. 47, comma 4), senza aspettare necessariamente il deposito della quindicesima ratifica (regola generale dell'art. 47, comma 3).

¹¹⁰ Sul passaggio dal regime convenzionale al regime comunitario si veda S. DROUET, *La communautarisation de Bruxelles II, chronique d'une mutation juridique*, in Rev. Mar. Com. Un. Eur., 2001, 247.

¹¹¹ Si tratta del regolamento n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza in G.U.C.E. L 160 del 30.06.2000, p. 1 e ss., e il regolamento del 29 maggio 2000 n. 1348/2000 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, in G.U.C.E. del 30 giugno 2000, L 160 p. 37 e ss.

¹¹² Regolamento del Consiglio n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in G.U.C.E. L 160 del 30 giugno 2000, p. 19 e ss. Sul regolamento n. 1347/2000, numerosi sono i contributi in dottrina: A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2001, pp. 298-346; R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in Giust. Civ., 2002, II, pp. 455-469; F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Riv. Dir. Proc., 2001, pp. 376-408; S.M. CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, pp. 53-86; R. CONTI, *Il regolamento "Bruxelles II" in tema di cause matrimoniali*, in Fam. Dir., 2002, pp. 653-667; BRUNEAU, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne*, in Juris-Classeur Périodique, 2001, p. 801; B. STURLESE, *Les nouvelles règles du droit International privé européen du divorce*, ivi, pp. 241-248; A. BORRAS, *Le règlement n. 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, Petites Affiches, 2002, n. 248, pp. 12-19; B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le règlement dit « Bruxelles II bis »*, Rev. Crit. DIP, 2001, pp. 403-457; H.GAUDEMET TALLON, *"Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"*, Revue de droit international, 2001, pp. 381-445. M MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el reglamento Bruselas II*, S. SANCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO (ed), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 105-129; Mc ELEAVY, *The Brussels II regulation: how the European Community has moved into family law*, in ICLQ, 2002, p. 883 e ss..

Bruxelles I¹¹³, e più precisamente in occasione della conversione della convenzione del 1968 in strumento comunitario.

Di conseguenza, per garantire un maggior coordinamento tra i due sistemi, si preferì riprendere alcune delle soluzioni nel frattempo adottate in seno alle negoziazioni del futuro regolamento n. 44/2001: in particolare, in materia di litispendenza, il legislatore comunitario aveva corretto, su suggerimento della Corte di Giustizia, i meccanismi normativi per determinare l'effettiva pendenza di una causa presso un giudice nazionale¹¹⁴. Peraltro, il regolamento n. 1347/2000, presto ribattezzato nel gergo degli addetti ai lavori "Bruxelles II", fu adottato, peraltro, mediante la regola dell'unanimità, trattandosi di uno strumento in materia di diritto di famiglia. Ciò non comportò particolari difficoltà in sede di negoziazione avendo gli Stati membri firmato una convenzione dal contenuto sostanzialmente analogo appena due anni prima.

Tuttavia, il regolamento Bruxelles II, che entrò in vigore il 1° marzo 2001, dimostrò, fin dalle sue prime applicazioni pratiche, di essere uno strumento incompleto e non capace di favorire realmente la libera circolazione delle persone nel territorio comunitario. In particolare, il regolamento si dimostrava carente nella parte relativa alla disciplina della responsabilità genitoriale, regolamentando la competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni relative ai soli figli comuni dei coniugi, con esclusione pertanto dei figli nati al di fuori del contesto matrimoniale. Tale esclusione appariva ben presto incompatibile con l'obiettivo del rafforzamento del principio della libera circolazione dei cittadini comunitari, attraverso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹⁵.

A ben vedere, infatti, il regolamento distingueva due categorie di figli, "legittimando"¹¹⁶ in buona sostanza solo quelli nati all'interno del matrimonio: per tutte le decisioni riguardanti i figli nati fuori del matrimonio, invece, il relativo riconoscimento nell'area comunitaria restava subordinato alle procedure (ed ai limiti) previste dalle norme nazionali, con tutte le differenze che esse prevedono. Tale differenza di trattamento appariva ancor più pericolosa se si tiene conto che all'epoca dell'adozione del regolamento n. 1347/2000, il fenomeno delle unioni civili registrate (in

¹¹³ A ben vedere, la relazione Borrás al punto 52 sottolinea come il profilo della litispendenza sia stato uno degli argomenti discussi fino all'ultimo momento nell'ambito delle negoziazioni, in quanto la Corte di Giustizia si era già pronunciata sulla necessità di apportare dei miglioramenti al sistema della litispendenza in seno alla convenzione di Bruxelles del 1968.

¹¹⁴ Articolo 30 del regolamento n. 44/2001, ripreso quasi integralmente dal regolamento n. 1347/2000.

¹¹⁵ Il considerando n. 1 del regolamento n. 1347/2000 recitava così: "Gli Stati membri si prefiggono di conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e di giustizia, nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone. Al fine di realizzare tale spazio la Comunità deve adottare, tra l'altro, nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, i provvedimenti necessari al buon funzionamento del mercato interno".

¹¹⁶ Il termine utilizzato non è casuale, essendo evidente il riferimento a quella differenza tra filiazione legittima e filiazione illegittima ormai scomparsa nell'ordinamento italiano, ma che paradossalmente si è ripresentata in chiave comunitaria.

tutte le sue forme e caratteristiche) era in progressivo aumento, riproponendo la comunione di interessi e di progetti (ivi compresi la prole) tipica del matrimonio attraverso un modello familiare ad esso alternativo¹¹⁷.

A tale carenza, si aggiunse poi la necessità – già sottolineata dal Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999 – di allargare il campo di applicazione del principio del mutuo riconoscimento anche alle decisioni in materia di diritto di visita. Non a caso, subito dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1347/2000, la Francia presentò una proposta di abrogazione della procedura di exequatur per le decisioni in materia di esercizio del diritto di visita transfrontaliera nei confronti dei minori di 16 anni¹¹⁸.

Preso atto delle carenze “strutturali” del neonato regolamento¹¹⁹ e della necessità di allargare il suo campo di applicazione, la Commissione avanzò nel settembre 2001 una prima proposta di modifica dello strumento normativo per far rientrare tutti i procedimenti civili relativi ai minori non compresi nel regolamento n. 1347/2000¹²⁰. Nell'elaborare tale proposta, la Commissione si richiamò più o meno direttamente al testo della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di potestà dei genitori e di misure per la tutela dei minori¹²¹.

L'ingresso di nuove norme relative alla cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in materia di protezione dei minori, nonché l'esigenza di tradurre in atto legislativo la proposta delineata dalla Francia in materia di diritto di visita, portarono la Commissione a presentare nel 2002 una nuova e diversa proposta normativa che sintetizzasse tutte le modifiche al regolamento Bruxelles II ritenute necessarie¹²². Sulla base di quest'ultima proposta, è stato adottato il regolamento n. 2201/2003¹²³, ribattezzato ben presto Bruxelles II bis, per sottolineare la differenza sostanziale con il precedente

¹¹⁷ Ciò è ancora più sorprendente se si considera che la stessa relazione che accompagna la convenzione del 1998 fissa quale obiettivo l'introduzione di regole moderne e uniformi in materia di giurisdizione matrimoniale (punto 12). Sulla mancanza di “modernità” del regolamento Bruxelles II, v. B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion...*, cit. p. 408.

¹¹⁸ Iniziativa della Repubblica francese in vista dell'adozione del regolamento del Consiglio relativo all'esecuzione reciproca delle decisioni in materia di visita ai figli minori, in G.U.C.E. del 15 agosto C 234, p. 7 ss.

¹¹⁹ La dottrina, peraltro, non era stata morbida nel commentare il regolamento n. 1347/2000: H. GAUDEMET-TALLON, “*Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentales des enfants communs*”, in *Journal de Droit International* 2001, p. 429, definì il suddetto regolamento « un'opera perfettibile ».

¹²⁰ Proposta del 6 settembre 2001 di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di potestà dei genitori, COM (2001) 505 def.

¹²¹ Il testo della convenzione è riprodotto in RDIPP, 1996, p. 918 e ss.

¹²² COM 2002 (222) def., in G.U.C.E. 27 agosto 2002, C 203, p. 155 e ss

¹²³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento n. 1347/2000, in G.U.C.E. del 23 dicembre 2003, L 338, p. 1.

regolamento che veniva conseguentemente abrogato dopo appena due anni di vita.

Il regolamento n. 2201/2003 è entrato in vigore il 1 agosto 2004, ma la data di applicazione è stata posticipata al 1 marzo 2005. Tale scelta è stata dettata fondamentalmente da due motivi: in primo luogo, occorre tenere conto dell'adesione dei dieci nuovi Stati membri che alla data del 1 maggio 2004 sono entrati a far parte dell'Unione Europea e che hanno dovuto immediatamente recepire le modifiche dettate dal nuovo regolamento comunitario. In secondo luogo, il regolamento Bruxelles II bis conteneva molteplici novità soprattutto con riferimento ai meccanismi di cooperazione giudiziaria interstatale in materia di sottrazione internazionale dei minori. Ciò presupponeva un adeguato periodo di tempo anche per gli anziani Stati membri per implementare la normativa comunitaria all'interno dei rispettivi ordinamenti¹²⁴.

In ogni caso, dal 1 marzo 2005 il regolamento n. 2201/2003 si applica in tutto il territorio comunitario (tranne la Danimarca).

6. Il campo di applicazione della disciplina comunitaria: a) *ratione materiae*.

L'articolo 1 del regolamento n. 2201/2003, rubricato "ambito di applicazione", delimita il raggio di azione delle norme di conflitto comunitarie alle materie civili relative al divorzio, alla separazione e all'annullamento del matrimonio (a) nonché all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale (b). La norma appena citata distingue in maniera netta le due anime del regolamento Bruxelles II bis, concepito originariamente come strumento normativo dedicato esclusivamente alle questioni riguardanti il matrimonio e che nel corso del tempo ha inglobato in sé anche tutti gli aspetti relativi alla responsabilità genitoriale, nonché taluni aspetti più propriamente di cooperazione giudiziaria internazionale.

Ed in effetti, già in occasione delle negoziazioni della Convenzione del 1998 relativa alla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, si pose il problema di includere all'interno del campo di applicazione dello strumento le questioni riguardanti per l'appunto la

¹²⁴ E' tuttavia interessante notare come questa prassi di differenziare la data di entrata in vigore del regolamento e quella della sua effettiva applicazione sia diventata una vera e propria regola nell'ambito degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile. Prima del regolamento n. 2201/2003, infatti, ciò era successo solo una volta in occasione dell'adozione del regolamento n. 1206/2001, in materia di assunzione delle prove, la cui data di applicazione (1 gennaio 2004) era stata posticipata rispetto alla data di entrata in vigore (1 luglio 2001). Tutti i più recenti regolamenti comunitari (regolamento n. 805/2004, n. 1896/2006, n. 861/2007, n. 864/2007, n. 1393/2007), invece, possiedono questa caratteristica. Resta inteso che il regolamento è immediatamente obbligatorio in tutto il territorio comunitario alla data della sua entrata in vigore. Di conseguenza, a partire da tale data gli Stati membri sono tenuti ad implementare, ove necessario, la normativa comunitaria o comunque devono porre in essere tutte quelle attività legislative o amministrative per consentire l'applicazione interna dello strumento nel momento in cui questo diventerà applicabile all'interno delle strutture giudiziarie nazionali.

responsabilità genitoriale, in quanto quest'ultime sono trattate in alcuni Stati membri unitamente alle procedure matrimoniali, mentre in altri sono oggetto di procedure distinte.¹²⁵

Gli estensori della convenzione optarono per l'inclusione di tali procedimenti nel testo della convenzione, sebbene limitatamente alle questioni riguardanti i figli di entrambi i coniugi¹²⁶. Da quel momento in poi, nell'evoluzione del sistema "Bruxelles II" i due settori sono rimasti strettamente connessi l'uno all'altro e sono stati disciplinati nello stesso strumento normativo. Ed invero il regolamento n. 1347/2000, che ha ripreso il testo della Convenzione del 1998, manteneva questa sorta di "dualismo" riservando l'applicazione delle norme comunitarie ai procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio, da un lato e, dall'altro, ai procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori¹²⁷ sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale. Questo rapporto si è ancor più intensificato in occasione dell'abrogazione del regolamento n. 1347/2000, sostituito dal regolamento n. 2201/2003, il quale ha esteso il proprio raggio di azione a tutte le fattispecie riguardanti la responsabilità genitoriale, indipendentemente dall'esistenza, alla base, di un vincolo matrimoniale.

In questo modo, il sistema "Bruxelles II" si è definitivamente affrancato dall'idea originaria di disciplinare esclusivamente i rapporti matrimoniali, disciplinando al contempo anche l'insieme dei diritti e degli obblighi

¹²⁵ La relazione accompagnatoria della convenzione, cd. relazione Borrás, in G.U.C.E. del 16 luglio 1998, C 221/27, sottolinea che la decisione di includere o meno nel campo di applicazione le procedure e quindi le decisioni relative alla responsabilità genitoriale ha rappresentato la scelta *la plus complexe* che gli estensori della Convenzione hanno dovuto affrontare essendo uno dei punti di maggiore disaccordo tra gli Stati membri (punto 23).

¹²⁶ La stessa convenzione, d'altronde, faceva salva l'opportunità per gli Stati contraenti di prevedere nelle rispettive legislazioni nazionali i medesimi criteri di collegamento previsti dal testo convenzionale anche per quanto riguarda le questioni riguardanti i figli nati non in costanza di matrimonio (punto 25 della relazione accompagnatoria della convenzione, cit).

¹²⁷ Il termine "potestà genitoriale" adottato dal regolamento n. 1347/2000, rispecchia maggiormente, dal punto di vista terminologico, l'insieme delle situazioni giuridiche che caratterizzano il rapporto tra genitore e figlio: sotto questo punto di vista il passaggio al termine "responsabilità genitoriale" contenuto nel regolamento n. 2201/2003 può destare *prima facie* qualche dubbio sul suo contenuto e ciò in quanto tale termine rappresenta sostanzialmente un neologismo per la nostra tradizione giuridica (e non solo nella nostra, v. J.C. WIWINIUS, *L'impact et l'application du règlement Bruxelles II bis en Grand Duché de Luxembourg*, K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (ed), Brussels II bis its impact and application in the member states, cit., p. 202 e *ibidem*, R. FARRUGIA, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Malta*, p. 207.). In realtà, la scelta di adottare il termine "responsabilità genitoriale" è stata dettata dalla necessità di esprimere un concetto più ampio di quello di potestà genitoriale che ricomprendesse ad esempio la tutela, la curatela o l'affidamento del minore in un istituto. Sul punto vedi G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, p. 991 e ss, in particolare p. 1002, nota 34 e R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, da P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, p. 163 e ss.

derivanti dal rapporto di filiazione ivi compresi il diritto di visita e gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

Più precisamente, il concetto di responsabilità genitoriale è stato specificato all'articolo 1, comma secondo, ove si sottolinea che esso comprende “il diritto di visita e di affidamento, la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi, la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentano o lo assistano, la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore”.

Il regolamento n. 2201/2003 è quindi diventato una sorta di contenitore giuridico dalle dimensioni ben più grandi e ambiziose - per vastità di oggetto e di obiettivi - rispetto al regolamento n. 44/2001 di cui rappresenta l'alter ego, per l'appunto, con riferimento alla materia familiare¹²⁸. L'attuale configurazione del regolamento Bruxelles II bis ha in qualche modo legittimato i rilievi mossi da chi fin dall'inizio riteneva necessario separare i due settori principali – vicende matrimoniali e vicende relative alla responsabilità genitoriale – e destinarli a due strumenti normativi differenti¹²⁹, ovvero disciplinare in sede comunitaria solo le prime, in quanto le seconde erano già oggetto di strumenti convenzionali applicabili in tutto il territorio comunitario¹³⁰.

¹²⁸ Sul punto, non siamo d'accordo con F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, RDIPP, 2006, p. 63 e ss, in particolare p. 65, il quale ricostruisce, in via generale, il rapporto tra il regolamento Bruxelles I e il Bruxelles II in termini di normativa generale e speciale: ed in effetti, al di là delle diverse interpretazioni sull'articolazione dei due strumenti in alcuni punti (su cui *infra*), definire il regolamento Bruxelles II come normativa “speciale” rispetto al Bruxelles I rischia di non dare il giusto risalto alle potenzialità dello strumento familiare, con riferimento sia alle nuove e diverse applicazioni di quest'ultimo, sia all'impatto che esso può avere sulle legislazioni nazionali.

¹²⁹ La vicenda risale alle negoziazioni della convenzione del 1998 in cui si avanzò la proposta di disciplinare separatamente aspetti matrimoniali e aspetti relativi alla filiazione, ma tale soluzione non fu presa in considerazione, vedi relazione accompagnatoria Borrás, cit. punto 23. Tale scelta è stata poi oggetto di qualche rimorso da parte degli stessi estensori della Convenzione, allorché il regolamento n. 2201/2003 ha allargato sensibilmente il campo di applicazione originariamente confinato alla materia matrimoniale, estendendolo alle fattispecie di responsabilità genitoriale indipendentemente dall'esistenza di un vincolo coniugale. Scrive A. BORRÁS “si une unification des règles de responsabilité parentale s'avère convenable, il faudrait finalement donner la raison à une délégation d'un Etat membre qui, pendant la négociation de « Bruxelles II », avait toujours proposé de traiter cette question dans un texte séparé. Il n'est pas judicieux d'imaginer qu'il serait possible d'avoir un règlement sur les litiges matrimoniaux qui réglerait en même temps la responsabilité parentale, liée ou non au litige matrimonial, et en tenant compte du fait que les parents ne seront pas nécessairement mariés », *Le règlement n. 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, Petites Affiches n. 248 del 12 dicembre 2002, p.12.

¹³⁰ Scrive JÄNTERÄ-JAREBORG : « The adoption of a separate set of Community rules has a certain air of ridicule or at least arrogance since the Hague Conference of Private International Law – where all the EU Member States are members – adopted a Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children as recent as 1996 », *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels*

Tali rilievi sono destinati ad accentuarsi se il regolamento Bruxelles II bis includerà un giorno anche il profilo relativo alla legge applicabile: non a caso, il Comitato economico e sociale, nel suo parere sulla proposta di regolamento “Roma III”, non ha mancato di sottolineare che per una maggiore chiarezza complessiva del diritto applicabile sarebbe opportuno dedicare tutti gli aspetti internazionalprivatistici riguardanti le coppie non sposate ad un apposito regolamento¹³¹.

In realtà, l’attuale testo del regolamento, pur contenendo diverse regole di competenza giurisdizionale e di procedure di riconoscimento a seconda del settore trattato (domande di separazione, divorzio e annullamento da un lato, domande in materia di responsabilità genitoriale, diritto di visita e trasferimento illecito del minore dall’altro), nonché norme sulla cooperazione tra autorità amministrative, mantiene una sua organicità e una sua struttura ben definita, inserita in un testo che conta un numero di articoli (settantadue), peraltro minore a quanti ne contiene il regolamento n. 44/2001 (settantasei).

Come detto, il suo campo di applicazione comprende i procedimenti di divorzio, separazione e annullamento del matrimonio.

Tale definizione dovrebbe ricomprendere sia i casi in cui il procedimento di divorzio sia stato introdotto con una domanda congiunta - così come espressamente specificato dall’articolo 3, lett. a), quarto trattino - sia i casi in cui la domanda di divorzio sia stata introdotta da un solo coniuge e sia stata accettata dall’altro. Entrambe le ipotesi si riferiscono alla categoria del cd. divorzio per mutuo consenso, e si caratterizzano in base al momento e alle modalità in cui il consenso viene, per l’appunto, raggiunto. Alcuni Stati membri conoscono entrambi gli istituti, mentre altri conoscono solo l’ipotesi del divorzio cd. accettato, come nel caso della Repubblica Ceca¹³²: ciò dovrebbe impedire, secondo un’interpretazione letterale, il funzionamento del titolo giurisdizionale dell’art. 3, lett. a), quarto trattino, che si riferisce ai soli casi di “domanda congiunta” e non include, pur avendolo potuto fare, l’ipotesi in cui il consenso viene accordato, sebbene in un momento successivo.

Con riferimento, invece, ai procedimenti di annullamento del matrimonio, essi dovrebbero ricomprendere, in generale, tutti i procedimenti di invalidità del matrimonio per assenza delle condizioni formali e sostanziali dello

II bis regulation and its planned amendments, in YPIL, IV, 2002, p. 67 e ss e in particolare p. 72. Nello stesso senso, M. SUMAMPOUW, *Parental responsibility under Brussels II*, in (eds) J. BASEDOW e altri, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification (Liber Amicorum Kurt Siehr)*, 2000, pp. 729-745, in particolare p. 745. Su posizioni solo inizialmente analoghe, TH. M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and International legislation*, in NILR, 2002, p. 335.

¹³¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo del 13 dicembre 2006, in G.U.C.E., C-325 del 30 dicembre 2006, pp. 71-72, in particolare il punto 1.3.

¹³² V. M.PAUKNEROVA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in the Czech Republic*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...cit.*, p. 69 e ss, in particolare p. 77.

stesso, secondo la relativa legge nazionale applicabile: sul punto occorre evidenziare che alcuni Stati membri¹³³ conoscono oltre all'azione di annullamento del matrimonio (*matrimonium nullum*) una differente procedura avente ad oggetto la dichiarazione di non esistenza dello stesso (*non matrimonium*).

I motivi alla base di questa seconda azione coincidono sostanzialmente con quelli che legittimano un'azione di annullamento e, d'altronde, la relativa decisione ha il medesimo effetto di porre nel nulla il matrimonio e cioè di travolgere gli effetti da esso prodotti. Ne deriva che anche le decisioni relative a queste azioni possono essere oggetto della disciplina comunitaria ed essere regolate dalle medesime norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento: diversamente si rischierebbe di trattare in modo differente delle domande aventi il medesimo oggetto, per il solo motivo che esse siano fondate su dei motivi differenti in virtù della relativa legge nazionale.

Nella nozione di procedimenti civili di scioglimento del matrimonio, vi rientrano, in generale, anche “gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva” in uno Stato membro, nonché “gli accordi conclusi dinanzi ad un giudice in corso di giudizio ed esecutivi nello Stato membro d'origine” (art. 13, comma 3, del regolamento). Saranno quindi inclusi nell'oggetto del regolamento gli accordi conclusi dai coniugi e omologati dal giudice nel quadro di una procedura di separazione consensuale qual è prevista dall'art. 158 del codice civile italiano.

Non sono ricomprese invece le fattispecie relative alle cause del divorzio (come, ad esempio, l'addebito della separazione previsto in Italia dall'art. 151 c.c.) e agli effetti personali (come l'utilizzazione del nome) e patrimoniali prodotti dal vincolo matrimoniale.

Ne deriva che il regolamento opera una netta distinzione tra il procedimento di scioglimento del vincolo matrimoniale e gli altri provvedimenti (cd. accessori) che normalmente sono adottati in quella sede. Per determinare la giurisdizione internazionale in ordine a quest'ultime vicende sarà quindi necessario fare riferimento alle norme nazionali di diritto internazionale privato che, però, possono portare a dei risultati divergenti: di conseguenza un giudice nazionale potrebbe risultare competente a pronunciarsi su una domanda di divorzio in base ai criteri comunitari di giurisdizione, ma non avrebbe la possibilità di statuire sulla divisione dei beni patrimoniali in quanto le norme nazionali indicano la giurisdizione di un differente giudice¹³⁴ (o addirittura viceversa, la giurisdizione potrebbe risultare solo

¹³³ E' il caso della Polonia e della Slovacchia su cui rispettivamente A. KOZAKIEWICZ, *The impact and application of Brussels II bis regulation in Poland*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...* cit. p. 237 e ss. in particolare p. 242 e M. HATAPKA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Slovakia*, *ibidem*, p. 247 e ss, in particolare p. 250.

¹³⁴ Ciò è ad esempio possibile in Spagna, B. AÑOVEROS, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Spain*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...* cit., p. 279 e ss. oppure in Inghilterra e Scozia, P. McELEVY, *The communitarization of divorce rules: what impact for English and*

con riferimento alla vicenda accessoria, ma non per quella principale). In alcuni casi, poi, la scelta del legislatore sembra portare a dei risultati illogici e paradossali, escludendo ad esempio che un giudice nazionale, competente a pronunciare un divorzio, non possa conoscere delle cause relative al divorzio medesimo.

Per questa ragione lo “*splitting up*” operato dal sistema “Bruxelles II” è stato fortemente criticato in dottrina¹³⁵ in quanto rischia di creare nella pratica una situazione di incertezza giuridica e di incoraggiare fenomeni di forum shopping. Ed invero, nelle vicende riguardanti lo scioglimento del matrimonio l’attore è normalmente tentato di rivolgersi ad un foro piuttosto che ad un altro per l’esigenza di ottenere una pronuncia di divorzio più favorevole sfruttando le differenze esistenti tra le legislazioni nazionali. Ciò significa che il coniuge sarà attratto verso il foro che possa garantirgli una pronuncia di scioglimento del matrimonio nel più breve tempo possibile e soprattutto alle condizioni economiche a lui più favorevoli. Se questo foro non dovesse coincidere necessariamente con quello in cui è pendente il procedimento di divorzio in base alle regole comunitarie, il coniuge potrebbe non esitare a rivolgersi al giudice di un altro paese per le sole domande riguardanti le vicende patrimoniali con effetti, in linea teorica, differenti.

Ovviamente, il beneficio di rivolgersi al tribunale più favorevole dipenderà, nel caso concreto, dai costi che comporta l’instaurazione di due procedure parallele in due diversi Stati membri: ad ogni modo, il rischio di un *forum shopping* sistematico potrà essere evitato solo allorquando il legislatore comunitario estenderà il campo di applicazione del sistema Bruxelles II

Scottish law?, in ICLQ, 2004, p. 605 e ss. in particolare p. 627. In Belgio, invece, la sostanziale coincidenza tra i criteri nazionali di giurisdizione (artt. 5 e 42 del *Code de droit International privé* adottato nel 2004) e quelli comunitari fa sì che non sorgano particolari problemi di coordinamento tra le due discipline. In Italia, il giudice investito di una domanda di divorzio dovrebbe ugualmente pronunciarsi sugli effetti patrimoniali dello stesso e ciò sia in virtù del foro speciale alternativo dell’articolo 32 della L. 218/1995 (cittadinanza italiana di uno dei due coniugi, ovvero matrimonio celebrato in Italia) sia in ragione dei criteri generali (domicilio o residenza del convenuto in Italia ovvero, in mancanza, il *forum actoris* dell’articolo 18, comma 2, c.p.c.).

¹³⁵ P.McELEVAY, *The communitarization...*, cit. p. 630, auspica che le differenze tra il regime nazionale e quello comunitario non siano utilizzate al solo scopo di sfruttare la debolezza di quest’ultimo: ciononostante “*that should in no way be regarded as absolving the Community institutions and the Member States for what is further evidence of the precipitous manner in which family initiatives are being managed*”. V. anche H.G. TALLON, *Le règlement n. 1347/2000...*, cit. p. 427; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000*, in AAVV, *Mundialización y Familia*, Madrid, 2001, pp. 213-239 e *Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito*, in A. L. CALVO CARAVACA –CASTELLANOS RUIZ, *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 213 -227; A. FONT I SEGURA, *El progresivo avance del derecho comunitario en material de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis*, *Revista Española de derecho internacional*, 2004, p. 273 e ss.; A.DEVERS, *L’articulation du règlement “Bruxelles II bis” et des autres règlements communautaires*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p.123 e ss., in particolare p. 129 e ss. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis »*, *ibidem*, p. 53 e ss, in particolare p. 56-58.

anche agli aspetti riguardanti gli effetti patrimoniali (e personali) del matrimonio, con evidente beneficio per il funzionamento del mercato interno¹³⁶.

Tuttavia, tale prospettiva non sembra ancora attuabile, almeno nel breve raggio: ne è riprova il fatto che al libro verde del 2006 sull'armonizzazione delle norme di conflitto (compresa la giurisdizione) in materia di regimi patrimoniali tra coniugi¹³⁷ non è ancora seguita alcuna proposta legislativa da parte della Commissione.

Nel frattempo, spetterà ai giudici nazionali il difficile compito di individuare e scoraggiare i tentativi di forum shopping, dichiarandosi competenti - ove possibile e per ragioni di opportunità sostanziale e processuale - per entrambi i tipi di domande¹³⁸ ovvero rinunciando alla propria competenza qualora appaia evidente che la sola ragione per cui sono stati aditi sia rappresentata dalla previsione di un migliore risultato sostanziale¹³⁹.

Infine, il regolamento n. 2201/2003 si applica ai procedimenti di scioglimento del matrimonio, *indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale* che ha emesso la decisione (art.1). Ed in effetti, vi sono alcuni Stati membri in cui la decisione di scioglimento del vincolo coniugale non passa necessariamente attraverso la decisione di un organo giurisdizionale¹⁴⁰: è il caso, ad esempio, della Finlandia¹⁴¹, in cui il

¹³⁶ Non sembra convincere infatti la tesi di R.BARATTA, *Lo scioglimento...*, cit., p. 155, per cui tali misure non sono state incluse nel campo di applicazione del regolamento Bruxelles II bis, a causa del collegamento ininfluenza con il mercato interno: se è vero, infatti, in via generale, che la materia matrimoniale rispetto alla materia commerciale è caratterizzata da un collegamento più tenue con l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno (ma cionondimeno tale legame esiste e giustifica l'adozione di misure comunitarie in questo settore), gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio hanno un'indubbia incidenza sugli spostamenti dei cittadini comunitari all'interno del territorio dell'Unione.

¹³⁷ Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, cit.

¹³⁸ Vedi infra Tribunale di Firenze, 20 maggio 2003. Sulla necessità che il problema dello *splitting up* delle procedure sia risolto nella pratica attraverso decisioni ragionevoli dei giudici nazionali concorda S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis. Bilan provisoire et perspectives de réforme*, in A.A.V.V. Espace Judiciaire européen: acquis et enjeux futurs en matière civile, 2007, p. 58.

¹³⁹ Un esempio in tal senso è fornito da Court of Appeal, 4 febbraio 2003, *Wermuth v. Wermuth*, in RDIPP, 2003, p. 280. Nel caso di specie, una coppia di coniugi formata da cittadini tedeschi era entrata in crisi e mentre il marito si era rivolto ad un giudice tedesco per ottenere il divorzio, la moglie aveva adito un giudice nel Regno Unito (dove la coppia possedeva delle abitazioni) chiedendo il divorzio, ma anche un assegno di mantenimento. La domanda giudiziaria della moglie era però successiva a quella del marito, sicché il giudice Thorpe L.J. osservò: "We must not take or be seen to take opportunities for usurping the function of the judge in the other member state. Once another jurisdiction is demonstrated to be apparently first seised, this jurisdiction must defer, by holding itself in waiting in case that apparent priority should be disproved or declined. Second one of the primary objectives of the convention is to simplify jurisdictional rules and to eliminate expensive and superfluous litigation." Vedi anche Court of Appeal, 16 marzo 2006, *Prazic v. Weston Prazic*, in EWCA civ. 2006, 497.

¹⁴⁰ La relazione Borrás, cit., punto 20, cita il caso della Danimarca che tuttavia non aderisce al regolamento n. 2201/2003.

procedimento di divorzio si svolge innanzi ad un'autorità amministrativa che dichiara il divorzio dopo un periodo di appena sei mesi¹⁴² dalla domanda di uno dei due coniugi (o da entrambi)¹⁴³. L'esempio della Finlandia (e di altri paesi scandinavi) contribuisce, peraltro, ad alimentare il dibattito nei paesi europei più tradizionalisti sulla possibilità che le decisioni di scioglimento del matrimonio non siano pronunciate esclusivamente da organi giurisdizionali, almeno in presenza di talune circostanze come l'accordo dei coniugi (divorzio consensuale)¹⁴⁴.

In ogni caso, sia che il divorzio sia pronunciato da un giudice, sia che esso sia accertato da un notaio o da un'autorità amministrativa, il regolamento n. 2201/2003 è molto chiaro nello stabilire che rientrano nel campo di applicazione le decisioni emesse da un giudice o da un soggetto "titolare di competenze equivalenti" a quelle del giudice nelle materie oggetto del regolamento medesimo (articolo 2)¹⁴⁵.

Con riferimento, invece, ai procedimenti in materia di responsabilità genitoriale inclusi nel campo di applicazione del regolamento n. 2201/2003, occorre ricordare che una delle critiche più diffuse rivolte al regolamento n. 1347/2000 era stata di non essere sufficientemente chiaro e preciso sul punto¹⁴⁶. Ed in effetti, l'espressione "procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale" si prestava a qualche interpretazione divergente soprattutto per quanto riguarda il contenuto della nozione di potestà genitoriale.

L'allargamento del regolamento Bruxelles II bis anche alle vicende relative ai figli nati fuori dal matrimonio ha rappresentato l'occasione per ridefinire in maniera più precisa il campo di applicazione delle norme comunitarie in questa materia. L'articolo 1 del regolamento n. 2201/2003, lettera b),

¹⁴¹ M.HELIN, *The impact and the application of Brussels II bis in Finland*, da BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...*, cit., p. 91 e ss.

¹⁴² Tale periodo non è da considerarsi tecnicamente alla stregua della separazione legale (peraltro non prevista dal diritto finlandese) con conseguente attenuazione del vincolo coniugale. La legge parla invece di "periodo di riflessione", durante il quale i coniugi riflettono sull'opportunità o meno di proseguire con l'azione di divorzio. Scaduti i sei mesi (e non oltre un anno complessivo dalla domanda iniziale), il coniuge che ha inoltrato la domanda iniziale dovrà rinnovare la propria richiesta affinché la procedura si perfezioni.

¹⁴³ Peraltro, la Finlandia e la Svezia sono gli unici paesi comunitari a conoscere il divorzio come solo mezzo di scioglimento del vincolo matrimoniale, non essendo previsto l'annullamento del matrimonio (né la separazione legale come mezzo di attenuazione del vincolo medesimo).

¹⁴⁴ In Francia, ad esempio, vi è un ampio dibattito sulla possibilità di "degiurisdizionalizzare" la procedura di divorzio su richiesta congiunta, affidando la funzione di controllo formale sulla volontà dei coniugi al notaio e non più al giudice. Nei Paesi Bassi la proposta legislativa del 2005 sull'introduzione del divorzio amministrativo non ha superato l'esame del Parlamento: v. sul punto, P.M.M. MOSTERMANS, *The impact...*, cit. p. 220.

¹⁴⁵ Vedi anche la relazione Borrás, punto n. 20.

¹⁴⁶ Da ultimo, A. GALIZIA DANOVI, *L'applicazione dei regolamenti "Bruxelles II" e "Bruxelles II bis" nella giurisprudenza italiana*, S. BARIATTI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III: atti del convegno Milano 24 febbraio 2006*, p.77 e ss, in particolare p. 84.

prevede che la disciplina comunitaria si applica ai procedimenti civili riguardanti l'attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

Con una tecnica legislativa sicuramente da apprezzare, il paragrafo 2 specifica il contenuto del concetto di responsabilità genitoriale che ricomprende, *in particolare*, il diritto di affidamento e il diritto di visita, la tutela, la curatela e in generale “i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore” (articolo 3, n. 7) La lista del paragrafo 2, ben inteso, non è da ritenersi esaustiva¹⁴⁷, in quanto rappresenta solo un'elencazione degli istituti che normalmente caratterizzano la responsabilità genitoriale. D'altronde, gli ordinamenti statali adottano modelli differenti di tutela e di rappresentanza degli interessi del minore e un'elencazione tassativa di tutti gli istituti nazionali non avrebbe certamente contribuito a favorire la comprensione del testo.

In ogni caso, tali procedimenti devono avere natura civile come specificato dall'articolo 1: su questo punto, il regolamento non è molto chiaro, in quanto la materia della responsabilità genitoriale in alcuni Stati membri è regolata da disposizioni (e quindi da procedure) di diritto pubblico e non di diritto privato¹⁴⁸.

La Corte di Giustizia è intervenuta sul punto in una delle prime pronunce riguardanti il regolamento Bruxelles II bis, interpellata da un tribunale amministrativo della Finlandia¹⁴⁹. La vicenda riguardava una decisione di revoca della patria potestà¹⁵⁰ e di collocamento di minori in una famiglia affidataria da parte di un Tribunale svedese. Le autorità svedesi avevano chiesto l'esecuzione di tale decisione alle rispettive autorità della Finlandia, dove nel frattempo i minori erano stati trasferiti dalla madre, destinataria del provvedimento di revoca. Tuttavia, i provvedimenti di revoca della patria potestà in Finlandia rientrano nell'ambito del diritto pubblico e non nell'ambito delle *materie civili*, il che impediva evidentemente di ricorrere al regime comunitario per l'esecuzione della decisione.

¹⁴⁷ Lo si ricava dall'utilizzo dell'espressione “in particolare”, che, da un punto di vista della tecnica legislativa, sottolinea il carattere non esaustivo di un'elencazione. V. anche G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario...*, cit., p. 1003.

¹⁴⁸ V. A. FONT I SEGURA, *El progresivo...*, cit. p. 279 e ss. Vedi anche F.JAULT, *La notion de “responsabilité parentale”*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, cit. p. 157 e ss, in particolare p. 165.

¹⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 27 novembre 2007, in causa C-435/06, C, in *Raccolta* 2001, I-10141.

¹⁵⁰ Nella traduzione in italiano della sentenza si rende il termine svedese indicante la decisione di revoca con l'espressione “presa a carico” (probabilmente più vicino al testo francese “prise en charge”) con l'intento di esprimere oltre all'effetto della revoca dei poteri derivanti dalla patria potestà, anche la conseguente assunzione degli stessi da parte dello Stato. Nel testo però abbiamo preferito utilizzare l'espressione più chiara e comprensibile di “revoca della patria potestà” che in ogni caso presuppone anche il trasferimento dei diritti (e dei doveri) dal titolare della patria potestà a favore dello Stato.

La Corte di Giustizia ha innanzitutto confermato il carattere non esaustivo dell'elenco dell'articolo 1, paragrafo 2 del regolamento, che in effetti non ricomprende espressamente le decisioni del tipo di quelle dei tribunali svedesi, ma che nondimeno rientrano nel campo di applicazione dello strumento in quanto incidono sui rapporti giuridici tra il titolare della responsabilità genitoriale e il minore¹⁵¹. Inoltre, pur essendo decisioni che attengono alla sfera del diritto pubblico in un determinato ordinamento, esse sono in ogni caso rilevanti per l'applicazione *rationae materiae* delle norme comunitarie: diversamente sarebbe pregiudicato l'obiettivo stesso del regolamento comunitario di creare un regime di libera circolazione delle decisioni nel territorio comunitario, in particolar modo in un terreno così delicato e sensibile come il riconoscimento delle decisioni riguardanti la sfera del minore¹⁵².

In altre parole, la Corte ha interpretato la nozione di "materia civile" contenuta all'articolo 1 in maniera autonoma, basandosi sull'oggetto e sullo scopo del regolamento stesso, adattando quel metodo esegetico già sovente utilizzato per l'interpretazione della convenzione di Bruxelles del 1968 e del regolamento Bruxelles I¹⁵³.

La prima utilizzazione di questo metodo a proposito del regolamento Bruxelles II bis va valutata, peraltro, con particolare favore. Tale approccio, difatti, ha contribuito in maniera rilevante all'efficacia del sistema "Bruxelles I" e ne ha rappresentato uno degli elementi di maggiore interesse per lo sviluppo di un autonomo sistema di diritto internazionale privato: la sua trasposizione anche al neonato sistema "Bruxelles II" potrà quindi costituire un'importante garanzia per lo sviluppo delle norme comunitarie di conflitto in materia matrimoniale e, più in generale, familiare.

b) *Ratione temporis*.

Il legislatore comunitario ha dovuto elaborare una disciplina non semplice riguardante il campo di applicazione *ratione temporis* del regolamento Bruxelles II bis: la difficoltà principale è stata rappresentata dal coordinamento tra l'ambito applicativo del regolamento n. 2201/2003 e quello del regolamento n. 1347/2000 che, a sua volta, conteneva delle disposizioni transitorie per regolare il transito dalla disciplina nazionale di conflitto a quella comunitaria.

L'approccio del legislatore del 2003 è stato caratterizzato dall'obiettivo di far confluire il numero più vasto di fattispecie nel campo di applicazione del nuovo regolamento comunitario, che estende la disciplina del riconoscimento automatico anche a settori non coperti dal regolamento del 2000. Tale obiettivo è stato realizzato attraverso una normativa complessa

¹⁵¹ Punti da 27 a 33 della sentenza cit.

¹⁵² V. in particolare punto. 45 della sentenza cit.

¹⁵³ Punti 39 e 40 della sentenza cit.

destinata a disciplinare in maniera quasi esaustiva il transito delle fattispecie dal campo di applicazione del precedente regolamento a quello attuale.

Si distinguono essenzialmente tre casi: la prima ipotesi fa riferimento alle azioni proposte (nonché agli atti pubblici e agli accordi tra le parti conclusi) successivamente alla data di applicazione del regolamento n. 2201/2003, e cioè il 1 marzo 2005 (articolo 64, comma 1). Per queste decisioni, *nulla quaestio* sull'applicabilità del regime dello strumento Bruxelles II bis.

Sono sottoposte al nuovo regime anche le decisioni emesse dopo il 1 marzo 2005, ma promosse sulla base di azioni proposte prima di tale data e dopo il 1 marzo 2001, data di entrata in vigore del regolamento n. 1347/2000 e sempre a condizione che la decisione si sia fondata su un titolo giurisdizionale conforme a quelli previsti o dallo stesso regolamento n. 2201/2003 o dal regolamento n. 1347/2000, ovvero da una convenzione internazionale in vigore tra lo stato di origine della sentenza e lo stato in cui si intende effettuare il riconoscimento (articolo 64, comma 2). In questo caso, quindi, l'estensione del nuovo regime è subordinato a tre condizioni: in primo luogo, la decisione deve essere intervenuta dopo il 1 marzo 2005; in secondo luogo, l'azione deve essere stata promossa quando il regolamento n. 1347/2000 era già in vigore¹⁵⁴. Infine, la decisione deve fondarsi su un titolo giurisdizionale "riconosciuto" dal "sistema Bruxelles II": il riferimento è evidentemente rivolto ai titoli giurisdizionali nazionali che si applicano in via residuale in entrambi i regolamenti¹⁵⁵.

Vi è poi un terza ipotesi: il legislatore comunitario, infatti, apre le porte del nuovo regolamento anche alle decisioni intervenute prima dell'entrata in vigore dello stesso, sulla base di azioni promosse successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento n. 1347/2000 (articolo 64, comma 3). In quest'ultimo caso, però, il "recupero" delle precedenti fattispecie è limitato alle sole vicende di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio ovvero alle cause relative alla responsabilità genitoriale sui figli di *entrambi* i coniugi. Ne deriva che, dato il collegamento temporale troppo tenue tra tali fattispecie e il nuovo regolamento comunitario, quest'ultimo risulterà applicabile limitatamente alle sole vicende già contemplate dal precedente strumento.

¹⁵⁴ In altre parole, il legislatore comunitario opera una sorta di *fictio iuris*, equiparando il regolamento Bruxelles II al Bruxelles II bis in modo tale da permettere alle fattispecie sorte durante il regime del primo di essere regolate direttamente dal secondo.

¹⁵⁵ Un'interessante applicazione di questo regime transitorio si è avuta nella richiamata sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2007, in causa C-435/06 (in particolare, v. punti da 67 a 77 della sentenza): in quel caso, infatti, la decisione di revoca della patria potestà del tribunale svedese era stata adottata il 3 marzo 2005, quindi appena due giorni dopo l'applicazione del regolamento, sebbene il relativo procedimento era stato promosso nel 2004 quando il regolamento Bruxelles II era già in vigore. Restava allora da rispettare l'ultima condizione, quella relativa al foro giurisdizionale: anche in quel caso, la Corte ha ritenuto applicabile il nuovo regolamento, in quanto la giurisdizione del tribunale svedese si fondava sulla residenza abituale dei minori al momento della domanda, titolo giurisdizionale adottato anche dal regolamento n. 2201/2003.

Come si vede, il complesso regime transitorio – che si è cercato di descrivere nella maniera più semplice possibile¹⁵⁶ – è il diretto risultato della “stratificazione” normativa che il settore matrimoniale, e più in generale, quello familiare, ha conosciuto negli ultimi anni. Ovviamente, la rilevanza di tali norme è destinata a scomparire nel corso degli anni, man mano che le vecchie cause ricadenti ancora nel precedente strumento normativo diminuiranno e, infine, scompariranno. Tuttavia, allo stato, il regime transitorio riveste ancora un’importanza notevole nel campo di applicazione del regolamento e, *a contrariis*, sembra addirittura non riuscire a coprire neanche tutte le fattispecie collegate (seppur tenuamente) ai due regolamenti comunitari. Ed invero, dalle prime applicazioni pratiche della normativa comunitaria, sono risultate escluse quelle cause matrimoniali iniziate prima del 1 marzo 2001, data di entrata in vigore del regolamento n. 1347/2000, ma conclusesi dopo il 1 marzo 2005 e cioè successivamente alla data di applicazione del regolamento n. 2201/2003¹⁵⁷. Si tratta, ben inteso, di alcuni casi limitati, che però sembrano far emergere una lacuna legislativa nel regime transitorio appena descritto. Difatti, tali tipi di fattispecie conservano un collegamento temporale con il regolamento del 2003 (la decisione emessa dopo l’applicazione dello stesso) certamente non meno rilevante di quello che possiedono le ipotesi di decisioni emesse prima dell’applicazione di quest’ultimo e dopo l’entrata in vigore del regolamento del 2000 (la seconda ipotesi del regime transitorio).

Ciononostante, stando ad una interpretazione letterale dell’art. 64 del regolamento n. 2201/2003, queste fattispecie non potrebbero beneficiare del regime esteso di libera circolazione delle decisioni dell’ultimo strumento comunitario, ma solo di quello del regolamento n. 1347/2000: il regime transitorio di questo strumento ammette le azioni proposte prima della sua entrata in vigore a condizione che la relativa decisione intervenga successivamente a tale data (articolo 42). In assenza di una pronuncia interpretativa della Corte, si dovrebbe ritenere che proprio la *ratio* complessiva dei regimi transitori previsti nei regolamenti Bruxelles II e II bis, nonché l’obiettivo stesso di questi due strumenti, possa ammettere una lettura *praeter legem* dell’articolo 64 del regolamento n. 2201/2003 onde far rientrare nel campo di applicazione *ratione temporis* di quest’ultimo anche le fattispecie descritte¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Per una rappresentazione schematica del regime transitorio del regolamento Bruxelles II bis si consiglia di consultare la guida pratica elaborata dalla Commissione (v. nota 297) ed in particolare le pp. 5 e ss.

¹⁵⁷ La questione è stata sollevata al Comitato di diritto civile presso il Consiglio dalla delegazione tedesca con riferimento ad alcuni casi nazionali, in cui era sorto il dubbio sull’applicazione per l’appunto del regolamento Bruxelles II bis a tali tipi di fattispecie.

¹⁵⁸ D’altronde, il regolamento Bruxelles II bis sembra aver esercitato una certa influenza sui giudici nazionali anche prima della sua entrata in vigore: è interessante a questo proposito fare riferimento ad una sentenza della Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 1 giugno 2004, in REDI, 2005, I, p. 364. Si trattava, nel caso di specie, di un appello contro una decisione di primo grado che assegnava la custodia dei figli al padre spagnolo, in quanto la madre, dopo aver ottenuto in un primo momento la custodia, si era

Ulteriore problema, poi, è rappresentato dall'applicazione delle norme comunitarie nei paesi che sono entrati a far parte dell'Unione Europea a partire dal 1 gennaio 2007: il regolamento, infatti, non prevede nulla a proposito (e ciò in quanto, evidentemente, non è stato ritenuto necessario modificare il testo per includervi una specifica disciplina transitoria), sicché occorre ricostruire in via interpretativa l'applicazione temporale del Bruxelles II bis ai nuovi paesi comunitari. Sul punto, ovviamente, occorre partire da un dato fondamentale e cioè dalla data di adesione dei nuovi paesi all'Unione Europea, avvenuta il 1 gennaio 2007, che si sovrappone idealmente – e limitatamente a Romania e Bulgaria - alla data di entrata in vigore, *rectius* di applicazione del regolamento comunitario prevista all'articolo 72 del medesimo e cioè il 1 marzo 2005¹⁵⁹. A questo punto, però, occorre stabilire la disciplina dei procedimenti sorti precedentemente alla data del 1 gennaio 2007, ma sfociati successivamente a tale data in una decisione giudiziaria: la ratio complessiva del regime transitorio delineato dall'articolo 64 dovrebbe suggerire l'applicazione analogica delle regole in esso contenute e quindi permettere anche a tali tipi di procedimenti di confluire nella disciplina comunitaria, fermo restando il limite rappresentato dalla sussistenza di un foro giurisdizionale conforme a quelli dettati dalle norme comunitarie¹⁶⁰. Una siffatta interpretazione, d'altronde, sarebbe in linea con l'obiettivo generale del regolamento di favorire la libera circolazione delle decisioni nel territorio comunitario, nonché con lo scopo del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria all'Unione Europea. Resta infine da osservare che il regime transitorio del regolamento Bruxelles II bis va interpretato in base al principio della *perpetuatio fori*: in altre parole, il momento determinante per l'individuazione della disciplina applicabile coincide con l'introduzione della domanda introduttiva del giudizio di primo grado, e non l'eventuale domanda in sede di appello o di

immediatamente trasferita dalla Spagna (dove viveva la coppia) in Germania (suo paese di origine), negando di fatto la possibilità al padre di poter esercitare il diritto di visita. La Audiencia Provincial, pur non potendo applicare il regolamento n. 2201/2003 – all'epoca adottato, ma non ancora entrato in vigore – ha invocato nella sua decisione di conferma della decisione di primo grado proprio le soluzioni adottate dal regolamento Bruxelles II bis in materia di diritto di visita e di sottrazione internazionale dei minori, con particolare riferimento alla competenza giurisdizionale dei tribunali spagnoli. Per un esempio simile riguardante il regolamento n. 1347/2000, v. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.7.2003, n. 1036/2001, inedita, ma riprodotta sul sito <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia> oppure Corte Suprema spagnola, 24.10.2007, riprodotta in ILQ, 2008, p. 447, in particolare punti da 35 a 39.

¹⁵⁹ Diversamente, infatti, si arriverebbe alla conclusione paradossale che tutte le decisioni emesse nei due nuovi paesi comunitari a partire dal 1 marzo 2005 possano rientrare nel campo di applicazione del Bruxelles II bis.

¹⁶⁰ Tale soluzione è stata adottata dalla English Court of Appeal, nel caso *AD v. CD*, in una sentenza del 12 dicembre 2007 e pubblicata in ILQ, 2008, p. 107, in particolare v. il punto 40.

altro mezzo di gravame interno che non costituisca un procedimento nuovo, bensì un ideale prolungamento del giudizio di primo grado¹⁶¹.

7.L'articolazione del regolamento con le convenzioni internazionali multilaterali in materia familiare.

Il regolamento Bruxelles II bis è stato adottato quando era già presente, nel contesto internazionale, una serie di convenzioni di diritto internazionale privato adottate per la maggior parte in seno alla Conferenza dell'Aja¹⁶²: per questa ragione, il legislatore comunitario ha cercato di operare un corretto allineamento con le norme internazionali già esistenti, sostituendosi, in linea di principio, a queste ultime nei rapporti reciproci tra gli Stati membri e lasciando inalterato il loro campo di applicazione nei rapporti tra i singoli Stati membri e gli Stati terzi¹⁶³.

Questa è stata la soluzione adottata, ad esempio, per la convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori¹⁶⁴, ovvero della convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento¹⁶⁵. Per

¹⁶¹ Sul punto, si segnala la pronuncia di segno contrario della Corte di Appello dell'Aja del 17 luglio 2002, in NILR, 2003, p. 77 in una causa riguardante l'ambito di applicazione *ratione temporis* del regolamento Bruxelles II. Nel caso di specie i giudici olandesi hanno ritenuto di applicare la disciplina comunitaria sulla giurisdizione anche ad un giudizio cominciato prima del 1 marzo 2001, ma la cui fase in appello era iniziata successivamente a tale data. V. P.M.M. MOSTERMANS, *The impact...*, cit. p. 225.

¹⁶² Per un'ampia disamina sul rapporto tra il regolamento comunitario e le convenzioni internazionali in materia familiare stipulate in seno alla Conferenza dell'Aja, si rinvia a A. ARMSTRONG, *L'articulation des règlements communautaires et des conventions de la Haye*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, cit., p. 111 e ss. Per un interessante parallelo sul diverso approccio riguardante i meccanismi di progettazione ed adozione degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile, P. Mc ELEAVY, *First steps in the communitarisation of family law: too much haste, too little reflection?*, in K. BOELE-WOELKI (ed), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, 2003, p. 508 e ss., il quale conclude suggerendo al legislatore comunitario di sfruttare maggiormente le tecniche di negoziazione e l'esperienza maturata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e di adottare, in definitiva, un approccio più prudente e riflessivo nell'elaborazione delle proposte legislative.

¹⁶³ Peraltro, occorre aggiungere che la regola della "prevalenza" del diritto comunitario sulle convenzioni internazionali esistenti in materia è stata fortemente criticata da parte della dottrina (in particolare, H. G. TALLON, *Le règlement n. 1347/2000 ...*, cit., p. 423) in quanto il diritto comunitario, pur sostituendosi al diritto nazionale in virtù del principio del primato, non ha la forza giuridica di incidere sulle fonti di diritto internazionale pattizio. Sul punto, la Commissione nella proposta legislativa del futuro regolamento n. 1347/2000 (COM (1999) 220 def. p. 29) si è limitata a richiamare il principio del primato del diritto comunitario, non specificando ulteriormente.

¹⁶⁴ Il testo della convenzione è reperibile sul sito della Conferenza dell'Aja (www.hcch.net): la convenzione è entrata in vigore il 4 febbraio 1969 ed è stata ratificata da undici paesi membri dell'Unione Europea, tra cui l'Italia.

¹⁶⁵ Il testo della convenzione è consultabile sul sito <http://conventions.coe.int>. La convenzione, elaborata in seno al Consiglio d'Europa, è stata ratificata in Italia con la legge 15 gennaio 1994, n. 64, in Gazz. Uff., 29 gennaio 1994, n. 23 ed è entrata in vigore il 1° giugno 1995. Per un commento sul rapporto tra il sistema Bruxelles II e la convenzione, M.

entrambe l'articolo 60 del regolamento n. 2201/2003 stabilisce la regola della prevalenza delle norme comunitarie su quelle convenzionali nei rapporti tra gli Stati membri, nella misura in cui queste ultime disciplinano i medesimi aspetti regolati dallo strumento comunitario¹⁶⁶.

In alcuni casi poi il regolamento non sostituisce interamente il testo convenzionale nei rapporti tra gli Stati membri, ma si limita a riprendere le soluzioni in esso contenute e ad integrarle: è il caso della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹⁶⁷, che pur risultando formalmente tra le convenzioni che cedono alle regole comunitarie in virtù dell'articolo 60, continuerà a disciplinare i rapporti tra gli Stati membri, oltre che tra questi e gli Stati terzi. L'articolo 11, primo comma, del regolamento, infatti, richiama espressamente la disciplina contenuta nella convenzione che tuttavia è integrata, *rectius* derogata, dalle regole contenute nei comma da due a otto del medesimo articolo. Le modifiche riguardano sostanzialmente, la competenza e le procedure per assicurare il ritorno del minore in seguito a trasferimento illecito e la possibilità per quest'ultimo di essere ascoltato nella procedura. In questo modo, il regolamento adotta un approccio più flessibile, privilegiando un sistema normativo internazionale già esistente e sperimentato sia all'interno del territorio comunitario sia al di fuori di esso, ma cercando al contempo di migliorarne i meccanismi di cooperazione e di renderlo, in definitiva, più efficace¹⁶⁸.

Discorso differente, invece, vale per la convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di potestà dei genitori e di misure per la tutela dei minori¹⁶⁹. La convenzione, da cui il sistema "Bruxelles II" riprende quasi integralmente le soluzioni, è stata immediatamente firmata dai Paesi Bassi nel 1997: tutti gli altri Stati membri, invece, hanno firmato solo in seguito ad una decisione

C. BARUFFI, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Conv. Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTORARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, 2006, P. 1440 e ss.

¹⁶⁶ Ovviamente, le regole di coordinamento riguardano solo quegli strumenti convenzionali che hanno ad oggetto aspetti disciplinati anche parzialmente dalle norme comunitarie: di conseguenza non sono prese in considerazione quelle convenzioni internazionali che, pur riguardando in generale il diritto di famiglia, hanno sostanzialmente un oggetto differente dal regolamento comunitario, come ad esempio la convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione interstatale in materia di adozione (testo reperibile sul sito della Conferenza dell'Aja, www.hcch.net).

¹⁶⁷ Il testo della convenzione è reperibile sul sito della Conferenza dell'Aja (www.hcch.net). La convenzione è stata ratificata da settantacinque paesi in tutto il mondo compresi, ovviamente, tutti i paesi membri dell'Unione Europea.

¹⁶⁸ Per un commento ai principali spunti innovativi del regolamento comunitario rispetto al regime convenzionale, M. C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 1342 e ss.

¹⁶⁹ Il testo della convenzione è riprodotto in RDIPP, 1996, p. 918 e ss. In dottrina, v. P. PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, *ivi*, p. 705 e ss.

del Consiglio che li ha espressamente autorizzati¹⁷⁰ e ciò in quanto nel frattempo era intervenuto il legislatore comunitario nella stessa materia esercitando quella determinata competenza e determinando quindi la necessità che le successive iniziative dei singoli Stati non fossero in contrasto con gli atti comunitari già adottati, in virtù del noto filone giurisprudenziale AETR¹⁷¹.

In questo caso, il regolamento ha scelto una posizione intermedia tra le due già esaminate, limitando l'applicazione delle norme comunitarie sulla giurisdizione tra gli Stati membri nel caso in cui il minore abbia la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro – mentre il campo di applicazione del regime comunitario è potenzialmente esteso anche a minori residenti in paesi terzi – ma garantendo al contempo l'utilizzazione del regime di libera circolazione delle decisioni anche nel caso in cui il minore risieda abitualmente nel territorio di uno Stato non membro (ma parte della convenzione). A tal proposito, infatti, gli Stati membri hanno presentato all'atto della firma della convenzione una dichiarazione con la quale si impegnano ad applicare anche alle decisioni provenienti dai paesi non UE, ma parti della convenzione, il regime (più favorevole) di libera circolazione delle decisioni previsto dal diritto comunitario¹⁷².

¹⁷⁰ In realtà le decisioni di autorizzazione del Consiglio sono state due: la prima decisione del 19 dicembre 2002 (Decisione del Consiglio, 2003/93/CE, che autorizza gli Stati membri a firmare, nell'interesse della Comunità, la convenzione dell'Aia del 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, in G.U.U.E. del 21 febbraio 2003, L 48, p. 1 e ss.) ha riguardato solo la firma della convenzione. In tale occasione, il Consiglio e la Commissione avevano concordato che alla decisione avrebbe fatto seguito una proposta della Commissione di decisione del Consiglio che autorizzasse gli Stati membri a ratificare la convenzione, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità, in tempo utile. Sulla necessità di questa ulteriore autorizzazione, v. la posizione molto critica di A. BORRAS, n P. PICONE (a cura di) *Il diritto internazionale privato e diritto comunitario e rapporti con stati terzi*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., p. 466. Di conseguenza, in seguito alla proposta della Commissione del 17 giugno 2003 (Proposta di decisione del Consiglio che autorizza gli Stati membri a ratificare la Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure per la protezione dei minori, ovvero ad aderirvi nell'interesse della Comunità europea, COM (2003) def. 348), il Consiglio ha autorizzato anche la ratifica della Convenzione (Decisione del Consiglio, 2008/431/CE, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario). Attualmente, la Convenzione è in vigore in sei paesi non UE (Albania, Australia, Ecuador, Marocco, Monaco e Ucraina) e otto paesi UE (Bulgaria, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia e Slovenia). Avrebbe auspicato una più rapida ed ampia adesione alla convenzione S. ARMSTRONG, *L'articulation...*, cit., p. 121, per permettere un migliore sincronismo tra la normativa convenzionale e quella comunitaria.

¹⁷¹ Si tratta del filone giurisprudenziale nato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 31 marzo 1971, in causa C- 22/70, in *Raccolta* 1971 p. 263.

¹⁷² Peraltro, anche la Danimarca, che non è vincolata al regolamento Bruxelles II, ha firmato la convenzione in seguito alla decisione di autorizzazione del Consiglio ed ha contestualmente depositato la menzionata dichiarazione, la quale, quindi, potrebbe avere

In materia matrimoniale, invece, i principali strumenti internazionali di cui sono parte gli Stati membri e che disciplinano aspetti già coperti dal regolamento, sono rappresentati dalla convenzione del Lussemburgo dell'8 settembre 1967 avente ad oggetto il riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale e la convenzione dell'Aja del 1 giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali¹⁷³.

In entrambi i casi, le regole comunitarie sostituiscono quelle convenzionali nei rapporti tra gli Stati membri, in virtù del dettato dell'articolo 60¹⁷⁴.

La convenzione dell'Aja del 1970, in particolare, ha rappresentato lo strumento principale di cooperazione giudiziaria in materia matrimoniale a livello internazionale ed anche a livello europeo. Essa è infatti caratterizzata dalla duplice caratteristica di regolare sia il riconoscimento delle decisioni di divorzio e separazione sia la competenza giurisdizionale, sebbene quest'ultimo profilo non sia disciplinato direttamente, ma solo in relazione all'aspetto del riconoscimento delle sentenze straniere (cd. competenza indiretta). Ciononostante, il sistema di riconoscimento da esso previsto contiene delle soluzioni già avanzate, abolendo il controllo sul merito della decisione (articolo 6, comma 3) e non subordinando il riconoscimento al rispetto delle regole di conflitto dello stato di ricezione del provvedimento straniero (articolo 6, comma 1 e 2), fatta eccezione per le sentenze di divorzio tra due coniugi esclusivamente cittadini di stati che non ammettono il divorzio (articolo 7).

Il regolamento n. 2201/2003 ha, dunque, adottato un approccio particolarmente pragmatico nel coordinare le (nuove) regole di conflitto comunitarie con quelle già esistenti negli strumenti di diritto internazionale convenzionale in vigore negli Stati membri. Più precisamente, il legislatore comunitario ha, in alcuni casi, previsto la prevalenza della norma internazionale con quella comunitaria, con una scelta che lascia qualche dubbio sotto il profilo della compatibilità con i principi del diritto internazionale¹⁷⁵. In altri casi, poi, ha lasciato invariata l'efficacia della

effetto solo nell'eventualità in cui la Danimarca aderisse in futuro al regolamento n. 2201/2003, così come d'altronde ha fatto per il regolamento n. 44/2001 e n. 1348/2000.

¹⁷³ Il testo della convenzione è reperibile in PICONE e FOCARELLI (a cura di), Codice del diritto internazionale privato, Napoli, 1996, p. 553. Per il testo francese, v. POCAR, TREVES, CLERICI, Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale, 1999, p. 14 e ss. La convenzione è entrata in vigore il 24 agosto 1975 ed è stata ratificata da 17 paesi, di cui 13 membri dell'UE.

¹⁷⁴ La convenzione dell'Aja del 1970, di contro, continuerà ad essere applicabile in Danimarca che non è vincolata dal regolamento Bruxelles II bis.

¹⁷⁵ Ed invero, una norma comunitaria non ha il potere di prevedere la sua prevalenza rispetto ad una norma internazionale pattizia. Secondo i principi del diritto internazionale, una norma di diritto internazionale convenzionale può essere sostituita all'interno dell'ordinamento nazionale solo da una successiva norma internazionale dello stesso rango (o di rango superiore), fatta salva la responsabilità dello Stato nei confronti degli Stati partecipanti alla prima convenzione, in caso di difformità degli obblighi nascenti dai due strumenti internazionali. A conferma di ciò, l'articolo 307 del Trattato CE non prevede un meccanismo di prevalenza degli obblighi derivanti dal Trattato rispetto agli obblighi previsti dagli accordi convenzionali conclusi dagli Stati membri precedentemente

norma internazionale pattizia, limitandosi ad operare delle integrazioni o delle modifiche, sempre limitatamente ai rapporti reciproci tra gli Stati membri.

Il problema del coordinamento ha riguardato soprattutto le convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell'Aja: ed invero, i rapporti tra quest'ultima e l'Unione Europea si sono particolarmente intensificati nel corso degli ultimi anni, per via dell'acquisizione di competenze dirette dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato e, più in generale, della cooperazione giudiziaria.

Ciò ha portato recentemente all'adesione dell'Unione alla Conferenza dell'Aja e all'apertura di una nuova fase nel coordinamento tra i rispettivi strumenti normativi. Ed invero, alla luce di tale adesione, il legislatore comunitario tende a coordinare la propria attività legislativa con quella parallelamente elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja al fine di giungere a strumenti normativi che siano complementari tra di loro. E' ciò che è successo con il recente regolamento comunitario in materia di obbligazioni alimentari in cui il legislatore comunitario non ha disciplinato la parte relativa alla legge applicabile, poiché era oggetto di parallele negoziazioni in seno alla Conferenza dell'Aja. In questo modo, il regolamento comunitario n. 4/2009 ha rinviato con riferimento al profilo della legge applicabile al protocollo firmato all'Aja nel novembre 2007, di guisa che lo strumento comunitario sarà integrato nella parte relativa alla legge applicabile dal relativo strumento di diritto internazionale pattizio.

Questo nuovo metodo di coordinamento ha, da un lato, il pregio di fondere i due strumenti e coordinare le norme internazionali con quelle comunitarie, dall'altro rischia di creare non pochi disagi dal punto di vista pratico: in primo luogo, infatti, si può creare un problema di reperibilità della norma, essendo l'operatore giudiziario costretto ad individuare la disciplina di conflitto applicabile all'interno di diverse fonti normative – fonte comunitaria e fonte internazionale; in secondo luogo, l'operatore giudiziario dovrà affrontare un problema di qualificazione ed interpretazione delle norme di conflitto e ciò in quanto quest'ultime possono ricevere un'interpretazione comunitaria che non necessariamente potrà valere per le norme di conflitto internazionali.

all'entrata in vigore del Trattato, ma semplicemente un obbligo (di mezzi) degli Stati membri ad eliminare le eventuali incompatibilità tra i due strumenti. A questo punto si potrebbe interpretare la regola della "prevalenza" dettata dal legislatore comunitario come una sorta denuncia *sui generis* degli Stati membri sulla non applicazione – nei rapporti reciproci - della norma internazionale pattizia e di applicazione in luogo di quest'ultima della norma comunitaria. In questo modo, nel caso in cui la norma comunitaria fosse abrogata, tornerebbe ad essere applicata la norma internazionale pattizia anche nei rapporti reciproci tra gli Stati membri per effetto del fenomeno di ritrazione della norma comunitaria. La compatibilità del "metodo comunitario" con gli schemi classici di successione delle norme internazionali e di responsabilità degli Stati per violazione del diritto internazionale pattizia non è però per nulla pacifica, soprattutto nei casi di convenzioni multilaterali di cui sono parti Stati terzi.

Queste valutazioni troveranno, in ogni caso, un'eventuale conferma solo una volta che sarà possibile apprezzare concretamente gli effetti del nuovo metodo di coordinamento tra l'Unione Europea e la Conferenza dell'Aja.

Un'ultima annotazione va svolta, infine, per la convenzione del 6 febbraio 1931 tra Svezia, Finlandia, Islanda, Norvegia e appunto Danimarca (la cd. convenzione tra i paesi nordici) contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela (nonché il relativo protocollo finale)¹⁷⁶. La Svezia e Finlandia (gli unici due paesi, tra quelli parte della convenzione, vincolati dal regolamento Bruxelles II bis) hanno conservato la possibilità di continuare ad applicare tale convenzione nei loro rapporti reciproci (nonché nei riguardi degli altri Stati contraenti) in virtù della espressa facoltà prevista dall'articolo 59, comma 2, del regolamento¹⁷⁷.

La suddetta convenzione, infatti, come il regolamento Bruxelles II bis ha un carattere doppio e quindi regola sia gli aspetti riguardanti la competenza giurisdizionale sia quelli sul riconoscimento delle relative decisioni. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, la convenzione tra i paesi nordici prevede un regime di libera circolazione delle sentenze in materia familiare molto simile a quello previsto dal sistema comunitario: per questa ragione, già in occasione della negoziazione della convenzione del 1998, si decise di mantenere questo regime parallelo, che garantiva un livello di cooperazione più stretto tra alcuni Stati membri¹⁷⁸. Tale soluzione è stata poi confermata anche nelle successive evoluzioni del sistema Bruxelles II: tuttavia, l'applicazione della convenzione tra i paesi nordici nel quadro del regolamento comunitario è subordinata ad alcune condizioni.

In primo luogo, occorre premettere che la convenzione rileva solo nei casi in cui entrambi i coniugi (o il minore) siano cittadini di uno stato contraente e abbiano la loro residenza abituale nel territorio di uno di essi. L'applicazione della convenzione, inoltre, deve rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza e le relative decisioni per poter essere riconosciute negli altri Stati membri secondo il regime comunitario devono essere state emesse in base a dei criteri di giurisdizione contemplati dal regolamento Bruxelles II bis: quest'ultima condizione è dovuta alla circostanza che la convenzione tra i paesi nordici prevedeva un criterio di giurisdizione non presente nel sistema comunitario, ovvero la nazionalità di

¹⁷⁶ La Convenzione è stata in realtà sostituita da un nuovo accordo siglato a Stoccolma nel 1973 che estende il campo di applicazione dello strumento anche alle decisioni riguardanti la responsabilità genitoriale: l'articolo 59 del regolamento, pur facendo riferimento solo all'accordo del 1931, dovrebbe estendersi anche alla successiva versione del 1973, come si desume dalla relazione Borrás del 1998, in cui si precisa, per l'appunto, che la convenzione tra i paesi nordici è stata oggetto di una revisione (punto 113).

¹⁷⁷ La Svezia e la Finlandia si sono avvalse di questa facoltà dichiarando di applicare nei rapporti reciproci la convenzione del 1931, così come successivamente modificata: le rispettive dichiarazioni sono pubblicate in G.U.C.E. L 58 del 28 febbraio 2001, p. 22.

¹⁷⁸ Si trattava di una chiara applicazione del meccanismo della cooperazione rafforzata previsto dall'articolo K7 del Trattato di Maastricht in materia di cooperazione giudiziaria. V. punto 113 della relazione Borrás, cit.

uno solo dei coniugi¹⁷⁹. Tuttavia, per permettere una piena circolazione di queste decisioni nel territorio comunitario, i paesi nordici hanno modificato la convenzione nel 2001¹⁸⁰, allineando i criteri di giurisdizione sia in materia matrimoniale sia in materia di responsabilità genitoriale a quelli contenuti nello strumento comunitario¹⁸¹.

¹⁷⁹ V. punto 113 della relazione Borras.

¹⁸⁰ Si tratta della Convenzione tra i paesi nordici del 6 febbraio 2001, entrata in vigore, almeno nei rapporti tra Finlandia e Svezia il 1° luglio 2001. Di conseguenza, occorre aggiungere che nel periodo intercorrente tra il 1° marzo 2001 - data di applicazione del regolamento n. 1347/2000 - e il 30 giugno 2001, il regolamento Bruxelles II si è applicato anche nei rapporti reciproci tra Svezia e Finlandia, non avendo ancora effetto la dichiarazione di questi due paesi sull'applicazione del regime convenzionale in deroga a quello comunitario.

¹⁸¹ Sul punto v. M. HELIN, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Finland*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...*, cit., p. 100-101. L'allineamento delle soluzioni della convenzione tra i paesi nordici a quelle dettate in sede comunitaria è stato tale da far ritenere ad alcuni autori che "The European Union can be said to have *de facto* dictated the new inter-Scandinavian rules", JÄNTERÄ-JAREBORG, *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels II bis regulation and its planned amendments*, in YPIL, IV, 2002, p. 81.

Bibliografia Capitolo I

Contributi all'interno di opere collettanee.

R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni*, in Il Trattato di Amsterdam, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 1999, p. 227 e ss.

B. AÑOVEROS, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Spain*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 279 e ss.

A. ARMSTRONG, *L'articulation des règlements communautaires et des conventions de la Haye*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 111 e ss.

R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, da P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, p. 163 e ss.

S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano 2003.

M. C. BARUFFI, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Conv. Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTORARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, 2006, P. 1440 e ss.

M. C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 1342 e ss.

A. BORRAS, *From Brussels II to Brussels II bis and further*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 3 e ss.

A. BORRAS, *Le règlement n. 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, *Petites Affiches*, 2002, n. 248, p. 12 e ss.

A. BORRAS, *Il diritto internazionale privato e diritto comunitario e rapporti con stati terzi*, in P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, p. 466.

S.M. CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 53 e ss.

- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000*, in A.-L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ANGEL (a cura di), *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 213 e ss.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito*, in A. L. CALVO CARAVACA –CASTELLANOS RUIZ, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 213 e ss.
- A.DEVERS, *L'articulation du règlement "Bruxelles II bis" et des autres règlements communautaires*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p.123 e ss.
- R. FARRUGIA, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Malta*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 205 e ss.
- A. GALIZIA DANOVI, *L'applicazione dei regolamenti "Bruxelles II" e "Bruxelles II bis" nella giurisprudenza italiana*, in S. BARIATTI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III: atti del convegno Milano 24 febbraio 2006*, p. 77 e ss.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis »*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di) , *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 53 e ss.
- M. HATAPKA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Slovakia*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 247 e ss.
- HEDEMANN-ROBINSON, *The Area of Freedom, Security and Justice with regards to the UK, Ireland and Denmark: The "Opt-in-Opt-outs" under the Treaty of Amsterdam*, in O'Keefe, Twowey (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, Portland-Oregon, 1999, p. 303 e ss.
- M.HELIN, *The impact and the application of Brussels II bis in Finland*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 91 e ss.
- F. JAULT, *La notion de "responsabilité parentale"*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ 2005, p. 157 e ss.
- C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 65 e ss.
- A. KOZAKIEWICZ, *The impact and application of Brussels II bis regulation in Poland*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS

(edt), Brussels II bis: its impact and application in the member states, Anversa, Intersentia, 2007, p. 237 e ss.

XANDRA E. KRAMER, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a European Small Claims Procedure*, in *Int'l lis*, 2006, p. 109 ss.

P. Mc ELEAVY, *First steps in the communitarisation of family law: too much haste, too little reflection?*, in K. BOELE-WOELKI (edt), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, 2003, p. 508 e ss.

M. MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental : el reglamento Bruselas II*, in S. SANCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO (ed), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, p. 105 e ss.

B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in *Il progetto di Trattato-Costituzione: verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, L. S. ROSSI (a cura di), 2004, Milano, Giuffrè, p. 273 e ss.

M.L. NIBOYET, *Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure*, in *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 363 e ss.

V. M. PAUKNEROVA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in the Czech Republic*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 69 e ss.

M. SUMAMPOUW, *Parental responsibility under Brussels II*, in *Private Law in the International Arena : from National Conflict Rules towards Harmonization and Unification: liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 729 e ss.

J.C. WIWINIUS, *L'impact et l'application du règlement Bruxelles II bis en Grand Douche de Luxembourg*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, p. 199 e ss.

Contributi su riviste scientifiche

R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Riv. Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 481 e ss.

B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II bis »*, *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 403 e ss.

- R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in Giust. Civ., 2002, II, p. 455 e ss.
- J. BASEDOW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in CMLR, 2000, p. 687 e ss.
- P. BEAUMONT, G. MOIR, *Brussels Convention II: a new private International law instrument in family matters for the European Community?*, in ELR, 1995, p. 268 e ss.
- G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, p. 991 e ss.
- TH. M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in international family law : a labyrinth of European and International legislation*, in NILR, 2002, p. 307 e ss.
- A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2001, p. 298 e ss.
- C. BRUNEAU, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne*, in La semaine juridique: Juris-Classeur Périodique, Ed. Générale, 2001, p. 801 e ss.
- J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, in Annuaire français de droit international, 1978, p. 927 ss.
- R. CONTI, *Il regolamento "Bruxelles II" in tema di cause matrimoniali*, in Fam. Dir., 2002, p. 653 e ss.
- S. DROUET, *La communautarisation de Bruxelles II, chronique d'une mutation juridique*, in Rev. Mar. Com. Un. Eur., 2001, p. 247.
- A. FONT I SEGURA, *El progresivo avance del derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis*, in REDI, 2004, p. 273 e ss.
- H. GAUDEMET-TALLON, *La convention de Bruxelles II: Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale*, in Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé, 1999, p. 83 e ss.
- H. GAUDEMET TALLON, *"Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"*, Journal de droit international, 2001, p. 381 e ss.
- M. JANTERA-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: the 1998 European Union convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II convention)*, in YPIL, 1999, pp. 1-36.
- M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels II bis regulation and its planned amendments*, in YPIL, IV, 2002, p. 67 e ss.

- P. Mc ELEAVY, *The Brussels II regulation : how the European Community has moved into family law*, in ICLQ, 2002, p. 883 e ss.
- P. McELEAVY, *The communitarization of divorce rules: what impact for English and Scottish law?*, in ICLQ, 2004, p. 605 e ss.
- M. MELLONE - A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2008, p. 281 e ss.
- F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Riv. Dir. Proc., 2001, p. 376 e ss.
- A. PANCALDI, *Rivista Trimestrale Diritto e Processuale*, 4, 2007, P. 1313 e ss.
- S. PEERS, *Who's judging the Watchman? The judicial System of the "Area of Freedom, Security and Justice"*, in YEL, 1998, p.337 e ss.
- P. PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, RDIPP, 1996 p. 705 e ss.
- F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"?*, in RDIPP, 2000, p. 873 e ss.
- L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in RDIPP, 2004, pp. 63 e ss.
- F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, RDIPP, 2006, p. 63 e ss.
- B. STURLESE, *L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille*, *Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé*, 1995-1996, p. 49 e ss.
- B. STURLESE, *Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la convention de Bruxelles II ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 2, 15 Janvier 1999, p. 74.
- B. STURLESE, *Les nouvelles règles du droit International privé européen du divorce*, in *La semaine juridique : Juris-Classeur Périodique*, Ed. Générale, 2001, p. 241 e ss.
- P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe*, *Gazette du Palais*, 17-18.10.1999, p. 15 e ss.

Opere monografiche

- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2003.
- R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004.

Capitolo II

La qualificazione nelle norme di conflitto comunitarie in materia matrimoniale.

1 Il problema della qualificazione dei termini e delle nozioni utilizzate dalle norme di conflitto comunitarie: gli approcci classici; 2 Le soluzioni proposte dalla dottrina con riferimento alla qualificazione nel diritto internazionale privato comunitario 3 L'impossibilità di individuare una nozione armonizzata nella legislazione comunitaria; 3.1 Matrimoni tra persone dello stesso sesso e matrimoni poligamici; 3.2 Forme di unione alternative al matrimonio: le partnership registrate; 3.3 Le convivenze di fatto; 4 L'equiparazione tra matrimoni e unioni di fatto nel regime applicabile ai funzionari dell'Unione Europea; 5 L'esigenza di superamento dell'approccio "host state oriented"; 6 La ricostruzione operata dai giudici comunitari; 7 La giurisprudenza comunitaria e la nozione di transessuale;

1. Il problema della qualificazione dei termini e delle nozioni utilizzate dalle norme di conflitto comunitarie: gli approcci classici.

Come analizzato nel capitolo precedente, l'Unione Europea non possiede una competenza diretta in materia di diritto di famiglia: i suoi interventi hanno sempre riguardato settori affini al diritto di famiglia, ma non hanno mai inciso sul cuore del diritto di famiglia e cioè sulla definizione e sulla disciplina dei rapporti tra i coniugi e tra genitori e figli. In questo campo, quindi, gli Stati membri continuano a mantenere uno spazio assai esteso di sovranità.

L'assenza di una normativa sostanziale di origine comunitaria ha determinato sul piano internazionalprivatistico alcune criticità con particolare riferimento ai profili di qualificazione ed interpretazione delle norme di conflitto contenute negli strumenti di diritto internazionale privato comunitario.

Infatti, alcune nozioni chiave come quella di "matrimonio" o quella di "coniuge", non risultano al momento armonizzate nel diritto comunitario, né lo saranno fintantoché l'Unione Europea non avrà la possibilità di intervenire in virtù di una competenza diretta¹⁸². Il problema riguarda sia le

¹⁸² Ciò non ha pregiudicato, tuttavia, l'intensa opera di cooperazione giudiziaria che è sempre proseguita su di un piano parallelo rispetto a quello dell'armonizzazione sostanziale, sebbene ad esso strettamente legato. Paradigmatico in tal senso risulta l'invito del Consiglio Europeo alla Commissione - contenuto nel programma dell'Aja del 5 dicembre 2004 (in G.U.U.E., C 53 del 3 marzo 2005) - di presentare proposte di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia di famiglia, a condizione che tali atti non siano basati

nozioni sostanziali contenute nelle norme di conflitto (per l'appunto, matrimonio o coniuge) sia i termini di fatto o di diritto che costituiscono i criteri di collegamento utilizzati nelle norme medesime (si pensi al criterio della residenza abituale dei coniugi).

In entrambi i casi, occorre effettuare una corretta qualificazione della fattispecie, ovvero inquadrare dal punto di vista giuridico ciò che viene valutato¹⁸³. A tal proposito, gli ordinamenti statali ricorrono fondamentalmente a due tipi di soluzioni. In base alla prima, la più seguita, l'attività qualificatrice deve essere effettuata in base alla *lex fori* e, di conseguenza, le espressioni tecnico-giuridiche contenute nelle norme di conflitto devono essere intese alla luce dell'ordinamento che le contempla.¹⁸⁴ La *ratio* di tale soluzione è da individuarsi nella circostanza che le norme di conflitto, pur se funzionalmente dirette ad individuare il diritto applicabile di fronte a fattispecie con elementi di estraneità, appartengono all'ordinamento interno e di conseguenza sono connesse intimamente al sistema di diritto civile, subendone altresì tutti i condizionamenti.¹⁸⁵ La qualificazione secondo la legge del foro non

su concetti armonizzati di famiglia o matrimonio: l'armonizzazione sostanziale, continua il Consiglio Europeo, deve avvenire solo come misura di accompagnamento "qualora fosse necessario procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile".

¹⁸³ H.BATIFOLL definisce la questione della qualificazione nei seguenti termini: "*Le problème de conflit des qualifications est celui de savoir selon quelle loi le juge doit qualifier l'objet du litige pour déterminer la loi qui lui est applicable quand les différentes lois en conflit adoptent des qualifications différentes*" , *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1980, p. 476.

¹⁸⁴ L'elaborazione di tale teoria risale a KAHN e BARTINI a cui si devono anche i primi tentativi in dottrina di affrontare e di disciplinare i problemi di qualificazione, chiamati anche "conflitti latenti". Per un approfondimento sull'opera di questi autori v. F. KAHN, *Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, nella raccolta postuma, *Abhandlungen IPR*, 1928, 1, p. 1-23; BARTIN, *Doctrine des qualifications*, *Cours de l'Académie de dr. Int.*, 1930-1-569. In Italia la teoria della *lex fori* fu adottata per primo dall'ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale*, 1918, riprodotto in *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1996, e poi ripresa dall'AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, e dalla dottrina maggioritaria: SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967; QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 335; VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*; Napoli, 1986. La giurisprudenza italiana ha abbracciato la tesi della *lex fori*: Cass. 7 febbraio 1975, n. 458, in *RDIPP*, 1975, p. 783; Cass. S.U. , 12 maggio 1969, n. 1617, *ibidem*, 1970, p. 357; Cass. S.U. 15 gennaio 1983, n. 319, in *Giust. Civ.* 1983, I, 738.

¹⁸⁵ Ricorda H. BATIFOLL, citando KAHN e BARTIN, "*Le juge qualifie d'après les conceptions de sa propre loi, la loi du for*", *op. cit.* p. 477; v. anche CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado: introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971. La teoria della *lex fori* ha trovato terreno fertile anche nella giurisprudenza europea: per le prime applicazioni in Francia v. *Trib. de Paris*, 9.1.1943, *Rec. Dal.* 1944, *Jurisprudence* 56, con nota di Basdevant e *Trib. de la Seine*, 23.1.1944, *Sirey.*, 1944.2.44; *Cour de Cassation*, *Prem. Ch. Civ.*, 22 giugno 1955, in *Rec. Dal.*, 1956, p. 73, con nota di M. CHAVRIER; *Trib. Gr. Inst. Seine* 12.1.1966, in *Rec. Dal.*, 1967, 120 con nota di LOUSSOUAM; *Trib. Paris*, 10.1.1970, in *Rec. Dal.* 1971, p. 575 con nota di DROZ. In Germania, *Reichsgericht*, 11.4.1940, *RGZ*, 163.367 e *Bundesgerichtshof*, 12.1.1967, *NJW* 1967 p. 1177; in Belgio, *Trib. Bruxelles* 25.11.1959, in *Rec. Dal.* 1962, p. 76 con nota di

sempre, però, può portare a dei risultati efficaci, soprattutto quando essa esclude totalmente dal proprio esame la legge straniera¹⁸⁶. Ed in effetti, all'interno di questa corrente, vi sono alcuni Autori che ritengono che le norme di conflitto, anche se legate all'ordinamento nazionale, godano di una propria autonomia, anche sul piano interpretativo, se non altro per la diversa funzione svolta nei due contesti (teoria della qualificazione autonoma).¹⁸⁷

La seconda soluzione (detta della qualificazione *lege causae*) prevede che le definizioni utilizzate dalle norme di conflitto siano riferite a quei fatti, atti e rapporti che alla luce dell'ordinamento straniero competente assumono la qualificazione corrispondente al *nomen iuris* contemplato. In altre parole, occorre prima individuare l'ordinamento competente in base alle stesse norme di conflitto e una volta individuato tale ordinamento si può inquadrare la singola fattispecie giuridica in base alle stesse categorie da esso contemplate.¹⁸⁸ Resta inteso che nel caso in cui le norme di conflitto

RIGAUX; nel Regno Unito, Court of Appeal, 20.5.1963, in *Journal de droit international*, 1965, p. 436 con nota di LIPSTEIN.

¹⁸⁶ Le pericolosità intrinseche della teoria della *lex fori* sono ben evidenziate dal caso *Caraslanis*, Cour de Cassation, Prem. Ch. Civ., 22 giugno 1955, cit. Si trattava difatti di un matrimonio civile concluso in Francia tra una cittadina francese ed un cittadino greco ortodosso: quest'ultimo invocava in sede di divorzio l'inesistenza del matrimonio stesso in quanto la propria legge nazionale gli imponeva di contrarre solo matrimoni religiosi. Trattandosi di stabilire, quindi, se la questione sollevata dal cittadino greco dovesse riferirsi alle condizioni di fondo per contrarre un matrimonio, regolate dalla legge nazionale di ciascuno dei nubendi, o ad un mero presupposto formale del matrimonio, la Cour de Cassation optò per la seconda applicando di conseguenza la legge francese in virtù del principio *locus regit actum*. L'applicazione eccessivamente rigida della teoria della *lex fori* fu sottolineata dagli stessi fautori della teoria, v. M. CHAVRIER, cit., che non mancarono di avanzare l'esigenza di apportare qualche correttivo per il futuro. Un caso analogo fu trattato dalla Court of Appeal, 20.5.1963, *Lodge v. Lodge*, cit. in merito al consenso dei genitori richiesto dalla legge francese affinché un minore possa contrarre matrimonio: tale elemento fu considerato dai giudici inglesi afferente alla forma al matrimonio e, pertanto, assoggettabile alla legge inglese che ammetteva che il consenso potesse essere sostituito dalla pronuncia del tribunale.

¹⁸⁷ K. SIEHR, *Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1972; contro, PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986. Sul principio della rispondenza delle norme di conflitto ai principi della costituzione materiale si è basata altresì la Corte Costituzionale nel dichiarare incostituzionali gli artt. 18 e 20 preleggi, nelle note sentenze n. 71/1987 e n. 477/1987 e più recentemente nella sentenza n. 254/2006 del 21.06.2006, in G.U. del 12.07.2006, allorché ha dichiarato altresì contrario alla carta fondamentale l'art. 19 preleggi.

¹⁸⁸ Alla teoria della qualificazione è sempre stato obiettato di cadere in un circolo vizioso e cioè che l'inquadramento giuridico rappresenta un *pruis* logico rispetto al richiamo del diritto straniero: di conseguenza se prima non si qualifica non si può neppure individuare la norma di conflitto pertinente e quindi il diritto da applicare, NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, New York, London, Toronto, 1954. H.BATIFOLL, *Traité de droit International privé*, cit. p. 479. A tale obiezione si è risposto richiamando l'argomento secondo cui il momento della qualificazione e il momento del richiamo rappresentano un tutt'uno da un punto di vista logico-temporale, e che quindi l'introduzione della norma regolatrice va di pari passo con la qualificazione operata da quest'ultima. Sul punto v. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950; MIGLIAZZA, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano: convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984*, Milano, Giuffrè, 1986.

richiamino la stessa *lex fori*, quest'ultima coincide con la *lex causae* e di conseguenza ogni problema di conflitto di qualificazione viene risolto all'origine. Tale coincidenza è evidente nei sistemi di diritto internazionale privato caratterizzati da una scarsa apertura ai diritti stranieri (unilateralismo tradizionale)¹⁸⁹ o anche in quelli in cui le norme straniere e quelle nazionali sono poste sullo stesso piano in termini di potenziale applicabilità (teoria della funzione bilaterale), ma quest'ultime risultano comunque applicabili nel caso concreto.¹⁹⁰

Vi è poi una terza teoria, secondo cui la qualificazione non deve aver luogo né secondo la *lex fori* né secondo la *lex causae*, ma in base ad un'analisi comparativa condotta sulle varie legislazioni¹⁹¹. Tale teoria è rimasta in minoranza in dottrina ed è stata anche la meno utilizzata nelle prassi giudiziarie degli ordinamenti nazionali: di contro essa ha trovato terreno fertile nel campo dell'interpretazione del diritto uniforme di fonte internazionale, come si vedrà da qui a poco.

2. Le soluzioni proposte dalla dottrina con riferimento alla qualificazione nel diritto internazionale privato comunitario:

La questione della qualificazione nel diritto internazionale privato comunitario è stata solo recentemente affrontata in dottrina.¹⁹² Ciò è dovuto principalmente alla circostanza che il legislatore comunitario è intervenuto solo negli ultimi anni in maniera diretta nella disciplina delle questioni classiche di diritto internazionale privato e cioè sui conflitti di legge applicabile.¹⁹³ Di conseguenza né la dottrina, né la giurisprudenza si sono potute interrogare attentamente sulle possibili soluzioni da fornire a tale problematica. Qualche elemento di analisi proviene invece dalla disciplina

¹⁸⁹ QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 335

¹⁹⁰ Allo stesso modo non si creano problemi di qualificazione in quei sistemi che attribuiscono rilievo determinante al momento della giurisdizione (cd. "*jurisdictional approach*"): in tali casi si verifica unicamente la sussistenza delle condizioni per l'esercizio della giurisdizione e, in caso di esito positivo, la legge interna è applicata automaticamente. Questo metodo ha origine nella tradizione giuridica angloamericana ed è tuttora utilizzato nel sistema inglese di risoluzione dei conflitti di legge. Per una ricostruzione storica del tema v. SACK, *Conflict of laws in the history of English law*, in *Law: a century of progress 1835-1895*, III, New York, 1937, p. 342 e ss.; SCHMITTHOFF, *The English conflict of laws*, Londra, 1954, p. 23 e ss.; HOLDSWORTH, *A history of English law*, Londra, 1965, p. 334 e ss.; per una prospettiva attuale v. DICEY & MORRIS, *The conflict of laws*, Londra 2000.

¹⁹¹ RABEL, *Das Problem der Qualifikation*, in *RabelsZ* 5, 1931 e BECKETT, *The question of classifications ("qualifications") in private international law*, in *BYIL*, 1934.

¹⁹² Sul tema si rinvia da subito a R. BARATTA: *The process of characterization in the EC conflict of laws: suggesting a flexible approach*, in *YPIL*, VI, 2004 e S. BARIATTI, *Qualificazione ed interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato*, cit.

¹⁹³ La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, difatti, riveste la forma giuridica di un Trattato internazionale, pur essendo per molti aspetti considerata uno strumento comunitario a tutti gli effetti, v. la Relazione Accompagnatoria della Convenzione di Roma a cura di GIULIANO e LAGARDE, in *G.U.C.E. C 282 del 31.1.0.1980*, ed in particolare il punto n. 3.

armonizzata riguardante la competenza giurisdizionale sia in materia civile e commerciale, sia in materia matrimoniale. Difatti, gli strumenti comunitari che hanno interessato questo settore contengono una serie di criteri di collegamento e di categorie giuridiche che permettono di ricostruire, seppur sommariamente, l'approccio adottato fino ad oggi dal legislatore comunitario e dalla Corte di Giustizia per la risoluzione del problema della qualificazione nel diritto internazionale privato comunitario. Su questo punto si possono schematicamente delineare tre tipi di modelli.

a) In primo luogo rileva il modello dell'interpretazione autonoma dei termini giuridici e cioè il modello da sempre adottato dalla Corte di Giustizia come regola generale e fondamentale per l'interpretazione del diritto comunitario a tutti i livelli ed in tutti i settori.¹⁹⁴ Lo scopo di tale metodo esegetico consiste nello slegare il più possibile il diritto comunitario dalle regole e dagli schemi interpretativi nazionali, rafforzando l'idea della disciplina comunitaria come una normativa di sintesi e non come mera somma delle tradizioni legislative europee. Ovviamente un'interpretazione autonoma garantisce altresì un'applicazione uniforme delle norme comunitarie in tutti gli Stati membri (cd. funzione di interpretazione centralizzata) e di conseguenza corrobora il grado di efficacia e di penetrazione delle stesse all'interno delle legislazioni nazionali.

Tuttavia, l'interpretazione autonoma non è sempre agevole e presuppone un sufficiente grado di omogeneità tra le legislazioni degli Stati membri: a tal riguardo la Corte di Giustizia ha spesso fatto ricorso al cd. metodo comparativo, mettendo a confronto i dati provenienti dai vari Stati e individuando, ove possibile, un massimo comune denominatore. Il risultato di tale operazione non ha portato in ogni caso a risultati soddisfacenti, ma laddove sussistevano principi comuni, per quanto embrionali o incompleti, ha permesso di ricostruire una nozione autonoma, indipendentemente da eventuali divergenze circoscritte. L'individuazione di principi comuni, però, da sola non basta, essendo necessario altresì che la singola disposizione comunitaria sia comunque collocata nel contesto normativo cui appartiene. Paradigmatica in tal senso risulta la pronuncia della Corte nel caso C.I.L.F.I.T.¹⁹⁵ in cui si sottolinea che "ogni disposizione di diritto

¹⁹⁴ Corte di Giustizia, 1 febbraio 1972, in causa C-49/71, in Racc. 1972 p. 23; *Hagen*; Corte di Giustizia, 1 febbraio 1972, in causa C-50/71, in Raccolta 1972 p. 53, *Wunsche*; Corte di Giustizia 14 gennaio 1982, in causa C-64/81, in Raccolta p. 1982 p. 13 *Corman*; Corte di Giustizia, 29 aprile 1982, in causa C-17/81, in Raccolta 1982, p. 1331 *Pabst&richarz*; Corte di Giustizia, 18 gennaio 1984, in causa C- 327/82, in Raccolta 1984, p. 107 *Ekro*; Corte di Giustizia, 2 aprile 1998, in causa C-296/95, in Raccolta 1998, P.I-1605 *EMU Tabac et al*; Corte di Giustizia, 19 dicembre 2000, in causa C-287/98, in Raccolta 2000 P. I-6917 *Linster*; Tribunale di prima istanza, 8 maggio 1990, in causa T-41/90, in Raccolta 1992, P. II-159, *Schwedler*; Tribunale di prima istanza, 18 dicembre 1992, in causa T-85/91, in Raccolta 1992, p. II-2637, *Khoury*; Tribunale di prima istanza, 28 gennaio 1999, in causa T-264/97, in Raccolta 1999, p. FP-I-A-1, II 1, *D v Council*; Tribunale di prima istanza, 21 aprile 2004, in causa T-172/01, in Raccolta 2004, p. II-1075, *M v Court of Justice*.

¹⁹⁵ Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, in Raccolta 1982, p. 3415.

comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alle disposizioni di cui trattasi"¹⁹⁶.

L'applicazione di tale modello esegetico (metodo comparativo + inquadramento nel contesto giuridico) risulta evidente nell'interpretazione del cd. "sistema di Bruxelles", ovvero della disciplina comunitaria in materia di competenza giurisdizionale: le norme contenute nel regolamento Bruxelles I (già Convenzione di Bruxelles del 1968) e nel regolamento Bruxelles II bis (che a sua volta ha sostituito il regolamento Bruxelles II) sono state interpretate dalla Corte di Giustizia alla luce degli obiettivi generali di questi strumenti di potenziare la tutela giuridica dei cittadini comunitari, grazie ad una maggiore prevedibilità del foro competente e alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie in tutto il territorio comunitario.¹⁹⁷

In particolare, nella materia civile e commerciale la Corte ha fornito autonome interpretazioni della nozione di "obbligazione alimentare"¹⁹⁸, ovvero di "materia contrattuale" e "materia extracontrattuale": su quest'ultimo punto, basti pensare alla recente pronuncia "Tacconi"¹⁹⁹ in

¹⁹⁶ Par. 19 e 20 della sentenza C.I.L.F.I.T. cit.; v. anche più recentemente Tribunale di prima istanza, sentenza 30 giugno 2005, in causa T-190/03, in Raccolta 2005, p. FP-I-A-181, II-805, *Olesen*, par. 36 e 38.

¹⁹⁷ Tra le più recenti, Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, in causa C-256/00, in Raccolta 2002, p. I-1699, *Besix SA*, punti 25 e 26; 15 febbraio 2007, in causa C-292/05, in Raccolta 2007, p. I-1519, *Lechouritou*, punto 29; 27 novembre 2007, in causa C-435/06, in Raccolta 2007, p. I-10141, *C*, punti 39, 40, 45 e 47. Su quest'ultima pronuncia, v. O. FERACI, *La sentenza Lechouritou e l'ambito di applicazione rationae materiae della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in RDIPP, 2007, p.657.

¹⁹⁸ Corte di Giustizia, 27 marzo 1979, in causa C-143/78, in Raccolta 1979, p. 1055, *de Cavel*, punti 7 ss; 27 febbraio 1997, in causa C-220/95, in Raccolta 1997, p.I-1147, *Van den Boogard*; 20 marzo 1997, in causa C-295/95, in Raccolta 1997, p. I-1683, *Jackie Farrell c. James Long*, punti 13 e 19; Tribunale di primo grado, 21 aprile 2004, in causa T-172/01, in Raccolta 2004, p. II-1075, *M*.

¹⁹⁹ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-334/00, in Raccolta 2002, p.I-7357, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c. HWS*, punto 20 Le Fonderie Officine Meccaniche Tacconi, società con sede a Perugia, aveva stipulato un contratto di Leasing con la Banca Nazionale Commercio e Finanza, avente ad oggetto un impianto che doveva essere fornito a quest'ultima da parte di una società terza, con sede in Germania. Tuttavia la società produttrice si rifiutò di concludere l'accordo per la cessione del bene oggetto di leasing, bloccando di fatto l'intera operazione. La società Tacconi, quindi, ha citato la società tedesca davanti al tribunale di Perugia, per accertare la violazione degli obblighi di buona fede nella formazione del contratto ai sensi dell'art. 1337 cc, basando la competenza del giudice italiano sull'art. 5.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968, che prevede in materia extracontrattuale, la competenza del giudice "del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto": in particolare il ragionamento della società italiana riposava sull'interpretazione estensiva di questo concetto, inteso altresì come il luogo in cui si è determinato l'impovertimento patrimoniale del soggetto che si pretende leso. Su richiesta del Tribunale di Perugia, la Corte di Lussemburgo ha chiarito che le ipotesi di responsabilità precontrattuale non possono essere ricomprese nella materia contrattuale in quanto in esse non esiste alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra, ma piuttosto doveri di comportamento previsti, più o meno specificamente, da una fonte eteronoma rispetto alle parti del rapporto precontrattuale.

tema di responsabilità precontrattuale²⁰⁰, nella quale la Corte ha escluso la sua riconducibilità alla disciplina contrattuale, essendo necessaria in quest'ultimo caso la sussistenza di un qualsivoglia *vinculum iuris* tra le parti²⁰¹. Per giungere a tale conclusione, la Corte, sulla base di alcune precedenti pronunce²⁰², ha individuato come principio comune a tutti gli Stati membri, la circostanza che ai fini dell'identificazione di una fattispecie nella materia contrattuale è necessario un qualsiasi obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra, in assenza del quale la fattispecie è riconducibile per esclusione alla materia extracontrattuale²⁰³.

Anche con riferimento al regolamento Bruxelles II bis, la Corte è intervenuta con una recente sentenza²⁰⁴, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno specificato i limiti della nozione di "materia civile" accolta nel regolamento medesimo. Nel caso di specie, difatti, si trattava di stabilire se una decisione di revoca della patria potestà, adottata nell'ambito del diritto pubblico, potesse rientrare nella nozione di materia civile ai fini del regime di libera circolazione delle decisioni nel territorio comunitario. Sempre partendo dall'assunto che "l'interpretazione della nozione di «materia civile» deve essere svolta tenendo conto degli obiettivi del regolamento n. 2201/2003", la Corte ha concluso che "se le decisioni di presa a carico e di collocazione di un minore, che, in alcuni Stati membri, rientrano nella sfera del diritto pubblico, dovessero per questa sola ragione essere escluse dall'ambito di applicazione di detto regolamento, sarebbe manifestamente pregiudicato l'obiettivo stesso di riconoscimento reciproco e di esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale."²⁰⁵

b) Il secondo modello di riferimento è rappresentato dal ricorso a definizioni materiali direttamente indicate nell'atto normativo che le contiene. Si pensi al concetto di sede di una società, contenuto nel regolamento n. 44/2001:

²⁰⁰ Per un'ampia panoramica sul tema della responsabilità precontrattuale nel diritto internazionale privato comunitario v. FRANZINA, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale* 2003, p. 715 e ss.

²⁰¹ Punto 23 della sentenza Tacconi, cit.

²⁰² Corte di Giustizia, 27 settembre 1988, in causa 189/87, in *Raccolta* 1988, p. 5565 *Kalfelis*; Corte di Giustizia 26 marzo 1992, causa C-261/90, in *Raccolta* 1992, p. I-2149 *Reichert e Kockler*; Corte di Giustizia, 17 giugno 1992, in causa C-26/91, in *Raccolta* 1992, p. I-3967, *Handte*.

²⁰³ La necessità di tracciare una distinzione tra materia contrattuale e non contrattuale è presente anche nel nuovo regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cd. Roma II). Il punto di partenza, difatti, è rappresentato dalla constatazione che, poiché "la nozione di obbligazione extracontrattuale varia da uno Stato membro all'altro (...), essa dovrebbe essere intesa come nozione autonoma (considerando n. 11 del regolamento n. 864/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, cd. regolamento Roma II, in G.U.U.E. L 199 del 31 luglio 2007): in altre parole, non essendo percorribile la strada dell'armonizzazione della materia extracontrattuale, il regolamento suggerisce un'interpretazione delle nozioni e dei termini in esso utilizzati per quanto più possibile conforme allo scopo e all'oggetto del regolamento stesso, a condizione che, ovviamente, vi sia un sufficiente grado di omogeneità tra le legislazioni nazionali.

²⁰⁴ Corte di Giustizia, 27 novembre 2007, in causa C-435/06, in *Raccolta* 2007, p. I-10141 *C*, punti 39, 40, 45 e 47.

²⁰⁵ Punto 45 sent. cit.

l'art. 60 indica come sede di una società, ai fini dell'applicazione del regolamento stesso, la sua sede statutaria o la sua amministrazione centrale o il suo centro di attività principale²⁰⁶. Allo stesso modo il regolamento Roma II stabilisce che “per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche si intende il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale”²⁰⁷. Un ulteriore esempio è dato dal regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la nozione di “centro degli interessi principali” ivi contenuta.²⁰⁸

La stessa nozione di consumatore utilizzata nel regolamento n. 44/2001 (nonché nella Convenzione di Roma del 1980) si basa su una definizione contenuta nelle ben note direttive 97/7/CE²⁰⁹ e 2000/31/CE²¹⁰, rispettivamente in materia di contratti a distanza e di commercio elettronico: il consumatore è quindi considerato qualunque persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività personale. Con riferimento alla materia familiare, poi, il regolamento n. 2201/2003 individua una serie di definizioni relative ad alcuni aspetti fondamentali per l'applicazione del regolamento medesimo, quali il diritto di visita, il diritto di affidamento e la responsabilità genitoriale.

c) Quando il legislatore comunitario non ha fornito direttamente una determinata nozione o un termine giuridico, né è possibile ricostruire un significato autonomo dai principi del diritto comunitario, il meccanismo della qualificazione passa necessariamente dal piano comunitario a quello nazionale. Tale soluzione, ben inteso, conserva, almeno in linea teorica, uno spazio applicativo residuale ed è subordinata al mancato successo, nel caso concreto, del metodo dell'interpretazione autonoma.²¹¹

²⁰⁶ Per il Regno Unito e l'Irlanda la sede statutaria è considerata il “*registered office*” o, se non esiste alcun *registered office*, il “*place of incorporation*”, ovvero, se nemmeno siffatto luogo esiste, il luogo in cui è avvenuta la “*formation*” (costituzione) in conformità alla relativa legge nazionale.

²⁰⁷ Art. 23 Regolamento n. 864/2007 cit.

²⁰⁸ Il cd. principio del C.O.M.I. (Center Of Main Interest) è stato recentemente oggetto di un noto intervento della Corte di Giustizia, riguardante un filone del caso Parmalat: si tratta della sentenza del 2 maggio 2006, in causa C-341/04, in Raccolta 2006, p.I-3813, *Eurofood*.

²⁰⁹ Direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in G.U.C.E. L 144 del 04/06/1997

²¹⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno, in G.U.C.E L 178 del 17.7.2000

²¹¹ Tribunale di primo grado, 21 aprile 2004, in causa T-172/01, “Una disposizione di diritto comunitario la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve di regola dar luogo ad un'interpretazione autonoma, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi. Tuttavia pur in assenza di un espresso richiamo, l'applicazione di una norma di diritto comunitario può implicare un riferimento al diritto degli Stati membri qualora il giudice comunitario non riesca a rinvenire, nel diritto comunitario, gli elementi che gli permettono di precisarne il contenuto e la portata attraverso un'interpretazione autonoma”

Il richiamo alla normativa nazionale può avvenire o attraverso il richiamo generico alle nozioni contenute nella *lex fori*²¹² oppure individuando direttamente lo Stato membro la cui disciplina deve essere richiamata nel caso specifico.²¹³ In entrambi i casi, l'applicazione di ogni singola regola comunitaria dipende dalla legge nazionale richiamata e ogni pretesa di uniformità viene meno.²¹⁴

Vi è poi una ulteriore strada rappresentata dal richiamo alle norme di conflitto del foro: tale metodo comporta il rischio che ciascun legislatore adotti criteri di collegamento differenti che portino, di conseguenza, all'individuazione di diverse normative sostanziali. Tuttavia, nella prospettiva attuale, il richiamo alle norme di conflitto potrebbe riproporsi come modello di riferimento, grazie alla preziosa opera comunitaria di armonizzazione delle norme di conflitto in materia contrattuale ed extracontrattuale (nonché, in una prospettiva futura, in materia matrimoniale), almeno come metodo residuale per la qualificazione delle fattispecie.²¹⁵

La principale critica rivolta a tale opzione consiste nella preoccupazione di qualificare le nozioni utilizzate nelle norme di conflitto comunitarie in base alla normativa di un paese terzo, allorquando, ovviamente, la stessa norma di conflitto ammetta tale rinvio²¹⁶. Tale rilievo non sembra da condividere: esso, in realtà, nasce da un'idea della Comunità Europea come organizzazione internazionale, la cui azione è indirizzata principalmente a disciplinare casi intracomunitari e le cui regole, di conseguenza, devono essere interpretate e qualificate secondo principi e canoni interpretativi interni (siano essi comunitari o nazionali, ma non certamente di uno stato terzo).²¹⁷ Tralasciando impegnative riflessioni sulla natura della Comunità Europea e sul rapporto che essa conserva con gli stati nazionali, occorre, invece, soffermare l'attenzione sulla dimensione esterna delle norme di conflitto comunitarie.

Il recente convincimento maturato in seno alle istituzioni comunitarie circa la compatibilità tra l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno,

²¹² Si pensi alla disciplina per la determinazione del domicilio nel regolamento Bruxelles I, contenuta all'art. 59: "Per determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale. Qualora una parte non sia domiciliata nello Stato membro i cui giudici sono aditi, il giudice, per stabilire se essa ha il domicilio in un altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato".

²¹³ Come si vedrà in seguito, numerosi esempi di tale tecnica sono forniti dalla legislazione comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori e asilo a proposito della nozione di matrimonio o coniuge.

²¹⁴ Con tale meccanismo si può arrivare alle conseguenze paradossali di avere tante applicazioni potenziali di una norma comunitaria quanti sono gli Stati membri: in tal senso, BARATTA, "The process...", cit.

²¹⁵ Non sembra ignorare tale aspetto, R. BARATTA, *The process...*, p 168, cit.

²¹⁶ In questo senso, S. BARIATTI, *Qualificazione...*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 156.

²¹⁷ Ancora, S. BARIATTI, *Qualificazione...*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 158

richiesto dall'art. 65 del Trattato per tutte le misure in materia di cooperazione giudiziaria civile, e l'applicabilità universale delle norme di conflitto comunitarie, ci induce a superare la prospettiva di un'operatività di queste ultime solo in chiave interna. L'individuazione di una disciplina di conflitto idonea a richiamare sia la legge di uno Stato membro sia quella di uno Stato terzo, difatti, rafforza l'idea di una normativa comunitaria, considerata non più come mera somma delle norme dei singoli Stati membri, ma come normativa di sintesi, unitaria, in grado di affacciarsi anche oltre i confini territoriali della Comunità e rappresentando in definitiva un modello da "esportare" anche nei confronti dei paesi terzi. In altre parole, la normativa comunitaria di conflitto non può essere più vista solo nella sua dimensione interna, e cioè nel rapporto con le legislazioni degli Stati membri, ma anche, e necessariamente, nella sua dimensione esterna, costituendo agli occhi dei paesi terzi un sistema unitario²¹⁸.

In questo modo, si ricrea quella dialettica, quella tensione che caratterizza l'esistenza stessa delle norme di conflitto nazionali, che si confrontano all'interno con il proprio sistema nazionale e, all'esterno, con altri sistemi normativi: di conseguenza, sembra giustificato che anche il delicato momento della qualificazione di una norma di conflitto comunitaria possa avvenire in base alla *lex causae* appartenente ad un paese terzo. D'altronde, tale approccio era già alla base delle scelte effettuate in occasione della Convenzione di Roma del 1980, che, pur non essendo un atto comunitario in senso tecnico, ha ricoperto per quasi vent'anni il ruolo di principale strumento di conflitto comunitario in ambito contrattuale.

Infine è bene tenere presente che l'adozione del principio dell'universalità anche in chiave comunitaria ha un diretto riflesso esterno, comportando l'estensione automatica delle competenze della Comunità Europea, in virtù del filone giurisprudenziale AETR.²¹⁹

3. L'impossibilità di ricostruire una nozione armonizzata nella legislazione comunitaria

L'analisi delle soluzioni possibili al problema della qualificazione in chiave comunitaria, dimostra quanto sia importante per le norme comunitarie di

²¹⁸ L'applicazione universale della disciplina di conflitto garantisce inoltre un'applicazione uniforme dei criteri di collegamento ivi contenuti: limitare, infatti, la norma di conflitto comunitaria ai soli casi intracomunitari avrebbe comportato l'inoperatività della stessa nelle fattispecie legate ai paesi terzi, con conseguente applicazione delle regole di conflitto nazionali con tutte le differenze che esse prevedono. Si pensi al caso di due concorrenti, cittadini di due Stati membri differenti, ai quali siano applicate due leggi straniere (cioè di paesi terzi) diverse, in ragione di una regola di conflitto interna che adotta un diverso criterio di individuazione della legge applicabile. In questo modo anche la concorrenza nel mercato interno ne risulterebbe indubbiamente falsata: da qui la funzionalità con l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno.

²¹⁹ Corte di Giustizia, 31/03/1971, in causa C- 22/70, in Raccolta 1971, p. 263, *Commissione c/ Consiglio*, punti 16 a 22. Per un maggior approfondimento, A. BORRAS, *Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencia por la Comunidad europea en el ambito del derecho internacional privado*, in *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona*, 2001, p. 99 e ss.

conflitto individuare delle nozioni comuni e procedere quindi ad una qualificazione che sia il più possibile autonoma. Il riferimento all'ordinamento di uno Stato membro (qualunque esso sia) rischia, infatti, di indebolire il potenziale armonizzante delle norme di conflitto comunitarie: in materia matrimoniale, inoltre, tale rischio è ancora più evidente in considerazione delle profonde differenze esistenti tra gli Stati membri e della mancanza di una competenza diretta dell'Unione Europea ad emanare norme materiali che abbiano lo scopo di ravvicinare le legislazioni nazionali in questo campo.

Di fronte quindi all'assenza di atti normativi comunitari riguardanti direttamente il diritto di famiglia, l'analisi si può concentrare sull'esame dei dati normativi aventi ad oggetto quei settori del diritto comunitario - come la libera circolazione dei lavoratori - destinati ad avere riflessi indiretti sul diritto di famiglia, e più in generale sulle politiche sociali dell'Unione Europea a sostegno dell'unità familiare e della parità di diritti tra coniugi. L'intervento comunitario che si è sviluppato in questi settori, pur non riguardando direttamente il diritto di famiglia "*stricto sensu*", ha contribuito a fornire alcune indicazioni importanti circa la qualificazione e l'interpretazione di alcune nozioni materiali del diritto di famiglia tra cui i concetti di matrimonio e di coniuge. Si tratta di una ricostruzione non sempre agevole proprio perché nasce dall'assenza di una lettura sistematica ed organica degli atti comunitari che direttamente o indirettamente hanno affrontato la questione. A tal riguardo è utile inquadrare il problema nelle sue linee fondamentali, partendo dai (pochi) dati certi che il confronto tra le legislazioni dei singoli Stati membri ci offre.

Tutti gli ordinamenti degli Stati membri, difatti, conoscono e pongono alla base della vita familiare e sociale il rapporto di coppia fondato sul matrimonio. Su tale valore comune, la legislazione comunitaria si è da sempre basata per il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive, con particolare riferimento alle materie della libera circolazione delle persone, immigrazione e asilo. Proprio sulla scorta del ruolo fondamentale che lo status di coniuge riveste ai fini di un'effettiva e corretta attuazione degli atti riguardanti tali materie, l'attenzione del legislatore comunitario si è da subito concentrata sulla lotta contro i matrimoni fittizi ed in particolare contro quelle unioni aventi come unico scopo eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi.

La risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997²²⁰, pur lasciando impregiudicata la competenza degli Stati membri a legiferare in materia e ad effettuare gli opportuni controlli ad ogni richiesta di matrimonio, traccia le linee guida cui gli Stati membri devono attenersi nell'adozione delle singole misure nazionali. A tal fine si definisce il matrimonio fittizio come " (il) matrimonio di un cittadino di uno Stato membro o di un cittadino di un

²²⁰ Risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, in G.U.C.E., C 382 del 16 dicembre 1997.

paese terzo che soggiorna regolarmente in uno Stato membro con un cittadino di un paese terzo unicamente allo scopo di eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e di ottenere per il cittadino del paese terzo un permesso di soggiorno o un titolo di soggiorno in uno Stato membro”²²¹.

La risoluzione indica altresì una serie di elementi in presenza dei quali si presume, fino a prova contraria, l'artificiosità dell'unione e quindi la legittimazione del singolo Stato membro a rifiutare, ritirare, revocare o non rinnovare il titolo di soggiorno: tra questi rilevano il mancato assolvimento dell'insieme dei diritti-doveri che traggono origine dall'unione coniugale, nonché la corresponsione di una somma di denaro affinché il matrimonio sia celebrato.²²² Tuttavia la risoluzione precisa che la procedura di verifica e controllo sull'autenticità del matrimonio deve essere attivata solo allorché sussistano fondati sospetti da parte dello Stato membro interessato.

Al di là della definizione e dell'individuazione di quelle unioni che non costituiscono un vincolo coniugale effettivo per il diritto comunitario, l'esame degli atti di origine comunitaria non permette di ricavare una definizione di tipo positivo di tale rapporto: ciò comporta la necessità di delimitare il contenuto ed i confini di tale concetto (nonché dello *status* coniugale ad esso collegato) nelle esperienze sociali e legislative dei paesi membri dell'Unione Europea, al fine di chiarire il legame tra i rapporti di coppia fondati sul matrimonio e le forme alternative al matrimonio o *more uxorio* che si sono sviluppate nel corso del tempo, con particolare riferimento alle partnership registrate e alle convivenze di fatto.

3.1 Matrimoni tra persone dello stesso sesso e matrimoni poligamici

Con riferimento alla questione dell'individuazione del contenuto dei rapporti matrimoniali, un problema riguarda la possibilità o meno di includere all'interno della nozione di matrimonio le unioni tra persone dello stesso sesso. Com'è noto, si tratta di un problema di stretta attualità, tenuto conto del dibattito sociale che si sta sviluppando in tutto il territorio comunitario intorno a questo tema e le scelte particolarmente innovative che alcuni legislatori nazionali hanno già adottato in tal senso. In particolare, nel

²²¹ Punto 1 della risoluzione cit.

²²² Quest'ultimo elemento, in particolare, risulta particolarmente significativo in quanto indicativo del meccanismo sulla base del quale normalmente nasce e si sviluppa il fenomeno dei matrimoni fittizi. Ed invero il particolare favore riconosciuto all'unità familiare nella legislazione comunitaria determina il rischio che cittadini di paesi terzi, non in possesso dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno secondo la legislazione dello Stato membro di destinazione, si accordino con un cittadino di tale Stato, dietro corresponsione di una somma di denaro, per concludere un matrimonio al solo fine di eludere le norme nazionali in materia di immigrazione. Tale accordo si caratterizza per una serie di prestazioni “continue” nel tempo (un periodo di convivenza fittizia ad esempio) e da una vera e propria procedura pre e post-matrimoniale che i futuri coniugi devono scrupolosamente seguire, onde evitare di destare sospetti. Da qui la rilevanza che può assumere la consegna di somme di denaro, seppur in diverse soluzioni, come elemento materiale ai fini del sospetto accertamento.

2001 i Paesi Bassi sono stati il primo paese comunitario ad allargare l'istituto del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, e tale scelta ha provocato, sotto il profilo strettamente comunitario, la questione dell'eventuale inclusione di queste coppie nella nozione comunitaria di coniuge. La Commissione ha subito adottato una posizione particolarmente prudente e conservativa: in occasione di un'interrogazione parlamentare del marzo 2002 - avente ad oggetto l'estensione della nozione di coniuge nel diritto comunitario alla luce dell'istituzione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso nei Paesi Bassi²²³ - la Commissione ha chiarito che l'interpretazione di questa nozione va effettuata tenendo conto dell'evoluzione sociale e giuridica complessiva della Comunità e non quella di un unico Stato membro. Di conseguenza, la legislazione olandese, avendo effetto solo sul territorio dei Paesi Bassi, non comportava né l'estensione della nozione di coniuge accolta negli atti comunitari che la contemplano - come ad esempio il regolamento n. 1612/68 in materia di libera circolazione delle persone nel territorio comunitario - né l'imposizione di una definizione estesa ad altri Stati membri.

Poco più tardi, e più precisamente in occasione dell'adozione della direttiva n. 2004/38, che ha riassunto ed aggiornato proprio la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari²²⁴, il tema si è riproposto, avendo, nel frattempo, anche il Belgio aperto le porte al matrimonio tra persone omosessuali. Come accennato *supra*, l'iter legislativo di tale direttiva è stato caratterizzato dalla proposta del Parlamento Europeo di includere per la prima volta nella nozione di familiare il coniuge "a prescindere dal sesso" e "secondo la relativa legislazione nazionale"²²⁵.

Tale proposta, di per sé fortemente innovativa, è stata immediatamente bocciata dalla Commissione che, dopo aver richiamato l'impossibilità per l'Unione di armonizzare le singole legislazioni nazionali in materia di diritto di famiglia - stante l'assenza di una competenza legislativa sul punto²²⁶ - ha sottolineato l'opportunità di adottare un approccio "*host state oriented*" e cioè che tenga conto della legislazione nazionale dello Stato membro di destinazione, *rectius* dello Stato in cui si esercita la libera circolazione. Questo approccio, difatti, garantisce il rispetto del principio di non discriminazione in quanto permette a ciascun Stato membro di trattare le coppie che provengono da altri Stati membri alla stregua dei propri cittadini nazionali.

²²³ Interrogazione scritta E- 3261/01 del 23 novembre 2001 alla Commissione e risposta della Commissione del 12 marzo 2003, in G.U.C.E. C 28E del 6 febbraio 2003, p. 2-3. (Oggetto: *Regolamento (CE) n. 1347/2000 ed estensione del matrimonio civile e dell'adozione alle persone dello stesso sesso nei Paesi Bassi*).

²²⁴ Vedi nota n. 2.

²²⁵ Vedi nota n. 22.

²²⁶ Si tenga conto che all'epoca i rapporti matrimoniali tra omosessuali erano ammessi solo in due paesi membri, Paesi Bassi e Belgio

In altre parole, da una posizione iniziale di totale chiusura sulla possibilità di riconoscere degli effetti giuridici sul piano del diritto comunitario, la Commissione ha adottato una posizione leggermente meno rigida ammettendo la rilevanza comunitaria delle coppie omosessuali, ma limitatamente al territorio dello Stato membro che ammette e ne regola l'esistenza. In ogni caso, essa non ha escluso la possibilità della riapertura di un dibattito sul tema, nonché di un'interpretazione estensiva delle nozioni utilizzate nella direttiva, a condizione che, tuttavia, si attivi un processo spontaneo di armonizzazione tra le legislazioni dei Paesi membri.

Dall'altro lato, rileva la questione di ricomprendere nelle coppie matrimoniali i rapporti poligamici. A tal proposito è interessante osservare come la legislazione comunitaria non escluda *apertis verbis* l'inclusione di tali rapporti nella nozione di matrimonio ed anzi in alcuni casi sembra ricondurre ad essi taluni effetti, sebbene in maniera circostanziata. E ciò che emerge dall'analisi della direttiva n. 2003/86 del Consiglio relativa al diritto al ricongiungimento familiare: la suddetta direttiva stabilisce i requisiti e le condizioni per poter accedere a tale diritto e indica i soggetti beneficiari dello stesso. Tra questi vi è appunto il coniuge del soggiornante, i figli minorenni del soggiornante e del coniuge (...), gli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante o del suo coniuge (...), i figli adulti non coniugati del soggiornante o del suo coniuge (...) (art. 4, comma 1 e 2). Pur non definendo cosa si intenda per "coniuge", la direttiva prevede che "in caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge".

In altre parole, la disposizione richiamata sembra dare una certa rilevanza anche ai rapporti poligamici, nella misura in cui il diritto al ricongiungimento è riconosciuto al primo coniuge, *rectius* al coniuge che per primo inoltra la richiesta. Ed invero, la circostanza che le coppie poligamiche ricevano un determinato riconoscimento dal diritto comunitario non deve particolarmente sorprendere, essendo il riflesso di una concezione già diffusa in alcuni ordinamenti europei. Difatti, le coppie poligamiche a differenza delle coppie omosessuali, conservano un elemento essenziale nell'impostazione tradizionale del matrimonio, e cioè la differenza di sesso tra i coniugi²²⁷ e tale circostanza influisce senza dubbio nel giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico interno.

In ambito europeo, uno dei primi ordinamenti ad avvertire l'esigenza di accordare determinati effetti a tali coppie è stata la Francia: ed invero, l'intenso fenomeno di immigrazione, in particolare di origine magrebina, ha costretto la giurisprudenza (e la dottrina²²⁸) francese a trovare delle

²²⁷ V. H. FULCHIRON, *Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)*, Recueil Dalloz, 2001, p. 1628.

²²⁸ Per un'analisi generale dei problemi posti nel diritto internazionale privato dai matrimoni poligamici, J.M. BISCHOFF, *Le mariage polygamique en droit international privé*, Travaux du comité fr. Dr. Int. Priv., 1984<0-1981, Vol. 2, p. 91 e ss.

soluzioni al problema del riconoscimento degli effetti di tali coppie nell'ordinamento nazionale: basandosi, allora, sulla teoria dell'*effet attenué* dell'ordine pubblico, i giudici francesi hanno riconosciuto una certa rilevanza ai matrimoni poligamici in materia di obbligazioni alimentari²²⁹, diritto di soggiorno²³⁰, pensione di reversibilità²³¹ e finanche in materia successoria²³².

Tale impostazione ha trovato recentemente terreno fertile anche in altri paesi europei²³³ e, sebbene con maggiori resistenze, nella giurisprudenza italiana²³⁴.

3.2 Forme di unione alternative al matrimonio: le partnership registrate

Sotto il secondo profilo, e cioè con riferimento al legame che intercorre tra i rapporti matrimoniali e le forme di unioni paramatrimoniali, la legislazione comunitaria ci offre maggiori spunti di riflessione, sebbene, anche in questo caso, non si arrivi ad individuare una nozione precisa delle forme di unioni alternative al matrimonio. Innanzitutto, occorre osservare che il tema, a livello comunitario, riveste un'importanza particolare e ha determinato in alcuni casi (e laddove possibile) interventi diretti del legislatore comunitario.

Proprio in materia di cooperazione giudiziaria civile, una delle ragioni che ha indotto il legislatore comunitario ad abrogare il regolamento del Consiglio n. 1347/2000 (cd. Bruxelles II), è stata rappresentata dall'impossibilità di applicare la disciplina comunitaria ivi prevista in materia di responsabilità genitoriale ai figli nati da coppie non sposate. Con l'adozione del regolamento n. 2201/2003, invece, la disciplina comunitaria di conflitto è stata estesa anche ai figli nati da queste coppie: in questo modo sono state equiparate, seppur in relazione al delicato e centrale profilo della responsabilità genitoriale in cui è coinvolto l'interesse superiore del figlio, le unioni matrimoniali a quelle extramatrimoniali. Tale equiparazione, d'altronde, era già prevista nel settore civile e commerciale: il regolamento

²²⁹ Cour de Cassation, première chambre civile, 28 gennaio 1958, Rev. Crit. DIP, 1958, p. 110, con nota di R.JAMBU-MERLIN.

²³⁰ Conseil d'Etat, 11 luglio 1980, in Rev. Crit. DIP, 1981, p. 658, con nota di J.M.BISCHOFF.

²³¹ Cour de Cassation, première chambre civile, 22 aprile 1986, Recueil Dalloz, 1986, Inf. Rap., p. 270.

²³² Celebre il caso *Bendedouche*, affrontato dalla sentenza del 3 gennaio 1980 dalla Cour de Cassation, première chambre civile, 3.1.1980, in Rev. Crit. DIP 1980, p. 331 con nota di H. BATIFOLL,

²³³ L'esempio più illuminante è la legislazione spagnola che permette il ricongiungimento familiare ad una - e ad una sola - delle mogli (o dei mariti) della coppia poligamica: v. Ley orgánica n. 14/2003 del 20 novembre 2003.

²³⁴ E' stato, ad esempio, riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare di una delle due mogli di un cittadino marocchino residente in Italia, ma esclusivamente per garantire la vicinanza della stessa al figlio e, quindi, nell'esclusivo interesse di quest'ultimo: v. Corte d'Appello di Torino, decreto 18 aprile 2001, in Dir. fam., 2001, p. 1492 ss. In senso favorevole al riconoscimento degli effetti delle unioni poligamiche, almeno con riferimento ad uno delle mogli (o dei mariti) della coppia poligamica, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, Riv. Dir. Int. Priv. e Proc., 2008, p. 44 e ss.

n. 44/2001, difatti, prevede precise norme in punto di competenza giurisdizionale e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, prescindendo dalla circostanza che il diritto (o l'obbligo) a tale prestazione sia sorto o meno in un contesto matrimoniale.

A parte il caso degli strumenti di cooperazione giudiziaria, l'approccio del diritto comunitario rispetto a questi temi è ancora una volta improntato al principio del *"host state oriented"*, e dunque alla tendenza a lasciare ai singoli Stati membri la possibilità di riconoscere tali forme di unioni e di ricollegare determinati effetti giuridici dal punto di vista del diritto comunitario. Tuttavia il panorama legislativo europeo in materia appare piuttosto eterogeneo: attualmente, il modello delle partnership registrate è presente in Danimarca²³⁵, Norvegia²³⁶, Svezia²³⁷, Islanda²³⁸, Olanda²³⁹, Belgio²⁴⁰, Francia²⁴¹, Germania²⁴² e Finlandia²⁴³ mentre in tutti gli altri stati tali unioni non ricevono lo stesso riconoscimento giuridico. Inoltre, anche tra gli ordinamenti che hanno introdotto le unioni registrate nei rispettivi ordinamenti, numerose sono le differenze sia sotto il profilo delle condizioni per l'accesso, sia per quanto riguarda la natura giuridica ad esse riconosciuta²⁴⁴. Ne deriva che il rinvio alle legislazioni nazionali non sempre può rappresentare una soluzione efficace ai problemi di qualificazione dei termini utilizzati negli atti comunitari.

Un (coraggioso) tentativo di superamento di tale orientamento è stato avanzato, non a caso, dal Parlamento Europeo che, come si è illustrato in precedenza, ha da sempre rappresentato l'istituzione che ha meglio riassunto

²³⁵ Danish registered Partnership Act n. 372 del 7 giugno 1989. La Danimarca è stata il primo paese a riconoscere ufficialmente tali tipi di unioni: per un commento v. JAIME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht*, in IPRax, 1990, p. 197 e SLOANE, *A rose by any other name: marriage and the Danish Registered Act*, in Cardozo Journal Int. Company Law, 1998, p. 189 ss.

²³⁶ Bill on Registered Partnerships n. 40 del 30 aprile 1993.

²³⁷ Registered Partnership Act n. 1117 del 23 giugno 1994, in Svensk Förlatt ningssamling 1994: 1117, emendato nel 2000 (Svensk Förlatt ningssamling 2000: 374). Per un comment sull'emendamento del 2000 v. Bogdan, *Amendment of Swedish Private International regarding Registered Partnerships*, in IPRax, 2001, p. 353 ss.

²³⁸ Act on Registered Partnership n. 87 del 12 giugno 1996.

²³⁹ Act of 5 July 1997 amending Book 1 of the Civil Code and the Code of Civil Procedure, concerning the introduction therein of provisions relating to registered partnership, in Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 1997, n. 324.

²⁴⁰ Loi instaurant la cohabitation légale del 23 novembre 1998.

²⁴¹ Loi relative au Pacte Civil de Solidarité n. 99-944 del 15 novembre 1999, in Journal Officiel n. 265 del 16 novembre 1999, p. 16959.

²⁴² Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft del 16 febbraio 2001, in Bundesgesetzblatt, 2001 I 266.

²⁴³ Act on Registered Partnerships 950/2001 del 9 novembre 2001

²⁴⁴ In particolare, vi sono alcuni paesi che richiedono come condizione di accesso a tale istituto la cittadinanza di almeno uno dei partners (Norvegia, Islanda), altri che adottano criteri di tipo domiciliare quali la residenza di entrambi i partners (Francia, Belgio) o, addirittura uno solo di essi (Svezia, Danimarca). Per un interessante panoramica sulla natura giuridica di tali unioni negli ordinamenti europei (e non solo) e sulle relative condizioni di accesso, si rinvia a ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2003.

e sintetizzato le tendenze progressiste sviluppatasi in Europa in materia familiare. Si fa riferimento all'elaborazione della richiamata direttiva n. 2004/38 e alla proposta di includere all'interno della nozione di "familiare" cui accordare il diritto (personale) di libera circolazione e di soggiorno, anche il partner di un'unione registrata, a condizione che tale unione fosse riconosciuta dallo *Stato di origine* del cittadino. In questo modo si sarebbe garantito al cittadino dell'Unione di conservare il proprio status personale negli spostamenti intracomunitari, indipendentemente dallo Stato di destinazione.

La proposta tuttavia non è stata abbracciata dalla Commissione che, alla stregua di quanto già affermato in relazione ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, ha preferito adottare, anche in questo caso, una soluzione prudente e rispettosa dei principi del diritto comunitario, quali il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità. Di conseguenza, allo stato i partner di unioni registrate sono assimilati ai coniugi ai fini del riconoscimento dei diritti previsti dal diritto comunitario a condizione che lo stato in cui essi decidono di esercitare la libera circolazione delle persone riconosca tali tipi di unione²⁴⁵.

Un ulteriore esempio di tale approccio è fornito dalla richiamata direttiva in materia di ricongiungimento nazionale: all'art. 4, comma 3, difatti, si prevede che "gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno (...) del cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata" e che altresì "gli Stati membri possono decidere relativamente al ricongiungimento familiare di riservare ai partner legati da una relazione formalmente registrata lo stesso trattamento previsto per i coniugi". Dal canto suo, il diritto comunitario richiede semplicemente che tale rapporto sia debitamente certificato da un "documento che attesti (...) l'esistenza di un'unione registrata" e che sia caratterizzato da un'effettiva relazione stabile²⁴⁶.

Allo stesso modo la direttiva n. 2004/83 sulla qualifica di rifugiato, considera membro della famiglia del rifugiato anche il suo partner non registrato, avente una relazione stabile, a condizione che la legislazione o la prassi dello Stato ospite equipari le coppie non sposate alle coppie sposate nella legislazione sul trattamento degli stranieri²⁴⁷.

A ben vedere, tuttavia, la particolare situazione dei partner di unioni registrate è comunque differenziabile rispetto a quella delle altre unioni paramatrimoniali, e ciò sul presupposto che tali unioni sono caratterizzate da una maggiore stabilità, nonché dalla possibilità di essere sottoposte a maggiori verifiche, grazie alla loro "documentabilità": ne è riprova l'art. 3,

²⁴⁵ Art. 2, n. 2, lett. b. della direttiva 2004/38, cit. V. anche il considerando n. 5

²⁴⁶ Art. 8, par. 5 lett. b. della direttiva 2003/86, cit.

²⁴⁷ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in G.U.U.E., L 304 del 20 settembre 2004: art. 2, lett. h).

n. 2, lett. b, della direttiva n. 2004/38 che, pur lasciando agli Stati membri la decisione finale sul punto, aggiunge che “lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l’ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: (...) il partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” e che “lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l’eventuale rifiuto del loro ingresso e soggiorno”.²⁴⁸

Questa disposizione può essere appunto interpretata come una sorta di attenuazione del principio del “*host state oriented*” ed un monito sulla necessità di valutare attentamente la natura e la stabilità di ciascun rapporto preso in considerazione al di là della veste formale del rapporto e al di là dei limiti imposti dalla legislazione nazionale.

La vicinanza tra lo status di partner di unione registrata e quello di coniuge è dimostrata altresì dalla circostanza che il dissolversi dell’unione registrata determina gli stessi effetti giuridici prodotti dal dissolversi delle unioni coniugali: l’art 13 della direttiva n. 2004/38 è chiaro nel prevedere che “il divorzio, l’annullamento del matrimonio dei cittadini dell’Unione Europea o lo scioglimento della loro unione registrata (...) non incidono sul diritto di soggiorno dei loro familiari aventi la cittadinanza di uno Stato membro”.

Queste aperture del legislatore comunitario dimostrano come le unioni civili registrate, pur essendo concettualmente differenti dall’istituto del matrimonio, tendono ad essere assimilate a quest’ultimo per il riconoscimento di alcuni diritti. Ovviamente, allo stato attuale, tale assimilazione è ancora giuridicamente legata alla circostanza che il singolo Stato membro cui spetta applicare in concreto la norma (e quindi il diritto) comunitario (ri)conosca nel proprio ordinamento questo modello di unione alternativo al matrimonio. Non è quindi ancora possibile prospettare un’applicazione generalizzata delle norme comunitarie che riguardano i coniugi ai partner, sebbene la rilevanza comunitaria delle coppie civili è destinata senza dubbio a crescere e a porsi, anche a livello comunitario come una nozione autonoma e parallela a quella di matrimonio.

3.3 Le convivenze di fatto

Fino ad adesso si è fatto principalmente riferimento alla distinzione tra unioni coniugali e unioni non coniugali o alternative al matrimonio. In realtà, all’interno di quest’ultima nozione è necessario distinguere tra unioni registrate e mere convivenze di fatto, intendendo con quest’ultimo termine quelle unioni *more uxorio* non accompagnate da alcun documento ufficiale rilasciato da un’Autorità amministrativa.

Tale distinzione dipende dalla circostanza che non tutti gli Stati membri hanno riconosciuto uguale tutela e dignità alle unioni nate al di fuori del vincolo matrimoniale, e solo alcuni di essi hanno introdotto forme e meccanismi di registrazione per tali coppie. Il diritto comunitario, invece,

²⁴⁸ Vedi altresì considerando 6 della direttiva 2004/38, cit.

non sembra profilare questa distinzione in quanto riconduce la nozione di convivenza di fatto nella più generica definizione di unione non matrimoniale prima descritta.

In altre parole, le convivenze di fatto sembrano rilevare agli occhi dell'ordinamento comunitario se ed in quanto possiedano il requisito della documentabilità, ossia possano essere riconosciute come tali nell'ordinamento nazionale attraverso un documento ufficiale. E ciò che si evince, ancora una volta, dalla richiamata normativa in materia di libera circolazione delle persone, da un lato, e di ricongiungimento familiare, dall'altro: in entrambi i casi si fa riferimento ad una "relazione stabile debitamente comprovata o attestata"²⁴⁹. Come si può notare, un ulteriore requisito richiesto per il riconoscimento dei diritti previsti in tali normative è la dimostrazione del carattere "stabile e duraturo" della relazione, onde evitare tentativi di eludere la norma comunitaria attraverso relazioni fittizie o comunque non caratterizzate da un effettivo vincolo di affetto e solidarietà.

La stabilità del rapporto è determinata caso per caso ed in base alla singola legislazione nazionale: la fissazione di criteri uniformi come la durata della relazione o la coabitazione avrebbe potuto rappresentare un tentativo di armonizzazione (seppur minima) delle legislazioni nazionali e garantire allo stesso tempo un'applicazione maggiormente uniforme della normativa comunitaria. Tuttavia, la proposta, ancorché avanzata²⁵⁰, non ha trovato adeguato seguito e si è preferito rimettere ai singoli Stati le opportune valutazioni in merito, seppur nel quadro dei principi comunitari sopra richiamati.

4 L'equiparazione tra matrimoni e unioni di fatto nel regime applicabile ai funzionari dell'Unione Europea

L'analisi fin qui condotta poggia essenzialmente sull'esame della legislazione comunitaria in materia di libera circolazione delle persone, asilo ed immigrazione: tuttavia vi è un ulteriore settore del diritto comunitario che ci conduce ad allargare in alcuni casi la nozione di coniuge e di matrimonio accolta dal diritto comunitario e che per questo motivo merita una trattazione a parte. Si tratta del regime applicabile ai funzionari delle Comunità Europee e agli altri agenti delle Comunità: tale regime è

²⁴⁹ Art. 4, punto 3, della direttiva 2003/86 cit. e art. 3, lett. b, della direttiva 2004/38 cit.

²⁵⁰ Parere del Parlamento Europeo in prima lettura di COM (2001) 257, cit., art. 2, par. 2, lett. c, nella versione emendata.

contenuto nel regolamento n. 259/68²⁵¹, così come recentemente modificato dal regolamento n. 723/2004²⁵².

Prima di analizzare le disposizioni in esso contenute e che rilevano ai fini della questione che ci occupa, è opportuno ricordare preliminarmente che il funzionario delle Comunità Europee, oltre a godere dei diritti derivanti dal suo rapporto con la Comunità Europea presso cui è in servizio, si avvale altresì dei diritti riconosciutigli dal Trattato e dalla normativa secondaria in materia di libera circolazione dei lavoratori. In altre parole, il cittadino comunitario che lavora presso un'istituzione, un'agenzia o un qualunque altro ufficio (ovunque esso si trovi) di una delle Comunità Europee, esercita la libera circolazione dei lavoratori e ciò in quanto la sua situazione passa dall'essere disciplinata da un determinato ordinamento ad un altro, quest'ultimo non necessariamente statale, ma internazionalmente riconosciuto.²⁵³

Come appena ricordato, il regime applicabile ai funzionari delle Comunità Europee è stato recentemente modificato dal legislatore comunitario per adeguare la disciplina alle nuove esigenze della società in Europa.²⁵⁴ Il nuovo articolo 1- quinquies, primo comma, prevede, il divieto nell'applicazione delle norme dello statuto "di ogni discriminazione, fondata in particolare sul sesso, razza (...) o l'orientamento sessuale". Il riferimento all'orientamento sessuale è particolarmente indicativo, perché rappresenta un segno di discontinuità rispetto alla scelta fin qui adottata dal legislatore comunitario di vietare solo le discriminazioni fondate sul sesso e non sull'orientamento sessuale (argomento giudicato insuperabile anche dalla Corte di Giustizia in alcune sue note sentenze)²⁵⁵. Il successivo comma, poi, richiama *apertis verbis* l'intenzione del legislatore comunitario di equiparare le unioni non matrimoniali a quelle matrimoniali ai fini dell'applicazione

²⁵¹ Regolamento (CEE, Euratom, CECA) n. 259/68 del Consiglio, del 29 febbraio 1968, che definisce lo statuto dei funzionari delle Comunità Europee nonché il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità, ed istituisce speciali misure applicabili temporaneamente ai funzionari della Commissione, in G.U.C.E., L56 del 4 marzo 1968)

²⁵² Regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità, in G.U.U.E., L 124 del 27 aprile 2004.

²⁵³ Punto 91 delle conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano in causa C-293/03, in Raccolta 2004, p. I-12013, *Gregorio My c. ONP*. Ciò avviene anche quando l'assunzione presso un ufficio comunitario non comporta un "trasferimento fisico" del lavoratore, come nel caso di un lavoratore residente in Belgio che viene assunto presso il Consiglio dell'Unione Europea a Bruxelles.

²⁵⁴ Il considerando n. 1 del regolamento recita: "Dal 1962, anno in cui sono stati adottati per la prima volta lo statuto dei funzionari e il regime applicabile agli altri agenti, vi sono stati nella società progressi e innovazioni sostanziali. È opportuno che il quadro normativo applicabile alla funzione pubblica europea sia adattato a tali progressi e innovazioni, per andare incontro alle mutate esigenze delle istituzioni e del loro personale, nel rispetto di una cultura e di una tradizione amministrative della Comunità basate sul principio del servizio ai cittadini".

²⁵⁵ Su tutte, Corte di giustizia, sentenza 17 aprile 1986 nella causa 59/85, in Raccolta 1986, p. 1283, *Stato dei Paesi Bassi c. Ann Florence Reed*.

delle norme previste nello statuto, “a condizione che siano rispettate tutte le condizioni previste all’art. 2, par. 2, lett. c) dell’Allegato VII”.

L’articolo richiamato disciplina, per l’appunto, le condizioni per il riconoscimento del diritto all’assegno di famiglia. Tale beneficio è riconosciuto innanzitutto al funzionario coniugato (lett. a)²⁵⁶. La nozione di coniuge è da interpretarsi in questo caso autonomamente in base alle stesse indicazioni fornite dal regolamento: di conseguenza, il richiamato divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale dovrebbe essere sufficiente per includere nella nozione di coniuge anche i matrimoni tra omosessuali. A conferma di ciò, la Commissione, in occasione di un interrogazione parlamentare avente ad oggetto l’estensione della nozione di coniuge accolta nello statuto alla luce dell’introduzione dei matrimoni tra omosessuali nei Paesi Bassi²⁵⁷, ha chiarito che il funzionario olandese unito in matrimonio con una persona dello stesso sesso secondo la legge olandese è da considerarsi come qualsiasi altro funzionario coniugato agli effetti dello statuto.

Particolare attenzione è dedicata anche alle coppie di persone dello stesso sesso che non possono contrarre matrimonio secondo la propria legislazione nazionale. L’assegno di famiglia è difatti esteso anche al funzionario registrato come membro stabile di un’unione di fatto, a condizione che siano rispettati alcuni requisiti tra cui appunto la circostanza che la coppia non abbia accesso al matrimonio civile in uno Stato membro (lett. c, iv). Tale requisito fa riferimento in particolare alle coppie omosessuali che, nella maggior parte degli Stati membri non possono legalmente contrarre matrimonio.²⁵⁸ Tali coppie, tuttavia, devono rispettare un ulteriore requisito²⁵⁹ per essere beneficiarie del contributo previsto: si richiede infatti che “la coppia fornisca un documento ufficiale riconosciuto come tale da uno Stato membro dell’Unione Europea o da un’altra autorità competente di uno Stato membro, attestante la condizione di membri di un’unione di fatto”.

Tale documento può consistere ragionevolmente anche in una semplice attestazione di tipo anagrafico sulla condizione di coppia di fatto e non necessariamente in una registrazione ufficiale dell’unione civile sul modello

²⁵⁶ Oppure al vedovo, divorziato, separato legalmente o con uno o più figli a carico (lett. b).

²⁵⁷ Interrogazione scritta della onorevole Bruitebweg QE-P-2438/01 in G.U.C.E. C 93 E del 18 aprile 2002, p. 131.

²⁵⁸ Invero, tale disposizione può essere altresì applicabile a quelle coppie eterosessuali che per qualsiasi altro motivo non possono unirsi in matrimonio: non a caso la norma si cura di precisare che “si considera che una coppia ha accesso al matrimonio civile (...) unicamente nel caso in cui i due partner soddisfino l’insieme delle condizioni fissate dalla legislazione di uno Stato membro che autorizza il matrimonio di tale coppia”

²⁵⁹ In realtà, rilevano altre due condizioni: si tratta, da un lato, del limite rappresentato dai partner che siano legati da un vincolo di parentela (diretta o collaterale), cui non è riconosciuto l’assegno di famiglia; dall’altro, tale beneficio non è applicabile neanche ai partner che siano già sposati o impegnati in un’altra unione di fatto. Quest’ultima disposizione sembra sconfessare la parziale apertura sui rapporti poligamici descritta in precedenza.

di quegli Stati membri che oggi riconoscono le unioni registrate. Il generico richiamo alla legislazione di uno Stato membro dell'Unione Europea, dà la possibilità alla coppia formata da persone dello stesso sesso²⁶⁰ che non può contrarre matrimonio secondo la propria legislazione nazionale o di residenza, di accedere ugualmente al beneficio previsto dallo statuto, chiedendo di attestare la propria unione in uno di quegli Stati membri che prevedono le unioni registrate. In questo modo, almeno, dovrebbe essere interpretata la norma in esame e cioè intendendo per Stato membro quello di registrazione dell'atto, e non quello di cittadinanza o di residenza: in questi ultimi due casi, difatti, si potrebbero creare dei profili di criticità in merito a possibili violazioni (da parte del diritto comunitario) del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza.²⁶¹

Un ulteriore profilo di criticità è rappresentato dalla situazione di quelle coppie (etero o omosessuali) per le quali sussiste la capacità matrimoniale, ma che nondimeno preferiscono contrarre un'unione registrata. Tali unioni, difatti, fuoriescono dal campo d'applicazione della normativa in esame, in quanto non costituiscono un rapporto coniugale, ma allo stesso tempo non rientrano nella condizione di non accessibilità all'istituto del matrimonio. Il diritto comunitario sembra riconoscere a tali coppie un trattamento peggiore rispetto a quelle che non hanno avuto accesso al matrimonio, quasi a sottolineare il disvalore sociale rappresentato dalla circostanza di non aver costituito un'unione coniugale pur avendolo potuto fare.

In questo modo dovrebbe essere interpretato l'art. 1 del regolamento 1292/04²⁶², nonché l'art. 1 del regolamento 1293/04²⁶³, relativi al trattamento del Presidente della Commissione e dei suoi membri, dei giudici, avvocati generali e cancelliere della Corte di Giustizia, Tribunale di primo grado e Corte dei Conti. Ed infatti, tale disposizione stabilisce che, fermo restando il principio dell'equiparazione delle unioni non matrimoniali alle condizioni previste (tra cui la non accessibilità al matrimonio), per quelle coppie non sposate, ma in possesso dei requisiti per farlo, l'equiparazione vale soltanto ai fini del regime di assicurazione malattia.²⁶⁴

²⁶⁰ Ovvero la coppia eterosessuale nel senso prima descritto

²⁶¹ Sul punto vedi anche TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità Europea*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato*, cit. , p. 64 e ss

²⁶² Regolamento (CE, Euratom) n. 1292/2004 del Consiglio, del 30 aprile 2004, che modifica il regolamento n. 422/67/CEE, n. 5/67/Euratom relativo alla fissazione del trattamento del Presidente e dei membri della Commissione, del Presidente, dei giudici, degli avvocati generali e del cancelliere della Corte di Giustizia, nonché del Presidente, dei membri e del cancelliere del Tribunale di primo grado, in G.U.U.E., L243 del 15 luglio 2004.

²⁶³ Regolamento (CE, Euratom) n. 1293/2004 del Consiglio, del 30 aprile 2004, che modifica il regolamento (CEE, Euratom, CECA) n. 2290/77 relativo alla fissazione del trattamento economico dei membri della Corte dei Conti, in G.U.U.E., L 243 del 15 luglio 2004

²⁶⁴ L'art. 1 dei regolamenti n. 1292/2004 e n. 1293/2004 recita così: "(...) Tuttavia, il partner non sposato di un membro o di un ex membro è equiparato al coniuge nell'ambito del regime assicurazione malattia purché siano soddisfatte le prime condizioni previste al paragrafo 2, lett. c), punti i), ii) e iii) di tale articolo".

Dall'esame delle disposizioni che precedono, quindi, sembra che il diritto comunitario assuma un approccio differente a seconda che si tratti di diritti riconosciuti ai propri agenti o funzionari – al cui rispetto quindi è obbligata in primis la stessa Comunità - e diritti riconosciuti a tutti i cittadini comunitari in quanto tali la cui tutela invece passa necessariamente attraverso la loro osservanza da parte degli Stati membri. In altre parole, quando la Comunità agisce come vero e proprio soggetto autonomo dagli Stati membri e cioè si autoregolamenta, riconoscendo determinati diritti ai propri “cittadini” (vedasi agenti o funzionari), allora è libera di accogliere una nozione ampia di coniuge comprensiva anche delle coppie omosessuali, unite in matrimonio o meno. Infatti, gli effetti di tale interpretazione si risolvono all'interno dello stesso ordinamento comunitario, ordinamento diverso da quelli nazionali e in cui il funzionario acquisisce uno status nuovo e parallelo rispetto a quello dello stato di provenienza²⁶⁵.

E' interessante notare altresì che l'equiparazione dei modelli familiari avvenuta nel regime dei funzionari dell'Unione Europea si è basata per stessa ammissione della Commissione sull'articolo 9 della Carta europea dei diritti fondamentali²⁶⁶ e su un'interpretazione evidentemente libera e autonoma del “diritto di sposarsi e di formarsi una famiglia”. Il riferimento a tale articolo della Carta potrebbe quindi rappresentare un importante precedente per un'interpretazione estensiva del suo contenuto, ora che la Carta è finalmente entrata in vigore.

5. L'esigenza di superamento dell'approccio “host state oriented”

In definitiva, dall'esame condotto, si può dedurre che l'ordinamento comunitario ha adottato in via generale una nozione tradizionale del rapporto di coppia fondato sull'istituto del matrimonio, sebbene non abbia categoricamente chiuso le porte, da un lato, all'inclusione delle coppie omosessuali nella nozione di matrimonio e, dall'altro, al riconoscimento e alla tutela di forme di unioni alternative al matrimonio. Il tema, com'è noto, è quanto mai attuale e dibattuto sia all'interno degli ordinamenti nazionali sia in seno alle istituzioni comunitarie.

Sotto quest'ultimo profilo, la Commissione Europea sembra aver preso finalmente coscienza della necessità di apportare nuovi ed efficaci strumenti giuridici per garantire la parità di trattamento e di tutela a tutti i cittadini comunitari. Già in una comunicazione del 2 giugno 2004 al Consiglio e al Parlamento Europeo riguardante lo stato di attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Commissione ha ribadito la necessità di intensificare il livello di cooperazione giudiziaria civile tra i Paesi membri al fine di

²⁶⁵ Vedi sul punto, L.TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità Europea*, in S.BARIATTI, *la Famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit. , p. 63.

²⁶⁶ Vedi la risposta della Commissione all'interrogazione parlamentare dell'onorevole Bruitenweg, cit.

“apportare tangibili miglioramenti alla vita quotidiana dei cittadini, permettendo loro di far valere i propri diritti a livello dell’Unione”. Per fare ciò, si aggiunge, è necessario allargare il campo di applicazione delle norme sul mutuo riconoscimento ad alcuni settori come, ad esempio, “le conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie sposate e non, o le successioni e i testamenti”, nonché “lo status civile delle persone, le relazioni familiari o civili (convivenze) o anche la filiazione”²⁶⁷.

Successivamente, il 15 dicembre 2005 la Commissione ha presentato una proposta di regolamento sulla giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari²⁶⁸ in cui per la prima volta ha aperto le porte della cooperazione giudiziaria civile comunitaria alle unioni alternative al matrimonio: nella proposta legislativa, difatti, si avanza la possibilità di includere nel campo di applicazione dello strumento normativo anche gli obblighi alimentari scaturenti da partnership registrate e convivenze. Tali forme di unione sono definite come rapporti aventi “effetti simili” a quelli familiari, ma tuttavia produttive di obblighi di mantenimento allorché il vincolo affettivo venga a mancare.²⁶⁹

Poco più tardi, infine, il 17 luglio 2006, sempre la Commissione ha pubblicato un Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi²⁷⁰, che risulta particolarmente interessante sotto un duplice profilo. In primo luogo, si avanzano dei tentativi di definire, da un lato, la nozione di unione registrata e, dall’altro, quella di unione di fatto: nel primo caso si parla di “convivenza di due persone che vivono in coppia e hanno registrato la loro unione davanti ad un’autorità pubblica istituita dalla legge dello Stato membro in cui risiedono”; la convivenza di fatto è invece definita come “una situazione in cui due persone vivono insieme in modo stabile e continuo senza aver registrato la loro relazione davanti ad un’autorità”. In secondo luogo, nel libro verde si prospetta per la prima volta la possibilità di prevedere autonome norme di conflitto di leggi e di competenza giurisdizionale in merito ai rapporti patrimoniali derivanti da

²⁶⁷ Comunicazione del 2 giugno 2004 al Consiglio e al Parlamento Europeo su “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti”, COM (2004) 401 def. p. 10 e ss.

²⁶⁸ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, COM (2005) 649 def. del 15 dicembre 2005.

²⁶⁹ Ed in effetti la ragione della proposta di estensione della disciplina comunitaria sugli obblighi di mantenimento anche alle coppie non matrimoniali deriva proprio dalla necessità di armonizzare le discipline nazionali che sul punto divergono notevolmente come sottolineato dalla Commissione nel libro verde sulle obbligazioni alimentari COM (2004) 254 def. del 14 maggio 2004: alcuni Stati membri, infatti, riconoscono unicamente le obbligazioni alimentari tra genitori e figli e tra coniugi o ex coniugi, mentre altri allargano il novero dei soggetti beneficiari anche ai parenti collaterali ovvero, per l’appunto, ai partner di unioni civili registrate e conviventi di fatto.

²⁷⁰ Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, COM (2006) 400 def. del 17 luglio 2006.

unioni registrate o da mere convivenze di fatto²⁷¹. In entrambi i casi si parte dalla considerazione della continua diffusione di questi modelli nel territorio comunitario e della necessità di far fronte a questi fenomeni anche in chiave internazionalprivatistica: non a caso, infatti, viene prospettata la loro possibile inclusione nell'ambito applicativo del regolamento n. 44/2001 rispetto a "certe controversie patrimoniali tra i partner"²⁷².

Questi segnali da parte della Commissione dimostrano come l'approccio verso questo tipo di problematica sia progressivamente cambiando e che, sulla spinta di una chiara evoluzione sociale in atto in Europa, occorra ripensare il rapporto tra unioni matrimoniali e unioni civili registrate nell'ambito del diritto comunitario.

Tuttavia, la strada della piena equiparazione è ancora lontana: le unioni civili registrate in Europa non rappresentano un modello unitario, ma sono viceversa caratterizzate da una serie di differenze anche sensibili tra gli ordinamenti in cui esse sono ammesse: Un primo passo che potrebbe contribuire a eliminare le differenze è rappresentato dalla possibilità che queste coppie possano essere registrate e cioè che si possa documentare la loro esistenza.

Con ciò si intende la necessità di produrre un documento ufficiale rilasciato dallo Stato membro in cui si registra l'unione e che attesti il relativo *status*. In tal senso, potrebbe essere opportuno prevedere una sorta di documento unico per tutti i paesi che riconoscono queste unioni: un simile documento potrebbe favorire il riconoscimento dei diritti delle coppie registrate, potendosi comprovare in questo modo alcuni elementi fondamentali per il riconoscimento dello status della coppia, come ad esempio, la durata del rapporto e quindi la sua stabilità, anche se in quest'ultimo caso occorrerà necessariamente una valutazione in concreto dell'interprete. La necessità di prevedere un'armonizzazione dei documenti che certificano ed "accompagnano" la circolazione di questi modelli giuridici sembra essere confermata, d'altronde, dalla stessa Commissione che nella comunicazione del 2 giugno 2004 - richiamata in precedenza - sottolinea l'esigenza di facilitare "il riconoscimento di diversi tipi di documenti", che non siano necessariamente delle decisioni giudiziarie²⁷³.

Pertanto, allo stato attuale, una piena equiparazione tra coppie matrimoniali e unioni civili registrate da un lato, e matrimoni eterosessuali ed omosessuali dall'altro, è configurabile solo in relazione a quegli Stati che riconoscono rispettivamente tali nuove forme di unione: l'approccio "host

²⁷¹ Vedi domande n. 22 e 23 per le convivenze di fatto e da n. 19 a 21 per le partnership registrate

²⁷² Libro verde cit., par. 3.2.2 sulle coppie di fatto e par. 3.1.2 sulle unioni registrate.

²⁷³ Comunicazione del 2 giugno 2004, cit, p. 10 e 11: "(...) nuovi strumenti in materia di reciproco riconoscimento, che non figuravano nel programma iniziale, potrebbero rivelarsi necessari. La facilitazione del riconoscimento di diversi tipi di documenti sarà sempre più ampia. In alcuni settori come le successioni, ad esempio, i problemi pratici dei cittadini sono spesso più legati a questo tipo di questioni che al problema tradizionale del riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

state oriented”, - formula di compromesso che, laddove possibile, ha garantito al legislatore comunitario la possibilità di operare un *commodus discensus* dalla non facile situazione di dover sintetizzare un panorama legislativo europeo così variegato e di renderlo compatibile con i principi comunitari - non rappresenta una soluzione soddisfacente al problema in termini generali: tale approccio, difatti, pur costituendo in linea teorica una scelta rispettosa dei principi del diritto comunitario²⁷⁴, non contribuisce ad eliminare differenze di trattamento e di disciplina che rischiano di ostacolare lo stesso esercizio dei diritti di matrice comunitaria. Per questo motivo, occorre, in una prospettiva di più ampio raggio, ripensare ad un approccio differente che non sia necessariamente legato alla prospettiva del singolo stato coinvolto nell’applicazione del diritto comunitario, ma che tuteli in maniera indifferenziata ed efficace tutti i cittadini comunitari.

6. La ricostruzione operata dai giudici comunitari

Come abbiamo visto, la legislazione comunitaria da un lato, non ha sempre fornito delle nozioni chiare in materia matrimoniale, rinviando ove possibile il problema alle legislazioni nazionali e dall’altro, quando lo ha fatto, ha accolto una nozione di matrimonio (e quindi di coniuge) per molti versi ancora legata ad una visione tradizionale dell’istituto. In una tale situazione di incertezza giuridica e di non perfetto allineamento tra la realtà giuridica e quella sociale - quest’ultima caratterizzata da profondi mutamenti di valori e di principi in campo matrimoniale - l’intervento dei giudici comunitari ha sicuramente ricoperto un ruolo significativo.

In primo luogo, i giudici comunitari si sono soffermati sui limiti negativi della nozione di matrimonio, con particolare riferimento al profilo dell’abuso del diritto comunitario da parte dei cittadini nazionali²⁷⁵. Difatti, i cd. matrimoni di favore permettono un uso illegittimo dei diritti e delle prerogative riconosciuti dal diritto comunitario, in particolar modo in materia di immigrazione e di permessi di soggiorno: la necessità di combattere tali abusi è stata recentemente ribadita dalla Corte nella sentenza *Akrich*²⁷⁶, in cui i giudici comunitari hanno chiarito che si è in presenza di un vero e proprio abuso quando ci si avvale “delle possibilità offerte dal diritto comunitario ai lavoratori migranti e al loro coniuge nell’ambito di matrimoni di comodo contratti al fine di eludere le disposizioni relative all’ingresso e al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi”²⁷⁷.

Il giudizio sull’autenticità del matrimonio spetta in ogni caso alle autorità nazionali competenti: quando il matrimonio è autentico, questo produce tutti

²⁷⁴ Salvo quanto verrà detto *infra*.

²⁷⁵ Sul tema dell’abuso del diritto comunitario, vedi E. BERGAMINI, *Libera circolazione, vita familiare e abuso del diritto*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2006, pp. 348 e ss.

²⁷⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 23 febbraio 2003, in causa C-109/01, in *Raccolta* 2003, p.I-9607, *Secretary of State for the Home Department c. Halene Akrich*

²⁷⁷ Punto 57, sentenza *Akrich*, cit.

gli effetti sia sul piano nazionale che sul piano comunitario. Tali effetti perdurano fino a che il vincolo coniugale sussiste, ovverosia fino a che non sia intervenuto il divorzio in virtù di una pronuncia giudiziale:²⁷⁸ di conseguenza, il mero regime di separazione dei coniugi non è condizione sufficiente per lo scioglimento del vincolo coniugale, nemmeno quando essi hanno l'intenzione di divorziare in seguito.

Maggiori criticità, invece, ha sollevato il problema dell'inclusione nella nozione di coniuge accolta nel diritto comunitario della figura del convivente dello stesso sesso. Dal punto di vista giuridico la questione ruota intorno all'ambito di operatività del divieto di discriminazione in base al sesso e alla possibile applicazione di tale principio alle unioni omosessuali.

Ed invero, nel caso delle coppie formate da persone dello stesso sesso, l'elemento di differenziazione rispetto alle coppie eterosessuali non è rappresentato dal sesso, inteso come elemento biologico, ma dall'orientamento sessuale. Ora, negli strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo, la nozione di sesso non è assimilata a quella di orientamento sessuale, restando le due nozioni differenziate anche nell'ambito della relativa tutela applicabile.²⁷⁹ Ne deriva che, in assenza di una tutela accordata a livello internazionale, e di una specifica disciplina prevista dal diritto comunitario, la ricostruzione della regolamentazione applicabile va effettuata necessariamente attraverso criteri ermeneutici differenti ed, in particolare, attraverso un'attenta analisi della realtà socio-giuridica dei paesi membri.

Tale percorso è stato seguito una prima volta dalla Corte di Giustizia nel caso *Grant*²⁸⁰, in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla

²⁷⁸ Punto 20 della sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1985, in causa C-267/83, in Raccolta 1985, p. 567, *Aissatou Diatta c. Land Berlin*.

²⁷⁹ Basti pensare alle decisioni della Commissione Europea dei diritti dell'uomo rispetto all'art. 8 della Convenzione, 3 maggio 1983, *X e Y c. Regno Unito* n. 936981/81, *Décisions et Rapports* 32, p. 220; 14 maggio 1986, *S. c. Regno Unito* n. 11716/85 *Décisions et Rapports* 47, p. 274, paragrafo 2; 19 maggio 1992 *Kerkhoven e Hinke c. Paesi Bassi* n. 15666/89, non pubblicata; e rispetto all'art. 14 della Convenzione, *S. c. Regno Unito*, cit, paragrafo 7; 9 ottobre 1989, *C. e L.M. c. Regno Unito* n. 14753/89, non pubblicata; 10 febbraio 1990, *B. c. Regno Unito* n. 16106/90, *Décisions et Rapports* 64, p. 278, paragrafo 2. Si veda altresì la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 ottobre 1986, *Rees*, Série A n. 106, p. 19 paragrafo 49 e 27 settembre 1990, *Cossey*, Série A n. 184, p. 17, paragrafo 43.

²⁸⁰ Corte di Giustizia, 17 febbraio 1998, cit. Tra i commenti alla sentenza cfr.: BERTHOU MASSELOT, in *Droit social*, 1998, pp. 1034-1039; CABRAL, in *Revue marché un. Eur.*, 1998, pp. 605-609; CIRKEL, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, p. 3332 s.; CONDOR, in *Eur. Law Rev.*, 1998, p. 378 ss; GUIGUET, *Le droit communautaire et la reconnaissance de partenaires de meme sexe*, in *Cahiers droit eur.*, 1999, pp. 537 – 567; PALLARO, *Il divieto di discriminazione fondate sul transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Dir. Com.sc. int.*, 1998, p. 609 ss.; Szczekalla, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, p- 215 s.; BELL, *Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P. v. S. to Grant v. SWT*, in *Eur. Law. Journ.*, 1999, pp 63-81;

compatibilità con il diritto comunitario²⁸¹ di una regolamentazione nazionale²⁸² che non concedeva determinati *benefits* (nel caso di specie riduzioni sui prezzi dei trasporti) al compagno dello stesso sesso di un lavoratore dipendente, mentre li riconosceva a tutti i compagni, anche meri conviventi, membri di una coppia eterosessuale. La Corte ha operato un interessante esame, di tipo comparatistico, sulle scelte adottate dagli ordinamenti nazionali in tema di coppie omosessuali e, pur riconoscendo che in taluni di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso è ormai equiparata al matrimonio, “nella maggior parte degli Stati membri essa non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio se non per quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare”²⁸³. Ne deriva la presa d’atto che “le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto”.²⁸⁴

Ad analoga conclusione la Corte giunge in occasione della successiva e più recente sentenza *D, Regno di Svezia c. Consiglio*²⁸⁵: l’estrema eterogeneità che caratterizza il panorama normativo europeo costringe ancora una volta la Corte ad attenersi, in mancanza di elementi legislativi certi, ai dati normativi provenienti dai singoli Stati membri.²⁸⁶ L’imbarazzo della Corte è qui ancora più marcato, essendo chiamata decidere sulla possibile equiparazione ai fini del diritto comunitario tra le coppie eterosessuali coniugate e le coppie stabili formate da persone dello stesso sesso debitamente registrate, in virtù della propria legge nazionale.

La Corte allora si rivolge da un lato al legislatore comunitario²⁸⁷, suggerendo, ove necessario, opportune modifiche delle pertinenti disposizioni comunitarie al fine di allargare il campo di applicazione delle stesse anche a fattispecie distinte dal matrimonio; dall’altro, lancia un monito indiretto ai legislatori nazionali²⁸⁸, ed in particolare a quei legislatori nazionali che non hanno ancora introdotto alcun meccanismo di riconoscimento delle unioni omosessuali nel proprio ordinamento.

A conclusioni sostanzialmente identiche giunge la Corte con riferimento a tutte le altre forme di coppie di fatto, dotate più o meno del carattere della

²⁸¹ E più precisamente rispetto all’art. 119, ora 141 del Trattato, e alla direttiva del Consiglio del 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, cit., e alla direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, cit.)

²⁸² “The Staff Travel Facilities privilege Ticket Regulations”, un regolamento emanate dalla South-West Trains Ltd, compagnia ferroviaria della regione di Southampton.

²⁸³ Punto 32 della sentenza *Grant*, cit.

²⁸⁴ Punto 35 della sentenza *Grant*, cit.

²⁸⁵ Corte di Giustizia, 31 maggio 2001 nelle cause riunite C-122/99 P e C-125/99, in Raccolta 2001, p.I-4319, *P,D, Regno di Svezia c. Consiglio*.

²⁸⁶ Emblematico a tal proposito, è il punto 49 della citata sentenza, in cui la Corte riconosce che in tale ambito “il giudice comunitario non può prescindere dai concetti prevalenti nell’insieme della Comunità”

²⁸⁷ Punto 38 della citata sentenza

²⁸⁸ Vedi in particolare i punti 35, 36 e 50.

stabilità. Ed invero, se nel richiamato caso *D, Regno di Svezia c. Consiglio*, i giudici comunitari si erano trovati di fronte ad una coppia registrata (e quindi riconosciuta) ufficialmente nel proprio paese e, ciononostante, ne avevano escluso l'assimilazione alle coppie tradizionali, già in precedenti occasioni tale equiparazione era stata negata a mere coppie di fatto, non registrate nel proprio paese.

Si fa riferimento, in primo luogo, al caso della Sig.ra *Reed*²⁸⁹, cittadina britannica e residente nei Paesi Bassi, dove non aveva trovato una stabile occupazione. Alla domanda di quest'ultima di ottenere ugualmente un permesso di soggiorno, in quanto convivente da oltre cinque anni con un cittadino comunitario, le fu comunicato che la sua situazione di mera convivenza (seppur dotata di una certa stabilità) non era assimilabile al concetto di matrimonio ai sensi dell'art. 10 n. 1 del regolamento n. 1612/68. Difatti, tale articolo permetteva al coniuge del lavoratore il diritto di stabilirsi nello Stato membro in cui quest'ultimo era occupato: tuttavia, secondo i giudici di Lussemburgo “in mancanza di qualsiasi indirizzo di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva”, la norma dell'art 10 non può che riferirsi al rapporto basato unicamente sul matrimonio”²⁹⁰.

Ad una conclusione ancora più netta giunse il Tribunale di prima istanza nel caso *Arauxo-Dumay*²⁹¹, in cui si verteva sulla possibilità di estendere anche al convivente di fatto il diritto ad una pensione di reversibilità, in base allo Statuto del personale delle Comunità Europee. Il Tribunale dopo aver preso atto che i termini utilizzati nella regolamentazione comunitaria, “coniuge”, “vedova” e “moglie” si riferivano solo all'ipotesi tradizionale di matrimonio, concluse per l'impossibilità di un'interpretazione estensiva di tali termini, al fine di far rientrare nella nozione di matrimonio situazioni di convivenza o di unioni di fatto. Aggiunse, inoltre, che una simile interpretazione avrebbe comportato “una modifica del fondamento giuridico delle disposizioni di cui trattasi, con rilevanti conseguenze in campo giuridico ed economico sia per le Comunità che per i terzi”²⁹².

Dalle pronunce richiamate si evince che l'approccio della Corte di Giustizia di fronte a tale problema è stato senza dubbio condizionato da un panorama legislativo europeo, caratterizzato da una forte disomogeneità e che non consente ancora la possibilità di individuare delle soluzioni efficaci sotto il piano interpretativo.

Tale approccio, prudente e pragmatico, si è concretizzato nel continuo confronto tra le legislazioni nazionali europee alla ricerca di dati normativi comuni da cui ricostruire la regola a livello comunitario (cd. metodo comparativo). In questo percorso, la Corte ha spesso fatto riferimento sia

²⁸⁹ Corte di Giustizia, 17 aprile 1986, cit.

²⁹⁰ Punto 15 sentenza cit.

²⁹¹ Tribunale di primo grado, sentenza del 17 giugno 1993, nella causa T-65-92, in Raccolta 1993, p. I-2005, *Monique Arauxo-Dumay c. Commissione*.

²⁹² Punto 30 sentenza cit.

alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹³, sia agli altri strumenti di diritto internazionale rilevanti.

In alcuni casi, poi, la Corte ha addirittura cercato di individuare soluzioni *ad hoc* per singoli casi, prescindendo in tal modo dall'applicazione di regole specifiche. Ad esempio nel caso *Eyup*²⁹⁴, i giudici comunitari si trovarono a statuire su una fattispecie particolarmente complessa, vertente sull'interpretazione della normativa comunitaria che regola il diritto dei cittadini turchi di soggiornare e lavorare liberamente nel territorio comunitario²⁹⁵. Tale normativa subordina l'esercizio di tale diritto alla circostanza che i lavoratori di nazionalità turca abbiano risieduto regolarmente nello Stato membro ospitante per almeno tre anni.²⁹⁶ Il medesimo diritto è riconosciuto anche ai familiari dei lavoratori, ivi incluso, ovviamente, il coniuge. La signora Eyup, di nazionalità turca, risiedeva in Austria con il marito, anch'esso turco, avvalendosi proprio delle norme sul ricongiungimento familiare.

Prima che fossero trascorsi tre anni dal suo arrivo in Austria, i coniugi Eyup divorziavano, pur continuando a coabitare nella medesima abitazione. Dopo poco tempo, la coppia si riunì, generando quattro figli, prima di risposarsi a distanza di quattro anni dalla sentenza di divorzio. Alla signora Eyup (che non lavorava), tuttavia, fu negato lo status di familiare ai fini della disciplina sul ricongiungimento, in quanto non aveva risieduto per almeno tre anni con il marito lavoratore migrante e di conseguenza non soddisfaceva i requisiti richiesti dalla Decisione n. 1/80.

La Corte richiamò l'esigenza di interpretare la normativa in esame in maniera conforme alla sua *ratio* che espressamente tendeva a favorire l'accesso dei lavoratori turchi al mercato comunitario, grazie anche alla garanzia del ricongiungimento con i propri familiari. Di conseguenza, i giudici comunitari considerarono il periodo di quattro anni trascorso tra i due matrimoni, come periodo di effettiva convivenza matrimoniale che, sebbene non formalizzata, era caratterizzata da stabilità e durante la quale la coppia aveva dato alla luce quattro figli.

In definitiva, però, i giudici comunitari hanno più volte suggerito che eventuali interpretazioni *praeter legem* del diritto comunitario, o addirittura

²⁹³ Corte di Giustizia, 18 maggio 1989, in causa C-249/86, in Raccolta 1989, p. 1263, *Commissione c. Germania*; 25 luglio 2002, in causa C-459/99, in Raccolta 2002, p. I-6591, *MRAX c. Belgio*; 17 settembre 2002, in causa C-413/99, in Raccolta 2002, p. I-7091, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*; 9 gennaio 2003, in causa C-257/00, in Raccolta 2003, p. I-345, *Givane c. Secretary of State for the Home Department*; 23 febbraio 2003, in causa C-109/01, cit.; 27 giugno 2006 in causa C-540/03, in Raccolta 2006, p. I-576, *Parlamento Europeo c. Consiglio*; 17 febbraio 1998, in causa C-249/96, cit.

²⁹⁴ Corte di Giustizia, sentenza 22 giugno 2000, in causa C-65/98, in Raccolta 2000, p. I-4747, *Safet Eyup c. Landesgeschäftsstelle*.

²⁹⁵ Si tratta della Decisione n. 1/80 del Consiglio di Associazione istituito tra la Comunità Europea e la Turchia e più precisamente dell'art. 7 di tale decisione.

²⁹⁶ Più precisamente, il termine di tre anni vale per rispondere a qualsiasi tipo di offerta lavorativa, mentre per accedere liberamente a qualsiasi attività lavorativa il termine è di cinque anni.

interventi di natura creativa, non possono prescindere da un cambiamento del panorama legislativo a livello nazionale. Solo in questo modo, la Corte di Giustizia potrà applicare un criterio meramente statistico (così come ha proceduto fino ad oggi) e ricostruire un principio di pari dignità e tutela delle unioni non matrimoniali e delle unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso, degradando le ipotesi di tutela differenziata a casi eccezionali e come tali interpretabili restrittivamente. In altre parole, l'argomento del *consensus* tra gli Stati membri, ora utilizzato per salvaguardare il concetto tradizionale di matrimonio, potrebbe essere capovolto nel futuro grazie al progressivo riconoscimento da parte di tutti gli Stati membri delle forme di unioni non matrimoniali²⁹⁷. D'altronde, i giudici comunitari non hanno esitato, quando hanno potuto, ad intervenire con delle pronunce particolarmente significative: è il caso della sentenza Maruko²⁹⁸, avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva n. 2000/78 che istituisce un quadro generale in favore dell'uguaglianza di trattamento in materia di lavoro. L'articolo 1 di tale direttiva definisce l'obiettivo di lottare contro tutta una serie di discriminazioni, ivi inclusa quelle fondate sull'orientamento sessuale. Nel caso di specie, un contratto collettivo nazionale in Germania non aveva riconosciuto il diritto ad una pensione di reversibilità ad un partner di una coppia (omosessuale) registrata, sebbene l'ordinamento tedesco ammetta tali tipi di unioni a favor delle quali concede taluni benefici tra cui il riconoscimento ad una pensione in caso di morte del partner. In questo caso, i giudici comunitari hanno ravvisato la potenziale discriminazione in base all'orientamento sessuale in quanto nello specifico contesto nazionale, il diritto tedesco equiparava le coppie civili registrate ai coniugi ai fini del riconoscimento dello specifico diritto reclamato. Nella più recente sentenza *Metock*²⁹⁹, la Corte è arrivata ad includere nella nozione di "familiare" ai sensi della direttiva n. 2004/38 anche i cittadini extracomunitari che raggiungono un cittadino dell'Unione indipendentemente dall'esistenza attuale di un vincolo familiare³⁰⁰. In

²⁹⁷ Vedi sul punto F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2005, p. 305 e ss.

²⁹⁸ Corte di Giustizia, 1° aprile 2008, in causa C-267/06, in Raccolta 2008, p. I-1757.

²⁹⁹ Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 2008, in causa C- 127/08, in Raccolta 2008, p. I-6241.

³⁰⁰ Punto 92 e 93 della sent. cit.: "È ininfluenza che i cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, abbiano fatto ingresso nello Stato membro ospitante prima di o dopo essere divenuti familiari del detto cittadino dell'Unione, dato che il diniego opposto dallo Stato membro ospitante di concedere loro un diritto di soggiorno sarebbe comunque tale da dissuadere il menzionato cittadino dell'Unione dal continuare a risiedere nel detto Stato membro. Di conseguenza, alla luce della necessità di non interpretare le disposizioni della direttiva 2004/38 in modo restrittivo e di non privarle della loro efficacia pratica, occorre interpretare i termini «familiari (...) che accompagnino (...) il cittadino medesimo», contenuti nell'art. 3, n. 1, della detta direttiva, riferendoli nel contempo ai familiari di un cittadino dell'Unione che abbiano fatto ingresso con quest'ultimo nello Stato membro ospitante e a quelli che soggiornano con lui in questo Stato membro, senza che occorra distinguere, in questo secondo caso, secondo che i cittadini di paesi terzi abbiano fatto

questo modo, la Corte di Giustizia ha esteso l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria in materia di soggiorno anche alle coppie non ancora sposate, ma comunque legate da un vincolo affettivo tale da dissuadere un cittadino dell'Unione ad esercitare la libera circolazione nel caso in cui uno Stato membro rifiuti di concedere il diritto di soggiorno ad un cittadino extracomunitario. Chiara è la portata potenziale di questa pronuncia che apre indirettamente le porte della normativa comunitaria in materia di soggiorno anche alle coppie di fatto, cioè non ancora sposate, e che quindi può rappresentare un primo e significativo segnale della volontà di estendere in via giurisprudenziale la normativa comunitaria anche alle coppie non coniugate.

7. La nozione ed il trattamento dei transessuali

Per completare l'analisi della nozione di coniuge accolta dalla giurisprudenza comunitaria, occorre accennare, infine, alla situazione delle persone transessuali, con riferimento alla loro qualificazione giuridica e alla disciplina applicabile ai rapporti di coppia instaurati da uno o da entrambe queste persone. Innanzitutto, i soggetti transessuali sono definibili, secondo una definizione utilizzata dalla House of Lords³⁰¹ e ripresa dall'avv. generale Jacobs nel caso Richards³⁰², coloro che "nascono con l'anatomia di una persona di un determinato sesso, ma con la convinzione irremovibile di appartenere al sesso opposto".³⁰³

Com'è noto, tale intima e profonda convinzione porta tali persone a desiderare di mutare il proprio sesso, procedendo ad un trattamento ormonale ed ad un'operazione chirurgica.³⁰⁴ L'effetto di tali operazioni e, soprattutto, le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso sono disciplinate dai singoli Stati nazionali che conservano una competenza esclusiva in materia.³⁰⁵

Tuttavia, a prescindere dal riconoscimento giuridico del suo nuovo stato, alla figura del transessuale si lega un (triste) fenomeno di discriminazione sociale, in particolare nel mondo lavorativo, che ne impedisce, il più delle

ingresso nel citato Stato membro prima o dopo del cittadino dell'Unione o prima di o dopo essere divenuti suoi familiari"

³⁰¹ Sentenza *Bellinger c. Bellinger*, 2 AC 467, parere di Lord Nicholls of Birkenhead

³⁰² Punto 1 delle conclusioni presentate dall'avv. generale M.F.G.Jacobs in data 15 dicembre 2005, nel caso C-423/04, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*

³⁰³ Analoga definizione è utilizzata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo: "Si intendono solitamente per transessuali le persone che, pur appartenendo fisicamente ad un sesso, hanno la sensazione di appartenere all'altro sesso; esse cercano di accedere ad un'identità più coerente e meno ambigua sottoponendosi a cure mediche e ad interventi chirurgici allo scopo di adeguare le loro caratteristiche fisiche al loro psichismo", sentenza *Rees*, 17 ottobre 1986, Série A, volume 106, punto 38.

³⁰⁴ Sulla condizione dei transessuali nell'Unione Europea si rimanda alla Raccomandazione del Consiglio n. 1117 del 29 settembre 1989.

³⁰⁵ Punto 35 della sentenza K.B., Corte di Giustizia 7 gennaio 2004, in causa C-117/01, in Raccolta 2004, p. I-541 e punto 21 della sentenza *Richards*, Corte di Giustizia 27 aprile 2006, in causa C-423/04, in Raccolta 2006, p. I-3585.

volte, un'integrazione completa nel tessuto sociale medesimo, con la nuova identità sessuale e anagrafica.

Tale problema è stato affrontato dalla Corte di Giustizia nel *leading case* P c. S³⁰⁶, riguardante un licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso³⁰⁷. La Corte ha ritenuto che tale comportamento violasse la direttiva n. 76/207/CEE, relativa alla parità di trattamento nell'ambito lavorativo³⁰⁸, e, in particolare, il divieto di operare qualsiasi discriminazione fondata sul sesso direttamente o indirettamente. A tale risultato la Corte è arrivata mettendo a confronto la posizione del transessuale con quella dei suoi colleghi del cui sesso inizialmente faceva parte, riscontrando un differente trattamento da parte del datore di lavoro.

Ragionamento inverso, invece, sembra aver seguito la Corte nel recente caso Richards³⁰⁹, avente ad oggetto una richiesta di pensionamento inoltrata dalla sig.ra Sarah Margaret Richards al *Secretary of State for Work and Pensions* (autorità competente nel Regno Unito). La sig.ra Richards, registrata all'atto di nascita come appartenente al sesso maschile, aveva subito un'operazione chirurgica per la modifica del proprio sesso e, successivamente a tale operazione, aveva inoltrato una richiesta di pensionamento, avendo raggiunto l'età minima (60 anni) per le donne, secondo la legge inglese (*Pension Act* del 1995). Tale richiesta non era tuttavia accolta sul presupposto che l'autorità nazionale competente richiedeva alla Sig.ra Richards il raggiungimento dei 65 anni di vita e cioè l'età minima pensionabile per gli uomini.

Richiamando ancora una volta il diritto fondamentale alla tutela da discriminazioni basate sul sesso³¹⁰, la Corte ha concluso che tale trattamento fosse contrario alla direttiva 79/7/CEE sulla parità di trattamento in materia di assistenza sociale³¹¹, in quanto la posizione della Sig.ra Richards non era disciplinata e tutelata allo stesso modo di quelle persone, appartenenti al medesimo sesso (femminile), ma che non avevano subito un cambiamento di identità.

Come si può notare, il metodo di confronto utilizzato in questo caso è differente e rispetta in maniera ancora più efficace la volontà dell'individuo

³⁰⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, in causa C-13/94, in Raccolta 1996, p. I-2143, *P c. S e Cornwall Country Council*.

³⁰⁷ La circostanza che il licenziamento fosse dovuto al mutamento di sesso era stata dimostrata nel giudizio a quo, pur adducendo l'istituto di insegnamento da cui la sig.ra P. dipendeva, motivi di esubero del personale. Spettava quindi alla Corte di Giustizia accertare la compatibilità di tale comportamento con i valori e i principi del diritto comunitario.

³⁰⁸ Direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, in G.U.C.E., L 39, p. 40.

³⁰⁹ Sentenza del 27 aprile 2006, cit.

³¹⁰ V. anche Corte di Giustizia, sentenza del 16 giugno 1978, in causa C-149/77, in Raccolta 1978, p. 1365, *Defrenne*, punti 26 e 27

³¹¹ Direttiva 79/7/CEE, del 19 dicembre 1978, relativa all'applicazione progressiva del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di assistenza sociale, in G.U.C.E., L 6, p. 24

di modificare il proprio sesso, garantendogli parità di trattamento, e quindi uguaglianza, rispetto alle persone appartenenti al sesso desiderato. Ne deriva il riconoscimento di una tutela effettiva alla situazione dei transessuali e ciò in virtù del principio di non discriminazione in base al sesso.

A tal proposito, si può notare che in questo modo si è venuta a creare una situazione, dal punto di vista giuridico, che non rispecchia il rapporto e la visione che la società ha nei confronti di determinate categorie di individui. Ed invero, come purtroppo occorre osservare, la posizione dei transessuali è vista, se possibile, con ancora maggiore disfavore sociale rispetto ad altre categorie emarginate come le coppie omosessuali: quest'ultime, tuttavia, non ricevono alcun tipo di tutela da parte del diritto comunitario, in quanto il riconoscimento dei loro diritti e delle loro prerogative passa necessariamente attraverso l'affermazione del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale e non in base al sesso (sia anagrafico, sia, come in questo caso, a quello acquisito in seguito ad operazione chirurgica)³¹².

Viceversa, i transessuali ricevono una tutela derivante direttamente da un principio comunitario che garantisce loro una posizione giuridica molto simile (se non identica) alle persone appartenenti al sesso desiderato. Tale sostanziale equiparazione si riflette ed anzi trova uno sbocco fondamentale nel campo matrimoniale laddove invece le coppie omosessuali risultano maggiormente penalizzate.

Si fa riferimento al noto caso K.B.³¹³ riguardante la richiesta di una pensione di reversibilità inoltrata da una cittadina inglese in seguito al decesso del proprio convivente, una persona nata di sesso femminile (e registrata come tale allo stato civile) che poi aveva modificato il proprio sesso, senza poter peraltro formalizzare tale cambiamento nei registri civili. Anche in questo caso, si denunciava la lesione del principio di non discriminazione in base al sesso³¹⁴: tuttavia, la Corte è andata oltre nel suo ragionamento, giungendo a sancire un principio, la cui portata potenziale va ben al di là del principio di non discriminazione in base al sesso. Difatti, la Corte, dietro suggerimento dell'avvocato generale³¹⁵, ha ritenuto che il rifiuto di concedere la pensione di reversibilità fosse dipeso da un vizio originario e cioè l'impossibilità per i due conviventi di contrarre legalmente matrimonio, a causa della legge (inglese) sulla registrazione delle nascite

³¹² Per un interessante parallelo della posizione giuridica di queste due categorie nel diritto comunitario, si rinvia ai punti da 37 a 42 della sentenza della Corte di Giustizia del 17 febbraio 1998, in causa C_249/96, cit.

³¹³ Corte di Giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, in causa C-117/01, cit..

³¹⁴ Più precisamente, si palesava la violazione dell'art. 141 Tce e della direttiva del Consiglio del 10 febbraio 1975 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle applicazioni del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile

³¹⁵ V. punto 74 delle conclusioni dell'avvocato generale D. Ruiz – Jarabo Colomer, presentate in data 10 giugno 2003

che vietava ogni modifica del registro degli atti di nascita, salvo il caso di errore materiale.

Di conseguenza, i due conviventi non potevano contrarre matrimonio, in quanto all'anagrafe essi risultavano appartenenti al medesimo sesso e quindi impossibilitati ad unirsi in matrimonio, in virtù della propria legge nazionale. Richiamando i principi e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo³¹⁶, la Corte di Lussemburgo ha affermato l'incompatibilità di tale legislazione nazionale con il diritto comunitario e la necessità di garantire la medesima tutela anche alle coppie formate da persone transessuali.

L'impatto che tale pronuncia può avere è evidente: la sentenza K.B. sembra poter aprire le porte alla piena equiparazione, sotto il profilo della capacità matrimoniale, tra le persone che hanno mutato il proprio sesso rispetto alle altre coppie eterosessuali, allargando di tal guisa la nozione di coniuge accolta nel diritto comunitario. Tuttavia, occorre svolgere una precisazione: la sentenza K.B. trae spunto da una fattispecie caratterizzata da un lato da una legislazione nazionale che vietava in principio la rettifica degli atti di nascita e, dall'altro, dalla circostanza che la persona interessata aveva effettivamente modificato il proprio sesso, in seguito a trattamenti ormonali e ad operazione chirurgica, ma che, ciononostante, non aveva goduto di una piena equiparazione rispetto alle persone del sesso acquisito.

Resta, quindi, da verificare l'ipotesi in cui una persona, pur possedendo quella convinzione di appartenere ad un sesso diverso da quello di nascita (la cd. crisi di identità sessuale) non abbia, *rectius* non abbia potuto procedere agli opportuni trattamenti ed interventi medici³¹⁷. L'assenza dell'elemento materiale potrebbe impedire una piena equiparazione giuridica rispetto al sesso desiderato, non potendo bastare, in tal caso, la sola allegazione della condizione psicologica prima descritta.

³¹⁶ Sentenze del 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, in Recueil des arrêts et décisions 2002-VI e *I c. Regno Unito*, no 25680/94.

³¹⁷ Circostanza di per sé molto frequente, tenendo in conto i costi di tali operazioni, non sempre sostenute dai servizi di assistenza nazionale

Bibliografia Capitolo II

Contributi all'interno di opere collettanee

S. BARIATTI, *Qualificazione ed interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, S. BARIATTI *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p.153.

MIGLIAZZA, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano: convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984, Milano, Giuffrè, 1986.

TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità Europea*, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 47.

Articoli

R. BARATTA, *The process of characterization in the EC conflict of laws: suggesting a flexible approach*, YPIL, VI, 2004, p. 155.

BECKETT, *The question of classifications ("qualifications") in private international law*, BYIL, 1934, n. 3.

BELL, *Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P. v. S. to Grant v. SWT*, in ELJ.,1999, p. 63.

E. BERGAMINI, *Libera circolazione, vita familiare e abuso del diritto*, Riv. Dir. Un. Eur., 2006, pp. 348.

J.M. BISCHOFF, *Le mariage polygamique en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé, 1981, Vol. 2, p. 91.

A. BORRAS, *Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencia por la Comunidad europea en el ambito del derecho internacional privado*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2001, p. 99.

O. FERACI, *La sentenza Lechouritou e l'ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RDIPP, 2007, p.657.

FRANZINA, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, Riv. Dir. Int., 2003, p. 715.

H. FULCHIRON, *Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)*, Rec. Dal., 2001, p. 1628

GUIGUET, *Le droit communautaire et la reconnaissance de partenaires de même sexe*, in Cah. Dr. Eur., 1999, pp. 537.

JAIME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht*, in IPRax, 1990, p. 197.

F. KAHN, *Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Abhandlungen IPR, 1928, 1, p. 1.

NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, New York, London, Toronto, 1954
PALLARO, *Il divieto di discriminazione fondate sul transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, Dir. Com. Sc. int., 1998, p. 609.
RABEL, *Das Problem der Qualifikation*, in RabelsZ 5, 1931
ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, RDIPP, 2003.
SACK, *Conflict of laws in the history of English law*, Law: a century of progress 1835-1895, III, New York, 1937, p. 342.
SLOANE, *A rose by any other name: marriage and the Danish Registered Act*, CJICL, 1998, p. 189.
WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950, Szczekalla, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, p- 215.

Opere Monografiche

AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934
ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale*, 1918
BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980
BATIFOLL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1980
CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado: introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971
DICEY & MORRIS, *The conflict of laws*, Londra 2000
HOLDSWORTH, *A history of English law*, Londra, 1965, p. 334 e ss.
MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*; Napoli, 1986
PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986
QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 335
SCHMITTHOFF, *The English conflict of laws*, Londra, 1954, p. 23 e ss.
K. SIEHR, *Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1972
SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967
VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972

Capitolo III

La disciplina comunitaria sulla giurisdizione in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio.

1 I titoli giurisdizionali in materia matrimoniale: osservazioni generali; 2 La nozione di residenza abituale dei coniugi e l'esigenza di un approccio funzionale; 3 Il criterio della cittadinanza nella prospettiva comunitaria; 3.1 La cittadinanza nel Regno Unito e in Irlanda: il domicilio; 4. Il nodo dei criteri residuali nazionali; ; 5 Il collegamento con la disciplina delle obbligazioni alimentari;

1. La giurisdizione in materia matrimoniale: osservazioni generali;

La disciplina della competenza giurisdizionale è contenuta nel capo II del Regolamento n. 2201/2003 che, a sua volta, si divide in tre sezioni dedicate rispettivamente ai procedimenti in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio (sezione prima), a quelli riguardanti la responsabilità genitoriale (sezione seconda) e ad alcune disposizioni comuni di carattere processuale (sezione terza).

La giurisdizione in materia matrimoniale, in particolare, è regolata dall'articolo 3 del Regolamento che fissa i titoli giurisdizionali sui quali si può fondare una domanda di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio. Essi sono, in rigoroso ordine di esposizione:

- a) la residenza abituale dei coniugi;
- b) l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora;
- c) la residenza abituale del convenuto;
- d) in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi;
- e) la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda;
- f) la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicile";
- g) lo stato di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicile" di entrambi i coniugi;

Il lettore che legge per la prima volta il testo dell'articolo 3 non può non notare le profonde differenze che il sistema giurisdizionale del regolamento *Bruxelles II bis* presenta rispetto al regolamento *Bruxelles I*, relativo alla materia civile e commerciale.

Tali differenze riguardano innanzitutto l'impostazione generale dei titoli giurisdizionali e il rapporto che si instaura tra di loro: ed invero, il sistema giurisdizionale del regolamento n. 44/2001 è fondato su un rigido schema gerarchico che prevede un foro generale (domicilio del convenuto) – sempre

applicabile, tranne i casi di competenze esclusive – ed una serie di titoli giurisdizionali speciali che possono eccezionalmente derogare al principio generale.

Questo rapporto di gerarchia tra i fori scompare nel sistema del regolamento n. 2201/2003 in cui tutti i fori sono posti su un piano di perfetta alternatività e concorrenza e, quindi, sono tutti potenzialmente applicabili nel caso concreto. Si tratta, in sostanza, di sette fori generali e ciascuno di essi può portare alla competenza giurisdizionale di un diverso giudice: le regole di conflitto comunitarie, tuttavia, si limitano ad incidere sulla giurisdizione e non influiscono minimamente sulla determinazione della competenza territoriale all'interno dello Stato individuato che sarà, di conseguenza, determinata sulla base delle regole di quest'ultimo³¹⁸.

L'attore nel procedimento di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio gode, dunque, di una libertà di scelta, sconosciuta nel sistema del regolamento n. 44/2001, in cui le eccezioni al principio generale del foro del convenuto sono tassativamente previste dal legislatore comunitario e, come tali, sono da interpretarsi in chiave restrittiva. In particolare, in materia matrimoniale, l'attore gode di due titoli giurisdizionali particolarmente favorevoli (lett. "e" e "f") che gli consentono, in determinate situazioni, di adire il giudice del luogo in cui egli è residente (*forum actoris*).

L'ampio ventaglio di scelta riservato all'attore in questi procedimenti – compresi i due *fora actoris* - non deve, però, trarre in inganno circa le ragioni che hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare un approccio totalmente differente rispetto alla materia civile e commerciale per disciplinare i conflitti di giurisdizione in materia matrimoniale. Le scelte del regolamento n. 2201/2003 sono state dettate da ragioni ben precise e possono essere individuate, da un lato, nella particolarità della materia trattata e, dall'altro, nella necessità di raggiungere un compromesso di carattere politico tra le delegazioni degli Stati membri.

In primo luogo, infatti, l'obiettivo di favorire il divorzio nelle coppie miste è stato dettato dalla crescita esponenziale del fenomeno dei matrimoni misti in Europa – grazie al principio della libera circolazione delle persone nel territorio comunitario - e, di conseguenza, dall'aumento proporzionale dei procedimenti di scioglimento del matrimonio che riguardano per l'appunto tali coppie.

³¹⁸ Anche in questo caso, la differenza con il regolamento n. 44/2001 è evidente: le norme sulla competenza giurisdizionale contenute nel regolamento n. 44/2001, in alcuni casi, hanno la capacità di incidere non solo sulla giurisdizione di uno stato, ma anche sulla ripartizione interna della competenza, individuando il singolo giudice competente a decidere su una controversia. E' il caso, ad esempio, dell'articolo 5, primo comma, lett. b) che stabilisce, in materia di contratti di compravendita di beni o di prestazione di servizi, la competenza del giudice del luogo, situato in uno Stato membro, dove i beni sono stati consegnati (o i servizi prestati), escludendo la competenza di qualsiasi altro giudice diverso da quello del luogo indicato dalla norma.

Le coppie miste sono definite in un recente documento della Commissione³¹⁹, come quei rapporti in cui i coniugi hanno differenti nazionalità o vivono in differenti paesi membri o vivono in uno Stato membro di cui non sono cittadini³²⁰. Orbene, secondo uno studio ordinato proprio dalla Commissione e pubblicato nel 2003³²¹, oltre cinque milioni di cittadini comunitari vivono in un paese membro differente dal proprio e oltre quattordici milioni di cittadini extracomunitari vivono nel territorio comunitario³²². Questa forte mobilità nel territorio comunitario, oltre ad aumentare il numero delle coppie miste, incide notevolmente sul numero dei procedimenti di scioglimento delle stesse che, sempre secondo lo studio citato, hanno raggiunto nel 2003 quota 170.000, circa il 16% del numero complessivo delle separazioni e dei divorzi negli Stati membri.

Questi numeri sono confermati, d'altronde, anche dalle statistiche nazionali: secondo l'Istituto nazionale di statistica³²³, nel 2005 le coppie formate da un cittadino italiano e da un cittadino straniero (o italiano per acquisizione) rappresentavano il 10,1 % del totale delle coppie sposate e il numero delle separazioni riguardanti le coppie miste era passato dal 5,9% dell'anno 2000 al 9,2% dell'anno 2005 per l'appunto.

Tali coppie, infatti, hanno una durata media di appena otto anni rispetto ai quattordici anni di vita di una coppia "totalmente" italiana³²⁴. Le differenze sociali e culturali derivanti dall'appartenenza a due stati differenti, quindi, influiscono nella durata media complessiva del rapporto e determinano un maggior tasso di "mortalità" di queste coppie³²⁵. Ne è riprova il fatto che il 34,6 % delle coppie formate da un cittadino italiano e da un cittadino straniero si separano o divorziano contro una media nazionale del 22,7 %³²⁶. Oltretutto, il tasso di conflittualità nelle coppie miste è notevolmente maggiore: ciò significa che quest'ultime trovano maggiore difficoltà a

³¹⁹ COM (2006) 400 def.

³²⁰ Sostanzialmente, si fa riferimento alle seguenti ipotesi: nel primo caso, i due coniugi sono cittadini degli Stati (a) e (b) o vivono in uno dei due stati di cittadinanza; nel secondo caso, gli stessi coniugi vivono in uno stato terzo (c), mentre nell'ultimo caso i due coniugi sono cittadini del medesimo stato (a), ma vivono in uno stato terzo (c).

³²¹ *Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States*, 30 Aprile 2003, ASSER-UCL Consortium. Il testo dello studio è pubblicato sul sito: http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm. I dati riportati sono relativi all'anno 2003.

³²² Quest'ultimo dato è relativo all'anno 2000.

³²³ Vedi il rapporto "Separazioni e divorzi in Italia: anno 2005" del 26 giugno 2007.

³²⁴ Vedi il rapporto "Evoluzione e nuove tendenze dell'instabilità coniugale: anno 2005" del 24 giugno 2008.

³²⁵ Sul tema v. M. STERI, *L'instabilità coniugale delle coppie miste: principali aspetti del fenomeno*, in G. PASCUIZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 155 e ss.

³²⁶ Vedi il rapporto "Separazioni e divorzi in Italia: anno 2005" del 26 giugno 2007, p. 5.

definire lo scioglimento del rapporto matrimoniale in maniera consensuale e ricorrono con maggiore frequenza allo strumento giudiziario³²⁷.

Questi dati dimostrano in maniera inconfutabile la necessità, sul piano processuale, di prevedere una disciplina che agevoli la coppia mista ad ottenere il più facilmente possibile lo scioglimento del matrimonio quando il rapporto entra in crisi.

In altre parole, dunque, l'analisi sul sistema giurisdizionale del regolamento Bruxelles II bis non può non partire da un'ottica diametralmente opposta a quella che caratterizza lo studio dei titoli giurisdizionali nella materia civile e commerciale: in quest'ultimo caso, il collegamento con il mercato comune è molto più forte e determina la necessità di prevedere un sistema giurisdizionale basato su fori certi (e cioè prevedibili) e gerarchicamente ordinati, al fine di evitare (almeno tendenzialmente) fenomeni di forum shopping.

Nella materia matrimoniale, invece, il collegamento con il mercato comune è più attenuato³²⁸ ed è costituito dall'esigenza di favorire la libera circolazione delle persone, garantendo loro la possibilità di ottenere con maggiore facilità lo scioglimento del vincolo matrimoniale³²⁹. Diversamente, infatti, il cittadino comunitario potrebbe essere dissuaso dal trasferirsi in un altro stato per seguire il coniuge ovvero dal ritrasferirsi nel proprio stato o in uno stato terzo – dopo la crisi coniugale - per potersi risposare³³⁰.

³²⁷ Vedi il rapporto "Evoluzione e nuove tendenze dell'instabilità coniugale: anno 2005" del 24 giugno 2008, p.2. La quota di separazioni giudiziali raggiunge nel caso delle coppie miste il 17% dei casi, contro il 14% delle coppie nazionali.

³²⁸ Sul rapporto tra mercato interno e diritto di famiglia nella prospettiva comunitaria, v. M. FALLON, *Constraints of internal market law on family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds), *International family law for the European Union*, Anversa 2007, p. 149 e ss.

³²⁹ Vedi considerando n. 1 del regolamento n. 2201/2003. La differenza di impostazione tra il sistema Bruxelles I e il sistema Bruxelles II era chiara, d'altronde, anche agli occhi degli estensori della Convenzione di Bruxelles del 1998 (cd. Convenzione Bruxelles II). La relazione che accompagna quest'ultima rivendica infatti il ruolo di strumento parallelo (come obiettivi) - ma differente in quanto a strumenti - della convenzione di Bruxelles del 1968. « *La proposition initiale de convention avait pour objet d'étendre le champ d'application matériel de la convention de Bruxelles de 1968 aux questions matrimoniales. Par conséquent, le point de départ de l'élaboration de la convention a été le texte même de la convention de 1968, comme le précise le préambule. On ne pouvait faire abstraction d'un précédent aussi important dont l'efficacité est manifeste et qui, de surcroît, a donné lieu à une vaste jurisprudence établie par la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui a permis d'évaluer les éléments les plus conflictuels qui pouvaient entrer en ligne de compte pour la nouvelle convention. Toutefois, vu les matières traitées, les deux conventions présentent d'importantes différences sur certains points (par exemple, absence de compétence générale et absence de hiérarchie entre les critères de compétence), alors que sur d'autres questions, leurs dispositions peuvent être similaires (par exemple, en matière de litispendance ou de reconnaissance automatique). Le résultat est donc une convention différente, qui vise toutefois les mêmes objectifs, à savoir, uniformiser les règles de compétence judiciaire internationale et faciliter la reconnaissance et l'exécution internationales des décisions* » (punto 6).

³³⁰ In questa chiave, va analizzata anche la scelta di riservare il regime di libera circolazione delle sentenze solo ai provvedimenti che hanno dichiarato lo scioglimento dell'unione e non a quelli che, invece, hanno respinto la domanda sull'efficacia o sulla

In altre parole, non è l'ottica del mercato interno a caratterizzare il regolamento n. 2201/2003, bensì il differente profilo del rispetto del diritto fondamentale a sposarsi e a costituire una famiglia, così come sancito dall'articolo 12 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dall'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³³¹: non a caso, il considerando n. 33 del regolamento sottolinea che “il presente regolamento riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea”³³².

La tendenza al riconoscimento del *favor divortii*, come principio ispiratore in materia di diritto di famiglia, sembra, d'altronde, essersi pienamente affermata negli ordinamenti europei. Ed invero, tutti gli ordinamenti degli Stati membri conoscono istituti idonei a determinare lo scioglimento del matrimonio (ivi inclusa l'Irlanda³³³), ad eccezione di Malta, dove però – e per effetto dell'adesione allo spazio giudiziario europeo – sono pacificamente riconosciute le decisioni di divorzio emesse nel territorio comunitario. Ma al di là di questo dato, occorre osservare che, più in generale, il diritto di famiglia europeo sta conoscendo una fase di profonda trasformazione dovuta in gran parte all'affermazione del *favor divortii* come principio fondamentale in materia.

In questo senso, infatti, occorre analizzare la tendenza a snellire le procedure di divorzio, dando maggiore risalto all'accordo delle parti, anche quando questo sia intervenuto per accettazione di una delle parti³³⁴. Allo

validità del matrimonio. Per quest'ultimi occorrerà, come vedremo, ricorrere alla normale procedura di delibazione della sentenza straniera. Vedi relazione Borrás, punto 13.

³³¹ Per un commento alle disposizioni della Carta, si rinvia a L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002. Per un'analisi sul rapporto tra i diritti fondamentali e il diritto comunitario in materia di famiglia, H. STALFORD, *EU family law: a human rights perspective*, in . MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds), *International family law for the European Union*, cit., p. 101 e ss.

³³² Si è trattato del primo caso in cui uno strumento comunitario di cooperazione giudiziaria civile contiene un riferimento (seppure nei considerando introduttivi) alla Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza e a tutt'oggi non ancora entrata in vigore. Tale esempio è stato poi seguito dal regolamento n. 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (considerando n. 11) e dal regolamento n. 861/2007 che istituisce una procedura europea per le controversie di modesta entità (considerando n. 9).

³³³ L'Irlanda è stato l'ultimo stato membro ad introdurre l'istituto del divorzio nel 1996, in seguito ad un referendum popolare che ha approvato la modifica dell'articolo 41 della costituzione irlandese con una maggioranza molto risicata (50,3 %). Nella precedente consultazione popolare (1986), peraltro, la stessa modifica era stata bocciata dal 63% dei cittadini irlandesi. Sul punto v. K. MCQUAID, *Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?*, in TLCP, 2006, 373 e ss.

³³⁴ E' il caso del *divorce accepté* francese che, insieme all'ipotesi di *requête conjointe*, rappresentano i due casi di *divorce par consentement mutuelle*, che permettono di ottenere una pronuncia di divorzio in tempi molto più rapidi (Art. 230 e ss del Code Civil): l'accordo dei coniugi, infatti, è soggetto ad una semplice omologazione del giudice che ne controlla alcuni aspetti formali e sostanziali, come la genuinità del consenso e il rispetto degli interessi dei figli. Non è necessario, inoltre, che l'accordo intervenga al momento della proposizione della domanda, potendo essere raggiunto anche durante il procedimento contenzioso (Art. 247 Code Civil).

stesso modo va inquadrato il dibattito sulla prospettiva - già esistente in alcuni paesi del nord-europa - di “degiurisdizionalizzare”, in determinati casi, i procedimenti di scioglimento del matrimonio, affidando le relative decisioni ad organi amministrativi o a soggetti incaricati di pubbliche funzioni³³⁵. Infine, si può ricordare come la lunghezza dei procedimenti di divorzio è dovuta, nella maggior parte dei casi, alla difficoltà per i coniugi di trovare un accordo sui provvedimenti riguardanti gli aspetti patrimoniali e personali, ragion per cui alcuni legislatori nazionali hanno intensificato il ricorso alla mediazione nel campo del diritto di famiglia, al fine di ridurre i casi in cui si rende necessario l'accertamento giudiziario³³⁶.

Il legislatore comunitario, in definitiva, ha adattato il proprio sistema giurisdizionale alle mutate esigenze dell'odierno diritto di famiglia e alle particolarità relative alla materia matrimoniale, soprattutto in un contesto internazionale caratterizzato dalla forte mobilità e da un crescente numero delle problematiche connesse alle coppie miste³³⁷. Un esempio contribuirà a chiarire il concetto: nelle crisi coniugali riguardanti le coppie miste è particolarmente frequente la circostanza che, una volta intervenuta la separazione, uno dei coniugi (o entrambi) rientra nel proprio paese di cittadinanza (o residenza). In questo caso, la previsione di un foro generale rigido, basato sulla residenza abituale dei coniugi, avrebbe sicuramente comportato delle difficoltà di carattere pratico, costringendo uno dei due coniugi (o entrambi i coniugi) a fare ritorno nel paese di comune residenza per instaurare il procedimento di separazione o di divorzio, con notevole aggravio di costi e tempi processuali. I due titoli giurisdizionali basati sulla residenza dell'attore, sebbene mitigati da elementi di carattere oggettivo (periodo di residenza minimo di sei o dodici mesi), sembrano riflettere

³³⁵ Il dibattito è particolarmente acceso in Francia dove il progetto di affidare le decisioni di divorzio per mutuo consenso ai notai è ancora non è ancora sfociato in una proposta legislativa.

³³⁶ E' di nuovo il caso della Francia, in cui, in virtù della riforma della legge del 26 maggio 2004, la procedura di divorzio – al di fuori dei casi di divorzio per mutuo consenso – prevede un'articolata fase iniziale in cui il giudice cerca di conciliare le parti (così come avviene nel nostro ordinamento) e, se del caso, può ricorrere anche alla nomina di un mediatore familiare che avrà il compito di cercare di raggiungere un'intesa tra i due coniugi (art. 255 Code Civil).

³³⁷ La necessità di una scelta differente con riferimento ai titoli giurisdizionali è sottolineata dal punto 28 della relazione accompagnatrice della Convenzione di Bruxelles del 1998, che, come illustrato in precedenza, rappresenta « l'antesignano » del Regolamento Bruxelles II bis: « *Contrairement à ce qui a été prévu dans la convention de Bruxelles de 1968, dans laquelle la règle générale de l'article 2 se combine aux compétences spéciales prévues à l'article 5, on a estimé, vu la particularité de la matière, qu'il ne convenait pas de prévoir un article 2 semblable à celui de la convention de Bruxelles qui définirait une compétence générale, ni de hiérarchiser les critères adoptés. Il était logique de ne pas prévoir de compétence générale et de définir différents fors car la situation change en général très vite précisément à la suite de crises conjugales* ». Sottolinea la ratio ispiratrice del regolamento anche F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in RDIPP, 2007, p. 63 e ss, in particolare p. 72.

esattamente la volontà di prevedere uno specifico foro per questi tipi di casi³³⁸.

Resta, infine, da considerare che la previsione di un ampio ventaglio di fori giurisdizionali è altresì ascrivibile all'esigenza di trovare un compromesso politico in sede di negoziazioni: le legislazioni nazionali prevedono, infatti, dei criteri di collegamento di natura spesso differente e la presenza di (ben) sette fori giurisdizionali sembra essere stato l'effetto di una somma e non di una sintesi delle scelte attuate a livello nazionale. D'altronde, occorre ricordare che la negoziazione del regolamento Bruxelles II bis (così come della convenzione del 1998 e del regolamento Bruxelles II) è stata caratterizzata dalla necessità di raggiungere l'unanimità dei consensi, sebbene in un'Europa ancora composta da quindici Stati membri³³⁹. A ciò si può aggiungere la circostanza che vertendosi in una materia così delicata e politicamente sensibile come il diritto di famiglia, gli Stati membri sono notoriamente restii a raggiungere delle posizioni di compromesso. La stessa relazione che accompagna la convenzione di Bruxelles del 1998 accenna più volte alle difficoltà di trovare un punto di incontro tra le delegazioni degli Stati membri e alla necessità, in alcuni casi, di trovare delle soluzioni che rappresentassero un compromesso soddisfacente per quest'ultime³⁴⁰.

³³⁸ Sul punto la relazione Borrás è abbastanza chiara: (punto 32) “*En effet, il n’y avait en principe rien à objecter à la compétence des juridictions de l’État de la dernière résidence habituelle des époux lorsque l’un d’eux y réside encore (deuxième tiret). Certains États ont toutefois estimé que cela posait un problème pour ce qui est de la situation de l’autre époux qui, du fait de la crise conjugale, retourne dans bien des cas dans le pays où il était domicilié ou dont il avait la nationalité avant le mariage et qui se trouvera soumis aux conditions énoncées aux cinquième et sixième tirets, ce qui aura sans nul doute des conséquences en matière de litispendance*”. Il fenomeno del ritorno nel paese di cittadinanza o di residenza dopo la crisi coniugale riguarda, in particolare, la moglie che statisticamente “segue” il marito nello stato di quest’ultimo. Vedi anche C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under regulation “Brussels II bis”*, in H. FULCHIRON e C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Parigi 2005, p. 64.

³³⁹ Sulla necessità di tenere in debita considerazione gli aspetti politici nella valutazione delle scelte del legislatore comunitario, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels II regulation and its planned amendments*, in YPIL, 2002, p. 67 e ss., in particolare p. 70, secondo il quale “*without the multitude of grounds now contained in the Regulation, it would have been impossible to achieve the political compromise that made the adoption of the Brussels II Convention possible*”.

³⁴⁰ Vedi in particolare il punto 27 della relazione Borrás: «*Les critères de compétence adoptés répondent à des nécessités objectives et aux intérêts des parties; ils constituent une réglementation souple, adaptée à la mobilité des personnes, qui, en définitive, est favorable aux personnes concernées sans porter atteinte à la sécurité juridique. Il est donc logique, vu toutes ces exigences, qu’une grande partie du débat préalable à l’adoption du texte ait porté sur cet article et sur l’article 3. La solution retenue est le résultat d’un équilibre difficile entre les différents critères de compétence retenus*». Allo stesso modo, il punto 30 sottolinea: «*Les critères retenus se fondent sur le principe qu’il doit exister un lien de rattachement réel entre la personne et un État membre. La décision d’inclure certains critères correspond au fait qu’ils existent dans différents ordres juridiques internes et qu’ils sont acceptés par les autres États membres, ou est le résultat des efforts déployés pour trouver des solutions acceptables par tous*».

2. La nozione di residenza abituale dei coniugi e l'esigenza di un approccio funzionale.

Dalla lettura dell'articolo 3 del regolamento n. 2001/2003 si evince in maniera chiara che il legislatore comunitario ha basato il funzionamento del sistema giurisdizionale in materia matrimoniale sul concetto di residenza abituale. Dei sette titoli giurisdizionali previsti dall'articolo 3, solo l'ultimo - e cioè quello relativo alla cittadinanza comune dei coniugi (ovvero il "domicile" nel caso di Regno Unito e Irlanda) - non richiede l'accertamento della residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi.

Il criterio della residenza abituale rappresenta, più in generale, il criterio di riferimento del regolamento n. 2201/2003: ed invero, anche in materia di responsabilità genitoriale (art. 8 e ss.), il regolamento indica la competenza generale delle autorità giurisdizionali del luogo in cui il minore risiede abitualmente ovvero, in caso di trasferimento lecito del minore, la competenza ultrattiva (per un periodo non superiore a tre mesi) del giudice dell'ultima residenza abituale ovvero ancora, in caso di trasferimento illecito, l'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento illecito.

La scelta del legislatore comunitario di basare l'intero sistema giurisdizionale comunitario in materia di famiglia su un criterio di tipo domiciliare impone, in via preliminare, una riflessione: questa materia, infatti, è stata storicamente legata al criterio della nazionalità, in virtù del principio (di stampo napoleonico) per cui qualsiasi questione riguardante lo status civile di una persona è sottoposta al diritto nazionale di quest'ultima. Nel regolamento Bruxelles II bis, il criterio della nazionalità, pur ricoprendo ancora un determinato ruolo – come si vedrà in seguito – ha di fatto ceduto il passo ad un criterio più flessibile e più adatto alle mutate esigenze della società attuale, soprattutto in un contesto così delicato come quello familiare.

In particolare, nell'economia del sistema giurisdizionale in materia matrimoniale, il criterio della residenza abituale ha il merito di controbilanciare l'ampia prevedibilità del forum competente (i sette fori giurisdizionali) attraverso un importante elemento di flessibilità. Sotto questo profilo, occorre altresì sottolineare la discontinuità rispetto all'impostazione del regolamento n. 44/2001 che, pur riconoscendo in qualche caso rilevanza al criterio della residenza, si basa sul diverso concetto di domicilio³⁴¹. Quest'ultima nozione, assicura un collegamento tra la fattispecie e il giudice adito molto più tenue rispetto al criterio della residenza abituale, potendo essere sufficiente la presenza di una mera dimora nel caso delle persone fisiche o di una filiale o di una succursale o di

³⁴¹ Una delle rare eccezioni in cui il criterio della residenza abituale affianca (e quindi non esclude) quello del domicilio è caratterizzata dalla materia delle obbligazioni alimentari (articolo 5, numero 2, del regolamento n. 44/2001): in questo caso, è prevista la competenza giurisdizionale del giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha appunto il domicilio o la residenza abituale.

un'agenzia nel caso delle persone giuridiche: nell'ordinamento italiano, addirittura, è equiparato al domicilio la circostanza che un soggetto - persona fisica o giuridica - abbia un rappresentante legale abilitato nel territorio italiano³⁴².

Nel caso della residenza, questo collegamento è sicuramente più effettivo perché basato su una specifica indagine di fatto volta ad individuare un rapporto genuino tra la fattispecie e il giudice adito³⁴³. La qualificazione della residenza come "abituale", inoltre, comporta un ulteriore passaggio logico-giuridico: oltre alla determinazione del collegamento genuino tra la fattispecie e l'autorità giurisdizionale adita, occorrerà altresì definire l'intensità del rapporto creatosi tra un soggetto (o più soggetti) ed un determinato Stato membro, secondo un parametro legale che è appunto rappresentato dall'abitudine della residenza. Ecco perché il criterio della residenza abituale può essere considerato come un concetto dinamico e moderno della cittadinanza, capace di svolgere il ruolo fondamentale di identificazione di un legame certo ed effettivo tra un soggetto ed uno stato, ma con un approccio ben più flessibile e legato alle circostanze dedotte nel caso specifico.

Sia il concetto di domicilio che quello di residenza abituale non sono armonizzati nel diritto comunitario, ma il regolamento n. 44/2001, a differenza del regolamento n. 2201/2003, espressamente rimanda alla legge nazionale del giudice adito per la determinazione, nel caso concreto, della sussistenza del domicilio nel territorio del foro o eventualmente nel territorio di un altro Stato membro: in questo modo, la definizione del domicilio di un soggetto è legata ad una rigida regola legale che - seppur di tenore differente a seconda del paese coinvolto - indica in maniera certa e prevedibile quale possa essere il collegamento rilevante ai fini della determinazione della giurisdizione.

Il regolamento n. 2201/2003, invece, non fornisce alcuna indicazione circa i confini della nozione di residenza abituale e ciò evidentemente non può essere considerato un mero oblio del legislatore comunitario, bensì il frutto di una precisa scelta di politica legislativa. Ed invero, l'articolo 2 offre ben undici definizioni relative a diversi concetti utilizzati nel regolamento, tra i quali, per l'appunto, non figura la nozione forse più importante nell'economia dell'intero testo normativo. La ragione di tale scelta deve

³⁴² Articolo 3, primo comma, della legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato, che individua la giurisdizione italiana nel caso in cui il convenuto abbia in Italia il domicilio o la residenza ovvero un rappresentante abilitato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile e negli altri casi previsti dalla legge. Di conseguenza, l'esistenza in Italia di un rappresentante abilitato a stare in giudizio giustifica l'esercizio della giurisdizione unicamente in ordine alle controversie che abbiano ad oggetto i rapporti coinvolti dal potere che il convenuto ha conferito al suo rappresentante.

³⁴³ Per una critica sul domicilio come criterio caratterizzante nei rapporti internazionali, A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence*, in (a cura di) H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, cit. p. 150 e S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis...*, cit., p. 69.

essere, quindi, ricondotta alla volontà di slegare la nozione di residenza abituale dalle definizioni individuate dai legislatori nazionali e dalla necessità di determinare una regola di giudizio autonoma e interna al diritto comunitario³⁴⁴.

La relazione che accompagna la convenzione “Bruxelles II” del 1998 è piuttosto chiara sul punto: *“Il a été envisagé d’inclure une règle qui fixerait le lieu de résidence habituelle d’une manière analogue à celle dont l’article 52 de la convention de Bruxelles de 1968 fixe le domicile, mais cette solution a finalement été rejetée. Cependant, il a été tenu particulièrement compte du fait que la Cour a, à plusieurs reprises, même si ce n’était pas dans le cadre de la convention de Bruxelles de 1968, défini la résidence habituelle comme «le lieu où l’intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts, étant entendu qu’à fin de détermination de cette résidence, il importe de tenir compte de tous les éléments de fait constitutifs de celle-ci»*³⁴⁵.

Ed in effetti, il rischio di ancorare l’interpretazione della nozione di residenza abituale alle scelte dei legislatori nazionali avrebbe potuto produrre degli effetti particolarmente pericolosi per almeno due ordini di motivi: da un lato, dal funzionamento di questo criterio dipende l’applicazione dei titoli giurisdizionali dell’articolo 3, i quali hanno carattere esclusivo e cioè escludono automaticamente la competenza di qualsiasi altro giudice. Una volta accertata, quindi, la residenza abituale (di uno o di entrambi i coniugi a seconda dei casi) in un determinato Stato membro, il giudice di quest’ultimo ha competenza esclusiva a pronunciarsi sulla domanda di separazione o divorzio³⁴⁶, con esclusione di tutti gli altri giudici potenzialmente competenti.

Dall’altro, la stessa nozione di residenza abituale è definita (o interpretata) in maniera assai differente negli ordinamenti nazionali³⁴⁷ e, talvolta, la sua individuazione prescinde da un collegamento effettivamente genuino con un determinato Stato membro. E’ il caso del già citato articolo 44 del codice di diritto internazionale privato belga che, in materia di condizioni di validità

³⁴⁴ E’ ciò che sottolinea anche la guida pratica al regolamento Bruxelles II bis in cui si chiarisce che il concetto di residenza abituale, da un lato, deve essere determinato dal giudice volta per volta nel caso concreto sulla base di elementi di fatto e, dall’altro, che in ogni caso tale nozione non va valutata con riferimento alla legislazione nazionale, bensì sulla base di un’autonoma valutazione comunitaria, Guida pratica all’applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II, cit., p. 15. Sottolinea la necessità di un’interpretazione autonoma del concetto di residenza abituale la Cour d’Appel de Aix en provence, 18 novembre 2004, in *Journal de Droit International*, 2005, p. 801.

³⁴⁵ Punto 32 della relazione Borrás.

³⁴⁶ Sulla centralità del criterio della residenza abituale nel regolamento Bruxelles II bis e sulla necessità di un coordinamento per la corretta interpretazione dello stesso, P. MCELEAVY, *The communitarization of divorce rules: what impact for English and Scottish law?*, in *ICLQ*, 2004, p. 622-623.

³⁴⁷ A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence*, in (a cura di) H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, cit. p. 152.

del matrimonio, prevede l'applicazione - oltre che della legge della nazionalità comune dei nubendi e di quella della residenza abituale degli stessi - della legge belga nel caso in cui uno dei nubendi abbia avuto la residenza abituale in Belgio per un periodo di almeno tre mesi. In questo modo, il concetto di residenza abituale è stato qualificato attraverso l'introduzione di un criterio temporale che, per espressa ammissione del legislatore belga, corrisponde più ad una scelta di politica legislativa che ad un elemento di effettivo collegamento con lo stato³⁴⁸.

In ogni caso, la definizione richiamata dalla relazione accompagnatrice della convenzione del 1998, è frutto di un'interpretazione già consolidata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ed applicata in numerosi testi convenzionali in materia familiare³⁴⁹ e in materia di protezione internazionale delle persone³⁵⁰. Ed in effetti, proprio nel contesto della Conferenza dell'Aja si è sviluppato il dibattito sulla necessità di individuare una definizione del concetto di residenza abituale valevole per tutti gli strumenti convenzionali in cui tale criterio è contenuto.

Tuttavia, l'esigenza di certezza del diritto si scontra in questo caso con la natura stessa di questo criterio territoriale che è, per l'appunto, flessibile e difficilmente conciliabile con dei rigidi schemi legali. Ed in effetti, anche il legislatore comunitario si è trovato di fronte alla difficile scelta di offrire o meno una definizione, essendo ben consapevole che nel primo caso avrebbe rischiato di privare la residenza abituale della sua natura di criterio flessibile e adeguato al contesto giuridico disciplinato e, nel secondo caso, di essere accusato di nascondere il problema della sua interpretazione, omettendo di intervenire a livello centralizzato.

Questo dilemma è ben sintetizzato dalle parole del Prof. Paul Lagarde che, nella relazione accompagnatoria della convenzione dell'Aja del 1980 sugli

³⁴⁸ Sul punto si ritorna sul testo dei lavori accompagnatori della legge del 2004 che ha introdotto il codice di diritto internazionale privato belga, secondo cui la regola enunciata *“tend à permettre à des personnes de même sexe de se marier même si la loi nationale de l'une des parties impose la différence de sexe. Cette dérogation à l'application cumulative des lois nationales des parties se justifie eu égard à l'importance de l'intérêt social que le législateur a entendu préserver en supprimant l'impossibilité pour des personnes de même sexe de contracter une union”*. Relazione alla Commissione giustizia del Senato, Doc. Parl., Sénat, 2003-2004, n°3-27/7, pp. 297-306.

³⁴⁹ Convenzione del 15 novembre 1965 avente ad oggetto la competenza delle autorità, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni in materia di adozione; convenzione del 1° giugno 1970 avente ad oggetto riconoscimento dei divorzi e delle separazioni; convenzione del 2 ottobre 1973 avente ad oggetto il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari; convenzione del 14 marzo 1978 avente ad oggetto la legge applicabile ai regimi matrimoniali; convenzione del 1996 avente ad oggetto la competenza, la legge applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale;

³⁵⁰ Convenzione del 5 ottobre 1961 avente ad oggetto la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori; convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori; convenzione del 29 maggio 1993 avente ad oggetto la protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale; convenzione del 13 gennaio 2000 avente ad oggetto la protezione internazionale degli adulti.

aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, spiegava in questo modo la scelta di non operare alcuna definizione circa il criterio della residenza abituale: « *toute définition dans une convention déterminée de la résidence habituelle, que ce soit par des éléments qualitatifs ou quantitatifs, aurait pour inconvénient de remettre en cause l'interprétation donnée à cette expression dans les autres conventions, très nombreuses, où elle est utilisée* »³⁵¹.

Ed invero, il concetto di residenza abituale può essere interpretato ed applicato in modo differente a seconda del contesto giuridico in cui svolge la sua funzione. Questo approccio “funzionale” ha trovato terreno fertile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che sovente si è occupata dell’interpretazione di questa nozione nell’ambito di differenti settori del diritto comunitario³⁵².

La materia della previdenza sociale rappresenta un valido esempio in tal senso: il regolamento n. 1408/71³⁵³ stabilisce la disciplina per coordinare l’applicazione dei sistemi nazionali riguardanti il regime di sicurezza sociale e prevede che l’accesso ai contributi speciali previsti da ciascun Stato membro siano riservati a coloro che risiedono in detto stato. Il concetto di residenza, in questo caso, assume un significato particolare in quanto non può basarsi su un mero calcolo della presenza del soggetto nel territorio, ma deve necessariamente essere interpretato alla luce dell’intenzione di quest’ultimo di fissare la propria residenza in un determinato stato. Ed in effetti, il cittadino comunitario potrebbe essere scoraggiato dall’esercitare la libera circolazione se dovesse attendere giocoforza un certo lasso temporale prima di chiedere allo stato in cui si è trasferito l’accesso ad un determinato contributo sociale previsto dall’ordinamento di tale stato. In altre parole, nell’ottica del regolamento citato, occorre premiare immediatamente la

³⁵¹ P. LAGARDE, Rapport explicative, Actes et documents de la Conférence de la Haye, 2000, La protection international des adultes, n. 49.

³⁵² Si veda, a tal proposito, la materia fiscale ed in particolare il caso *Louloudakis*, Corte di Giustizia, 12 luglio 2001, in causa C-262-99, in Raccolta 2001, p. I-5547, in cui la Corte è stata chiamata ad interpretare il concetto di residenza contenuto nella direttiva n. 83/182/CEE relativa ad alcune franchigie fiscali in materia d’importazione temporanea di taluni mezzi di trasporto: con riferimento all’esame sulla sussistenza della residenza abituale necessaria per il riconoscimento di tali franchigie, ha chiarito che “il giudice nazionale deve procedere a una valutazione globale dei dati di collegamento alla luce di tutti gli elementi di prova che gli vengono sottoposti. Tale valutazione va effettuata alla luce dell’obiettivo della direttiva. In proposito occorre constatare che quest’ultima, secondo i suoi ‘considerando’, tende a favorire l’esercizio della libera circolazione dei residenti comunitari all’interno della comunità e che l’abolizione degli ostacoli che risultano dai regimi fiscali applicati all’importazione temporanea di taluni mezzi di trasporto a uso privato professionale è particolarmente necessaria ai fini della costituzione di un mercato economico che presenti caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno”. Allo stesso modo si è pronunciata la Corte in materia di indennità di trasferimento per i funzionari delle Comunità Europee nella sentenza del 15 settembre 1994, in causa C-452/93, *Fernández c. Commission*, in Raccolta, 1994, p. I-4295.

³⁵³ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità, in G.U.C.E., L 323, del 13 dicembre 1996.

volontà (ovviamente da dimostrare nel caso concreto) di fissare la propria residenza in un determinato stato, senza che sia necessario verificare la sussistenza di un congruo periodo di tempo come elemento materiale della fattispecie. Questo approccio è stato adottato dalla Corte di Giustizia una prima volta – e in maniera più sfumata - nel caso *Knoch*³⁵⁴, in cui i giudici di Lussemburgo precisarono che ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria “vanno considerate la durata e la continuità della residenza prima che l'interessato si sia trasferito, la durata e la finalità della sua assenza, la natura dell'occupazione accettata nell'altro Stato membro, nonché l'intenzione dell'interessato quale si può desumere da tutte queste circostanze”³⁵⁵.

Ma è nella sentenza *Swaddling* - sempre nella stessa materia - che si esprime in maniera ancora più chiara l'approccio funzionale: il caso riguardava, un lavoratore inglese che dopo aver lavorato per molti anni in Francia era rientrato nel proprio paese e, trovandosi senza lavoro, aveva inoltrato una richiesta per accedere ad una forma di contributo sociale previsto dall'ordinamento inglese (the “Incom Support”), che, tuttavia, gli era stato negato in ragione dell'insufficiente periodo di residenza nel territorio del Regno Unito dopo il rientro dall'estero. La Corte ha precisato che “occorre prendere in considerazione in modo particolare la situazione familiare del lavoratore, i motivi che l'hanno indotto a trasferirsi, la durata e la continuità della residenza, il fatto di disporre eventualmente di un posto di lavoro stabile e l'intenzione di lavorare quale si può desumere da tutte queste circostanze. Nell'ambito di tale esame la durata della residenza nello Stato (...) non può però essere considerato un elemento costitutivo della nozione di residenza ai sensi dell'art. 10 bis del regolamento n. 1408/71. In particolare qualora il lavoratore, come nella fattispecie su cui verte il processo a quo, dopo essersi avvalso del diritto alla libera circolazione ed essere poi ritornato nello Stato di origine, abbia chiaramente manifestato (...) l'intenzione di risiedere nello Stato di origine nel quale vivono i familiari, (...) non si può ritenere che non abbia soddisfatto il requisito di residenza ai sensi dell'art. 10 bis solo perché la durata della residenza nello Stato di origine non è sufficiente”³⁵⁶.

Il medesimo approccio funzionale è stato adottato dalla Corte di Giustizia con riferimento all'interpretazione dei criteri giurisdizionali in materia di lavoro: infatti, in base all'articolo 19 del regolamento n. 44/2001, il lavoratore ha la possibilità di citare in giudizio il datore di lavoro innanzi al giudice del luogo in cui svolge abitualmente la propria attività ovvero, quando il lavoratore svolge l'attività in più luoghi, innanzi al giudice del luogo in cui si trova lo stabilimento dove è stato assunto. Il motivo di questa

³⁵⁴ Corte di Giustizia, 8 luglio 1992, in causa C-102/91, *Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit*, in Raccolta 1992, p. I-4341.

³⁵⁵ Punto 23 sentenza cit.

³⁵⁶ Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, in causa C- 90/97, *Swaddling c. Adjudication officer*, in Raccolta 1999, p. I-1075, punti 29 e 30.

pluralità di fori (tra cui rientra anche il foro generale del domicilio del convenuto) risiede nella volontà di permettere al lavoratore (e solo al lavoratore) di instaurare un giudizio innanzi ad un giudice maggiormente vicino a quest'ultimo³⁵⁷. Ora, i giudici di Lussemburgo hanno interpretato in maniera estensiva il concetto di luogo abituale di prestazione di lavoro, identificandolo nel luogo in cui è stata svolta l'attività principale o a carattere prevalente³⁵⁸: grazie a questa interpretazione, tale criterio ha funzionato anche nei casi in cui era particolarmente difficile localizzare in un determinato territorio una prestazione abituale. La ragione di tale approccio ermeneutico è da individuarsi nel timore dei giudici comunitari di dare insospettato spazio d'applicazione al criterio residuale dello stabilimento di assunzione del lavoratore che favorisce oltremodo il datore di lavoro.

L'approccio funzionale è possibile grazie alla combinazione tra i due elementi costitutivi della nozione di residenza abituale e cioè la permanenza temporale di un soggetto (o di una coppia) in un determinato territorio - elemento materiale - e l'intenzione di fissare in tale territorio il centro stabile dei propri interessi - elemento soggettivo. Questi due elementi si trovano normalmente in una posizione di complementarietà reciproca, nel senso che entrambi concorrono in egual misura all'individuazione del legame effettivo tra un soggetto ed un determinato stato³⁵⁹.

Quando però, uno dei due elementi risulta debole ovvero la sua identificazione sia particolarmente difficile, l'altro assume una forza maggiore: ciò avviene, ad esempio, allorché la residenza di un soggetto in un dato territorio non abbia una durata apprezzabile ovvero essa sia ripartita tra più stati e non sia possibile individuare tra di essi una residenza principale. Il rapporto inversamente proporzionale tra i due aspetti è ben evidenziato da una recente sentenza della Corte di Cassazione nell'ambito di un regolamento di giurisdizione riguardante una domanda di separazione di una coppia di coniugi statunitensi che avevano vissuto per un periodo di tempo nel territorio italiano³⁶⁰. I giudici di legittimità – fondandosi in maniera piuttosto discutibile sul foro esorbitante nazionale previsto dall'art. 18 c.p.c.³⁶¹ - hanno dichiarato la sussistenza della giurisdizione italiana sul

³⁵⁷ Si suppone, infatti, che il lavoratore abbia la sua residenza nel medesimo luogo in cui svolge l'attività lavorativa.

³⁵⁸ Corte di Giustizia del 15 febbraio 1989, in causa C- 32/88, *Mulox*, in Raccolta 1989, p. I-341; Corte di giustizia, 27 febbraio 2002, in causa C-37/00, *Weber*, in Raccolta 2002, p. I-2013;

³⁵⁹ « Ce serait une illusion de croire (que la résidence) est une notion purement objective, faisant abstraction de tout élément intentionnel », M. MALAUIRE, nota a Cour de Cassation civil, 24 novembre 1964 e 24 giugno 1965, in *Journal de droit international*, 1966, p. 90.

³⁶⁰ Cass. S.U., 3 febbraio 2004, n. 1994, in *Foro Italiano*, 2004, I, 1063 e in *RDIPP* 2004, p. 1390 e ss.

³⁶¹ Ed invero, il convenuto possedeva, oltre alla cittadinanza statunitense, anche la cittadinanza irlandese, ragion per cui avrebbe potuto godere della speciale protezione dell'articolo 6 (articolo 7, nel regolamento n. 1347/2000) del regolamento n. 2201/2003, in

presupposto che la moglie (attrice) aveva una residenza di fatto nel territorio italiano, unita ad una precisa volontà di fissare presso quest'ultima la sede del residuo nucleo familiare³⁶².

La situazione inversa, e cioè la prevalenza dell'aspetto materiale su quello soggettivo, caratterizza invece l'utilizzo della residenza abituale quale *connecting factor* in materia di provvedimenti riguardanti i minori. In questo caso, infatti, la volontà del minore assume necessariamente un ruolo secondario – sebbene non irrilevante – rispetto alla circostanza oggettiva che il minore abbia acquisito un legame significativo con un determinato ambiente. L'applicazione pratica di questo principio è individuabile nella disciplina giurisdizionale riguardante i minori contenuta proprio nel regolamento Bruxelles II bis.

Il principio generale del foro del luogo in cui il minore ha la residenza abituale è temperato da alcune eccezioni che hanno l'obiettivo di garantire in ogni caso un legame effettivo e genuino tra il minore e l'autorità giurisdizionale chiamata a pronunciarsi sui provvedimenti relativi all'interesse di quest'ultimo. In questo senso, va analizzata l'ultrattività (in determinati casi e per un periodo non superiore a tre mesi) della giurisdizione del giudice della precedente residenza del minore quando quest'ultimo si è trasferito in un altro stato (articolo 9). Allo stesso modo, in caso di trasferimento illecito, la competenza a pronunciarsi resta in capo al giudice del luogo della residenza di origine del minore prima del trasferimento illecito, fatta salva l'ipotesi dell'acquisizione di una nuova residenza abituale nel paese in cui il minore è stato trasferito (articolo 10).

Infine, il regolamento prevede che, qualora l'autorità giurisdizionale adita ritenga che, al di là delle regole giurisdizionali previste dal regolamento, il minore abbia un legame stretto con uno stato diverso, essa può eccezionalmente dichiararsi incompetente a favore del giudice di detto stato. Questo meccanismo di origine anglosassone e noto come il *forum non conveniens*, dimostra in maniera efficace la volontà del legislatore comunitario di modellare il concetto di residenza abituale secondo le esigenze del minore ed in base ad un'indagine volta a definire, caso per caso, il legame effettivo tra il minore e il giudice adito.

A questo punto occorre chiedersi se il medesimo approccio funzionale può essere adottato anche nell'interpretazione dei criteri giurisdizionali in materia matrimoniale previsti dal Regolamento n. 2201/2003. In questo

virtù del quale il coniuge che risiede abitualmente in uno Stato membro o ha la cittadinanza di uno Stato membro (o il "domicile" nel caso di Regno Unito e Irlanda), può essere convenuto in giudizio solo in base ai titoli giurisdizionali comunitari.

³⁶² In particolare la Corte motiva nel seguente modo: "gli indicati elementi portano a ritenere che la moglie, all'epoca della domanda di separazione, per scelta volontaria e duratura, collocava in Pozzuoli e nella casa coniugale il centro delle proprie esigenze, abitudini e relazioni di vita, e, quindi, aveva in Italia una residenza di fatto, nel concorso dell'oggettivo perdurare della predetta situazione, con durata e modalità diverse dal mero soggiorno precario e temporaneo, e dell'intento di attribuirle stabilità, quale sede del residuo nucleo familiare".

caso, l'obiettivo del regolamento, così come sottolineato in precedenza, è favorire la libera circolazione delle persone nel territorio comunitario garantendo la possibilità di ottenere più agevolmente lo scioglimento del matrimonio nelle coppie cd. internazionali³⁶³. Questa logica di fondo dovrebbe portare a ritenere che il criterio della residenza abituale debba essere interpretato in maniera estensiva per permettere un'applicazione più efficace e generalizzata dei fori comunitari. Ed invero, laddove quest'ultimi non dovessero risultare applicabili, tornerebbero a funzionare i criteri giurisdizionali nazionali – la cui applicazione, in via residuale, è espressamente prevista dal regolamento - con tutte le differenze che essi contengono.

Di conseguenza, come rilevato dalla Corte di Giustizia a proposito del regolamento Bruxelles I, occorre garantire l'applicazione più estesa possibile delle norme comunitarie, in quanto “la minima lacuna in tali norme potrebbe provocare una competenza concorrente di più giudici a statuire su una stessa controversia, ma anche una totale assenza di tutela giurisdizionale, nel caso in cui nessun giudice possa essere riconosciuto competente a statuire su una tale controversia”³⁶⁴. Questa esigenza di coordinamento è maggiore in materia matrimoniale, laddove le norme comunitarie hanno un ambito di applicazione più ampio rispetto a quelle in materia civile e commerciale, abbracciando molte più ipotesi in cui vi è un collegamento con il territorio di uno stato terzo³⁶⁵.

Più precisamente, la necessità di interpretare in maniera estensiva il concetto di residenza abituale dovrebbe tradursi in concreto nella valorizzazione dell'elemento soggettivo: qualora infatti la permanenza fisica di un soggetto in un dato territorio non sia particolarmente apprezzabile, l'elemento soggettivo potrebbe fungere da utile correttivo al fine di permettere il funzionamento del titolo giurisdizionale invocato, in particolar modo quando non vi siano altri fori comunitari disponibili. Quando, però, l'aspetto materiale – e cioè il periodo di permanenza fisica in un dato territorio - è di per sé sufficiente, l'aspetto soggettivo dovrebbe fungere esclusivamente da elemento di conferma: diversamente, si potrebbe configurare un'interpretazione contraria allo spirito stesso del regolamento.

E' l'errore in cui ci sembra sia occorsa la *Cour d'Appel* di Aix-en-Provence in un caso riguardante due coniugi inglesi, residenti a Londra insieme alla

³⁶³ Vedi in particolare il considerando n. 8 del regolamento n. 1347/2000, non riprodotto nel regolamento n. 2201/2003.

³⁶⁴ Parere sulla competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in RDIPP, 2006, p. 514 e ss., punto 141.

³⁶⁵ Il campo di applicazione del regolamento n. 44/2001 si basa infatti sul domicilio del convenuto all'interno del territorio comunitario, laddove il regolamento n. 2201/2003 si applica anche ai casi in cui il convenuto sia residente in uno stato terzo (ma cionondimeno la residenza abituale dei coniugi si trova nel territorio comunitario) ovvero nei casi in cui entrambe le parti siano residenti in un paese terzo, ma esse siano cittadini di uno Stato membro.

loro figlia: poiché la figlia doveva recarsi in Francia per motivi di studio, la moglie aveva deciso di accompagnarla e seguirla almeno nel periodo iniziale e per questo motivo si era trasferita nella residenza francese della coppia nel sud della Francia³⁶⁶. Dopo quindici mesi dal loro soggiorno in Francia, il marito, nel frattempo rimasto a Londra, aveva presentato una domanda di divorzio in Francia, fondando la competenza del giudice francese sul foro della residenza abituale del convenuto.

Nel caso di specie, molti elementi materiali potevano far supporre l'effettività della residenza della moglie in Francia e quindi la competenza dei giudici francesi, come, ad esempio, la circostanza che quest'ultima si trovasse sul territorio francese da oltre un anno ovvero che avesse aperto un conto corrente in Francia ovvero ancora che possedesse (unitamente al marito) un immobile in tale stato³⁶⁷. Di contro, i giudici francesi hanno tenuto conto della volontà della moglie di restare sul territorio francese al solo fine di accompagnare una figlia e di assisterla nel corso dell'anno scolastico, senza che ciò corrispondesse all'intenzione di fissare in Francia il centro principale dei propri interessi³⁶⁸.

In altre parole, la *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*, nell'intento di dare un autonomo significato al concetto di residenza abituale, ha ripreso la formula utilizzata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Swaddling*, la quale – come già visto in precedenza - valorizza l'elemento soggettivo della residenza abituale e cioè “la volontà del soggetto di fissare in un dato territorio il centro stabile o abituale dei propri interessi”.

Si deve ritenere che una impostazione di questo tipo non sia conforme allo scopo del regolamento stesso, essendo stato scartato un titolo giurisdizionale che, oltre ad esprimere un collegamento più che sufficiente nell'economia dei titoli giurisdizionali in materia matrimoniale³⁶⁹, rappresentava l'espressione di quella garanzia processuale, tradotta in termini

³⁶⁶ Cour d'Appel de Aix en Provence, 18 novembre 2004, in *Journal de Droit International*, 2005, p. 801, commentata da P. GUEZ, *Gazette du Palais*, 15 gennaio 2005, n° 15, p. 20.

³⁶⁷ Le motivazioni della sentenza citata rendono bene l'idea della complessità dell'esame da svolgere per individuare la residenza abituale di un soggetto: “ *C'est ainsi qu'elle a conservé son domicile personnel et fiscal à Londres, qu'elle est toujours inscrite sur les listes électorales à Londres, qu'elle a conservé et utilisé pendant la période litigieuse plusieurs comptes bancaires en Angleterre, qu'elle a continué à être suivie par ses médecins et dentistes londoniens, (...) qu'elle a continué à fréquenter le même coiffeur, le même opticien, que les chiens ont été suivis par leurs vétérinaires anglais. Si Mme ...a notamment fait connaître son adresse en France, a cherché à perfectionner sa connaissance du français, a ouvert des comptes en banque en France, ces démarches étaient nécessaires pour des raisons pratiques compte tenu de la durée du séjour en France* ».

³⁶⁸ « *Il est ainsi établi et corroboré par plusieurs témoignages (...) que le séjour en France de Mme...était temporaire et avait pour but principal d'accompagner l'enfant commun, qui, suite aux difficultés par elle rencontrées, était venue de ressourcer et poursuivre momentanément sa scolarité en France* ».

³⁶⁹ Basti pensare che lo stesso articolo 3 del regolamento riconosce l'acquisizione di una residenza abituale – per di più a favore dell'attore - dopo appena sei mesi di permanenza fisica nel territorio, mentre nel caso di specie la moglie risiedeva in Francia da più di un anno.

internazionalprivatistici nella massima *actor sequitur forum rei*.³⁷⁰ Tale pronuncia è stata, peraltro, confermata dalla *Cour de Cassation*³⁷¹ che, pur avendo la possibilità di chiedere un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ha confermato integralmente l'approccio dei giudici di merito fondato sulla definizione astratta della residenza abituale, con ciò attirandosi non poche critiche da parte della dottrina d'oltralpe³⁷².

L'individuazione della residenza abituale risulta particolarmente arduo soprattutto in un'epoca di forte mobilità internazionale, in cui i coniugi alternano spesso la propria residenza in stati differenti - o congiuntamente o disgiuntamente - sia per motivi connessi al lavoro sia per esigenze familiari. La tendenza a lasciare il paese in cui si trova il centro della vita familiare è ancora più marcata, allorché la coppia entra in crisi ed uno dei coniugi od entrambi decidono di tornare nel proprio paese di cittadinanza o, più semplicemente, di spostarsi in un paese terzo³⁷³.

Gli stessi redattori del regolamento Bruxelles II bis non hanno ignorato l'esigenza di tener conto di elementi ulteriori in aggiunta a quelli puramente anagrafici ai fini dell'applicazione del criterio della residenza, nel prevedere due titoli giurisdizionali che sembrano riflettere appieno questo fenomeno: in entrambi i casi l'attore può ricorrere al foro dove possiede la residenza, a condizione che dimostri di possedere la residenza nel territorio del giudice adito da un determinato periodo di tempo (un anno o sei mesi se è anche cittadino di tale stato)³⁷⁴.

³⁷⁰ Sulla stessa linea critica, A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit International privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse Lyon III, 2004, n° 247 e P.GUEZ, nota a *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*, cit., punto 10.

³⁷¹ Cour de Cassation, sentenza del 14 dicembre 2005, in *Bulletin*, 2005, I, N° 506, p. 425.

³⁷² M. FARGE, *Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit International privé communautaire?*, *Droit de la famille*, 2006, Etudes 17, scrive: «*La notion de résidence habituelle doit faire l'objet d'une approche fonctionnelle. C'est dire principalement qu'elle ne sera pas appréciée de façon identique selon la finalité de la règle qui s'y réfère (...) Que le critère soit utilisé en matière de conflit de juridiction et le lien avec le territoire peut être plus tenu car il peut répondre à un objectif procédural de commodité. Un tel objectif paraît être celui des Règlements Bruxelles II et Bruxelles II bis : en admettant de nombreux chefs de compétence concurrents, les textes entendent faciliter l'accès au juge du divorce*». Sullo stesso tenore, P. GUEZ, *Gazette du Palais*, 25 febbraio 2006, n° 56, P. 14.

³⁷³ Vedi punto 32 della relazione Borrás, cit.

³⁷⁴ Fin da subito si segnalano le posizioni differenti circa la previsione dei *fora actoris* nel regolamento n. 2201/2003. Particolarmente critico sulla scelta del legislatore comunitario, R. BARATTA, *Scioglimento ed invalidità...*, cit. p. 161 che aveva già espresso la medesima opinione in *Separazione e divorzio nel diritto internazionale privato italiano*, in ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Tomo 1, Vol II, p. 1523 e ss. Sottolinea, invece, i pericolosi risvolti processuali di questa scelta, B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le règlement dit "Bruxelles II bis"*, in *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 403 e ss. La previsione di sette fori giurisdizionali - di cui due marcatamente a favore dell'attore - è definita addirittura un "cocktail esplosivo" da S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis...*, cit. p. 50. Nello stesso senso, P. PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli 2003, p. 697 e ss., p. 713. Su posizioni più morbide, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: the 1198 EU convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II convention)*, in *YPIL*, Vol. I, 1999, p. 7 ss.

Nelle suddette ipotesi, il concetto di residenza abituale dovrebbe ancora una volta essere interpretato secondo lo spirito del regolamento: in altre parole, la previsione di un limite temporale minimo per l'acquisizione della residenza abituale dovrebbe essere considerato come una presunzione assoluta:³⁷⁵ di conseguenza, in questi casi l'elemento puramente soggettivo ricopre, giocoforza, un ruolo assolutamente limitato e, più precisamente, circoscritto ai casi in cui l'elemento materiale non sia pienamente rispettato. In altre parole, quando il coniuge non abbia risieduto per il periodo temporale richiesto (sei mesi ovvero un anno) in un dato territorio, ma cionondimeno desideri comunque utilizzare uno dei due fori in questione, dovrà concentrare la prova dell'acquisizione della residenza abituale proprio sull'elemento soggettivo³⁷⁶.

Ovviamente, occorre che l'interprete presti la massima attenzione nel verificare l'effettiva sussistenza dell'elemento materiale: diversamente, e cioè senza un adeguato controllo, si rischierebbe di creare in maniera surrettizia un foro esorbitante, che peraltro, a differenza dei fori esorbitanti nazionali, potrebbe essere utilizzato anche contro un convenuto residente o cittadino di uno Stato membro, in virtù dell'articolo 7 del regolamento.

Un esempio di tale approccio è dato da una pronuncia del Tribunale di Bruxelles in cui i giudici belgi si sono dichiarati incompetenti a pronunciarsi su una domanda di divorzio fondata sul titolo giurisdizionale di cui all'articolo 3, lett. a), quinto trattino (residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno un anno prima della domanda giudiziale), in quanto l'attrice non aveva dimostrato di risiedere effettivamente in Belgio per il periodo richiesto dalla norma³⁷⁷. Nella loro motivazione, i giudici belgi hanno tenuto conto, in particolare, di quegli elementi dell'indagine che portavano a ritenere che l'attrice non avesse inteso spostare la propria residenza dal paese nel quale risiedeva con il marito precedentemente alla

³⁷⁵ Sulla stessa linea, A.RICHEZ-PONS, *Habitual residence considered as a European harmonization factor in family law (regarding the "Brussels II bis Regulation")*, in (edt.) K. BOELE-WOELKI, *Common core and better law in European family law*, Anversa 2005, p. 355 e ss., in particolare p. 359. Ovviamente, proprio il carattere particolare dei due titoli giurisdizionali in questione richiede la massima attenzione da parte dell'interprete nel verificare l'effettiva sussistenza dell'elemento materiale. Sembra aver colto a pieno questo suggerimento la *Cour d'Appel* di Reims in una sentenza del 26 settembre 2002, in *Droit de la Famille*, 2003, n° 32, con nota di M. FARGE, in cui si è dichiarata incompetente a pronunciarsi su una domanda di divorzio di un cittadino francese che si era ritisferito in Francia, dopo la crisi coniugale, appena tre mesi prima della domanda giudiziale.

³⁷⁶ Un esempio di tale approccio è dato da una pronuncia del Tribunale di Bruxelles del 8 maggio 2002 - testo consultabile su Tisdchrift@ipr, 2005, n. 1, p. 36 - in cui i giudici belgi si sono dichiarati incompetenti a pronunciarsi su una domanda di divorzio fondata sul titolo giurisdizionale di cui all'articolo 3, lett. a), quinto trattino (residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno un anno prima della domanda giudiziale), in quanto l'attrice non aveva dimostrato di risiedere effettivamente in Belgio per il periodo richiesto dalla norma. Per un caso analogo, vedi *Cour d'Appel de Bruxelles*, 2 marzo 2005, il cui testo è reperibile su <http://www.juridat.be>.

³⁷⁷ Tribunale di Bruxelles, 8 maggio 2002: il testo della sentenza è consultabile su Tisdchrift@ipr, 2005, n. 1, p. 36. Per un caso analogo, vedi *Cour d'Appel de Bruxelles*, 2 marzo 2005, il cui testo è reperibile su <http://www.juridat.be>.

domanda di divorzio. In questo senso, sono risultati decisivi la richiesta di permesso di soggiorno avanzata dall'attrice nello stato di residenza della coppia ovvero la mancanza di una dimora stabile di quest'ultima in Belgio nel periodo di riferimento³⁷⁸.

La necessità di adottare un approccio funzionale nell'interpretazione del criterio della residenza abituale è stato recentemente recepito dalla Corte di Giustizia in una decisione avente ad oggetto l'interpretazione di tale concetto in materia di responsabilità genitoriale. Il caso riguardava tre minori svedesi che si erano recati con la madre ed il patrigno in Finlandia per una vacanza di alcuni mesi, al termine della quale erano rimasti in Finlandia, mentre i genitori erano tornati in Svezia. Per questa ragione, l'Autorità finlandese competente li aveva dichiarati in stato di abbandono e affidati ad un istituto di accoglienza. Chiamata a pronunciarsi se il breve soggiorno in Finlandia potesse essere considerato idoneo all'acquisizione della residenza abituale dei minori in tale stato e quindi a fondare la competenza dell'autorità finlandese, la Corte ha evitato di fornire alcun tipo di definizione giuridica della nozione di residenza abituale, ma ha semplicemente indicato ai giudici di merito alcuni importanti elementi da prendere in considerazione nella loro analisi³⁷⁹. Come chiarito dalla Corte, la definizione di residenza abituale utilizzata dalla giurisprudenza comunitaria in altri settori non può essere trasposta nel caso in esame e ciò in quanto tale concetto va necessariamente interpretato alla luce del singolo settore normativo in cui esso è contenuto³⁸⁰.

In questo modo, la Corte ha suggerito – tra le righe – che la nozione di residenza abituale può essere interpretata in maniera differente a seconda che essa si versi nell'ambito della responsabilità genitoriale o della materia matrimoniale³⁸¹.

Resta da verificare, tuttavia, se e in che misura i giudici di Lussemburgo potranno fornire un aiuto concreto ai giudici nazionali nell'individuazione della regola da seguire nel caso specifico. Come ampiamente illustrato in precedenza, la residenza abituale è e resta sostanzialmente un criterio di fatto, la cui natura stessa è incompatibile con una rigida definizione legale che non ne permetterebbe di sfruttare appieno le sue caratteristiche di flessibilità e di adattabilità al singolo caso. La Corte di Giustizia, quindi,

³⁷⁸ Di conseguenza, il Tribunale di Bruxelles conclude che *“durant ladite période d'un an, la demanderesse n'apporte pas d'autre élément de nature à démontrer qu'elle ait conservé son appartement à Bruxelles, adresse qu'elle n'a pas rejointe à son retour, ou qu'elle y ait maintenu le centre permanent ou habituel de ses intérêts et dont l'application effective n'est en rien concrétisée”*.

³⁷⁹ Punto 44 della sentenza cit.

³⁸⁰ Punti 35 e 36 della sentenza cit. V. anche i punti 32 e ss. delle conclusioni dell'Avvocato generale.

³⁸¹ A. RICHEZ-PONS, *La notion de “residence”*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, cit., p. 154. La presenza di due « anime » differenti all'interno del regolamento n. 2201/2003 e la necessità di tenere conto di tale differenza anche nell'ambito interpretativo offre un ulteriore elemento di critica per chi avrebbe preferito due strumenti normativi diversi autonomamente interpretabili.

potrà eventualmente fornire un parametro di valutazione che rimarrà comunque su un piano astratto, essendo un organo giurisdizionale di legittimità e non di merito e, di conseguenza, non potrà indicare al giudice *a quo* (e agli altri giudici) la risoluzione della fattispecie concreta: non a caso, anche quando la Corte di Giustizia è stata chiamata ad interpretare il concetto di “abitudine” applicato alle fattispecie riguardanti i contratti di lavoro (vedi *supra*) si è trovata in una situazione di forte difficoltà nell’individuare la giusta regola di giudizio da applicare al caso concreto senza che ciò pregiudicasse l’uniforme applicazione della regola comunitaria.

In ogni caso, la strada dell’interpretazione centralizzata può seguire anche percorsi differenti: in particolare, il coordinamento tra i giudici nazionali circa l’esame e la valutazione degli elementi di fatto che concorrono ad individuare la residenza abituale di un soggetto può trovare la sua sede naturale in quei meccanismi intracomunitari di cooperazione, come la rete giudiziaria civile. Quest’ultima ha lo scopo istitutivo di rafforzare e migliorare la cooperazione dei giudici nazionali proprio nell’applicazione degli strumenti comunitari di cooperazione giudiziaria civile. In questo senso, sarebbe auspicabile un intenso scambio di esperienze tra i punti di riferimento nazionali (i cd. punti di contatto) in occasione delle periodiche riunioni di aggiornamento della rete, in modo tale da affrontare in maniera comune gli eventuali nodi interpretativi o applicativi di questa nozione. In definitiva, l’obiettivo dell’interpretazione centralizzata dovrebbe essere raggiunto, in questo caso, con un’armonizzazione spontanea (cioè non regolamentata) e orizzontale, che affidi ai principali interpreti della norma comunitaria il compito di coordinarsi per un’applicazione uniforme ed efficace del criterio esaminato.

3. Il criterio della cittadinanza nella prospettiva comunitaria.

Il criterio della cittadinanza riveste storicamente un ruolo fondamentale in materia familiare e, più in generale, nelle questioni legate allo status civile delle persone: ciò dipende dall’idea che il giudice nazionale è maggiormente adatto a pronunciarsi su tali profili per ragioni di prossimità culturale o spirituale. Questo principio è cristallizzato nel *Code Civil* il cui articolo 3, paragrafo 3 stabilisce che “*les lois concernant l’état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers*”.

Questa impostazione ha subito delle notevoli attenuazioni nell’evoluzione del diritto internazionale privato nazionale ed internazionale nel corso del secolo scorso: in particolare, nell’ambito matrimoniale, il predominio del criterio della nazionalità è stato gradualmente attenuato dall’emersione di criteri di tipo domiciliare che si sono affiancati ad esso o, in alcuni casi, ne hanno preso il posto.

Tale cambiamento è stato determinato fondamentalmente da due ordini di motivi: in primo luogo, i criteri domiciliari individuano un collegamento più

genuino tra il giudice e la controversia ed evitano la creazione di fori esorbitanti, soprattutto quando la nazionalità è collegata ad una sola delle parti. Ciò avviene, ad esempio, quando il giudice nazionale si dichiara competente su una controversia matrimoniale tra due coniugi di diversa nazionalità che hanno trascorso l'intera vita matrimoniale in uno Stato terzo. In questi ipotesi, il collegamento più stretto con la fattispecie è situato evidentemente nello stato in cui i coniugi hanno fissato il centro principale della vita matrimoniale, ma ciò nonostante i coniugi sono legittimati ad adire un diverso giudice che ha legami molto deboli con la vicenda matrimoniale.

In secondo luogo, il criterio della nazionalità crea delle difficoltà applicative in caso di diversa nazionalità dei coniugi o di diverse nazionalità comuni, non essendo possibile stabilire a priori una gerarchia tra le due (o più) nazionalità in questione. In questi casi, la soluzione è stata in alcuni casi individuata nella scelta della nazionalità che conserva dei legami più stretti con la controversia: in altre parole si è cercato di contemperare la "rigidità" del criterio della cittadinanza con elementi di maggiore flessibilità e di più oggettiva collocazione.

In altri casi, l'introduzione di criteri territoriali è stata subordinata al "fallimento" dell'applicazione del criterio della nazionalità, così come previsto dalla legge italiana di diritto internazionale privato, con riferimento alle norme di conflitto in materia di rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi³⁸².

Il progressivo superamento della concezione della nazionalità come criterio primario in materia di status civili, ha trovato una definitiva consacrazione in ambito comunitario, laddove la nazionalità dei coniugi ha conservato un ruolo del tutto marginale.

Ed in effetti, sui sette criteri di giurisdizione indicati dall'articolo 3 del regolamento n. 2201/2003, solo due fanno riferimento alla nazionalità. In un caso (articolo 3, lett. a, ultimo trattino), la nazionalità concorre con la residenza abituale nella determinazione del foro competente³⁸³: nell'altro caso, la nazionalità ha la funzione di individuare autonomamente un titolo giurisdizionale, ma ciò è possibile solo nel caso in cui essa è comune tra i coniugi.

In altre parole, la nazionalità di uno solo dei due coniugi non permette più di identificare alcun collegamento genuino con il territorio di uno Stato membro, a meno che essa non sia rafforzata da un elemento supplementare di natura territoriale (residenza abituale) ovvero che essa sia comune, per l'appunto, ad entrambi i coniugi. Il regime comunitario ha quindi consacrato il passaggio da un concetto di nazionalità come elemento assoluto e sufficiente per l'individuazione del giudice competente, ad uno di

³⁸² Articoli 29 e 30, L. 218/1995.

³⁸³ E' il caso in cui l'attore abbia la propria residenza abituale nello Stato del foro, e sia anche cittadino di tale Stato.

nazionalità “qualificata”³⁸⁴, accompagnata cioè da un ulteriore elemento in grado di garantire la genuinità del collegamento individuato.

Al di là di questi casi, la nazionalità nella sua accezione classica conserva un residuo campo di applicazione qualora nessuno dei fori comunitari funzioni e si renda di conseguenza necessario il ricorso - previsto dall’articolo 7 del regolamento n. 2201/2003 - ai fori esorbitanti nazionali.

Questi fori, peraltro, possono essere utilizzati non solo dal cittadino nazionale, ma anche dal cittadino di un altro Stato membro che però abbia la propria residenza nel territorio dello Stato in questione. Di contro, l’applicazione del foro esorbitante nazionale è comunque esclusa quando il coniuge convenuto in giudizio è un cittadino comunitario ovvero ha la sua residenza abituale in uno Stato membro.

Come si può vedere in queste ultime ipotesi, la cittadinanza, pur abbandonando le vesti di criterio di competenza diretta, incide ugualmente sulla sfera giurisdizionale, garantendo una posizione privilegiata ai cittadini degli Stati membri: più precisamente, però, è la cittadinanza “comunitaria”³⁸⁵ - cioè la nazionalità di uno Stato membro - ad agire come elemento giurisdizionale di privilegio, sia in un’accezione positiva - garantendo il ricorso ai fori nazionali anche ai cittadini di altri Stati membri - sia nella funzione negativa - limitando il campo di applicazione dei fori esorbitanti nazionali ai cittadini non comunitari o a coloro che non abbiano la residenza abituale nel territorio comunitario.

Le ragioni del legislatore comunitario sono ben sintetizzate nella relazione accompagnatoria della Convenzione del 1998, in cui si precisa che “*la nationalité ou le «domicile» doivent être communs aux deux époux. Certains États souhaitaient que l’on admette aussi la possibilité que cette condition ne soit remplie que par l’un des époux. Cette solution a été rejetée car elle aboutirait purement et simplement au forum actoris, sans qu’il y ait, dans bien des cas, de lien réel avec l’État en question, ce qui serait contraire à l’esprit de la convention* ».³⁸⁶

Nello spirito del legislatore comunitario, quindi, la cittadinanza comune aveva l’obiettivo di garantire un collegamento genuino e reale con la fattispecie, evitando la creazione di fori esorbitanti legati alla cittadinanza di uno solo dei coniugi. In realtà, anche la cittadinanza comune non assicura sempre un collegamento sufficientemente caratterizzato, in quanto ben potrebbe accadere che i coniugi della medesima nazionalità abbiano localizzato in maniera stabile e permanente la propria vita matrimoniale in un paese diverso e che quindi la maggior parte degli elementi della fattispecie siano riconducibili a quest’ultimo stato.

³⁸⁴ B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le règlement dit “Bruxelles II”*, in Rev. Crit. DIP, 2001, p. 403 e ss., in particolare p. 414.

³⁸⁵ V. H. GAUDEMET-TALLON, *Le règlement 1347/2000...*, cit., p. 397.

³⁸⁶ Punto 33 della relazione accompagnatoria Borrás cit.

La scelta del legislatore comunitario, quindi, è piuttosto riconducibile all'obiettivo di prevedere un foro comunitario "supplementare" qualora i principali fori basati sulla residenza abituale dei coniugi (o di uno di essi) non siano sufficienti per radicare la giurisdizione all'interno del territorio comunitario. Basti pensare, a tal proposito, all'ipotesi di una coppia di cittadini comunitari della stessa nazionalità che hanno vissuto l'intera vita matrimoniale in uno stato non comunitario. In queste ipotesi, la cittadinanza comunitaria funge da criterio "estremo" per recuperare e inglobare nella sfera di applicazione delle regole comunitarie, talune fattispecie che altrimenti non sarebbero destinate ad essere collegate con il territorio comunitario³⁸⁷. In questo modo, si favorisce la possibilità per uno o per entrambi i coniugi, che in seguito alla crisi matrimoniale siano rientrati nel proprio stato, di chiedere lo scioglimento del matrimonio al proprio giudice nazionale.

Un esempio in tal senso è fornito da un caso affrontato recentemente dalla *Cour de Cassation*, riguardante una coppia di cittadini francesi che si erano sposati in Islanda, dove avevano altresì trascorso l'intera vita matrimoniale³⁸⁸. Uno dei due coniugi si era rivolto ai giudici francesi per ottenere il divorzio sulla base del foro esorbitante nazionale previsto dall'articolo 14 del *Code Civil*³⁸⁹, nonostante che la fattispecie rientrasse nel campo di applicazione delle norme di conflitto comunitarie³⁹⁰. La *Cour de Cassation* ha invece dichiarato la competenza del giudice francese proprio sulla base della lett. b) dell'articolo 3, nonostante che la totalità elementi di fatto della vicenda matrimoniale fossero localizzati in un paese diverso³⁹¹.

Di contro, la cittadinanza, anche quando è comune, non può fungere da elemento teso a escludere la competenza del giudice del luogo della residenza abituale dei coniugi, perché altrimenti violerebbe il carattere esclusivo dei fori di cui all'articolo 3 del regolamento: se, ad esempio, due

³⁸⁷ F. SALERNO, *I criteri...*, cit. p. 70.

³⁸⁸ Cour de Cassation, 22.02.2005, in Rev. Crit. DIP, 2005, p. 515 e ss. con nota di E. PATAUT.

³⁸⁹ L'articolo 14 del Code Civil, com'è noto, prevede un privilegio giurisdizionale per i cittadini francesi: « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ».

³⁹⁰ Ed invero la Cour d'Appel aveva ignorato che la fattispecie dovesse essere regolata dalle norme di conflitto comunitarie che indicavano la competenza del giudice francese in virtù della nazionalità comune dei coniugi: di conseguenza, aveva concluso per la insussistenza della giurisdizione in capo al giudice francese in quanto il marito che aveva proposto la domanda di divorzio in Francia aveva tacitamente rinunciato al privilegio di giurisdizione garantito dall'articolo 14 del Code Civil, non essendosi opposto alla domanda di divorzio inoltrata dalla moglie in Islanda.

³⁹¹ Scrive E. PATAUT, cit. « *L'arrêt est une illustration concrète de cette conception très extensive du champ d'application du règlement, puisque, en l'espèce, ce sont bien les règles communautaires qui vont imposer la compétence des juridictions françaises, alors même que le litige ne présente que peu de lien avec l'ordre juridique communautaire, puisque les rattachements ne convergent que vers un Etat non membre et un seul Etat membre* ».

coniugi algerini, che hanno vissuto l'intera vita matrimoniale in Francia, hanno inoltrato una domanda di divorzio innanzi ad un giudice francese, quest'ultimo dovrà senza dubbio dichiararsi competente, in quanto giudice del luogo di residenza abituale dei coniugi, senza che possa avere rilievo il collegamento – dato dalla cittadinanza comune – con un paese³⁹².

Il regolamento non precisa cosa succede nel caso in cui i coniugi possiedono pluralità di cittadinanze o addirittura nel caso in cui possiedono più cittadinanze in comune. La relazione Borrás si limita a chiarire che « *les organes juridictionnels de chaque État appliqueront donc les normes internes dans le cadre de la réglementation communautaire applicable de manière générale à cet égard* ».

In altre parole, la regola di concorso tra le diverse nazionalità va ricercata nelle norme nazionali di conflitto. Nel caso dell'ordinamento italiano, ciò dovrebbe portare all'applicazione dell'articolo 19, secondo comma della L. 218/1995 che, in caso di conflitto tra cittadinanze, stabilisce la prevalenza di quella che ha un collegamento più stretto con la fattispecie, fatta salva l'ipotesi di conflitto con una cittadinanza italiana, nel qual caso prevale quest'ultima.

In entrambi i casi, l'applicazione dell'articolo 19, secondo comma, risulta, però, in contrasto con l'obiettivo della norma comunitaria: la prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza comunitaria potrebbe sollevare dei profili di contrarietà rispetto al divieto generale del diritto comunitario di effettuare discriminazioni sulla base della nazionalità e pregiudicherebbe, in definitiva, l'obiettivo di un'applicazione uniforme della norma comunitaria. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui due coniugi abbiano entrambi la cittadinanza italiana ed anche quella di un altro paese comunitario.

E' chiaro che in questa ipotesi, le due cittadinanze "europee" devono essere poste su un identico piano e il giudice nazionale deve valutarle come due autonomi titoli giurisdizionali dotati di pari dignità ed entrambi esclusivi. E' ciò che ha chiarito recentemente la Corte di Giustizia in un caso riguardante due coniugi aventi entrambi cittadinanza ungherese e francese, i quali avevano inoltrato in maniera disgiunta due domande di divorzio, una innanzi al tribunale ungherese e l'altra innanzi al tribunale francese³⁹³. In un caso come questo, in cui vi è un concorso "perfetto" tra due titoli giurisdizionali, i giudici comunitari hanno precisato che si applica la regola "oggettiva" della prevenzione che porta praticamente alla competenza del giudice che è stato adito per primo.

Discorso differente, invece, potrebbe valere per il caso di concorso tra una nazionalità comunitaria ed una nazionalità extracomunitaria: in questo caso,

³⁹² E' l'errore in cui è corsa la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence nella sentenza del 14 maggio 2004, riformata dalla sentenza della Cour de Cassation del 12 dicembre 2006, in Bulletin, 2006, I, n° 539, p. 480.

³⁹³ Corte di Giustizia, sentenza del 16 luglio 2009, in causa C-168/08, *Hadadi*, non ancora pubblicata.

l'esigenza di evitare profili discriminatori sotto il profilo del diritto comunitario verrebbe meno e la prevalenza automatica di una cittadinanza nazionale, ma comunitaria (come nel caso dell'articolo 19, secondo comma, ultima parte, della L. 218/1995) ben potrebbe essere giustificata dall'obiettivo di salvaguardare l'applicazione della norma comunitaria rispetto a fori esorbitanti nazionali³⁹⁴.

Allo stesso modo, non risulta applicabile l'articolo 19, secondo comma, prima parte, che, come già precisato, stabilisce la prevalenza della cittadinanza che possiede un collegamento più stretto con la fattispecie: l'applicazione pratica di questo criterio sussidiario porterebbe ad un sostanziale stravolgimento della gerarchia tra i titoli giurisdizionali previsti dall'articolo 3 del regolamento n. 2201/2003. Più precisamente, ciò si tradurrebbe in un esautoramento del criterio della cittadinanza e ad una sostanziale prevalenza gerarchica del criterio della residenza abituale. In altre parole, nell'economia del sistema giurisdizionale delineato dal legislatore comunitario, la cittadinanza ha un valore assoluto che non può tollerare correttivi di tipo fattuale. La soluzione dell'interpretazione letterale dell'articolo 3, lett. b), del regolamento n. 2201/2003, è senza dubbio la più opportuna anche sotto il profilo di prevedibilità del foro competente.

Ed invero, se si interpreta il criterio della cittadinanza comune, evitando qualsiasi riferimento alle regole di concorso nazionali, ma applicando *sic et simpliciter* il foro dello Stato di cui entrambi i coniugi possiedono la cittadinanza, è indubbio che quest'ultimi avranno ragionevolmente la possibilità di prevedere innanzi a quale foro possono inoltrare la domanda di scioglimento del matrimonio³⁹⁵.

Una simile soluzione ha il pregio di tradurre in maniera fedele la ratio dell'articolo 3, lett. b) e, in generale, lo scopo del regolamento n. 2201/2003 che, come si è detto, è quello di favorire lo scioglimento del matrimonio e di permettere ai coniugi di ottenere tale effetto nella maniera più semplice possibile. Diversamente, si rischierebbe di "affidare" l'applicazione della norma comunitaria ai criteri supplementari nazionali che ne determinerebbero, in concreto, un effetto diverso e potenzialmente in contrasto con la *ratio* della norma comunitaria.

³⁹⁴ E' il principio espresso dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza Micheletti (C-369/90, 7 luglio 1992, riguardante, tuttavia, un diverso settore normativo) in virtù del quale una persona che possiede sia la nazionalità di uno Stato membro sia la nazionalità di uno Stato terzo deve essere considerata negli altri Stati membri come avente la cittadinanza di uno Stato UE. V. H. G. TALLON, *Le règlement...*, Revue de droit International, 2001, p. 393.

³⁹⁵ F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento del 29 maggio 2000*, in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Napoli, 2004, Editoriale scientifica, p. 2231 e ss, in particolare p. 2240. T.M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in International family law: a labyrinth of European and international legislation*, in NILR, 2002, p. 315: "*Jurisdictional criteria should be unambiguous. If the courts are allowed to take account of the actual circumstance in weighting the significance of a person's nationality, it will be difficult for a petitioner to foresee whether or not the court seized will assume jurisdiction*".

Un'importante conferma in tal senso è stata fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza citata poc'anzi, in cui in effetti uno dei coniugi per giustificare la prevalenza del foro adito aveva invocato la maggiore "genuinità" di una delle due cittadinanze³⁹⁶. I giudici comunitari, tuttavia, hanno ribadito l'ininfluenza degli elementi fattuali nella valutazione di questo titolo giurisdizionale, anche di fronte a quei casi in cui la cittadinanza non esprime alcun collegamento reale con il giudice adito³⁹⁷. Di conseguenza, anche quando la cittadinanza esprime un collegamento solo giuridico e non fattuale, è comunque idonea ad individuare un titolo giurisdizionale legittimante ai sensi del regolamento n. 2201/2003.

Un'ultima annotazione riguarda, infine, la situazione degli apolidi e dei rifugiati: queste categorie di soggetti, infatti, non possono avvalersi della cittadinanza né come titolo giurisdizionale autonomo né come titolo concorrente, non essendo possibile identificare nella loro situazione un legame giuridico certo (apolidi) o sufficientemente ragionevole (rifugiati).

Ed invero, in campo internazionale il paese di cittadinanza di questi soggetti viene identificato con lo stato in cui possiedono il domicilio ovvero la residenza. E' questa, ad esempio, la soluzione adottata dalla Convenzione di Ginevra del 1954 relativa allo status degli apolidi. L'articolo 12.1 della suddetta Convenzione prevede che: "*Le statut personnel de tout apatride sera régi par la loi du pays de son domicile où, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence*".

La trasposizione ai fini giurisdizionali della soluzione adottata sul diverso problema della legge applicabile non può rappresentare una strada percorribile in quanto introdurrebbe un titolo giurisdizionale basato su un collegamento più tenue (il domicilio) rispetto a quello previsto dal regolamento (residenza abituale): una simile situazione potrebbe essere giustificata solo nel caso in cui non sia possibile identificare nel caso di specie un legame territoriale maggiormente significativo (una residenza abituale per l'appunto).

3.1 La cittadinanza nel Regno Unito e nell'Irlanda: il "domicile".

Una delle sfide probabilmente più impegnative, ma affascinanti del regolamento Bruxelles II bis è stata rappresentata dall'esigenza di coniugare

³⁹⁶ Ed invero, nel caso di specie i coniugi avevano contratto matrimonio in Ungheria, paese di cui erano originari, e dopo appena un anno si erano trasferiti in Francia, paese in cui avevano vissuto per più di vent'anni e di cui avevano acquisito la cittadinanza per naturalizzazione.

³⁹⁷ La sentenza della Corte, infatti, ha mirato a salvaguardare l'obiettivo del regolamento comunitario e la stessa impostazione dei titoli giurisdizionali prefigurati dal legislatore. Nel primo caso, i giudici comunitari hanno preservato la scelta di cui dispone l'attore tra i vari fori di cui all'articolo 3, che rappresentano dei titoli giurisdizionali preventivamente valutati come obiettivi e, per l'appunto, genuini dal legislatore comunitario (in particolare, punti 41-43). Nel secondo caso, la Corte ha sottolineato che il ricorso al criterio della "prevalenza effettiva" produrrebbe un sostanziale declassamento del criterio della cittadinanza in favore di quello della residenza abituale, il che è in contrasto con il carattere alternativo ed esclusivo dei fori dell'articolo 3 (in particolare, punto 54).

il concetto di cittadinanza – tipico dei paesi di *civil law* – con il diverso criterio di collegamento adottato dai paesi di *common law* rappresentato dal “*domicile*”.

Il concetto di *domicile* è estraneo alla tradizione giuridica di *civil law* e la linea di demarcazione rispetto ai concetti di residenza abituale da un lato e cittadinanza dall’altro non è sempre agevole.

In via generale, si può dire che il *domicile* presuppone innanzitutto un collegamento stretto tra un soggetto ed un determinato territorio: tale collegamento non è identificabile con quello costituito dalla residenza abituale che richiede un legame generalmente minore, ad esempio caratterizzato da periodi temporali limitati (6 mesi o un anno come nel caso dell’articolo 3, lett. a), ultimi due trattini), circostanza che sicuramente non è compatibile con il concetto di *domicile*.

Il *domicile*, invece, presuppone un legame territoriale ben più stretto e più precisamente richiede un collegamento tendenzialmente permanente e non abituale con un dato territorio. In altre parole, il *domicile* rappresenta la residenza permanente - e non semplicemente abituale - di un soggetto e cioè quel luogo in cui un soggetto abbia fissato in maniera tendenzialmente definitiva il centro dei propri interessi³⁹⁸.

Inoltre, il presupposto per la sussistenza del *domicile* non è solo costituito da un legame di tipo territoriale con uno stato, ma anche dalla dimostrazione dell’appartenenza di un soggetto alla comunità sociale di quest’ultimo.

Rispetto al criterio della nazionalità, però, il *domicile* resta caratterizzato, da una maggiore flessibilità³⁹⁹. Mentre negli ordinamenti di *civil law*, la cittadinanza è legata a dei rigidi presupposti legali e qualsiasi vicenda modificativa è soggetta ad una specifica procedura di accertamento, negli ordinamenti del Regno Unito e dell’Irlanda il *domicile* – qui contrapposto alla cittadinanza come criterio di collegamento - è soggetto ad una certa mutevolezza in quanto può cambiare – in maniera automatica – a seconda delle vicende del soggetto.

Difatti, all’inizio il *domicile* di un soggetto è identificato con quello del padre⁴⁰⁰ (si parla a tal proposito del cd. “*domicile of origin*”), ma successivamente esso è destinato a mutare qualora il soggetto acquisisca dei legami particolarmente significativi e permanenti con un altro territorio (cd. “*domicile of choice*”)⁴⁰¹. Viceversa, quando il *new domicile* viene

³⁹⁸ High Court of Ireland, 5 marzo 2002, caso P.K v. T.K.: “*The intention must be an intention to reside in that country for an unlimited time*”.

³⁹⁹ Per una disamina più ampia del concetto di *domicile* e delle vicende che caratterizzano il suo funzionamento, v. C. M. V CLARKSON e J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 1997, p. 27 e ss.

⁴⁰⁰ Ovvero con il *domicile* della madre nel caso di figlio nato fuori dal matrimonio.

⁴⁰¹ High Court of Ireland, 5 marzo 2002, caso P.K v. T.K.: “*Domicile of origin persists until it has been shown to have been abandoned and another acquired and the onus of proving a change of domicile is on the person alleging it*”.

abbandonato e non è sostituito da nessun altro, torna ad essere valido il *domicile of origin*.⁴⁰²

Di fronte a questa sostanziale differenza di impostazione tra i sistemi normativi di *civil law* e *common law*, il regolamento n. 2201/2003 ha adottato una soluzione in virtù della quale le due nozioni – nazionalità e *domicile* – convivono in un unico sistema, sulla base di un rapporto di reciproco rispetto e tolleranza. In questo modo, l'articolo 3 del regolamento Bruxelles II bis specifica che nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda il concetto di cittadinanza è sostituito da quello di *domicile*: ovviamente tale "sostituzione" non va riferita esclusivamente al caso dell'articolo 3, ma a tutte le disposizioni del regolamento in cui si fa riferimento al concetto di cittadinanza.

Questa scelta lascia tuttavia spazio per alcuni dubbi interpretativi circa il rapporto che si crea, per l'appunto, tra il concetto di nazionalità e quello di *domicile*.

Ed invero, il regolamento non spiega se i tribunali del Regno Unito e dell'Irlanda applicheranno in ogni caso il criterio del *domicile*, ovvero se lo faranno solo nell'ipotesi in cui si tratti di una fattispecie riguardante esclusivamente dei cittadini – *rectius* dei coniugi aventi il *domicile* – di questi due paesi. Un'interpretazione letterale e fedele alla scelta prudente del regolamento porterebbe a concludere per un'applicazione generalizzata del criterio del *domicile* da parte dei Tribunali di questi paesi e, dunque, anche ai casi in cui siano coinvolti cittadini di altri Stati membri⁴⁰³.

A supporto di tale interpretazione, la relazione Borrás specifica che gli Stati non possono applicare in maniera cumulativa i due criteri, ma sono tenuti a

⁴⁰² Il meccanismo di perdita del *domicile of choice* e di reviviscenza del *domicile of origin* è ben sintetizzato dal caso *P.K v. T.K.* di cui si è occupata la High Court of Ireland in una sentenza del 5 marzo 2002. Si trattava, infatti, di una coppia formata da un cittadino irlandese e una cittadina statunitense che si erano sposati a New York, ma che avevano poi vissuto in Irlanda gran parte della vita matrimoniale dove avevano cresciuto, peraltro, i figli. Al momento della crisi matrimoniale, la moglie tornò a New York con i figli e chiese ed ottenne il divorzio dai giudici statunitensi, senza però chiedere alcun provvedimento riguardo gli obblighi di contribuzione del marito alla crescita dei figli. Successivamente, sempre la moglie presentò una successiva domanda, questa volta ai giudici irlandesi, chiedendo di non riconoscere il provvedimento emesso dai giudici statunitensi in quanto non basato sul vero "domicile" dell'attore e di provvedere di conseguenza ad emettere un nuovo ordine che obbligasse il marito a partecipare alle spese riguardanti la crescita dei figli. Tuttavia, i giudici irlandesi sottolinearono che la scelta della moglie di tornare nel paese di origine e di fissare nuovamente in tale paese il centro permanente dei propri interessi dimostrasse inequivocabilmente che la sentenza emessa dai giudici statunitensi fosse valida sotto il profilo giurisdizionale e ciò in quanto la moglie aveva dimostrato di voler far rivivere il suo *domicile of origin*. V. anche Katie McQuaid: "Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?", in TLCP, 2006, p. 373 e ss, in particolare p. 383.

⁴⁰³ T.M. de Boer, *Jurisdiction and enforcement in International family law: a labyrinth of European and international legislation*, in NILR, 2002, p. 314, nota 19.

scegliere uno di essi da applicare in maniera indifferente in tutte le fattispecie⁴⁰⁴. Per questa ragione, la convenzione del 1998 invitava gli Stati membri a presentare una dichiarazione in cui ciascun Stato membro doveva indicare quale criterio avrebbe applicato nei rispettivi tribunali. Questa previsione, tuttavia, non è stata ripresa nel regolamento comunitario e tale scelta non ha di certo favorito un'applicazione chiara ed univoca dello strumento comunitario⁴⁰⁵.

Inoltre, le norme comunitarie non specificano quale sia la regola di concorso nel caso in cui entrambi i coniugi abbiano in comune sia il *domicile* sia la cittadinanza. L'ipotesi è piuttosto rara, ma non per questo è da scartare: si pensi, ad esempio, a due coniugi entrambi nati in Francia da un genitore inglese ed uno francese: sulla base dell'articolo 19-3 del *Code Civil*, essi possiedono la cittadinanza francese in virtù della combinazione tra il principio del *ius soli* e quello del *ius sanguinis*⁴⁰⁶.

Tuttavia, essi possiedono anche il loro *domicile* (of origin) nel Regno Unito in quanto nati da un genitore inglese avente il *domicile* nel Regno Unito. Ne deriva che entrambi i coniugi possiedono sia la cittadinanza francese sia il *domicile* congiunto nel Regno Unito.

A questo punto, si riproporrebbe la medesima questione affrontata a proposito del concorso tra plurime cittadinanze in comune: entrambe le giurisdizioni – francese e inglese – sono competenti e applicheranno il rispettivo criterio giurisdizionale – nazionalità comune in un caso e *domicile* congiunto nell'altro - e la giurisdizione nel caso concreto dipenderà da quale giudice sia adito preliminarmente, in quanto entrambi i fori sono esclusivi (come tutti i fori dell'articolo 3) e la corretta instaurazione di un procedimento di scioglimento del matrimonio innanzi ad uno dei due tribunali esclude automaticamente la competenza dell'altro.

E' chiaro quindi che la soluzione adottata dal regolamento n. 2201/2003 se, da un lato, ha salvaguardato la differente impostazione adottata dai due

⁴⁰⁴ Relazione accompagnatrice della Convenzione del 1998, cit., punto 33.

⁴⁰⁵ Si dubita che la ratio di tale scelta sia attribuibile alla incompatibilità tra la possibilità che gli Stati membri accompagnino il regolamento con dichiarazioni interpretative e la natura stessa del regolamento comunitario che è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Ed invero, la prassi di far accompagnare il regolamento comunitario da dichiarazioni degli Stati membri riguardanti alcuni profili applicativi della normativa comunitaria ricorre frequentemente nella legislazione comunitaria in materia di cooperazione giudiziaria civile. Ad esempio, attraverso questa tecnica – evidentemente mutuata dal diritto internazionale - si permette agli Stati membri di rendere pubbliche e quindi facilmente accessibili agli altri Stati membri e a tutti i cittadini informazioni importanti sul sistema giudiziario nazionale, ovvero sulle regole procedurali nazionali da seguire per applicare correttamente la normativa comunitaria. Questa prassi, tuttavia, non tradisce la natura di regolamento comunitario come atto normativo direttamente applicabile in tutti i suoi elementi, in quanto si tratta – come detto – di informazioni complementari che non fanno venire meno gli obblighi in capo agli Stati membri previsti dal regolamento comunitario e non ne pregiudicano la diretta ed immediata applicabilità all'interno del territorio comunitario.

⁴⁰⁶ Articolo 19-3 del Code Civil: “*Est français l'enfant “légitime ou naturel” né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né*».

sistemi giuridici, dall'altro, ha creato una sorta di convivenza forzata che non agevola certamente un'applicazione chiara ed uniforme delle regole di conflitto comunitarie.

Come detto in precedenza, il *domicile* si pone in una linea intermedia tra il concetto di residenza abituale e quello di cittadinanza, in quanto contiene elementi che appartengono sia all'uno che all'altro. A questo punto, però, non sarà semplice per i giudici inglesi e irlandesi individuare esattamente la linea di demarcazione tra questi due concetti: basti pensare all'ipotesi in cui un coniuge inglese che ha vissuto l'intera vita matrimoniale in Francia (dove aveva quindi eletto il proprio *domicile of choice*) rientra dopo la crisi matrimoniale nel Regno Unito e dopo 10 mesi chiede ad un giudice inglese lo scioglimento del matrimonio. L'articolo 3, lett. a), ultimo trattino – che prevede il foro della residenza abituale per almeno 6 mesi sempre se il coniuge è anche cittadino di tale stato o ivi ha il proprio *domicile* – metterebbe il giudice inglese di fronte ad una duplice indagine di fatto. Da un lato, dovrebbe individuare se il coniuge ha risieduto in maniera abituale per un periodo di almeno 6 mesi nel territorio del Regno Unito e dall'altro se nel periodo di permanenza complessiva nel territorio il coniuge abbia anche riacquisito il *domicile of origin*.

E' chiaro che in una simile situazione, l'indagine sulla sussistenza dei due elementi coinciderebbe in larga parte: in altre parole, il giudice inglese sarà chiamato ad operare un esame "a cerchi concentrici" in cui il cerchio più piccolo è rappresentato dalla verifica sulla residenza abituale e il cerchio più grande dalla verifica del riacquisto del *domicile of origin*.

Ne deriverebbe una situazione che certamente non favorisce la prevedibilità del foro competente e crea non poche criticità sotto il profilo probatorio, non essendo chiaro quando si sia raggiunta la prova della sussistenza dell'uno e dell'altro requisito⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Una dimostrazione della difficoltà di tracciare un confine netto tra il concetto di *domicile* e quello di residenza abituale è fornita da un recente caso trattato dalla High Court of Ireland (D.T. v. F.L., sentenza 23 novembre 2001) e relativo ad un'epoca in cui le regole di conflitto comunitarie non erano ancora in vigore, lo dimostra in maniera chiara. Si trattava di una coppia irlandese che si era trasferita in Olanda per motivi di lavoro: dopo pochi anni dal trasferimento la coppia entrò in crisi e la moglie si rivolse ai giudici olandesi che dichiararono il divorzio e ordinarono al marito il pagamento di un contributo per il mantenimento dei figli. I giudici olandesi si dichiararono competenti in base alla residenza del marito - convenuto (criterio previsto dalle norme di conflitto nazionali olandesi). Tuttavia, il marito non ottemperò all'ordine dei giudici olandesi, sicché la moglie – nel frattempo rientrata in Irlanda – chiese ai giudici irlandesi di riconoscere l'ordine emesso dai giudici olandesi. I giudici irlandesi, tuttavia, non ritennero che all'epoca della richiesta di divorzio in Olanda il marito avesse stabilito il *new domicile* in questo paese e, di conseguenza, non riconobbero l'ordine emesso dai giudici olandesi. Ovviamente, se la fattispecie fosse rientrata nel campo di applicazione *ratione temporis* delle regole comunitarie, l'ordine emesso dai giudici olandesi sarebbe stato riconosciuto in Irlanda sul presupposto giurisdizionale del foro della residenza del convenuto.

Si potrebbe quindi discutere a questo punto su un ripensamento di questa impostazione ed, in particolare, sulla opportunità di armonizzare il concetto di *domicile* con quello di residenza abituale. In questo modo, i giudici inglesi e irlandesi opererebbero un'unica indagine volta a stabilire se il coniuge (o i coniugi) abbia effettivamente acquisito dei legami forti e tendenzialmente stabili con il territorio tali da presupporre un legame genuino con il foro adito.

In quest'operazione, l'eventuale periodo minimo di tempo richiesto (ad esempio 6 mesi) fungerebbe – così come succede per la residenza abituale – come elemento necessario, ma non sufficiente per l'individuazione del suddetto legame, dovendosi poi avere riguardo anche agli altri elementi qualitativi (tipo di permanenza nel territorio: acquisto di una casa, locazione di un immobile, permanenza in un hotel etc...) e puramente soggettivi (l'intenzione del soggetto di restare in maniera definitiva in un determinato territorio).

4. Il nodo dei criteri giurisdizionali nazionali

Una delle questioni maggiormente controverse nel sistema giurisdizionale previsto dal regolamento n. 2201/2003 ha riguardato il rapporto tra i fori comunitari e quelli nazionali e più precisamente il limite applicativo dei primi nei confronti dei secondi.

Sotto questo profilo, il regolamento n. 44/2001 è molto chiaro nel distinguere le ipotesi in cui si applicano i titoli giurisdizionali comunitari da quelle in cui vengono in rilievo i fori previsti dall'ordinamento interno di ciascun Stato membro. Nella materia civile e commerciale, infatti, il discrimine è determinato dal domicilio del convenuto⁴⁰⁸: se esso è situato all'interno del territorio comunitario, le regole giurisdizionali previste dal regolamento sono automaticamente applicabili, indipendentemente dalla nazionalità del convenuto (o dell'attore) o da qualsiasi altro criterio di collegamento. Qualora, invece, il convenuto sia domiciliato al di fuori del territorio comunitario, il giudice adito dovrà verificare la competenza a pronunciarsi sulla base delle proprie regole di diritto internazionale privato. Tali regole, peraltro, sono invocabili non solo dai cittadini dello stato del giudice adito, ma anche da chiunque sia in esso domiciliato (e quindi anche da cittadini di altri Stati membri o addirittura da cittadini di paesi terzi)⁴⁰⁹.

Nella materia matrimoniale, invece, questa soglia "esterna" del campo di applicazione *ratione personae* non è indicata in maniera esplicita: il regolamento n. 2201/2003 non ha riprodotto una norma simile a quella contenuta all'articolo 4 del regolamento n. 44/2001, ma ha preferito lasciare all'interprete "ricavare" i limiti esatti della sfera applicativa delle regole giurisdizionali comunitarie in materia matrimoniale.

⁴⁰⁸ Articolo 4, primo comma, del regolamento n. 44/2001.

⁴⁰⁹ Articolo 4, secondo comma, del regolamento n. 44/2001.

Ad una prima analisi dei titoli giurisdizionali contenuti nell'articolo 3, si ricava la conclusione che il regolamento si applica nelle ipotesi in cui entrambi i coniugi siano cittadini di uno Stato membro ovvero il convenuto sia residente nel territorio comunitario ovvero (in caso di richiesta congiunta o negli altri due casi di *fora actoris*) l'attore sia residente nel territorio comunitario.

Come si può notare, dunque, il raggio di azione delle regole giurisdizionali in materia matrimoniale è maggiore rispetto a quelle della materia commerciale, in ragione del fatto che esse includono fattispecie che presentano un collegamento - a volte anche intenso - con un paese terzo. Questa scelta non è casuale ed è anzi dettata dalla precisa volontà da parte del legislatore comunitario di andare incontro a quei fenomeni di immigrazione di cittadini di Stati terzi verso il territorio comunitario e di emigrazione di cittadini comunitari verso quegli stessi paesi⁴¹⁰.

Più precisamente, questo obiettivo è raggiunto attraverso il sapiente utilizzo del criterio della cittadinanza: infatti, nel caso di cittadini extracomunitari residenti in uno Stato membro, il criterio della cittadinanza gioca un ruolo minore essendo sostituita dal criterio della residenza abituale, mentre, nel caso di cittadini comunitari residenti in paesi terzi, la cittadinanza (comune) funge da criterio connettivo per "attrarre" verso il sistema giurisdizionale comunitario talune fattispecie che, altrimenti, sarebbero destinate ad esserne escluse.

Quando la fattispecie non presenta un collegamento con il territorio comunitario nel senso sopra descritto, il giudice nazionale si dovrà rifare alle proprie regole di diritto internazionale privato per stabilire se possiede o meno la competenza a pronunciarsi: è ciò che prevede l'articolo 7 a mente del quale "qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4 e 5, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato".

Fin qui il regolamento n. 2201/2003 sembrava riecheggiare il metodo utilizzato dal regolamento n. 44/2001: tuttavia, il legislatore comunitario ha deciso di introdurre un meccanismo - non previsto nella materia commerciale - che, come vedremo, ha avuto l'effetto di rendere più complessa e, soprattutto, meno chiara l'applicazione dei titoli giurisdizionali in materia matrimoniale.

L'articolo 6 del regolamento prevede, infatti, che il coniuge residente o cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro

⁴¹⁰ Tale obiettivo è illustrato nel considerando n. 8 del regolamento n. 1347/2000 che precisa: "Occorre che il presente regolamento preveda misure coerenti e uniformi, che consentano una circolazione delle persone quanto più ampia possibile. E' pertanto necessario che esso venga applicato anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri, conformemente ai criteri di competenza previsti dal regolamento". Tale considerando, peraltro, non è stato riprodotto nel regolamento n. 2201/2003.

soltanto in forza degli articoli 3, 4 e 5. Questa regola ha creato un ampio dibattito dottrinale circa la sua interpretazione e il suo rapporto con l'articolo 7 sui fori nazionali residuali: già la sua rubricazione “carattere esclusivo della competenza giurisdizionale di cui agli articoli 3, 4 e 5” genera motivi di confusione, in quanto utilizza in maniera impropria il termine “esclusivo”.

Ed invero, il carattere esclusivo dei fori giurisdizionali comunitari – e cioè la loro forza di escludersi reciprocamente e immediatamente una volta azionati – è chiaramente individuabile dall'articolo 17 del regolamento che prevede l'obbligo del giudice adito di verificare ex officio la propria competenza e di dichiararsi incompetente nel caso in cui il giudice di un altro Stato membro sia fornito di giurisdizione in base alle regole comunitarie⁴¹¹.

Oltre alla confusione terminologica descritta, la norma in esame ha creato una difficile coabitazione con l'articolo 7 avente ad oggetto l'applicazione residuale dei fori nazionali: ed invero, introducendo un privilegio di giurisdizione a favore dei cittadini comunitari e di quelli residenti nel territorio comunitario – i quali possono essere chiamati innanzi al foro di un altro Stato membro solo in forza dei titoli giurisdizionali comunitari – l'articolo 6 ha determinato un contrasto con l'articolo 7 il quale prevede che qualora nessuno dei fori comunitari sia utilizzabile, si applicano i criteri giurisdizionali nazionali.

In altre parole, il nodo interpretativo è rappresentato dalla disciplina applicabile alla categoria di soggetti “protetta” dall'articolo 6: se per tali soggetti si possono applicare solo i fori comunitari, allora l'articolo 7 perde di attualità pratica non essendo ad essi applicabile alcun foro nazionale. Se, viceversa, a questi soggetti possono essere applicati anche dei fori non previsti dal diritto comunitario, allora occorre chiedersi se ed entro quali limiti i fori nazionali possano entrare in gioco.

In realtà, ci sembra corretto ritenere che la norma dell'articolo, anche se terminologicamente mal formulata e probabilmente inopportuna, come si dirà da qui a poco, contiene già in sé la soluzione del problema: infatti, a ben vedere, l'articolo 6 stabilisce che il coniuge “comunitario” – ovvero cittadino comunitario o residente nel territorio dell'Unione Europea – non può essere convenuto innanzi al foro di un *altro* Stato membro se non in virtù dei titoli giurisdizionali comunitari. Di conseguenza, esso potrà essere

⁴¹¹ Il legislatore comunitario ha in questo caso optato per una scelta differente rispetto alla materia civile e commerciale: nel regolamento n. 44/2001, infatti, il giudice adito non ha l'obbligo di verificare d'ufficio la propria competenza, a meno che non si versi nelle ipotesi di fori esclusivi ex artt. 22. Di conseguenza, la corretta applicazione dei fori comunitari è tutelata attraverso un meccanismo di controllo “a valle” e cioè rimesso al giudice del riconoscimento: peraltro, tale meccanismo è limitato ai soli fori esclusivi ex artt. 22 e 23 e ai fori cd. “protettivi” (ad esclusione, curiosamente, dei fori in materia di contratti individuali di lavoro). Nella materia matrimoniale, invece, il controllo sulla corretta applicazione dei fori comunitari è rimesso sempre al giudice “a monte” e cioè il giudice che è adito sulla controversia.

chiamato in giudizio davanti al giudice dello Stato in cui risiede abitualmente o di cui è cittadino⁴¹²: immaginiamo una coppia formata da un marito italiano e da una moglie francese che si sono sposati e vivono in Giappone: in seguito alla crisi matrimoniale, la moglie rientra in Francia e desidera presentare immediatamente una domanda di divorzio innanzi ad un Tribunale europeo. E' evidente in questo caso che nessun foro previsto dal regolamento n. 2201/2003 sia applicabile, avendo la coppia risieduto al di fuori del territorio comunitario e non avendo la cittadinanza in comune.

A questo punto, si aprono le porte per l'applicazione dei fori nazionali - articolo 7 - che però possono portare solo alla giurisdizione del giudice italiano: se, infatti, la moglie presenta una domanda di divorzio innanzi al giudice francese, quest'ultimo, una volta verificata l'inapplicabilità dei titoli giurisdizionali comunitari, non potrà dichiararsi competente in base all'articolo 14 del *code civil* - che per l'appunto consentirebbe ciò - ma sarà costretto a declinare la propria competenza in favore del giudice italiano. Discorso diverso, invece, vale nel caso in cui il marito abbia la cittadinanza di un paese terzo: in questa ipotesi, il giudice francese ben potrebbe dichiararsi competente, non essendo applicabile il meccanismo protettivo dell'articolo 6.

Questa è almeno la soluzione che ci sembra più idonea per far convivere il precetto dell'articolo 6 con quello dell'articolo 7 e risolvere l'ampio dibattito dottrinale che si è aperto sul tema. Ed invero, la dottrina si è sostanzialmente divisa in due tronconi: alcuni Autori hanno ritenuto che l'articolo 7 dovesse essere letto in funzione dell'articolo 6 e, quindi, che ogniqualvolta si fosse in presenza di un convenuto cittadino o residente nel territorio comunitario, le regole nazionali non avrebbero trovato applicazione⁴¹³. Secondo questa tesi, quindi, il campo di applicazione del regolamento comunitario *ratione personae* risulterebbe fortemente limitato, in quanto circoscritto alle sole ipotesi in cui il convenuto cittadino o residente nel territorio comunitario.

⁴¹² Se nel primo caso si tratta di un foro già previsto dall'articolo 3, nel secondo caso siamo di fronte ad un titolo giurisdizionale nuovo, non previsto nell'elencazione dell'articolo 3. La caratteristica di questo foro è che esso non ha natura autonoma - cioè non basta da solo per radicare la giurisdizione - ma costituisce una condizione supplementare affinché un titolo giurisdizionale nazionale possa funzionare nei confronti di un cittadino comunitario. V. E. GALLANT, Nota a Corte di Giustizia, 29.11.2007, in Rev. Crit. DIP., 1997, p. 351. Critico nei confronti dell'introduzione della cittadinanza di uno dei coniugi come criterio per individuare il campo di applicazione del regolamento comunitario, T. DE BOER, *Jurisdiction and enforcement in International family law...*, cit. p. 323.

⁴¹³ F. GARAU SOBRINO, "El ambito de aplicación del Reglamento n. 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", en A. - L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANO RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 401; M. MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II*, La ley, 2002-6, D-230, p. 1714.

Questa tesi rappresenta una forzatura evidente della lettera del regolamento e si pone in contrasto con gli obiettivi dello stesso di ampliare – e non ridurre – il campo di applicazione delle regole comunitarie. Non a caso, la Corte di Giustizia, interrogata sul punto, ha bocciato questa tesi, chiarendo che l'articolo 6 non definisce *ex se* il campo di applicazione del regolamento, ma introduce semplicemente un privilegio di giurisdizione⁴¹⁴. Il caso riguardava una coppia formata da una moglie svedese e da un marito cubano che avevano risieduto in Francia: a seguito della crisi matrimoniale, il marito era tornato a Cuba mentre la moglie era tornata in Svezia dove aveva presentato una domanda di divorzio, basandosi sulle regole nazionali in materia di giurisdizione. La tesi della cittadina svedese, infatti, poggiava sulla circostanza che il convenuto non fosse residente – né cittadino – di uno Stato membro, sicché i fori comunitari diventavano automaticamente inapplicabili. Il tribunale svedese, però, si era dichiarato incompetente in base alla considerazione che i tribunali francesi erano competenti in maniera esclusiva per quella determinata fattispecie. La Corte di Giustizia ha seguito il ragionamento del tribunale svedese, concordando sulla necessità di evitare di fornire all'articolo 6 un valore assoluto, con la conseguenza (indesiderata) di restringere in maniera sensibile il campo di applicazione del regolamento medesimo.⁴¹⁵

Altri Autori⁴¹⁶, invece, hanno avanzato una soluzione interpretativa secondo la quale, il campo di applicazione del regolamento risulterebbe, all'opposto, ampliato: secondo questa seconda tesi, l'articolo 6 dovrebbe essere letto in funzione dell'articolo 7 e, di conseguenza, i titoli giurisdizionali comunitari si applicherebbero indipendentemente dalla cittadinanza (o residenza) comunitaria del convenuto. In questo modo, ogniqualvolta un giudice comunitario non risulti competente in base agli articoli 3, 4 e 5 del regolamento, potrebbe applicare le proprie regole di conflitto e fondare (o meno) la propria competenza sulle stesse. La conseguenza di questo diverso

⁴¹⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 29 novembre 2007, in causa C-68/07, *Sundelind Lopez*, in Raccolta 2007, p. 10403.

⁴¹⁵ Ed invero, come chiarito dai giudici comunitari al punto 26 della citata sentenza: “tale interpretazione sarebbe contraria alla finalità perseguita da quest’ultimo regolamento. Infatti, come risulta dal quarto e ottavo ‘considerando’ del regolamento n. 1347/2000, le cui disposizioni riguardanti la competenza a statuire sulle questioni in materia di divorzio sono state in sostanza riprese nel regolamento n. 2201/2003, quest’ultimo è diretto ad istituire norme uniformi di conflitto in materia di divorzio per assicurare una libera circolazione delle persone quanto più ampia possibile. Di conseguenza, il regolamento n. 2201/2003 si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità dei criteri di competenza previsti dal detto regolamento, criteri che, secondo il dodicesimo ‘considerando’ del regolamento n. 1347/2000, si fondano sul principio che deve esistere un reale nesso di collegamento tra l’interessato e lo Stato membro che esercita la competenza”.

⁴¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 5ª ed., Comares, Granada, 2004, p. 151-161; J. CARRASCOSA GONZALES, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, in A.-L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ANGEL (a cura di), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 213 e ss.

approccio è evidente: eliminando di fatto la protezione assicurata dall'articolo 6, i fori nazionali tornerebbero ad essere pienamente utilizzabili anche nei confronti dei cittadini comunitari o residenti nel territorio comunitario.

In questo modo, la competenza dei giudici di paesi terzi si ridurrebbe notevolmente a vantaggio della circolazione intracomunitaria delle decisioni: nell'esempio prima citato della coppia italo-francese residente in Giappone, la moglie francese potrebbe ben adire il proprio giudice in Francia - oltre al giudice italiano - ed evitare, quindi, di dover ricorrere al giudice giapponese, in linea teorica competente a pronunciarsi sulla decisione di divorzio.

Questo tipo di soluzione è alla base anche della proposta di regolamento che intende modificare il regolamento n. 2201/2003: la Commissione, infatti, ha proposto di abrogare l'articolo 6 e di limitare il campo di applicazione dei fori nazionali ai soli casi in cui nessun titolo giurisdizionale comunitario possa venire in rilievo.

Per evitare, però, che i fori (esorbitanti) nazionali possano essere applicati anche nei confronti di altri cittadini comunitari - e cioè la *ratio* dell'attuale articolo 6 -, la proposta legislativa ha individuato una serie di ulteriori fori comunitari che individuano un legame caratterizzante tra la fattispecie matrimoniale e il giudice di uno Stato membro: tale legame è stato individuato nella precedente residenza abituale comune nello stato del giudice adito per un periodo di almeno tre anni⁴¹⁷ ovvero nella circostanza che almeno uno dei coniugi sia cittadino di tale stato. In questo modo, la proposta mira a sostituire le regole di conflitto nazionali con dei fori comunitari residuali opportunamente "depurati" dal carattere esorbitante tipico dei criteri giurisdizionali nazionali.

Ne deriva che, secondo questa proposta, il sistema giurisdizionale "Bruxelles II" acquisirebbe quella struttura gerarchica che fino ad oggi lo aveva differenziato dal sistema "Bruxelles I": i fori di cui agli artt. 3, 4 e 5 conserverebbero la loro natura di fori esclusivi e i (nuovi) fori comunitari

⁴¹⁷ Sul punto la proposta legislativa ha fin da subito sollevato perplessità per la mancanza di un *dies a quo* a partire dal quale è legittimo calcolare il periodo temporale individuato dalla norma. Ed invero, è stato correttamente profilato il pericolo di determinare la giurisdizione di uno Stato membro sulla base di un collegamento fattuale "non attuale" (V. E. GALLANT, Nota a Cour de Justice 29.11.2007, in Rev. Crit. DIP, 2008, p. 355). E' il caso di una coppia formata da due cittadini di Stati membri differenti che ha vissuto i primi 5 anni di vita matrimoniale in Francia prima di trasferirsi in Canada dove ha risieduto per venti anni. Il collegamento con il territorio francese, pur esistente, non dovrebbe essere sufficiente per legittimare la competenza del giudice francese, in quanto carente, per l'appunto, di "attualità". Per questo motivo, la proposta della Commissione nel corso del suo iter legislativo ha subito una modifica: l'ultimo bozza del testo legislativo prevede la competenza sussidiaria del giudice dello Stato membro dove i coniugi hanno precedentemente avuto la residenza abituale, "sempreché tale periodo non si sia concluso più di tre anni prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale". In questo modo, la precedente residenza abituale viene ancorata ad un legame temporale effettivo o comunque dotato di un'attualità tale da fondare la competenza del giudice dello Stato membro in questione.

assumerebbero, invece, un valore residuale e cioè subordinato alla circostanza che nessun titolo di cui agli artt. 3, 4 e 5 risulti applicabile nel caso di specie.

In definitiva, questa soluzione *de lege ferenda* comporterebbe un effetto di fondamentale importanza: il sistema giurisdizionale “Bruxelles II” assumerebbe un carattere di completezza prevedendo in maniera esaustiva tutti i casi in cui un giudice di uno Stato membro possa risultare competente a pronunciarsi. Il campo di applicazione dei criteri residuali nazionali risulterebbe, quindi, limitato ai casi in cui essi individuino la competenza giurisdizionale di un paese terzo.

Poiché però la maggior parte dei criteri residuali nazionali – a causa del loro carattere esorbitante – difficilmente prevedono dei criteri oggettivi, l’effetto pratico di questa soluzione sarebbe quello di eliminare sostanzialmente qualsiasi margine di operatività dei criteri residuali nazionali⁴¹⁸.

L’effetto appena descritto è senza dubbio da apprezzare nell’ottica dello spazio giudiziario comune: l’applicazione dei fori esorbitanti nazionali nei confronti di fattispecie collegate – anche tenuamente – con il territorio comunitario, costituisce un ostacolo alla creazione di un sistema giurisdizionale unitario ed efficace.

In questo senso, l’esperienza maturata con il parallelo sistema giurisdizionale in materia commerciale ha dimostrato come la coesistenza tra fori obbiettivi comunitari e fori esorbitanti nazionali è particolarmente difficile e rischia di indebolire il potenziale armonizzante dei regolamenti comunitari di cooperazione giudiziaria civile. Il regolamento n. 44/2001 non solo lascia un discreto margine di applicazione ai fori di ciascun stato, ma addirittura permette che di essi se ne possano avvalere non solo i cittadini nazionali, ma anche chi sia domiciliato in tale stato.

In questo modo, invece, si creerebbe una netta cesura tra fattispecie sottoposte alla competenza esclusiva di un giudice comunitario e quelle che invece sono rimesse alla cognizione di un giudice terzo, con evidente beneficio sotto il profilo della certezza del diritto.

Inoltre, si eliminerebbe la possibilità che le decisioni emesse sulla base dei fori esorbitanti nazionali possano essere ugualmente ammesse al regime semplificato di circolazione delle sentenze previsto dal diritto comunitario.

5. Il collegamento con la disciplina delle obbligazioni alimentari.

Le controversie in materia matrimoniale sono spesso collegate a domande relative all’accertamento e alla determinazione di obblighi assistenziali o,

⁴¹⁸ Nel caso dei fori residuali previsti dall’ordinamento italiano, ad esempio, difficilmente si colgono le loro residue possibilità di applicazione: ed invero, sia i criteri territoriali – richiamati dall’articolo 3, secondo comma, della L. n. 218/1995 – sia l’articolo 32 della stessa legge portano esclusivamente alla competenza del giudice italiano.

più in generale, di mantenimento da parte di uno dei coniugi nei confronti dell'altro ovvero nei confronti della prole. Si tratta di quelle obbligazioni che sono comunemente definite "obbligazioni alimentari", la cui definizione e i cui limiti divergono sensibilmente a seconda dello Stato membro preso in considerazione.

Per questo motivo, la Corte di Giustizia ha elaborato una nozione – per quanto possibile – autonoma di questo tipo di obbligazioni, affrancandolo dalle differenti interpretazioni nazionali: più precisamente, i giudici comunitari hanno interpretato questa nozione sulla base della funzione che la prestazione economica che caratterizza l'obbligazione svolge nel caso concreto.

In virtù di questo criterio ermeneutico, ad esempio, i giudici comunitari hanno tracciato la linea di confine tra obbligazioni avente carattere "alimentare" e obbligazioni relative al regime patrimoniale tra i coniugi⁴¹⁹.

La necessità di interpretare in maniera autonoma il concetto di obbligazione alimentari non sembra, però, essere stato ben assimilato dai giudici nazionali: ne è un esempio una pronuncia del Tribunale di Firenze riguardante una domanda avente ad oggetto la modifica delle condizioni economiche di separazione⁴²⁰: in tale occasione, il Tribunale ha escluso che la fattispecie in esame potesse essere qualificata come un'obbligazione alimentare, "stante la differenza esistente tra mantenimento ed alimenti, consistendo, il primo, nella prestazione di ciò che è necessario per la conservazione del tenore di vita corrispondente alla posizione economico-sociale dei coniugi, là dove la prestazione degli alimenti presuppone uno stato di totale assenza di mezzi di sostentamento". Chiara è la confusione in cui è caduto il Tribunale nel suo ragionamento, viziato da un'interpretazione in chiave strettamente nazionale di una nozione utilizzata dal legislatore comunitario con una valenza ben più ampia e funzionalmente differente da quella prospettata dalla giurisprudenza nazionale.⁴²¹

Chiarita la corretta interpretazione del concetto di obbligazioni alimentari, la loro disciplina, sotto il profilo giurisdizionale, è regolata attualmente dal regolamento *Bruxelles I*: l'articolo 5, secondo comma di tale regolamento prevede uno specifico titolo giurisdizionale (speciale) per tali tipi di controversie, in virtù del quale il creditore di una prestazione alimentare può convenire in giudizio il debitore innanzi al giudice del luogo in cui ha la sua residenza abituale o domicilio (*forum actoris*). Poiché, però, tali cause sono

⁴¹⁹ "Se risulta che una determinata prestazione è diretta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilirne l'ammontare, la decisione riguarda un'obbligazione alimentare. Invece, quando la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, la decisione concerne il regime patrimoniale", Corte di Giustizia, 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *van den Boogaard*, in Raccolta, 1997, p. I-1147, par. 22.

⁴²⁰ Decreto del Tribunale di Firenze del 20 maggio 2003, in RDIPP, 2005, p. 737 e ss.

⁴²¹ Sul punto vedi anche F. MARONGIU BONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti "Bruxelles I" e "Bruxelles II"*, in RDIPP, 2005, pp. 699 e ss., in particolare p. 711 e ss.

normalmente collegate ad un contenzioso matrimoniale o, più in generale, familiare, il regolamento *Bruxelles I* permette l'attrazione della vicenda minore (l'obbligo di prestazioni alimentari) verso il foro della causa maggiore (separazione o divorzio, ad esempio).

La competenza a conoscere di quest'ultima causa (e quindi anche di quella relativa alle obbligazioni alimentari) era rimessa, nell'ottica del regolamento *Bruxelles I*, alle norme nazionali di conflitto, non essendo stata ancora armonizzata la materia matrimoniale all'epoca dell'adozione del regolamento n. 44/2001. Tale rinvio, tuttavia, era subordinato ad una condizione e cioè che le norme nazionali non fondassero unicamente la competenza giurisdizionale sulla cittadinanza di una delle parti (foro giudicato evidentemente esorbitante)⁴²².

Successivamente con l'avvento del regolamento *Bruxelles II* prima e *Bruxelles II bis* poi, anche la materia matrimoniale è stata armonizzata (almeno relativamente ai profili riguardanti lo scioglimento del matrimonio), sicché le norme nazionali di conflitto – cui l'art. 5.2 del *Bruxelles I* rinviava – sono state automaticamente sostituite - nei rapporti tra gli Stati membri – dalle norme comunitarie. Come si vedrà in seguito, le norme comunitarie sulla competenza non prevedono alcun foro basato sulla cittadinanza di una delle parti, sicché anche l'ultima condizione dell'art. 5.2 del regolamento n. 44/2001 è rispettata.

In definitiva, quindi, nel caso in cui la domanda relativa ad un'obbligazione alimentare si inquadri all'interno di una fattispecie matrimoniale coperta dal regolamento n. 2201/2003 (scioglimento del matrimonio) quest'ultimo risulterà applicabile; quando viceversa, l'azione relativa ad un credito alimentare è indipendente dalla vicenda matrimoniale, si applicherà l'articolo 5 del regolamento n. 44/2001⁴²³.

Questo sincronismo tra i due regolamenti (che rispecchia la natura diversa dei strumenti, uno in materia civile e commerciale, l'altro in materia matrimoniale) non è tuttavia perfetto, in quanto, come chiarito in precedenza, il regolamento *Bruxelles II bis* – almeno per il momento - lascia

⁴²² Ne derivava che, nel caso in cui una norma nazionale di conflitto si fosse basata effettivamente sulla cittadinanza di una delle parti, il rinvio alla norma nazionale avrebbe perso d'efficacia e l'azione riguardante l'obbligazione alimentare sarebbe tornata a seguire il criterio comunitario (speciale) del *forum actoris* ovvero quello generale del foro del convenuto. Di contro, però, la concentrazione delle due azioni non sarebbe stata più possibile.

⁴²³ Occorre aggiungere che l'articolo 5.2 del regolamento *Bruxelles I*, che sancisce un titolo giurisdizionale speciale rispetto al foro generale dell'articolo 2, si riferisce genericamente al giudice competente a conoscere di un'azione relativa allo stato delle persone, senza specificare se quest'ultimo debba essere necessariamente un giudice di uno Stato membro o meno. Ne deriva che le regole di giurisdizione del *Bruxelles II bis*, che si applicano anche nei casi in cui il convenuto sia domiciliato in un paese non UE, si integrano senza problemi con il dettato dell'articolo 5.2 del *Bruxelles I*. Contra, S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis. Bilan provisoire et perspectives de réforme*, in G. de LEVAL e M. C. SORIANO (a cura di), *Espace Judiciaire européen: acquis et enjeux futurs en matière civile*, Bruxelles, 2007, p. 45 e ss., in particolare p. 60

un residuo margine di applicazione alle norme nazionali di conflitto. Nel caso in cui quest'ultime tornassero ad essere applicabili, si ripresenterebbe il problema dell'eventuale presenza di un foro esorbitante nazionale che precluderebbe il meccanismo di concentrazione delineato dall'art. 5.2 del *Bruxelles I*.

In ogni caso, occorre considerare che in virtù del collegamento effettuato tra i due regolamenti, sarà possibile concentrare in un'unica causa, innanzi ad unico giudice nazionale (individuato in base a regole comuni), le due azioni, l'una relativa alla vicenda matrimoniale, l'altra relativa ai crediti alimentari, con un indubbio vantaggio sotto il profilo dell'economia processuale, nonché della certezza del diritto.

Di contro, la posizione del creditore di alimenti risulta indubbiamente svantaggiata in quanto nel caso di azione autonoma quest'ultimo può sicuramente avvalersi del *forum actoris* riservatogli dall'art. 5.2 del *Bruxelles I* (la cui *ratio* è per l'appunto tutelare la parte debole del rapporto), mentre nel caso in cui la domanda si ricolleghi ad una vicenda matrimoniale, dovrà fare riferimento a norme di conflitto che non necessariamente lo tutelano. In questo senso, il regolamento *Bruxelles II bis* non ha alcuna "colpa", in quanto la scelta è stata fatta a monte con il regolamento *Bruxelles I*. Anzi, se possibile, il regolamento *Bruxelles II bis* ha armonizzato le regole riguardanti i titoli giurisdizionali in materia matrimoniale, evitando, da un lato, la presenza di fori particolarmente sfavorevoli per il creditore di alimenti, e, lasciando, dall'altro, non pochi margini di manovra per attrarre ugualmente la giurisdizione verso il proprio giudice.

In ogni caso, il sistema giurisdizionale avente ad oggetto le obbligazioni alimentari è comunque destinato ad essere sintetizzato e modificato non appena sarà applicabile il regolamento n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni in materia, per l'appunto, di obbligazioni alimentari⁴²⁴.

Il legislatore comunitario, infatti, ha riassunto in un unico strumento le regole sulla competenza giurisdizionale riguardanti le obbligazioni alimentari, oggi contenute nei regolamenti n. 44/2001 e n. 2201/2003: più precisamente, l'articolo 3 del regolamento attribuisce la competenza a pronunciarsi al giudice del luogo di residenza abituale dell'attore e di quella del convenuto (lett. a e b), nonché, nel caso di connessione con una domanda relativa allo stato delle persone o alla responsabilità genitoriale, il giudice del luogo ove la domanda principale è stata presentata, salvo che tale domanda sia unicamente fondata sulla cittadinanza di una delle parti.

⁴²⁴ Regolamento (CE) n. 4/2009 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, in G.U.U.E. L 7 del 10.01.2009. Ai sensi dell'articolo 76, il regolamento sarà applicabile a partire dal 18 giugno 2011, a condizione che il protocollo dell'Aja del 2007 relativo alla legge applicabile sia applicabile a tale data nella Unione.

La cittadinanza comune dei coniugi non risulterà più come titolo giurisdizionale principale – così come lo è attualmente nel regolamento n. 2201/2003 – ma solo come criterio applicabile in maniera sussidiaria, subordinatamente alla prova che “nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi degli articoli 3, 4 e 5 e nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione di Lugano che non sia uno Stato membro è competente in virtù delle disposizioni di detta convenzione” (articolo 6)⁴²⁵.

Il regolamento n. 4/2009 introduce due novità rilevanti rispetto all’attuale disciplina delle obbligazioni alimentari: in primo luogo, viene dato spazio alla volontà delle parti di scegliere un foro competente, sebbene tale scelta sia circoscritta alle autorità giurisdizionali dello Stato membro di cui una delle parti è cittadina ovvero vi risiede abitualmente, ovvero - nel caso di domanda legata ad un contenzioso matrimoniale – le autorità giurisdizionali del luogo di ultima residenza abituale dei coniugi (o ex coniugi) sempre che tale residenza si sia prolungata per almeno un anno.

In secondo luogo, il regolamento prevede la possibilità che un giudice comunitario, oltre alle ipotesi giurisdizionali già descritte, possa dichiararsi competente qualora un procedimento non possa ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento.

Si tratta del meccanismo del cd. *forum necessitatis* che sostanzialmente permette il ricorso ad un giudice normalmente non competente a conoscere della controversia qualora nello Stato del giudice competente la medesima domanda non possa essere utilmente presentata o trattata, il che può avvenire, ad esempio, qualora l’ordinamento dello stato competente non preveda alcuna forma di tutela nei confronti del soggetto richiedente.

In questo modo, il regolamento crea una sorta di protezione nei confronti di talune fattispecie – comunque collegate, sebbene in maniera tenue, con il

⁴²⁵ E’ stata qui introdotta una condizione supplementare per l’applicazione di questo titolo, assolutamente inedita nella storia dei regolamenti comunitari di cooperazione giudiziaria civile. Si tratta di una condizione che mira a tutelare non solo i cittadini comunitari dall’applicazione di un foro ritenuto evidentemente non particolarmente genuino, ma anche i cittadini degli stati non membri dell’UE che hanno sottoscritto la Convenzione di Lugano e cioè Islanda, Norvegia e Svizzera attraverso un rinvio di tipo materiale (cioè un rinvio ai criteri connettivi previsti nella suddetta convenzione). Di conseguenza, il giudice dello Stato membro di comune cittadinanza delle parti, per verificare la sua competenza a pronunciarsi su una domanda relativa ad un’obbligazione alimentare, dovrà verificare se nessuno dei fori di cui agli artt. 3, 4 e 5 sia applicabile e, in tal caso, dovrà altresì verificare sulla base della Convenzione di Lugano – che, è bene ricordarlo ha ad oggetto la materia civile e commerciale - se nessuno dei giudici di uno degli stati non UE che ha sottoscritto tale convenzione sia competente. Solo se questo duplice test risulti negativo, il giudice adito potrà dichiararsi competente in quanto giudice dello stato di comune cittadinanza dei coniugi. Come si può ben notare, ancora una volta, il legislatore comunitario non sembra aver intrapreso la strada della chiarezza e della semplicità nell’elaborazione delle regole sulla competenza giurisdizionale.

territorio comunitario⁴²⁶ – che rischiano di non essere tutelate nello stato (terzo) il cui giudice risulta competente a pronunciarsi.

In definitiva, queste due novità non sono destinate ad ampliare sensibilmente il campo di applicazione delle regole giurisdizionali comunitarie, dato il loro scarso margine operativo, ma rappresentano – ciascuna per un differente profilo – due elementi assolutamente innovativi nel campo del diritto internazionale privato in materia familiare.

Da un lato, infatti, il legislatore comunitario ha per la prima volta introdotto il criterio della volontà delle parti nella determinazione del foro competente a pronunciarsi su fattispecie matrimoniali; dall'altro, ha previsto un meccanismo di flessibilità, finora sconosciuto nell'esperienza comunitaria, per inglobare nella sfera applicativa delle regole comunitarie talune fattispecie che presentano evidenti elementi di collegamento con paesi terzi. Come si è rivelato in precedenza, si auspica che queste soluzioni innovative possano essere rapidamente esportate anche nell'ambito dei fori giurisdizionali in materia matrimoniale.

⁴²⁶ Il secondo comma dell'articolo 7 del regolamento n. 4/2009, infatti, prevede che il meccanismo del *forum necessitatis* possa funzionare a condizione che tra la fattispecie e il giudice adito sussista comunque un collegamento sufficiente.

Bibliografia Capitolo III

Contributi all'interno di opere collettanee

- R. BARATTA, *Separazione e divorzio nel diritto internazionale privato italiano*, in Paolo Zatti (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, tomo I, vol. 2, Milano, 2002, p. 1523 e ss.
- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Crisis matrimoniales", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (a cura di), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 5ª ed., Comares, Granada, 2004, p. 151 e ss.
- J. CARRASCOSA GONZALES, *Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000*, in A.-L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ANGEL, *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 213 e ss.
- M. FALLON, *Constraints of internal market law on family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (edt), *International family law for the European Union*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 149 e ss.
- F. GARAU SOBRINO, "El ambito de aplicación del Reglamento n. 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", en A. - L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANO RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 399 e ss.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under regulation "Brussels II bis"*, in H. FULCHIRON e C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 53 e ss.
- F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento del 29 maggio 2000*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 2231 e ss.
- S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis. Bilan provisoire et perspectives de réforme*, in G. de LEVAL e M. C. SORIANO (a cura di), *Espace Judiciaire européen: acquis et enjeux futurs en matière civile*, Bruxelles, 2007, p. 45 e ss.
- P. PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli 2003, p. 697 e ss
- A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence*, in H. FULCHIRON e C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 149 e ss.
- A. RICHEZ-PONS, *Habitual residence considered as a European harmonization factor in family law (regarding the "Brussels II bis*

Regulation”), in K. BOELE-WOELKI (edt.), *Common core and better law in European family law*, Anversa, Intersentia, 2005, p. 355 e ss

H. STALFORD, *EU family law: a human rights perspective*, in MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (edt), *International family law for the European Union*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 101 e ss.

M. STERI, *L’instabilità coniugale delle coppie miste: principali aspetti del fenomeno*, in G. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 155 e ss.

Contributi su riviste scientifiche

B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le règlement dit “Bruxelles II bis”*, in *Rev. Crit. DIP.*, 2001, p. 403 e ss

T.M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in International family law: a labyrinth of European and international legislation*, in *NILR*, 2002, p. 307 e ss.

M. FARGE, *Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit International privé communautaire?*, *Droit de la famille*, 2006, Etudes 17

H.GAUDEMET TALLON, *“Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”*, *Journal de droit international*, 2001, p. 381 e ss.

M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels II bis regulation and its planned amendments*, in *YPIL*, IV, 2002, p. 67 e ss.

M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: the 1198 EU convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II convention)*, in *YPIL*, Vol. I, 1999, p. 7 ss.

F. MARONGIU BONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti “Bruxelles I” e “Bruxelles II”*, in *RDIPP.*, 2005, p. 699 e ss.

P. McELEAVY, *The communitarization of divorce rules: what impact for English and Scottish law?*, in *ICLQ*, 2004, p. 605 e ss.

K. MCQUAID, *Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?*, in *TLCP*, 2006, 373 e ss.

M. MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II*, *La ley*, 2002-6, D-230, p. 1714.

A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit International privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse Lyon III, 2004, n° 247.

F. SALERNO, I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale, in RDIPP, 2007, p. 63 e ss.

Opere Monografiche

L. S. ROSSI (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Milano, 2002.

R. BARATTA, *Scioglimento ed invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004

C. M. V CLARKSON e J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, London, 1997.

Capitolo IV

La disciplina riguardante il riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale

1 I caratteri generali della disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale; 2 Il campo di applicazione del regime comunitario di libera circolazione delle decisioni; 3 La molteplicità dei regimi per il riconoscimento di decisioni matrimoniali aventi un contenuto eterogeneo; 4 La trascrizione automatica nel registro di stato civile; 5 Il procedimento di delibazione; 6 Il collegamento con gli altri regimi di riconoscimento in materia familiare; 7 L'articolazione con la disciplina di riconoscimento delle decisioni emesse dai tribunali ecclesiastici e, in generale, dagli altri tribunali religiosi; 8 I motivi di non riconoscimento delle decisioni di scioglimento del matrimonio: 8.1) Il coordinamento delle decisioni nazionali nello spazio giudiziario europeo. 8.2) L'ordine pubblico 8.2.1 L'ordine pubblico processuale; 8.2.2 L'ordine pubblico sostanziale: l'articolo 25, il divorce shopping e il limite della frode alla legge.

1. I caratteri generali della disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale.

Il regime relativo al riconoscimento delle decisioni comunitarie rappresenta uno degli aspetti più interessanti e, al contempo, più caratterizzanti della disciplina comunitaria in materia matrimoniale.

Il legislatore comunitario, infatti, ha adottato anche in questo settore normativo il principio del riconoscimento automatico delle decisioni giudiziarie – e degli altri provvedimenti ad esse equiparati (vedi *infra*) – provenienti dai Paesi membri dell'Unione Europea.

Com'è noto, il suddetto principio ha rappresentato uno dei punti cardine della parallela normativa dell'Unione Europea in materia civile e commerciale: già il testo originario della Convenzione di Bruxelles del 1968 prevedeva una procedura e dei presupposti semplificati – in rapporto alle allora discipline nazionali di exequatur - per il riconoscimento delle decisioni provenienti dagli Stati membri dell'Unione Europea. Le successive modifiche della Convenzione e, in particolare, la trasformazione della Convenzione in regolamento (sotto l'impulso delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999)⁴²⁷, hanno notevolmente semplificato il regime di riconoscimento delle decisioni comunitarie, sulla base del principio che il controllo sui motivi ostativi al riconoscimento non

⁴²⁷ Si vedano in particolare i punti 30 e 34 delle conclusioni di Tampere. Per un maggior approfondimento v. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in Riv. Dir. Un. Eur., 1998, p. 481 e ss.

sia più sottoposto al controllo del giudice, ma venga rimesso interamente all'impulso della parte interessata⁴²⁸.

L'ultimo stadio di questo percorso è coinciso con l'adozione del regolamento n. 805/2004 che ha eliminato qualsiasi tipo di procedura intermedia di controllo, relativamente ad alcune decisioni riguardanti i crediti non contestati⁴²⁹. Questo regolamento ha tradotto in maniera definitiva il principio del riconoscimento automatico all'interno dello spazio giudiziario europeo: la sua attuazione si fonda, per l'appunto, su uno spirito di reciproca fiducia tra i sistemi giudiziari degli Stati membri, in virtù del quale le decisioni emesse in uno di essi devono ottenere i medesimi effetti di cui gode una decisione emessa nel paese di riconoscimento, senza che si possa frapporre alcun tipo di controllo intermedio dello stato del riconoscimento.

Per questo motivo, l'abbattimento di tutte le procedure intermedie di riconoscimento rappresenta, nelle intenzioni del legislatore comunitario, la prospettiva finale da applicare a tutte le decisioni provenienti dagli Stati membri, indipendentemente dal settore giuridico preso in considerazione.

Non a caso, questo regime, ribattezzato "*fast track procedure*", è stato già adottato dal legislatore comunitario, proprio in occasione del regolamento n. 2201/2003, per disciplinare la circolazione delle decisioni in materia di diritto di visita e in materia di ritorno del minore ed è stato recentemente riproposto per le decisioni in materia di obbligazioni alimentari (sebbene con talune eccezioni). Il prossimo passaggio è presumibilmente costituito dalla sua applicazione all'intera materia civile e commerciale, oggi coperta dal regolamento n. 44/2001⁴³⁰.

⁴²⁸ Il regolamento n. 44/2001 prevede, infatti, una procedura di riconoscimento delle decisioni straniere basata su uno schema monitorio, in virtù del quale l'eventuale apertura di una procedura di delibazione è rimessa all'impulso della parte che sia interessata a contestare il riconoscimento della decisione.

⁴²⁹ Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, pubblicato in GUUE L 143 del 30 aprile 2004. Per un approfondimento sul regolamento che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati si vedano, tra gli altri: G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Giust. civ., 2004, p. 529 ss.; E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in Riv. esec. forz., 2004, p. 647 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in Int'l is, 2004, p. 141 ss.; M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Nuove leggi civ. comm., 2005, p. 3 ss.; M. GIORGETTI, *Proposte e Regolamenti europei di fine legislatura*, in Riv. dir. proc., 2004, p. 1259 ss.; I. LOMBARDINI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del Regolamento 805 del 2004*, in Studium iuris, 2005, p. 3 ss.; M. LUPO, *La nuova disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Resp. civ. e previdenza, 2005, p. 302 ss.; N. BOSCHIERO, *The forthcoming European enforcement order. Towards a European law-enforcement area?*, in Riv. dir. internaz., 2003, p. 394 ss..

⁴³⁰ Ed invero, la recente pubblicazione del Libro verde sulla revisione del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sembra confermare questa prospettiva de iure condendo. Vedi, in particolare, la domanda n. 1.

In questo scenario ancora piuttosto eterogeneo, le decisioni in materia matrimoniale si collocano in uno stadio intermedio, in gran parte assimilabile al regime delineato dal regolamento n. 44/2001 con riferimento alle decisioni in materia civile e commerciale.

Si possono distinguere fondamentalmente due ipotesi, a seconda degli effetti giuridici che si intendono ottenere dal riconoscimento della sentenza comunitaria.

Qualora si intenda far riconoscere in un ordinamento comunitario quegli effetti della sentenza matrimoniale straniera diversi da quelli esecutivi e cioè gli effetti dichiarativi, costitutivi e probatori, allora non sarà necessario ricorrere ad alcuna procedura intermedia di delibazione. L'efficacia della sentenza comunitaria sarà immediata e basterà allegare l'esistenza della stessa per ottenere l'effetto desiderato.

Una recente sentenza del Tribunale di Bari⁴³¹ può essere utile per spiegare questo concetto: una coppia di coniugi italo-tedesca si era divisa e mentre il marito italiano aveva chiesto la separazione in Italia, la moglie tedesca aveva chiesto ed ottenuto immediatamente il divorzio in Germania. La successiva domanda di divorzio del marito italiano, alla scadenza dei tre anni di separazione legale previsti dall'ordinamento italiano, è stata dichiarata inammissibile (e quindi non semplicemente rigettata) dal Tribunale di Bari perché nel frattempo era stata emessa una sentenza di divorzio tra le stesse parti in un altro Stato membro dell'Unione Europea. Tale sentenza, proprio perché automaticamente riconoscibile nell'ordinamento italiano, faceva stato tra le parti e rendeva assolutamente inutile - e quindi inammissibile - un'ulteriore domanda di divorzio innanzi ad un altro giudice comunitario⁴³².

Solo qualora si intenda riconoscere la cd. efficacia esecutiva di una sentenza e cioè quando sia necessario mettere in moto le procedure e i meccanismi coercitivi previsti da ciascun ordinamento per eseguire una sentenza (sia nazionale che straniera), si renderà necessario sottoporre la sentenza comunitaria ad una procedura preventiva di delibazione.

Anche in quest'ultimo caso, però, il legislatore comunitario ha fortemente limitato i casi in cui una sentenza matrimoniale non possa produrre efficacia esecutiva anche in un altro Stato membro dell'Unione Europea.

Innanzitutto, la procedura di delibazione non potrà avere in alcun modo ad oggetto il merito della decisione originaria e cioè l'attività di accertamento di una determinata situazione giuridica effettuata dal giudice che ha emesso

⁴³¹ Tribunale di Bari, sezione I, 27 aprile 2009, n. 1394, in *Dir. Famiglia* 2008, 4, p. 206.

⁴³² Nel caso di specie, gli effetti della sentenza di divorzio tedesca erano limitati all'accertamento dello scioglimento del vincolo matrimoniale e alle altre statuizioni in tema di rapporti patrimoniali che, peraltro, escludevano alcun tipo di obbligo assistenziale a carico del marito e che, pertanto, non erano suscettibili di essere eseguite, ma soltanto di fare stato tra le parti. In questo modo, il Tribunale di Bari ha escluso qualsiasi obbligo di mantenimento tra i coniugi, conformandosi all'efficacia dichiarativa – sia in punto di scioglimento del matrimonio, sia in punto di insussistenza di un obbligo di mantenimento a carico del marito – della sentenza tedesca.

la sentenza. Si tratta di uno dei postulati fondamentali del principio di riconoscimento automatico delle sentenze straniere: lo spirito di fiducia reciproca che anima i rapporti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri impedisce che il giudice cd. “a valle” possa entrare nel merito della decisione originaria, che costituisce un “dominio riservato” del Tribunale che ha emesso la sentenza⁴³³. Diversamente, l’accertamento effettuato dal giudice d’origine potrebbe essere messo sistematicamente in discussione dal giudice del riconoscimento con evidenti ripercussioni sull’esigenza di certezza del diritto, soprattutto nei rapporti internazionali.

In secondo luogo, il legislatore comunitario ha eliminato il controllo sulla competenza (internazionale) del giudice che ha emesso la decisione: in altre parole, il giudice del riconoscimento non può controllare su quali titoli giurisdizionali il giudice d’origine si è basato per emettere la decisione. I titoli giurisdizionali che legittimano un giudice nazionale a pronunciarsi su una questione riguardante lo scioglimento del matrimonio (ovvero l’affidamento della prole) sono preventivamente stabiliti in via uniforme dallo stesso diritto comunitario e ciò impedisce un qualsiasi controllo sul loro utilizzo da parte del giudice del riconoscimento.

I due profili giuridici – competenza giurisdizionale e riconoscimento – sono in stretto contatto tra di loro e l’applicazione del secondo (riconoscimento) dipende dal rispetto del primo (competenza). Per questo motivo, sia il regolamento n. 44/2001 sia il regolamento n. 2201/2003 sono spesso denominati “strumenti doppi”, nel senso che disciplinano entrambi i profili giuridici proprio per il loro rapporto di funzionalità reciproca.

L’assenza di controllo sulla competenza originaria del giudice rappresenta un importante passo in avanti nella circolazione delle sentenze comunitarie in materia matrimoniale: tale controllo, infatti, rappresenta una delle condizioni “classiche” cui i regimi nazionali (ed internazionali) di diritto internazionale privato subordinavano il riconoscimento delle sentenze straniere. Basti pensare alla nostra legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato che – pur prevedendo un meccanismo “moderno” di riconoscimento dei prodotti stranieri giudiziari e non – tuttora lega il riconoscimento in Italia di tali provvedimenti alla verifica della regolarità della competenza originaria, per lo più in base ai criteri di conflitto interni (articolo 64, lett. a, L. 218/1995).

La stessa Convenzione di Bruxelles del 1968 – nel suo testo originario – non escludeva che il mancato rispetto dei titoli giurisdizionali previsti nella convenzione medesima costituisse uno dei motivi di mancato

⁴³³ Come si vedrà in seguito, in un solo caso nello spazio giudiziario europeo, un giudice nazionale avrà il potere di *review* di una decisione emessa da un collega di un altro Stato membro: si tratta della facoltà del giudice del luogo di residenza originaria del minore prima del trasferimento illecito di ordinare il ritorno del minore anche di fronte alla decisione del Tribunale del luogo di residenza attuale del minore medesimo di non permettere il suo ritorno. Tale potere è giustificato dalla tutela dell’interesse superiore del minore.

riconoscimento della decisione straniera. Con la trasformazione della convenzione in regolamento comunitario, invece, il mancato riconoscimento della sentenza straniera è limitato ai soli casi in cui sia stato violato uno dei titoli giurisdizionali esclusivi, tassativamente indicati agli articoli 22 e 23 del regolamento ovvero i cd. titoli giurisdizionali protettivi (in materia di contratti conclusi da lavoratori, da consumatori o di contratti di assicurazione). Tale eccezione è giustificata dal timore di ammettere al regime di libera circolazione quelle decisioni che sono state emesse in violazione di regole esclusive di giurisdizione ovvero a tutela di categorie di soggetti particolarmente deboli.

Sul punto, il regolamento n. 2201/2003 segna un elemento di discontinuità rispetto al citato regolamento n. 44/2001: in nessun caso, infatti, una decisione matrimoniale non potrà essere riconosciuta a causa della competenza originaria del giudice che l'ha emessa. L'eliminazione di questa garanzia "a valle", in realtà, è giustificata dalla circostanza che il "vero" controllo sulla competenza è effettuato in ogni caso dal giudice "a monte" e cioè dal giudice che si pronuncia. Ed invero, trattandosi di fori aventi tutti natura esclusiva, il legislatore comunitario ha "anticipato" il suddetto controllo, sottraendolo all'impulso di parte – così come succede nella gran parte dei casi nella materia civile e commerciale – e riservandolo al controllo d'ufficio del giudice⁴³⁴.

Il rapporto di funzionalità tra giurisdizione e riconoscimento subisce un'unica eccezione – di per sé rilevante – riguardante i criteri giurisdizionali nazionali aventi natura residuale. Come si è visto nel capitolo precedente, il regolamento n. 2201/2003 costituisce – a differenza del regolamento n. 44/2001 – un sistema giurisdizionale completo, nel senso che disciplina anche i casi in cui i titoli giurisdizionali comunitari non siano applicabili, prevedendo l'attivazione in loro vece dei criteri nazionali, ma limitando la loro applicazione ai convenuti che non siano cittadini né residenti in uno dei paesi membri (articolo 6).

Ora, le decisioni emesse sulla base di questi criteri sono ugualmente riconoscibili nel territorio comunitario alla stregua delle decisioni emesse sulla base dei criteri giurisdizionali armonizzati: in questo modo, si immettono "in circolazione" delle sentenze che sono state emesse sulla base

⁴³⁴ Nel reg. 1347/2000 c'era un solo caso in cui la competenza del giudice di origine rilevava come motivo per escludere il riconoscimento. Si trattava dell'ipotesi in cui uno Stato membro avesse concluso un accordo con uno stato terzo in virtù del quale si impegnava a non riconoscere decisioni provenienti da altri Stati membri che si fondassero su titoli giurisdizionali non previsti dal regolamento (articolo 16 del reg. 1347/2000). Tale regola era inserita anche nel testo della convenzione di Bruxelles del 1968, ma tuttavia non è stata trasposta nel testo del regolamento n. 44/2001, in quanto costituiva una limitazione evidente al funzionamento delle regole comunitarie. Una simile limitazione, infatti, poteva essere negoziata solo dall'Unione Europea nell'esercizio delle competenze esterne che le competevano per aver già esercitato la competenza interna. Si trattava, in sostanza, del noto filone giurisprudenziale *AETR*, ripreso recentemente dalla Corte di Giustizia nel suo parere sulla competenza della Comunità a negoziare la nuova convenzione di Lugano (in Raccolta 2006, p. I-1145 e riprodotto in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2006, p. 514 e ss., punto 141).

di titoli giurisdizionali che non garantiscono un rapporto di genuinità con la fattispecie ed anzi spesso costituiscono dei veri e propri fori esorbitanti. Ciononostante, la scelta di ammettere al regime di libera circolazione anche questi prodotti giudiziari è giustificata dallo scarso impatto che essi hanno sulla vita e sulle vicende delle persone che circolano all'interno del territorio comunitario.

Come detto in precedenza, infatti, i titoli giurisdizionali nazionali possono essere utilizzati unicamente nei confronti di convenuti non cittadini né residenti nel territorio comunitario, il che equivale a dire a persone che non si trovano nel territorio di uno degli Stati membri né che possono usufruire della libera circolazione delle persone prevista dal diritto comunitario. Detto ciò, anche nella prospettiva del riconoscimento di queste decisioni, occorre potenziare il controllo sull'utilizzo dei fori esorbitanti nazionali per evitare la loro applicazione indiscriminata, come nell'ipotesi affrontata dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione del 2004⁴³⁵.

Un terzo e fondamentale aspetto della disciplina comunitaria sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale riguarda il depotenziamento del limite dell'ordine pubblico. L'argomento sarà trattato più ampiamente nei prossimi paragrafi, ma è opportuno sottolineare fin da subito l'importanza della disciplina comunitaria sotto questo punto di vista.

Le normative europee in materia matrimoniale, infatti, conservano delle profonde differenze dovute alla particolare sensibilità politico-religiosa che questa materia impone. Anche sotto il profilo dello scioglimento del matrimonio, i presupposti e le procedure per ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale divergono: ad esempio, il principio di indisponibilità dello status coniugale non è riconosciuto in tutti gli Stati membri, essendo ben possibile ottenere un divorzio attraverso un atto negoziale poi omologato da un'Autorità amministrativa o pubblica in genere (notaio).

All'opposto, in alcuni Stati membri non solo è necessario un accertamento giudiziario per la dichiarazione di scioglimento del matrimonio, ma è altresì necessario che tale accertamento sia preceduto da un periodo di separazione legale, la cui determinazione, a sua volta, varia da stato a stato. Infine, in un Stato membro – Malta – l'istituto del divorzio non è addirittura conosciuto.

Ciononostante, il regolamento Bruxelles II bis prevede il riconoscimento delle decisioni comunitarie indipendentemente dalle differenze normative riguardanti la disciplina dello scioglimento del matrimonio⁴³⁶. Il legislatore

⁴³⁵ Cass. S.U., 3 febbraio 2004, n. 1994, in Foro Italiano, 2004, I, 1063 e in RDIPP 2004, p. 1390 e ss.

⁴³⁶ E' interessante riprendere le parole della relazione Borrás, cit., punto 69 *“Il convient toutefois de signaler à cet égard que les États membres sont très sensibles à cette question en raison des divergences importantes qui existent entre leurs ordres juridiques en matière de divorce. Ainsi, les États membres dans lesquels le lien matrimonial peut être dissous plus facilement craignaient que leurs décisions ne soient pas reconnues dans les États membres où les règles sont plus strictes. Afin de donner des garanties suffisantes aux deux groupes d'États, on a établi un système dans lequel on a, d'une part, maintenu la non-reconnaissance si la décision est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis*

comunitario ha voluto sottolineare questo aspetto con una norma che ricopre un importante ruolo formale nell'economia della disciplina comunitaria in questione e, in generale, dello spazio giudiziario europeo. Si tratta dell'articolo 25 che stabilisce che "il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio"⁴³⁷.

Il valore e gli effetti di questa norma saranno meglio evidenziati nei paragrafi che seguono.

2. Il campo di applicazione del regime comunitario di libera circolazione delle decisioni.

Il regime di libera circolazione delle sentenze non è riconosciuto a tutte le decisioni giudiziarie in materia matrimoniale: in particolare, fuoriescono dal campo di applicazione del regime comunitario le decisioni che negano lo scioglimento del matrimonio.

Si tratta, in questo caso, di una scelta che riflette ulteriormente il *favor divortii* cui è ispirato il regolamento n. 2201/2003, così come è confermato dalla relazione che accompagna la Convenzione di Bruxelles del 1998⁴³⁸.

In questo modo, infatti, il coniuge che abbia presentato una domanda di divorzio che sia stata rifiutata non potrà temere che quella stessa decisione possa produrre i suoi effetti dichiarativi in tutto il territorio comunitario, in virtù del procedimento rapido previsto dalle norme comunitarie. Se così

[article 15, paragraphe 1, point a)] mais où l'on a, d'autre part, prévu à l'article 17 que la reconnaissance ne peut être refusée au motif que le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage n'auraient pas pu être prononcés sur la base de faits identiques (voir les observations relatives à l'article 17). Au moment de la reconnaissance, la juridiction compétente devra apprécier la décision rendue dans l'État d'origine en l'examinant à la lumière des dispositions citées à l'alinéa précédent ».

⁴³⁷ Punto 76 della relazione Borrás cit. "Cette disposition est liée à celle de l'article 15, paragraphe 1, point a) (voir les observations relatives à cette disposition, point 69 ci-dessus). Elle répond à la crainte de certains États membres, qui disposent de règles matérielles internes plus permissives en matière d'octroi du divorce, que les décisions rendues par leurs juridictions ne soient pas reconnues dans un autre État du fait que l'ordre juridique interne de l'État requis ne connaît pas les motifs invoqués. Il s'agit donc d'une limitation de l'utilisation abusive du motif d'ordre public. On peut citer à titre d'exemple le cas d'un divorce prononcé sur la base d'une séparation de corps: si le divorce peut être accordé dans l'État d'origine, à l'issue d'une période de séparation de deux ans, et, dans l'État requis à l'issue d'une période de séparation de cinq ans, une interprétation erronée du motif d'ordre public pourrait aboutir au refus de la reconnaissance ».

⁴³⁸ Punto 60 della relazione Borrás: "Il y a eu un long débat sur la question de savoir si le terme «décision» couvrait uniquement les décisions positives ou englobait aussi les décisions négatives rendues dans un État membre, c'est-à-dire des décisions n'ayant pas abouti à un divorce, à une séparation de corps ou à une annulation du mariage. Compte tenu, d'une part, du mandat du groupe qui était d'élaborer une convention facilitant la reconnaissance et l'exécution des décisions de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage et, d'autre part, des divergences importantes entre les législations des États membres en matière de divorce et de séparation, il a été décidé que le terme de «décision» ne visait que les décisions positives, c'est-à-dire celles qui ont abouti à un divorce, une séparation de corps ou une annulation du mariage ».

fosse, “il riconoscimento di una decisione di non divorzio potrebbe impedire al coniuge di ottenere il divorzio in tutto il territorio comunitario”⁴³⁹ e paralizzare in questa maniera la sua volontà di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

La scelta del legislatore comunitario ha suscitato non pochi dubbi in dottrina, perché di fatto configura una sorta di diritto incondizionato del coniuge ad ottenere lo scioglimento del matrimonio⁴⁴⁰. In effetti, di fronte ad una decisione che nega il divorzio, il coniuge interessato potrebbe presentare la medesima domanda innanzi ad un giudice di un diverso Stato membro, utilizzando un altro titolo giurisdizionale messo a disposizione dal regolamento comunitario. L’eventuale decisione positiva del giudice del diverso stato potrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, e, in talune circostanze, anche nello stato che aveva già rifiutato il divorzio⁴⁴¹.

Come si vedrà più avanti, infatti, uno dei motivi di non riconoscimento di una sentenza straniera è costituito proprio dalla circostanza che una decisione di segno contrario sia stata emessa tra le stesse parti nello Stato membro dove si vuole ottenere il riconoscimento (articolo 22, lett. c): a questo punto, però, occorre ricordare che l’efficacia dell’accertamento del contenuto di una decisione che nega il divorzio – almeno nell’ordinamento italiano – ha efficacia relativamente a *quel momento storico* in cui la sentenza è stata emessa, sicché nulla vieta che anche successivamente il coniuge ripresenti la domanda e ottenga lo scioglimento del matrimonio. *Mutatis mutandis*, anche una decisione straniera che sia intervenuta dopo un lasso di tempo idoneo a far presumere un mutamento delle circostanze, potrà essere riconosciuta nello stato che inizialmente aveva negato il divorzio, senza che ciò comporti un contrasto tra giudicati e, quindi, una situazione di incertezza giuridica.

In ogni caso, occorre precisare che nella pratica i casi di rigetto di una domanda di scioglimento del matrimonio sono particolarmente rari: la dissoluzione del vincolo matrimoniale è un diritto quasi meramente potestativo, nel senso che dipende in gran parte dalla volontà di uno (o di entrambi) dei coniugi. Il superamento delle allegazioni di uno dei coniugi può avvenire solo in presenza di particolari evidenze che dimostrino che il vincolo matrimoniale non si sia irrimediabilmente compromesso. Di conseguenza, il coniuge, allegando semplicemente l’avvenuta dissoluzione del vincolo matrimoniale potrà ottenere, nelle forme e nei tempi previsti da ciascun ordinamento nazionale, lo scioglimento del matrimonio.

⁴³⁹ TH. M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and International legislation*, in NILR, 2002, p. 325

⁴⁴⁰ B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit “Bruxelles II”*, in Rev. Crit. DIP, 2001, p. 436 e P. HAMMJE, *Le Règlement (CE) n. 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » Les règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution*, in (a cura di) H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 90-91

⁴⁴¹ Non lo esclude categoricamente neanche R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 198

Detto ciò, anche qualora un giudice nazionale rifiuti di concedere il divorzio, tale decisione potrebbe nondimeno essere riconosciuta in un altro Stato membro: il regolamento comunitario, infatti, non include tali decisioni nel campo di applicazione della disciplina comune, ma ciò non significa che esse non siano riconoscibili attraverso la procedura nazionale di riconoscimento.

Il coniuge che abbia interesse a conservare il vincolo matrimoniale potrebbe, quindi, chiedere il riconoscimento della decisione in un altro Stato membro al fine di evitare – ad esempio – che l'altro coniuge possa risposarsi. Il riconoscimento potrebbe comportare una procedura più onerosa, ma sarà un'operazione pur sempre possibile e sarà, in ogni caso, idonea a bloccare l'eventuale azione di "aggiramento" del coniuge interessato ad ottenere lo scioglimento attraverso il ricorso ad un diverso foro giurisdizionale e il successivo riconoscimento della decisione nello stato desiderato.

In quel caso, infatti, il riconoscimento della sentenza ottenuta in un altro paese comunitario sarebbe escluso per effetto del limite di cui all'articolo 22, lett. d) del regolamento n. 2201/2003 (contrarietà ad una precedente decisione emessa anteriormente in un altro Stato membro o in uno stato terzo che soddisfi le condizioni per il riconoscimento nello Stato membro richiesto): ciò, beninteso, qualora il giudice dello stato richiesto non ravveda nel frattempo un cambiamento delle circostanze idoneo a riconoscere la seconda decisione.

Lo scenario appena delineato, in definitiva, potrebbe dissolvere i dubbi circa un eccessivo margine di manovra del coniuge che intende ottenere lo scioglimento del matrimonio grazie al mancato riconoscimento delle sentenze di rifiuto dello scioglimento del matrimonio e il contestuale utilizzo speculativo dei titoli giurisdizionali offerti dal legislatore comunitario.

L'articolo 46 del regolamento n. 2201/2003 include nel campo di applicazione della disciplina comunitaria anche gli atti pubblici e gli accordi aventi efficacia esecutiva che certificano lo scioglimento del matrimonio. In questo modo, il legislatore comunitario equipara tali documenti alle decisioni giudiziarie con una scelta che si pone su un piano di continuità rispetto al regolamento n. 44/2001 che ha adottato la medesima soluzione con riferimento alla materia civile e commerciale.

Ed in effetti, come ricordato in precedenza, non tutti gli Stati membri adottano il principio di indisponibilità del vincolo matrimoniale, sicché in taluni ordinamenti – soprattutto quelli scandinavi – lo scioglimento del matrimonio – in particolare, quello consensuale – passa principalmente attraverso un accordo tra i coniugi che viene successivamente omologato da un pubblico ufficiale (notaio) o da un'autorità amministrativa. L'intervento di queste autorità rappresenta spesso una formalità, nel senso che è limitato all'accertamento della volontà dei coniugi, senza che vi sia un controllo di

tipo giurisdizionale sulla regolarità sostanziale oltre che formale dell'accordo medesimo.

La riconoscibilità di questi accordi rappresenta una prospettiva sicuramente nuova e interessante nello spazio giudiziario europeo: in questi casi, infatti, ciò che viene riconosciuto nello Stato membro è sostanzialmente un accordo di tipo privato tra due coniugi, con il quale essi oltre a porre a termine il vincolo matrimoniale decidono l'assetto degli interessi – personali e patrimoniali - susseguenti alla dissoluzione del matrimonio⁴⁴².

L'inclusione di tale accordo all'interno di un atto pubblico non muta la situazione, ma serve a cambiare il relativo regime di riconoscimento negli altri Stati membri: normalmente, infatti, esso sarebbe assoggettato al metodo internazionalprivatistico classico dei conflitti di legge, per cui la sua validità e, quindi, la sua efficacia all'interno di un altro ordinamento sarebbe subordinata alla legge applicabile rispettivamente in materia di forma e di sostanza dell'accordo.

La presenza di un "involucro" costituito dall'atto pubblico – in qualunque delle sue forme – rende, invece, assoggettabile tale accordo al regime di circolazione delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici in genere, proprio perché si presuppone che l'intervento di un'autorità pubblica "terza" rispetto ai soggetti dell'accordo, abbia assolto a tale controllo sia formale che sostanziale.

Ecco perché l'affievolimento di questa garanzia "esterna" nel caso degli accordi matrimoniali provenienti da alcuni Stati membri può provocare il rischio di immissione in circolazione di atti pubblici "tossici" – mutuando un'espressione tipica del mondo finanziario – e cioè di accordi di scioglimento del matrimonio e di regolazione dei rapporti personali e patrimoniali che non sono sorretti da un adeguato controllo sulla loro regolarità.

In questo caso, infatti, la possibilità per l'autorità del paese di riconoscimento di rilevare eventuali vizi nell'accordo medesimo – ad esempio, eccessiva onerosità delle condizioni per uno dei coniugi ovvero consenso palesemente estorto – e di negare il riconoscimento (a titolo di ordine pubblico), sarebbe subordinata – come si vedrà tra poco - all'impulso di parte, proprio perché tale accordo rientra a pieno titolo nel regime di riconoscimento automatico previsto dal regolamento comunitario. Nel frattempo, però, l'accordo potrebbe godere, almeno inizialmente, di efficacia anche nel paese del riconoscimento.

⁴⁴² Sul tema, v. B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Rev. Crit. DIP*, 2001.

3. La molteplicità dei regimi per il riconoscimento di decisioni matrimoniali aventi un contenuto eterogeneo.

Il regolamento n. 2201/2003 disciplina il riconoscimento delle decisioni sia in materia matrimoniale sia in materia di responsabilità genitoriale, di diritto di visita e di ritorno dei minori. Le regole relative al riconoscimento di queste decisioni sono contenute nel capo III del regolamento n. 2201/2003 che, a sua volta, è diviso in sezioni.

Ora prima di procedere con l'analisi della disciplina, occorre sottolineare che la struttura di questo capo del regolamento non favorisce certamente la comprensione della disciplina applicabile a ciascun tipo di decisione: ed invero, le decisioni in materia matrimoniale sono parzialmente disciplinate nella prima sezione, che però opera un rinvio alla seconda che è, invece, dedicata alle decisioni in materia di responsabilità genitoriale⁴⁴³.

Come si vedrà, la disciplina relativa a quest'ultime decisioni è differente da quella in materia matrimoniale e ciò crea diversi dubbi sull'applicabilità di alcune regole al regime di riconoscimento della materia matrimoniale, come ad esempio il controllo sulla verifica dei requisiti ostativi al riconoscimento da parte dell'ufficiale di stato civile (articolo 31) ovvero la necessità di comunicazione dell'avvenuta trascrizione dello scioglimento del matrimonio nel registro di stato civile (articolo 32). Per questo motivo, sarebbe stato preferibile, sotto il profilo della tecnica legislativa, prevedere una sezione per ciascun tipo di decisione, al fine di evitare possibili confusioni circa la disciplina applicabile.

A riprova di ciò, occorre considerare che il riferimento all'esecutività delle decisioni con cui esordisce la seconda sezione mal si concilia con la disciplina del riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale: a proposito di queste ultime, si parla più propriamente di semplice riconoscimento e non di esecuzione e ciò poiché il mero scioglimento del vincolo matrimoniale non comporta l'attivazione di meccanismi di esecuzione o di coercizione della stessa (la cd. efficacia esecutiva), ma semplicemente la relativa annotazione nei registri amministrativi (cd. effetto amministrativo) nonché gli altri effetti tipici di una sentenza straniera⁴⁴⁴.

Discorso diverso, invece, deve essere fatto qualora la decisione di scioglimento del matrimonio ha un carattere composito e cioè quando il giudice del divorzio - ad esempio - abbia statuito anche sull'affidamento

⁴⁴³ Condivide questo rilievo H. G. TALLON, *Le Règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, *Journal de droit international*, 2001, p. 419.

⁴⁴⁴ Distingueva il Cappelletti quattro possibili tipi di efficacia giuridica delle sentenze straniere: efficacia normativa; efficacia probatoria; efficacia imperativa in quanto dichiarativa o costitutiva di diritti soggettivi o di status (o autorità di cosa giudicata); ed infine efficacia esecutiva. M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 192 e ss.

della prole ovvero sugli effetti patrimoniali derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale.

In questo caso, la relativa decisione sarà assoggetta a regimi di esecuzione diversi, a seconda dell'effetto giuridico che si intende conseguire nello Stato membro dove si intende, per l'appunto, eseguire la sentenza.

Questo aspetto rappresenta uno dei punti di maggiore criticità del regime del riconoscimento delle decisioni che stiamo esaminando.

Immaginiamo, ad esempio, che un tribunale di uno Stato membro che abbia emesso una sentenza in cui: 1) ha dichiarato il divorzio tra due coniugi di nazionalità italiana e spagnola; 2) ha determinato l'affidamento dei due figli alla madre spagnola; 3) ha riconosciuto alla madre il diritto ad un assegno mensile per il proprio mantenimento e quello dei figli; 4) ha accertato e dichiarato la divisione del patrimonio in comune tra i coniugi.

Queste quattro statuizioni sono assoggettate a quattro regimi differenti di riconoscimento e di esecuzione, i primi due contenuti nel regolamento n. 2201/2003, il terzo nel regolamento n. 44/2001 (e in futuro dal regolamento n. 4/2009) e il quarto nel regime nazionale di riconoscimento delle sentenze. Sotto quest'ultimo profilo, occorre ricordare che i rapporti patrimoniali tra i coniugi non sono ancora disciplinati da alcun regolamento comunitario – essendo espressamente esclusi sia dal regolamento Bruxelles I che dal Bruxelles II bis – e, di conseguenza, ricadono (almeno per il momento) nel regime nazionale di riconoscimento delle decisioni straniere⁴⁴⁵.

La difficoltà dell'interprete e dello stesso cittadino comunitario nell'orientarsi di fronte a questo groviglio di regimi è facilmente intuibile.

Nell'esempio riportato, la cittadina spagnola che desidera far riconoscere ed eseguire la sentenza in Spagna potrebbe ritrovarsi ad inoltrare quattro istanze diverse e per lo più innanzi a giudici territoriali potenzialmente diversi. Mentre, infatti, per lo scioglimento del matrimonio, l'istanza – come vedremo – deve essere inoltrata innanzi al giudice territorialmente competente secondo le regole dello Stato di riconoscimento, l'istanza per il riconoscimento della decisione di affidamento va presentata all'autorità giurisdizionale del luogo di residenza abituale del convenuto o dei figli. Quest'ultimo giudice, a sua volta, non necessariamente potrebbe coincidere con il giudice al quale chiedere l'esecuzione della decisione relativa all'assegno di mantenimento o alla divisione del patrimonio coniugale.

La situazione si potrebbe ulteriormente complicare se si considera l'ipotesi di un accordo matrimoniale formalizzato in sede di scioglimento del matrimonio con cui, nell'ambito della divisione del patrimonio coniugale, un coniuge riconosce il pagamento di un corrispettivo all'altro coniuge per la cessione di un bene mobile in proprietà comune (ad esempio un quadro di alto valore).

⁴⁴⁵ Sottolinea il pericolo di far ricadere le decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra i coniugi in una "no man's land" europea, P. HAMMJE, *Le Règlement...*, cit., p. 91.

La relativa sentenza, in questo caso, dovrebbe essere assoggettabile ad un quinto regime – di per sé molto più rapido e semplice – e cioè alla disciplina relativa ai crediti non contestati. In questo modo, l'accordo matrimoniale – proprio perché trasfuso all'interno di un prodotto giudiziario – potrebbe essere eseguito rapidamente nel territorio comunitario, senza alcun tipo di procedura intermedia, in virtù del regolamento n. 805/2004.

Per ovviare al problema della molteplicità dei regimi di riconoscimento delle decisioni, il regolamento comunitario ha previsto la possibilità di esecuzione parziale della domanda (articolo 36). In questo modo, se una parte della decisione non può essere eseguita in uno Stato membro – vuoi perché occorre instaurare una procedura diversa vuoi perché diversi sono i presupposti per il riconoscimento - il giudice di tale stato può accordare l'esecutività a quella parte della sentenza per cui i presupposti per l'esecuzione sono rispettati.

Tale soluzione può ovviare alcuni problemi di natura pratica che possono sorgere di fronte a decisioni di scioglimento del matrimonio che abbiano un contenuto composito, ma certamente non può rappresentare la chiave di volta per assicurare all'intero regime di circolazione delle decisioni in materia familiare la razionalità di cui avrebbe bisogno.

Ecco perché, in una prospettiva *de iure condendo*, occorrerebbe prevedere una progressiva armonizzazione delle procedure applicabili ed, in particolare, eliminare qualsiasi riferimento ai sistemi nazionali di riconoscimento che si basano in molti casi su presupposti e su procedure che sono incompatibili con gli obiettivi dello spazio giudiziario europeo.

4. La trascrizione automatica nel registro di stato civile

L'effetto immediatamente più percepibile della disciplina comunitaria sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale è rappresentato dalla trascrizione diretta nei registri di stato civile dell'avvenuta modifica dello stato coniugale.

Si tratta dell'effetto cd. amministrativo della sentenza straniera⁴⁴⁶ di divorzio che permette l'aggiornamento delle iscrizioni nei registri civili, senza procedere previamente alla delibazione della sentenza.

Il regolamento comunitario, infatti, stabilisce che “non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in un altro Stato

⁴⁴⁶ V. punto 63 della relazione Borrás: « *il a été convenu qu'aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil dans un État membre et qu'il suffit qu'une décision définitive ait été rendue à cet égard dans un autre État membre. Il ne s'agit toutefois pas d'une reconnaissance judiciaire mais d'une reconnaissance à des fins d'enregistrement* ».

membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro” (articolo 21, comma secondo) ⁴⁴⁷. Ciò significa che una decisione comunitaria di scioglimento del matrimonio può ottenere immediatamente l’effetto “certificativo” relativo all’annotazione nei registri di stato civile in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna decisione di riconoscimento. L’unico presupposto richiesto è che la decisione di cui trattasi sia divenuta definitiva nello Stato membro in cui è stata emessa.

In questo modo, il legislatore comunitario ha ottenuto il risultato probabilmente più importante nell’ottica dello spazio giudiziario europeo e dell’obiettivo di riconoscimento reciproco degli status civili. Nella pratica, difatti, l’obiettivo principale dei coniugi che hanno ottenuto un divorzio all’estero è la trascrizione amministrativa degli effetti di quella decisione nello stato del riconoscimento, in modo da riacquistare lo stato libero ed essere legittimati a risposarsi.

La procedura è molto semplice, sebbene il regolamento comunitario non brilli in questo caso di chiarezza.

La sezione n. 3 intitolata “disposizioni comuni alle sezioni 1 e 2” (e quindi anche alle decisioni in materia matrimoniale) prevede una serie di documenti che la parte interessata deve produrre per ottenere il riconoscimento (o l’esecuzione) della decisione, tra cui una copia della decisione medesima e, qualora l’autorità giurisdizionale lo richieda, una traduzione della stessa.

Proprio la mancanza di chiarezza del testo normativo aveva fatto sorgere il dubbio, nella pratica, se tali disposizioni si applicassero anche alla richiesta di annotazione della modifica dello status coniugale nei registri civili. Ed in effetti, l’obiettivo di permettere l’aggiornamento dei registri civili nella maniera più rapida e semplice possibile, sarebbe risultata incompatibile con l’obbligo di produrre una documentazione eccessiva relativa al giudizio originario.

Per questo motivo, almeno in Italia, è intervenuta un’importante circolare del Ministero dell’Interno⁴⁴⁸ che ha chiarito alcuni dubbi espressi dalla dottrina⁴⁴⁹ e emersi nella prassi.

Partendo proprio dallo spirito di semplificazione che anima il regime comunitario di riconoscimento delle decisioni straniere, la richiamata circolare ha sottolineato che, ai fini della trascrizione nei registri civili, non è necessario produrre una copia della sentenza straniera tradotta in italiano, essendo sufficiente allegare alla domanda di riconoscimento solamente il certificato previsto all’allegato I del regolamento n. 2201/2003.

⁴⁴⁷ Quest’ultimo elemento della decisione da riconoscere è provabile attraverso il certificato rilasciato dall’organo giurisdizionale che ha emesso la sentenza, di cui si parlerà a breve.

⁴⁴⁸ Circolare n.24 del Ministero dell’Interno, del 23 giugno 2006, relativa al regolamento n. 2201/2003. La trovi in RDIPP, 2007, pagina 863.

⁴⁴⁹ R. BARATTA, *Lo scioglimento...*, cit., p. 189.

Questo certificato – che è rilasciato dall'autorità giurisdizionale che ha emesso la sentenza - è strutturato in modo tale da contenere tutti gli elementi relativi alla decisione straniera e cioè gli estremi delle parti, la data e il tipo di decisione, l'eventuale definitività della stessa etc. In altre parole, questo certificato rappresenta il “biglietto da visita” della sentenza straniera ed è concepito proprio per sostituire – ove sia possibile – il testo della decisione medesima ovvero per sintetizzarne i dati formali⁴⁵⁰.

La circolare del Ministero dell'Interno è andata addirittura oltre, specificando che non è necessario allegare la traduzione del suddetto certificato nella lingua dello stato dove si vuole ottenere il riconoscimento. Ed in effetti, il contenuto di questi certificati è standardizzato e cioè contiene i medesimi elementi – opportunamente identificati con un numero – che sono uguali per tutte le lingue ufficiali dell'Unione Europea in cui tale certificato è tradotto. Questo sistema di codificazione numerica permette, quindi, di “confrontare il testo scritto in altra lingua con quello scritto in lingua italiana per dedurne con chiarezza i diversi elementi sostanziali”⁴⁵¹.

Solo in casi assolutamente eccezionali, l'ufficiale di stato civile potrà chiedere alla parte interessata una documentazione aggiuntiva (ad esempio, copia della sentenza debitamente tradotta ovvero documenti allegati al giudizio originario): ciò potrà avvenire quando vi siano delle fondate ragioni per richiedere una documentazione aggiuntiva che serva all'ufficiale di stato civile per verificare la mancata sussistenza dei requisiti ostativi al riconoscimento della decisione.

Uno di questi casi è rappresentato dall'ipotesi di sentenza resa in contumacia: in questo caso, la parte interessata dovrà sicuramente allegare l'originale o una copia autentica del documento comprovante la notifica della domanda giudiziale, ovvero un documento comprovante la circostanza che il convenuto abbia incontrovertibilmente accettato la decisione. Solo in questo modo, infatti, si può verificare che la decisione non abbia leso i diritti di difesa del convenuto nel procedimento originario.

L'estremo grado di apertura e di flessibilità delineato dalla circolare in questione, apre, tuttavia, degli interrogativi sull'effettiva funzione che deve svolgere l'ufficiale di stato civile: se è vero, infatti, che quest'ultimo è comunque chiamato a controllare i requisiti ostativi al riconoscimento (amministrativo) della decisione straniera, non si capisce bene quali strumenti abbia per svolgere il suo compito. Come detto, infatti, il

⁴⁵⁰ Si tratta di uno dei tratti distintivi del regime comunitario di semplificazione degli oneri relativi alla circolazione dei prodotti giudiziari in Europa. Anche nella materia civile e commerciale, infatti, le decisioni circolano attraverso questi certificati “sostitutivi”, sebbene in molti casi le autorità giurisdizionali nazionali deputate al riconoscimento chiedano dei documenti suppletivi ed, in particolare, la copia autentica della decisione opportunamente tradotta.

⁴⁵¹ Circolare ministeriale cit. Occorre sottolineare che la traduzione di codesto certificato è un'attività, nella pratica, piuttosto semplice, essendo stato creato dalla Commissione europea un software – disponibile sul sito internet della Commissione - che permette la traduzione automatica almeno delle parti standardizzate del certificato.

certificato previsto dal regolamento comunitario ha natura strettamente “formale” e non è assolutamente idoneo a costituire un documento idoneo a fondare un’analisi attenta su eventuali motivi di contrarietà all’ordine pubblico sostanziale e processuale⁴⁵².

La sua funzione, quindi, dovrebbe essere ricondotta ad un esame piuttosto formale del certificato a conferma dell’automaticità del riconoscimento di cui gode la decisione straniera almeno in questa fase.

In ogni caso, qualora l’ufficiale di stato civile non riscontri elementi ostativi alla trascrizione della decisione straniera, provvederà alle necessarie annotazioni negli archivi degli atti di matrimonio, negli atti di matrimonio e negli atti di nascita dei soggetti interessati.

Il regime comunitario appena descritto dovrebbe poi essere integrato dalla normativa nazionale in tema, la cui applicabilità, in assenza di disposizioni precise del regolamento comunitario, non è esclusa, fintantoché le regole nazionali non ostacolano il funzionamento di quelle comunitarie. Le regole nazionali che rilevano in materia sono costituite dal d.P.R. n. 396 del 3 novembre 2000 che disciplina l’ordinamento dello stato civile⁴⁵³ e, in particolare, da una circolare del Ministero di Giustizia del 7 gennaio 1997⁴⁵⁴. La normativa richiamata prevede che l’ufficiale di stato civile al quale è presentata la richiesta di trascrizione di una sentenza straniera di scioglimento di matrimonio verifica la sussistenza dei requisiti ostativi al riconoscimento e provvede, in caso di esito positivo dell’esame, alle opportune trascrizioni nei registri di stato civile. Nel caso in cui l’ufficiale di stato civile nutra dei dubbi circa la trascrivibilità della decisione straniera, egli richiede un parere al Prefetto⁴⁵⁵: qualora quest’ultimo emetta un parere

⁴⁵² Si potrebbe ipotizzare il caso in cui dal certificato emerga che la decisione di divorzio sia intervenuta tra coniugi aventi entrambi nomi maschili o femminili, il che potrebbe provocare il dubbio sulla riconoscibilità di una decisione di scioglimento di un matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso.

⁴⁵³ In RDIPP, 2002, p. 262 e ss.

⁴⁵⁴ Circolare della direzione generale affari civili e libere professioni del Ministero di Giustizia del 7 gennaio 1997 (n. prot. 1/50/FG/29 (96) 1227): la trovi in RDIPP, 1997, p. 224 e ss. Il ruolo della circolare richiamata è importante perché ha permesso di sciogliere alcuni dubbi interpretativi sorti in seguito all’adozione della L. n. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato. Com’è noto, l’articolo 67 di tale legge prevede un meccanismo di delibazione delle sentenze straniere limitatamente ai casi in cui si chiedi l’esecuzione delle stesse: nella prassi, si considerava la trascrizione delle sentenze di scioglimento di matrimonio come un’attività relativa all’esecuzione delle stesse, il che rendeva applicabile la procedura di delibazione innanzi alla Corte d’Appello, territorialmente competente. La circolare ministeriale, ha, invece, chiarito che l’attività di trascrizione delle sentenze in materia matrimoniale non è considerabile come un’attività diretta ad ottenere l’esecuzione della decisione straniera e per questo motivo può essere condotta direttamente dall’ufficiale di stato civile.

⁴⁵⁵ Originariamente, la competenza a pronunciarsi sulla trascrivibilità delle sentenze straniere in materia matrimoniale era affidata al Procuratore della Repubblica: la riforma dell’ordinamento dello stato civile avvenuta con il d. P.R. del 2000 ha però sostanzialmente attribuito al Prefetto tutte le funzioni che, in questo settore, erano di competenza del Procuratore della Repubblica. Di conseguenza, è stato correttamente suggerito in dottrina – ed è stato poi confermato nella prassi – che anche la funzione di controllo sulla trascrivibilità delle sentenze straniere in materia matrimoniale è passato dal

positivo, l'ufficiale di stato civile procederà con la trascrizione, mentre nel caso inverso non potrà trascrivere e dovrà comunicare la decisione di rifiuto di trascrizione all'istante. Contro questa decisione è previsto il rimedio giurisdizionale dell'articolo 95 del d.P.R. 396/2000⁴⁵⁶ che consiste in una procedura semplice e rapida che si svolge innanzi al Tribunale che decide in camera di consiglio (cd. procedura di rettificazione). Proprio quest'ultimo passaggio segna la linea di discontinuità tra il regime nazionale e il regime comunitario: mentre, infatti, il regime nazionale stabilisce che la mancata trascrizione di una sentenza proveniente da uno stato non membro dell'Unione Europea può essere opposta innanzi al tribunale, il regime comunitario prevede, in ogni caso, la competenza della Corte di Appello che adotta una procedura diversa da quella estremamente semplificata prevista dall'articolo 95 del d. P.R. 396/2000. In questo modo, il controllo giurisdizionale sulle trascrizioni delle sentenze straniere risulta molto più esteso nel caso delle sentenze comunitarie che di quelle dei paesi terzi⁴⁵⁷.

5. Il procedimento di delibazione

Il ricorso alla procedura comunitaria di delibazione della sentenza matrimoniale è fondamentalmente limitata ai casi in cui sorga una contestazione sulla riconoscibilità della decisione comunitaria in materia matrimoniale.

Ciò può avvenire, ad esempio, qualora l'ufficiale di stato civile ritenga che la decisione non possa essere riconosciuta poiché sussistono degli elementi ostativi al riconoscimento. La parte interessata ad ottenere l'effetto cd. amministrativo potrà allora promuovere la procedura di delibazione per ottenere un accertamento giurisdizionale sull'insussistenza dei requisiti ostativi e, di conseguenza, un ordine di trascrizione della decisione nei registri civili.

In linea teorica, il ricorso alla delibazione della sentenza può avere anche natura preventiva e cioè non dipendere necessariamente dall'esito negativo della richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile. Nei casi di dubbi sulla riconoscibilità della decisione, il coniuge interessato, potrebbe rivolgersi direttamente all'autorità giurisdizionale per ottenere fin da subito una pronuncia accertativa della riconoscibilità della decisione, anticipando,

Procuratore al Prefetto: v. R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in RDIPP, 2002, p. 5

⁴⁵⁶ Sintetizzando, la parte interessata si rivolge al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio di stato civile presso il quale si richiede venga eseguito l'adempimento proponendo ricorso contro il rifiuto di eseguire la trascrizione/annotazione: il tribunale si pronuncia in camera di consiglio, dopo aver sentito l'ufficiale di stato civile, gli interessati e il Procuratore della Repubblica (art. 96 d.P.R. 396/2000). Per un commento alla disciplina in esame, R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in RDIPP, 2002 e F. MARONGIU BONAIUTI, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e la circolare ministeriale agli uffici di stato civile*, *ibidem*, 1998, p. 375.

⁴⁵⁷ R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri...*, cit., p. 16

peraltro, eventuali strategie dilatorie del coniuge interessato a conservare il vincolo matrimoniale.

La procedura di delibazione, infatti, potrà essere attivata anche dalla parte che abbia interesse a dichiarare non riconoscibile la decisione straniera di scioglimento del matrimonio: immaginiamo, ad esempio, che in un giudizio nazionale avente ad oggetto la divisione dell'asse ereditario, il discendente del *de cuius* alleghi l'esistenza di una sentenza di un altro Stato membro che abbia dichiarato l'annullamento del matrimonio tra il *de cuius* e il coniuge superstite, ragion per cui quest'ultimo non può più essere considerato erede. In questo caso, la sentenza straniera produce automaticamente i suoi effetti (nel caso di specie, gli effetti estintivi del vincolo coniugale), ma il coniuge superstite contesta la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento e per questo instaura una procedura diretta ad ottenere l'accertamento sulla non riconoscibilità della sentenza straniera⁴⁵⁸.

Occorre specificare, tuttavia, che il ricorso ad una procedura di delibazione non fa venire meno comunque l'automaticità del riconoscimento, ma semplicemente ne differisce gli effetti.

In altre parole, il riconoscimento non sarà *immediato*, ma sarà pur sempre automatico perché la procedura di delibazione si basa comunque sullo spirito di fiducia reciproca tra i sistemi giudiziari degli Stati membri che permette alle decisioni europee di produrre i medesimi effetti in tutto il territorio comunitario.

Ed invero, la procedura di delibazione è formulata - nello spirito del regolamento comunitario - in modo tale da dare una risposta in tempi rapidi alla richiesta di riconoscimento. Più precisamente, il regolamento n. 2201/2003 ha mutuato dal regolamento n. 44/2001 un sistema a struttura monitoria, costituito da una prima fase che si svolge *inaudita altera parte* e da una seconda - eventuale - in contraddittorio pieno tra le parti.

La differenza principale rispetto al regolamento n. 44/2001 è che nella fase monitoria, l'autorità giurisdizionale adita verifica immediatamente la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento, mentre nella materia civile e commerciale questo controllo è previsto solo nell'eventuale fase a contraddittorio pieno.

Si tratta di una differenza particolarmente rilevante a livello pratico: nella materia civile e commerciale, infatti, si può parlare di una vera procedura di delibazione solo con riferimento alla seconda fase in contraddittorio, mentre nella prima l'autorità giurisdizionale adita si limita a verificare la regolarità formale della decisione e del certificato straniero che si produce. Nella materia matrimoniale, invece, la delicatezza delle situazioni soggettive coinvolte ha indotto il legislatore comunitario ad anticipare il momento del

⁴⁵⁸ In questo caso, peraltro, la competenza spetterebbe allo stesso giudice del processo principale, trattandosi di una tipica ipotesi di accertamento incidentale, così come chiarito dall'articolo 21, quarto comma del regolamento.

controllo giurisdizionale alla prima fase, sebbene ciò avvenga sulla base delle sole deduzioni della parte interessata al riconoscimento⁴⁵⁹.

L'istanza va presentata innanzi all'autorità giurisdizionale che ciascun Stato membro designa all'uopo e che in Italia è rappresentata dalla Corte di Appello, in una linea di continuità con la disciplina di riconoscimento delle altre sentenze sia comunitarie che straniere. La competenza territoriale, invece, è determinata dalle regole interne di ciascun Stato membro.

La documentazione da allegare all'istanza è descritta agli artt. da 37 a 39 del regolamento n. 2201/2003 e consiste nella copia autentica della sentenza, nel certificato rilasciato dall'autorità giurisdizionale che ha emesso la sentenza e, ove richiesto dall'ordinamento dello stato del riconoscimento, una traduzione della decisione autenticata da una persona legittimata in uno degli Stati membri⁴⁶⁰. In Italia, la necessità di fornire una traduzione della decisione straniera, nonché degli altri eventuali documenti, è confermata dall'articolo 22 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (ordinamento di stato civile) che richiede una traduzione conforme al testo straniero rilasciata dall'autorità diplomatica o consolare ovvero da un traduttore ufficiale o da un interprete che attesti con giuramento davanti all'ufficiale dello stato civile la conformità al testo straniero.

La legittimazione attiva spetta a "qualsiasi parte interessata" secondo quanto previsto dall'articolo 21, comma terzo. L'istanza, dunque, può essere proposta non solo da uno dei due coniugi, ma da chiunque ne abbia interesse. Ed in effetti, sono molteplici le ipotesi in cui un terzo potrebbe avere interesse a far riconoscere lo scioglimento del vincolo matrimoniale: basti pensare all'esempio riportato in precedenza dell'azione del figlio tesa a escludere il coniuge del *de cuius* dalla partecipazione alla divisione del patrimonio ereditario.

Ed in effetti, l'apertura della procedura di delibazione a qualsiasi soggetto portatore di un interesse effettivo sembra la soluzione sicuramente più logica e coerente con l'esigenza di certezza del diritto: ciononostante, il riferimento che il regolamento opera al concetto di "parte interessata" ha indotto parte della dottrina a limitare la legittimazione attiva alle sole parti dell'originario processo (e quindi solo ai due coniugi)⁴⁶¹. In realtà, anche in questo caso il regolamento non si distingue per chiarezza e – nonostante i due interventi del legislatore comunitario nel 2000 e nel 2003 – non ha

⁴⁵⁹ Si tratta della soluzione che caratterizzava la convenzione di Bruxelles del 1968 prima che, con il trasferimento in regolamento comunitario, il controllo giurisdizionale fosse posticipato all'eventuale fase nel contraddittorio tra le parti.

⁴⁶⁰ Il riferimento ad una persona autorizzata in uno degli Stati membri consente che la traduzione sia asseverata o giurata non solo nello Stato membro dove è stata emessa, ma anche nello stato del riconoscimento.

⁴⁶¹ G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, p. 991 e ss, in particolare p. 126, nota 109. Contra, F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento del 29 maggio 2000*, in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, p. 2231 e ss, in particolare p. 2250.

sciolto questo dubbio che era stato già posto in occasione delle negoziazioni della convenzione del 1998. La relazione che accompagna quella convenzione, al punto 65, sottolinea che il concetto di “parte interessata” va interpretato estensivamente e comunque non esclude in principio che soggetti terzi possano procedere all’istanza, a condizione che ciò sia previsto o comunque non sia escluso dal diritto nazionale dello stato dove si chiede il riconoscimento.

Proprio il riferimento al diritto nazionale potrebbe confermare la nostra tesi: ed invero, in questo caso verrebbe in rilievo il nostro principio generale di diritto processuale civile dell’interesse ad agire (articolo 100 c.p.c.) che legittimerebbe la proposizione di un’istanza per il riconoscimento o per il non riconoscimento di una decisione straniera di un soggetto terzo, purché quest’ultimo sia portatore di un interesse effettivo ad agire in giudizio.

Nel procedimento di delibazione della sentenza matrimoniale – sia nella fase *inaudita altera parte* che in quella successiva – dovrebbe ritenersi necessaria anche la presenza del Pubblico Ministero: anche in questo caso, infatti, la procedura comunitaria viene integrata dall’ordinamento nazionale che prevede un ruolo ancora attivo del Pubblico Ministero nella procedura di delibazione delle sentenze straniere. Ed invero, l’abrogazione dell’art. 796 c.p.c., ultimo comma - ad opera della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato – il quale prevedeva l’obbligatorietà della partecipazione del Pubblico Ministero nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere in materia matrimoniale, aveva fatto ritenere che non sussistesse più un litisconsorzio necessario nei confronti del P.M.

Tuttavia, la contestuale mancata abrogazione dell’articolo 72 c.p.c., comma quarto – che prevede la legittimazione del P.M. ad impugnare la decisione di delibazione delle sentenze straniere – nonché gli interessi pubblicistici sottesi a tale giudizio, hanno indotto la giurisprudenza di legittimità a ritenere comunque necessaria la partecipazione del P.M. in questo tipi di giudizi⁴⁶²: ne deriva che l’istanza per la delibazione della sentenza deve essere notificata anche alla Procura della Repubblica territorialmente competente. Tale adempimento non sembra, peraltro, contrario allo spirito del regolamento comunitario, non costituendo un onere tale da ostacolare o rallentare la procedura comunitaria.

Qualora l’autorità giurisdizionale decida di riconoscere la sentenza straniera, tale decisione è notificata (a cura dell’istante) alla controparte che avrà un mese di tempo dalla notifica – ovvero due mesi se la sua residenza abituale non si trova nello stato di riconoscimento⁴⁶³ - per proporre opposizione

⁴⁶² Corte di Cassazione, sentenza 16 dicembre 2003, n. 19277 e stessa Corte, 6 giugno 2003, n. 9085.

⁴⁶³ Si tratta di termini perentori, come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 4 febbraio 1988, in causa C-145/86, in Raccolta 1988, p. 645, *Hofmann*.

innanzi alla medesima autorità giurisdizionale che ha emesso la decisione di riconoscimento⁴⁶⁴.

Qualora, invece, l'autorità giurisdizionale decida di non dare luogo al riconoscimento della sentenza straniera, la parte richiedente potrà opporsi e provocare un nuovo esame, questa volta in contraddittorio tra le parti. In questo caso, però, il richiedente non ha un termine processuale per presentare opposizione⁴⁶⁵. In entrambi i casi, l'istanza va proposta innanzi all'autorità giurisdizionale indicata da ciascun stato membro e che in Italia è costituita sempre dalla Corte di Appello. Peraltro, proprio per i motivi citati poc'anzi, si dovrebbe ritenere pacifica anche la legittimazione attiva del P.M. ad impugnare la decisione di riconoscimento (o di non riconoscimento).⁴⁶⁶

Il giudizio di opposizione alla decisione di delibazione (o non delibazione) ha natura autonoma nel senso che non può essere confuso o cumulato con i normali mezzi a disposizione per opporsi all'esecuzione di una sentenza: in altre parole, una volta che non sia stata proposta opposizione nel termine previsto dal regolamento, l'accertamento sulla riconoscibilità (o non riconoscibilità) della sentenza si cristallizza e, quindi, acquisisce carattere di giudicato. Ne deriva che la parte interessata non potrà successivamente dedurre gli eventuali motivi di riconoscibilità o non riconoscibilità in sede di opposizione all'esecuzione: diversamente, si creerebbe una sorta di duplicazione della fase di opposizione alla decisione di riconoscimento, di per sé incompatibile con lo scopo della procedura comunitaria⁴⁶⁷.

Il regolamento non indica le regole procedurali che si applicano nel giudizio a contraddittorio pieno tra le parti, sicché si dovrà fare riferimento alle regole nazionali di procedura. Il legislatore comunitario, tuttavia, sottolinea la rapidità con la quale il giudizio di delibazione deve svolgersi, precisando che "l'autorità giurisdizionale adita decide senza indugio" (articolo 31).

L'esigenza di rapidità processuale dovrebbe far propendere per l'applicazione, nel nostro ordinamento, delle regole del giudizio in camera

⁴⁶⁴ Anche in questo caso, il testo del regolamento lascia molto a desiderare in quanto a chiarezza. La circostanza che la decisione di riconoscimento sia comunicata o notificata all'altro coniuge è una conclusione logica a cui si arriva facilmente se si pensa che, diversamente, quest'ultimo non avrebbe la possibilità di opporsi nei termini previsti. Tuttavia, il legislatore comunitario avrebbe potuto specificarlo con maggiore chiarezza così come fece in occasione del regolamento n. 44/2001, e più precisamente all'articolo 42, secondo comma, che così prevede "La dichiarazione di esecutività è notificata o comunicata alla parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, corredata della decisione qualora quest'ultima non sia già stata notificata o comunicata a tale parte".

⁴⁶⁵ Anche questa (mancata) previsione dovrebbe essere letta nell'ottica della tendenza del regolamento a favorire il coniuge che intende ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale, dandogli la possibilità di presentare senza limiti di tempo l'istanza in opposizione alla decisione di non riconoscibilità della sentenza straniera.

⁴⁶⁶ A riprova di ciò, la relazione Borrás, cit., (punto 65), fa espresso riferimento alla circostanza che in alcuni Stati membri è prevista la partecipazione attiva di un organo pubblico a questo tipo di giudizi a causa dei profili pubblicistici che essi comportano.

⁴⁶⁷ E' il principio stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 4 febbraio 1988, *Hofmann*, cit., in particolare punti 26-34.

di consiglio. Tuttavia, non è mancata qualche pronuncia in giurisprudenza che ha ritenuto fosse applicabile il rito ordinario⁴⁶⁸ e, più precisamente, in via analogica le regole dell'opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 e ss. c.p.c.

Ed in effetti, l'applicazione del rito ordinario non è esclusa in linea di principio, essendo ben possibile che l'istante propenda per questo tipo di procedimento ed instauri il giudizio in opposizione, notificando un normale atto di citazione.

Tuttavia, l'applicazione del rito ordinario, oltre a non essere conforme alla lettera e allo spirito del regolamento, potrebbe diventare un'arma a disposizione del convenuto opponente (ovverosia del coniuge che ha interesse a conservare il vincolo coniugale) per porre in essere manovre dilatorie e ritardare il più possibile il riconoscimento della sentenza di scioglimento del matrimonio.

Il rito camerale, invece, garantisce una trattazione della causa molto più rapida, senza per ciò comprimere il diritto di difesa delle parti: per questo motivo, il suo utilizzo dovrebbe risultare assolutamente preferibile⁴⁶⁹.

Il giudizio di opposizione può anche essere sospeso qualora la decisione sia stata impugnata nello Stato membro d'origine: ed invero, la procedura di deliberazione non richiede, a differenza di quanto previsto per la richiesta di trascrizione nei pubblici registri, la definitività della sentenza, ma solo la sua esecutività nello stato di origine. Ne deriva che il giudice del riconoscimento può – e quindi ha la facoltà, ma non l'obbligo – sospendere il procedimento di deliberazione nell'attesa della definizione del giudizio di impugnazione nello stato di origine. Contro la decisione emessa all'esito del giudizio in opposizione, è ammessa l'impugnazione innanzi ad un autorità giurisdizionale indicata da ciascun Stato membro e che in Italia è rappresentata dalla Corte di Cassazione.

6. Il collegamento con gli altri regimi di riconoscimento in materia familiare.

La procedura appena esaminata ed avente ad oggetto il riconoscimento e/o l'esecuzione di decisioni in materia matrimoniale è applicabile anche quando la medesima decisione di scioglimento del matrimonio contenga i provvedimenti destinati a regolare i rapporti con i figli (la cd. responsabilità genitoriale).

⁴⁶⁸ App. Roma, 3 maggio 2002, (ordinanza), in Temi romana, 2002, p. 29 s., cit. da BARATTA, *Scioglimento...*, cit. p. 208, nota128.

⁴⁶⁹ Nello stesso senso, sebbene con riferimento alla procedura di deliberazione prevista nel regolamento n. 44/2001, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova 2003, p. 265. Contra, G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, p. 1027.

Il principio rimane lo stesso di quello previsto per le mere decisioni di scioglimento del matrimonio: fintantoché non vi siano contestazioni sulla riconoscibilità della decisione, quest'ultima è riconosciuta immediatamente. Qualora, invece, sorgano contestazioni – o in via diretta o in via incidentale – è necessario procedere previamente alla delibazione della decisione.

In materia di responsabilità genitoriale, si aggiunge un'ulteriore ipotesi in cui è obbligatorio ricorrere alla delibazione della decisione: si tratta della necessità di eseguire la decisione in materia di affidamento dei figli. A differenza delle sentenze che si limitano a dichiarare lo scioglimento del matrimonio – per cui si parla più propriamente di semplice riconoscimento –, i provvedimenti sull'affidamento dei figli hanno un'efficacia anche esecutiva e cioè sono destinati ad essere eseguiti coattivamente qualora non siano rispettati spontaneamente dal titolare dell'obbligo.

La necessità che quest'ultimo tipo di provvedimenti siano previamente delibati è alla base della prima pronuncia della Corte di Cassazione italiana sul regolamento n. 2201/2003⁴⁷⁰: il caso riguardava una coppia di genitori formata da un padre italiano e da una madre spagnola, entrambi residenti in Italia. La madre, alla quale era stata affidata la figlia in seguito a provvedimento del tribunale italiano, si era trasferita con la stessa in Spagna, in spregio all'ordine del medesimo tribunale di stabilire la propria residenza in Italia.

Il padre, di conseguenza, aveva chiesto ed ottenuto dalle autorità giurisdizionali italiane l'affidamento della minore e, in base a tale provvedimento, aveva ritrasferito la minore in Italia, approfittando del diritto di visita.

La madre spagnola si era allora rivolta alle autorità giurisdizionali italiane per chiedere che fosse accertata la arbitraria sottrazione del minore, in quanto il provvedimento di affidamento della minore al padre non era stato previamente riconosciuto in Spagna.

La Corte di Cassazione, interpellata in ultimo grado sul caso, ha convenuto sull'arbitraria sottrazione del minore, riconoscendo che il provvedimento di affidamento della minore non poteva avere efficacia esecutiva in un altro Stato membro senza una previa delibazione. La Corte, infatti, ha sottolineato che “le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, se non si sottraggono al principio generale dell'automatico riconoscimento (restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad un'iniziativa di parte), non possono, solo perché riconosciute, essere poste in esecuzione, vale a dire non possono costituire titolo per un'attività modificativa della situazione in atto, all'uopo occorrendo, oltre alla previa notificazione, un'apposita declaratoria di esecutività, su istanza dell'interessato”.

L'istanza per l'esecutività dei provvedimenti in materia di minori va presentata innanzi ad un'autorità designata da ciascun Stato membro e che

⁴⁷⁰ Corte di Cass., Sez. un., sentenza del 20 dicembre 2006, n. 27188.

in Italia è sempre costituita dalla Corte di Appello. A differenza della disciplina sul riconoscimento delle decisioni di scioglimento del matrimonio, in questo caso il legislatore comunitario ha indicato anche le regole sulla competenza territoriale, stabilendo che essa sia determinata dalla residenza abituale della parte contro cui è chiesta l'esecuzione oppure dalla residenza abituale del minore.

Dal punto di vista pratico, quest'ultimo aspetto potrebbe creare qualche criticità, dato che l'autorità giurisdizionale preposta alla deliberazione della sentenza di scioglimento del matrimonio non necessariamente potrebbe coincidere con quella territorialmente competente a riconoscere il provvedimento riguardante la prole. Esigenze di economia processuale e accesso alla giustizia dovrebbero far propendere in questo caso per la trattazione congiunta delle due domande di riconoscimento.

Le medesime esigenze dovrebbero ispirare un'armonizzazione delle procedure di riconoscimento allorquando la decisione di scioglimento del matrimonio abbia anche un "contenuto patrimoniale": ciò può avvenire, ad esempio, quando la decisione di divorzio abbia provveduto a determinare a carico di un coniuge un obbligo pecuniario di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge o della prole ovvero quando con la sentenza di divorzio i coniugi, sempre nell'ottica di determinare i propri rapporti patrimoniali *post-matrimonium*, si accordino sulla cessione da parte di uno di essi della propria quota di proprietà su un bene posseduto dalla coppia in regime di comunione.

Come già anticipato in precedenza, questa "parte" della decisione non può essere riconosciuta attraverso la procedura di deliberazione del regolamento n. 2201/2003: nel primo caso (obbligo pecuniario di mantenimento) la decisione sarà riconoscibile attraverso la procedura di deliberazione prevista dal regolamento n. 44/2001 (e a partire dal 2011 dal regolamento n. 4/2009). Nel secondo caso, occorrerà fare riferimento ancora al regime nazionale di deliberazione delle sentenze straniere, e ciò in quanto le decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi fuoriescono dal campo di applicazione del regime comunitario di riconoscimento delle decisioni.

Discorso ben differente, invece, vale per le decisioni in materia di diritto di visita che pure fanno parte del contenuto "fisiologico" delle sentenze in materia matrimoniale.

Queste decisioni, infatti, rivestono un ruolo particolarmente importante per l'interesse del minore a continuare ad avere legami stabili con entrambi i genitori anche dopo lo scioglimento della loro unione⁴⁷¹. Per questo motivo, il legislatore comunitario del 2003 ha previsto per questa "parte" della decisione matrimoniale il regime di "esecuzione diretta" o "fast track" che abolisce qualsiasi procedura di deliberazione, anche nel caso in cui si desideri

⁴⁷¹ Sul tema del diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario, M. C. BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005.

eseguire direttamente la sentenza. Ciò significa che il titolare del diritto di visita potrà immediatamente eseguire la sentenza e quindi rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente nello stato dell'esecuzione (in Italia, può richiedere direttamente un ordine di esecuzione di un provvedimento giudiziario ex art. 6...c.p.c.), producendo l'apposito certificato sostitutivo della sentenza rilasciato dall'organo giurisdizionale che ha emesso la decisione⁴⁷².

La medesima disciplina è prevista per le decisioni in materia di ritorno del minore in seguito a trasferimento illecito, che peraltro erano già regolate dalla Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁴⁷³.

7. L'articolazione con la disciplina di riconoscimento delle decisioni emesse dai tribunali ecclesiastici e, in generale, dagli altri tribunali religiosi.

Il regolamento Bruxelles II bis non poteva non tenere conto delle decisioni di annullamento del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici e deliberate in uno Stato membro in virtù di un trattato internazionale tra quest'ultimo e la Santa Sede.

Per questo motivo il testo del regolamento prevede uno specifico regime di coordinamento, in virtù del quale la disciplina comunitaria di libera circolazione delle sentenze è estesa anche alle decisioni di annullamento emesse da un tribunale ecclesiastico e successivamente deliberate da un tribunale nazionale. Più precisamente, la sentenza canonica circola in tutto il territorio comunitario, in virtù del procedimento di delibazione effettuato dallo stato concordatario. Tale procedimento costituisce, quindi, una sorta di garanzia per tutti gli altri Stati membri in merito alla "circolabilità" della decisione canonica ai sensi della disciplina comunitaria.

Per questo motivo, il controllo effettuato in sede di delibazione dallo stato concordatario assume un ruolo fondamentale nell'economia del suddetto coordinamento.

Un esempio di tale criticità è rappresentata proprio dalla delibazione in Italia delle sentenze canoniche di annullamento del matrimonio⁴⁷⁴. Ed in effetti, i tribunali ecclesiastici seguono delle regole procedurali differenti dalle norme su cui si basa il procedimento civile di annullamento innanzi ai tribunali nazionali, in particolare per quanto riguarda il principio del contraddittorio e il diritto di difesa del convenuto: ciononostante, nella prassi della giurisprudenza italiana esiste una sorta di *favor recognitionis*

⁴⁷² Si tratta del certificato contenuto nell'allegato III del regolamento n. 2201/2003

⁴⁷³ Per un esempio recente sulla non necessità di ricorrere ad alcuna procedura di delibazione per ottenere l'esecutività immediata della sentenza che ordina il ritorno del minore, v. Corte di Appello di Milano, decreto del 19 agosto 2006, in RDIPP, 2007, p. 739.

⁴⁷⁴ J. LONG, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Italy*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Intersentia, 2007, p. 167 e ss., in particolare p. 169.

per le sentenze di annullamento emesse dai tribunali ecclesiastici che difficilmente non sono delibate per motivi connessi al rito utilizzato⁴⁷⁵.

Il “prodotto giudiziario” che lo stato italiano adotta e che può potenzialmente essere esportato in tutto il territorio comunitario non corrisponde necessariamente alla sentenza di annullamento emessa da un giudice nazionale sulla base degli standard di garanzia e dei principi procedurali che sono ormai riconosciuti ed applicati in tutti gli Stati membri. Il caso *Pellegrini c. Italia* innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo⁴⁷⁶ ha dimostrato esattamente il pericolo di tale meccanismo e la necessità di rafforzare il controllo sulle sentenze provenienti dai tribunali ecclesiastici. Tale pericolo è ancora più evidente per quei paesi che prevedono la giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici nelle cause di annullamento del matrimonio.

Dal punto di vista dell’ordinamento italiano, la questione della giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici non può dirsi ancora superata, in quanto l’accordo del 18 febbraio 1984⁴⁷⁷ - che modifica il concordato lateranense del 1929 - non ha riproposto la riserva di giurisdizione ecclesiastica, ma al

⁴⁷⁵ Sul punto, Cass. s.u., n. 5026 del 1982, in *Dir. eccl.*, 1982, II, p. 598 ss., secondo cui “ai fini della dichiarazione di esecutività, non ha portata impeditiva una pur rilevante differenza di disciplina fra le cause di nullità del matrimonio considerate nei due ordinamenti, che non superi quel livello di maggiore disponibilità tipico dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica”. Allo stesso modo, Cass. s.u. n. 4700, 4701, 4702e 4703 del 1988, in *Quad. dir. pol. eccl.* 1989, p. 440 ss., per cui anche l’imprescrittibilità dell’azione canonica non è contraria all’ordine pubblico “non costituendo il principio della decadenza dall’impugnazione enunciazione di un principio fondamentale dell’ordinamento, il quale, all’opposto, sia in campo matrimoniale che in campi diversi, conosce ipotesi di imprescrittibilità dell’impugnazione”.

⁴⁷⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*, in particolare i paragrafi 40, 44, 46 e 47. La Corte stabilì che nel corso del procedimento canonico non erano stati rispettati il principio del giusto contraddittorio e il diritto di difesa del convenuto e condannò l’Italia per avere riconosciuto e quindi aver dato effetti a tale sentenza canonica senza aver adeguatamente controllato nel procedimento di origine il rispetto del diritto ad un equo processo imposto dall’art. 6 della CEDU. Sul tema, S. GHERRO, *Il principio del contraddittorio tra l’ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003. Discorso differente, invece, vale quando uno dei coniugi non abbia partecipato volontariamente al processo canonico di annullamento per ragioni relative a convinzioni religiose, stante la natura laica dello Stato: è il caso affrontato dalla Corte Suprema spagnola nella sentenza del 24 ottobre 2007, pubblicata in *ILP*, 2008, p. 447, in cui i giudici spagnoli hanno ritenuto che la libertà di religione, pur essendo un diritto fondamentale, tutelato a livello nazionale ed internazionale, non è un diritto assoluto e non può giustificare in astratto la volontà di non partecipare ad un processo canonico in quanto ciò impedirebbe, peraltro, alle decisioni emesse dai tribunali ecclesiastici di essere riconosciute nell’ordinamento civile (nel caso di specie, spagnolo) che richiede in sede di deliberazione l’accertamento della partecipazione del convenuto al processo canonico.

⁴⁷⁷ L’accordo è stato reso esecutivo con legge del 25 marzo 1985 n. 121, in *Gazz. Uff.* n. 85 del 10 aprile 1985. Esso prescrive che tali sentenze, “munite del decreto di esecutività del supremo organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica Italiana con sentenza della Corte di Appello competente, quando questa accerti: a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità al presente articolo; b) che nel procedimento davanti ai tribunali è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell’ordinamento italiano; c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere”.

tempo stesso non ha sancito il suo definitivo superamento. Com'è noto, la questione rimane ancora aperta in dottrina⁴⁷⁸, soprattutto alla luce delle pronunce divergenti della Corte Costituzionale⁴⁷⁹ e della Corte di Cassazione⁴⁸⁰. Tuttavia, i giudici di merito sembrano aver ormai definitivamente abbracciato la tesi della giurisdizione concorrente che prevede, peraltro, un meccanismo di regolamento tra le due giurisdizioni notevolmente sbilanciato a favore dei giudici italiani⁴⁸¹.

Tuttavia, l'Italia non è il solo paese ad aver concluso un concordato con la Santa Sede.

Attualmente, infatti, oltre al nostro paese, anche la Spagna, Malta, Portogallo, Slovacchia e Polonia hanno concluso un medesimo accordo internazionale per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche nel territorio nazionale.

La maggior parte di tali accordi sono stati inseriti nella clausola di salvezza prevista dal regolamento⁴⁸², sebbene non manchi qualche eccezione.

Ed invero, non risulta incluso nell'ultima versione del regolamento alcun riferimento né al concordato stipulato il 24 novembre 2000 tra la Santa Sede e la Slovacchia, né a quello del 28 luglio 1993 tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia: se nel primo caso, non dovrebbero emergere particolari problemi in quanto l'accordo con la Slovacchia non prevede l'obbligo di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche⁴⁸³, nel secondo caso la specifica previsione di una riserva di giurisdizione esclusiva

⁴⁷⁸ L'assenza di un riferimento specifico nell'accordo del 1984 alla questione della giurisdizione ha fatto sorgere un'ampia dottrina definita anche "l'esegesi del silenzio": così BOTTA, *L'esegesi del silenzio (Nuovo concordato e riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio)* in CORDONALI, PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, 1990, p. 667. Sul tema si rinvia a N. MARCHEI, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 e i concordati con la santa sede*, in (a cura di) S. BARIATTI e C. RICCI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, p. 51 e ss e agli ampi riferimenti dottrinali ivi contenuti.

⁴⁷⁹ Corte Cost., sentenza n. 421 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3469 ss., con nota di LO CASTRO, *La giurisdizione sui matrimoni canonici trascritti*, ivi, p. 3849.

⁴⁸⁰ Cass. S.U., n. 1824 del 1993, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, p. 865 ss.; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2106 ss., con nota di COLELLA, *Sulla "riserva di giurisdizione" dei tribunali ecclesiastici in tema di nullità dei matrimoni canonici celebrati in Italia aventi effetti civili*;

⁴⁸¹ Cfr. Cass. n. 12671 del 1999, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, p. 909 secondo cui "la pendenza di un giudizio civile impedisce la delibazione ai sensi dell'art. 797 cod. proc. civ., mentre il giudice civile può essere paralizzato solo dall'avvenuta delibazione della sentenza ecclesiastica, restando il processo canonico un semplice fatto incapace di determinare una litispendenza nell'ordinamento dello stato".

⁴⁸² Da ultimo si è resa necessaria una modifica formale del regolamento Bruxelles II bis al fine di includere anche l'accordo tra Malta e la Santa Sede del 1993 e il protocollo aggiuntivo del 1995. La modifica è stata quindi inserita nel regolamento (CE) n. 2116/2004 del Consiglio del 2 dicembre 2004 che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, rispetto ai trattati con la Santa Sede, in G.U.C.E., n. L 367 del 14 dicembre 2004, p. 1-2 e in RDIPP, 2005, p. 516 e ss. Nonostante tale modifica, nel linguaggio corrente, si continua ad utilizzare il riferimento al regolamento n. 2201/2003.

⁴⁸³ V. M. HATAPKA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Slovakia*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis, its impact...*, cit., p.251.

dell'autorità ecclesiastica sulla validità dei matrimoni canonici⁴⁸⁴ celebrati in Polonia potrebbe creare una situazione di incertezza giuridica. Tale circostanza, difatti, è chiaramente incompatibile con i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento i quali sono riconosciuti e applicati direttamente ai casi di nullità dei matrimoni canonici innanzi alle giurisdizioni civili polacche.

Ed invero, lo stesso problema si può riscontrare a proposito dell'accordo tra la Santa Sede e il Portogallo del 1940, pur oggetto della clausola di salvezza prevista dal regolamento, il quale prevede la totale abdicazione dello stato alla propria giurisdizione sui matrimoni concordatari⁴⁸⁵. Il concordato portoghese è stato per questa ragione sostituito da un nuovo accordo, sottoscritto il 18 maggio 2004, che non prevede alcuna riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici e che, peraltro, modifica la procedura di riconoscimento delle decisioni emesse da quest'ultimi. Tuttavia, anche quest'ultimo accordo non è stato inserito nella modifica formale del regolamento Bruxelles II bis e quindi, a rigor di logica, non dovrebbe essere oggetto della clausola di salvezza dell'articolo 63.

In realtà, in quest'ultimo caso il nuovo accordo sostituisce e non modifica il precedente, sicché la clausola di salvezza dovrebbe essere applicata automaticamente al nuovo testo, maggiormente compatibile con la disciplina comunitaria: quest'ultima soluzione avrebbe altresì il merito di svuotare di contenuto la facoltà concessa dall'articolo 63, comma 4, all'Italia, alla Spagna e a Malta di sottoporre le decisioni di invalidità del matrimonio regolate dal concordato portoghese alle procedure e ai controlli previsti dai rispettivi concordati con la Santa Sede. Ed invero, la ragione di tale facoltà risiedeva proprio nella giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici nei confronti dei giudici civili portoghesi: il superamento di tale prospettiva, quindi, dovrebbe "allineare" le decisioni di invalidità del matrimonio previste dal concordato portoghese alle decisioni di annullamento derivanti dagli altri accordi conclusi dalla Santa Sede con gli Stati membri.

Resta inteso che le sentenze ecclesiastiche che statuiscono sui matrimoni meramente religiosi, e cioè quei matrimoni che non seguono il rito concordatario – nei paesi in cui è esso previsto - o che non sono seguiti da

⁴⁸⁴ V. articolo 10, comma 3 e 4 dell'accordo citato.

⁴⁸⁵ La particolare situazione del Portogallo era stata sottolineata anche dalla relazione Borrás a proposito della compatibilità tra la Convenzione del 1998 e l'accordo del 1940 tra il Portogallo e la Santa Sede. "Per il Portogallo il problema derivava dalla competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici ad annullare i matrimoni concordatari. Di fatto il Portogallo verrebbe meno agli obblighi internazionali assunti in virtù del concordato se ratificasse la convenzione che riconosce, ai sensi degli articoli 2 e seguenti, competenza ai giudici civili per l'annullamento dei matrimoni concordatari portoghesi. La salvaguardia del concordato, in base al paragrafo 1 dell'articolo 42, attribuisce quindi al Portogallo la facoltà di non riconoscere tale competenza né le decisioni di annullamento dei matrimoni menzionati che questi giudici potrebbero, eventualmente, pronunciare" (punto 121 della relazione Borrás, cit.).

un rito civile, fuoriescono dal campo di applicazione del regime di riconoscimento automatico delle sentenze straniere.

Più in generale, tutte le decisioni riguardanti i matrimoni di natura meramente religiosa - che pure sono in continua diffusione nel territorio comunitario per effetto dei fenomeni migratori⁴⁸⁶ - non rilevano agli occhi della disciplina comunitaria⁴⁸⁷, fatto salvo il caso in cui il relativo scioglimento sia stato dichiarato da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro.

Si tratta di un'ipotesi piuttosto rara, ma pur sempre esistente nel variegato panorama europeo: si fa riferimento al caso delle sentenze di scioglimento del matrimonio musulmano pronunciate dai "Muftis" capi religiosi aventi taluni poteri giurisdizionali su una parte della popolazione greca di religione musulmana⁴⁸⁸. Tale giurisdizione, che è limitata alla materia familiare e alla materia delle successioni, è riconosciuta dall'ordinamento greco⁴⁸⁹ che ne disciplina anche gli effetti e la procedura di riconoscimento delle relative decisioni nel diritto interno. In particolare, le sentenze dei "Muftis" non hanno attitudine a rivestire autorità di cosa giudicata nell'ordinamento greco, bensì possono essere riconosciute e quindi avere effetti in quest'ultimo a condizione che superino il controllo giurisdizionale dei tribunali civili nazionali.

Tale controllo si concreta nella verifica della competenza del tribunale religioso che ha emesso la decisione e sulla compatibilità tra le norme di diritto musulmano applicate nel caso concreto e la carta costituzione nazionale. Ora, appare evidente che se tali decisioni superano il controllo giurisdizionale nazionale, esse potranno circolare liberamente nel territorio comunitario.

Meno chiaro, invece, appare il destino di queste decisioni in assenza di una sentenza di riconoscimento di un tribunale civile nazionale. Ed in effetti, le decisioni dei "Muftis" rappresentano in ogni caso un prodotto giudiziario proveniente da una giurisdizione "nazionale", sebbene di natura meramente religiosa. Ciononostante, la loro mancata inclusione nel campo di applicazione del regolamento comunitario ne impedirebbe la possibilità di circolare liberamente nel territorio comunitario e determinerebbe, in definitiva, un trattamento differenziato per quei cittadini che sono comunque assoggettati alla giurisdizione di tali tribunali religiosi (sebbene non in

⁴⁸⁶ Sul punto v. il punto 20 B della relazione Borras, cit.

⁴⁸⁷ V. il considerando n. 9 del regolamento n. 1347/2000 che sottolinea: "il campo di applicazione del presente regolamento è limitato ai procedimenti civili e ai procedimenti non giudiziari previsti in materia matrimoniale in determinati Stati membri, *ad esclusione dei procedimenti di natura meramente religiosa*." Una simile affermazione non si trova riprodotta in alcun considerando del regolamento n. 2201/2003, ma ciò non dovrebbe far pensare ad un cambiamento di approccio del legislatore comunitario.

⁴⁸⁸ L'argomento è trattato da E.VASSILAKAKIS e V.KOURTIS, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Greece*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact...*, cit. p. 137.

⁴⁸⁹ Legge n. 1920/1991.

maniera esclusiva, la giurisdizione dei “muftis”, infatti, è concorrente a quella dei tribunali civili).

8. I motivi di non riconoscimento delle decisioni di scioglimento del matrimonio.

I motivi di non riconoscimento di una decisione di scioglimento del matrimonio sono indicati all'articolo 22 del regolamento n. 2201/2003: si tratta di un'elencazione tassativa ed esclusiva, nel senso che la sussistenza di almeno uno dei suddetti motivi vale a escludere la possibilità che la sentenza straniera possa essere riconosciuta.⁴⁹⁰

Si tratta dei medesimi motivi che costituiscono le ipotesi di non riconoscimento di una sentenza comunitaria nella materia civile e commerciale⁴⁹¹ e che possono essere ricondotti a due esigenze principali: da un lato, l'esigenza di tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento nazionale sia sotto il profilo sostanziale che processuale e, dall'altro, l'esigenza di coordinamento nella circolazione dei prodotti giudiziari nello spazio giudiziario europeo.

Nell'economia della presente esposizione si affronterà prima quest'ultimo aspetto per poi passare nella successiva parte all'analisi del limite principale rappresentato dal cd. ordine pubblico.

a) Il coordinamento delle decisioni nazionali nello spazio giudiziario europeo.

Il coordinamento tra le decisioni nazionali rappresenta uno dei principi fondamentali nella costruzione dello spazio giudiziario europeo. Il contrasto tra diverse decisioni nazionali, infatti, pregiudica l'obiettivo di creare uno spazio giudiziario comune in cui una determinata situazione giuridica sia riservata alla cognizione (tendenzialmente) esclusiva di un solo giudice nazionale, la cui decisione sia destinata a produrre ovunque nel territorio comunitario i medesimi effetti.

Le regole sulla competenza giurisdizionale che abbiamo affrontato in precedenza, rispondono esattamente a questo tipo di esigenza.

Tuttavia, la disciplina comunitaria in materia di cooperazione giudiziaria civile non ha eliminato del tutto la possibilità che due giudici di diversi Stati membri si pronuncino sulla medesima controversia o su due controversie parzialmente coincidenti, ma comunque idonee a determinare un contrasto di giudicati.

Ciò può avvenire a causa del mancato funzionamento delle regole sulla competenza giurisdizionale e, soprattutto, sulla litispendenza la cui attivazione, come detto, è comunque subordinata all'impulso della parte interessata. Il coordinamento, infatti, non si fonda su un sistema

⁴⁹⁰ V. punto 67 della relazione Borrás, cit.

⁴⁹¹ Articolo 34 del regolamento n. 44/2001

centralizzato, ma si basa ancora su un modello di cooperazione spontanea rimesso all'impulso del soggetto interessato.

Per questo motivo, il diritto comunitario ha previsto una valvola di salvaguardia del sistema che impedisce che possano essere riconosciute quelle decisioni comunitarie che siano in contrasto con una decisione emessa nell'ordinamento nazionale tra le medesime parti (contrasto interno): come si vede, non è necessario che ci sia identità assoluta tra le due decisioni, ma basta che vi sia identità tra le parti.

Il contrasto non si può delineare solo tra l'ordinamento dello stato di riconoscimento e l'ordinamento che ha emesso la sentenza, ma anche tra quest'ultimo e l'ordinamento di un altro Stato membro ovvero di uno stato terzo (contrasto esterno). Anche questo tipo di conflitti provoca l'effetto di incertezza delle situazioni giuridiche che il legislatore comunitario intende evitare con la disciplina in esame. A differenza del primo caso, però, occorre non solo che vi sia un contrasto, ma anche che la decisione da riconoscere sia stata emessa successivamente alla sentenza con cui è, per l'appunto, in contrasto⁴⁹².

Le ipotesi in cui si può delineare un contrasto in materia matrimoniale sono sostanzialmente circoscritte ad alcune fattispecie ben precise: innanzitutto, vi può essere un contrasto diretto tra due decisioni – una che accerti lo scioglimento del matrimonio, e l'altra che lo neghi – nel cui caso, la sentenza straniera non potrà essere riconosciuta a meno che, tra la data della decisione nazionale e quella della decisione straniera non sia trascorso un lasso di tempo ragionevole da far presumere un cambiamento di circostanze⁴⁹³.

Vi può essere, poi, l'ipotesi di contrasto cd. indiretto che si può delineare, ad esempio, qualora si chieda il riconoscimento di una decisione di separazione giudiziale in uno stato in cui sia stata già emessa tra le medesime parti una sentenza di divorzio. In questo caso, l'accertamento della semplice interruzione del vincolo matrimoniale (decisione di separazione) entrerebbe in conflitto con la decisione di divorzio che presuppone l'accertamento della definitiva e irrimediabile compromissione della cd. *affectio maritalis*.

L'ipotesi inversa – riconoscimento di una sentenza di divorzio nello stato in cui sia stata emessa una sentenza di separazione – non dovrebbe, invece,

⁴⁹² Ad esempio, potrebbe ben accadere che un coniuge che abbia inoltrato una domanda di divorzio nello stato A che si sia stata rifiutata e che per questo motivo abbia riproposto immediatamente la medesima domanda in uno stato B dove la domanda viene invece accettata: volendo far riconoscere quest'ultima decisione nello stato C il coniuge propone un'istanza di delibazione che viene respinta perché la decisione è in contrasto con un'altra resa precedentemente in un altro Stato membro (stato A).

⁴⁹³ E' l'ipotesi di una decisione di rigetto della domanda di divorzio emessa nello stato del riconoscimento e di una decisione che, invece, concede il divorzio in un altro stato emessa dopo un anno e mezzo. Nel caso in cui la prima decisione sia stata motivata dal fatto che il giudice nazionale non abbia accertato la irrimediabile compromissione del vincolo coniugale, ben potrebbe darsi che dopo un anno e mezzo tale situazione sia cambiata e che quindi un giudice di un altro Stato membro sia giunto ad una conclusione diversa senza che ciò possa provocare un conflitto tra decisioni giudiziarie.

creare un conflitto di accertamenti, poiché il contenuto della decisione di divorzio “ingloberebbe” in questo caso quello della decisione di separazione.

Un’ulteriore ipotesi di contrasto è rappresentata dalla richiesta di riconoscimento di una decisione di divorzio in uno stato in cui sia stata emessa una sentenza di annullamento del matrimonio: in questo caso, l’accertamento sulla mancanza dei requisiti di forma o di sostanza per la validità dell’atto di matrimonio è certamente incompatibile sia nella natura che nei suoi effetti con un accertamento che fa salva la validità del rapporto giuridico e che ne attesta semplicemente il suo scioglimento.

Un po’ più problematica resta l’ipotesi contraria e cioè la richiesta di riconoscimento di una sentenza di annullamento del matrimonio in uno stato in cui sia stata emessa una sentenza di divorzio: in questo caso, la logica vorrebbe che l’accertamento sulla nullità del matrimonio travolga la statuizione di scioglimento del matrimonio e, soprattutto, gli effetti personali e patrimoniali derivanti dalla sentenza di divorzio.

Il problema non è nuovo ed è stato già affrontato nella giurisprudenza italiana con riferimento al rapporto tra sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio – opportunamente deliberate - e sentenze civili di divorzio: in questi casi, la prevalenza della decisione di nullità del matrimonio su quella di divorzio ha trovato come unico limite la salvezza degli effetti patrimoniali della sentenza di divorzio, a condizione che su quest’ultima si sia formato il giudicato.⁴⁹⁴ In tutti gli altri casi, la delibazione della sentenza di annullamento del matrimonio provoca l’automatica invalidità anche degli effetti patrimoniali⁴⁹⁵.

Le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza con riferimento ai rapporti tra sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio e sentenze civili di divorzio non valgono necessariamente anche nei rapporti intercorrenti tra diverse sentenze comunitarie.

Ed invero, occorre sottolineare che nel primo caso, i particolari rapporti tra la Santa sede e l’ordinamento italiano fanno sì che il regime di riconoscimento nell’ordinamento italiano delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio sia interpretato in maniera piuttosto estensiva dalla giurisprudenza nazionale che molto raramente non riconosce le decisioni emesse dai tribunali ecclesiastici.

⁴⁹⁴ V. Cass. 23 marzo 2001, n. 4202, in Giust. Civ., 2001, I, p. 1479 e ss. con nota di F. FINOCCHIARO, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronunzia ecclesiastica di nullità e (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l’assegno periodico*, p. 1482 ss. e sempre Cass. 18 aprile 1997, n. 3345, in Giust. Civ. , 1997, I, p. 1173 ss con nota di G. GIACALONE, *Rapporto tra giudizio civile di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto?*, entrambe citate da R. BARATTA, *Lo scioglimento...*, cit. , p. 198, che amplierebbe le ipotesi di salvezza degli effetti patrimoniali della sentenza di divorzio anche quando su questa non si sia formato il giudicato.

⁴⁹⁵ Per una recente fattispecie, v. Tribunale di Bari, 8 aprile 2008, cit.

Nell'ambito della circolazione delle sentenze comunitarie in materia matrimoniale, la situazione è ben diversa. Come già ampiamente sottolineato in precedenza, l'obiettivo di favorire la libera circolazione delle persone nel territorio comunitario e di garantire la continuità delle situazioni giuridiche nei rapporti intracomunitari potrebbe far propendere per una soluzione opposta.

Il riconoscimento della decisione di annullamento del matrimonio emessa da un giudice europeo travolgerebbe, infatti, i rapporti personali e patrimoniali sviluppatasi durante e dopo il matrimonio, proprio in virtù della decisione di divorzio che normalmente determina l'assetto patrimoniale (e personale) dei rapporti tra i coniugi successivamente allo scioglimento del vincolo matrimoniale. Tale situazione provocherebbe un effetto di incertezza e di disarmonia, incompatibile con l'obiettivo dello spazio giudiziario europeo.

b) L'ordine pubblico

Il principale limite al riconoscimento delle sentenze comunitarie in materia matrimoniale è costituito dal meccanismo del cd. ordine pubblico internazionale. Si tratta del limite classico che il diritto internazionale privato ha elaborato con riferimento all'efficacia extraterritoriale delle sentenze straniere (e del diritto applicabile) ed è stato generalmente individuato con i principi fondamentali ed irrinunciabili di un ordinamento nazionale.

L'individuazione dei confini di questo concetto è sempre stata rimessa all'apprezzamento di ciascun ordinamento nazionale che ne ha plasmato il contenuto alla luce dei propri principi e dei propri valori fondanti.

Nell'economia dello spazio giudiziario europeo gli Stati membri hanno conservato questo "dominio riservato", sebbene il diritto comunitario abbia fortemente limitato la possibilità che una decisione giudiziaria nazionale non possa produrre effetti in un altro Stato comunitario perché ciò pregiudicherebbe la circolazione delle decisioni – e delle situazioni giuridiche in esse contenute - nel territorio comunitario.

L'erosione al limite dell'ordine pubblico nazionale da parte del diritto comunitario ha seguito fundamentalmente due strade.

Da un lato, il legislatore comunitario ha stabilito che il mancato riconoscimento della decisione straniera possa essere giustificato solo quando essa sia *manifestamente* contraria all'ordine pubblico dell'ordinamento interno. In altre parole, un semplice contrasto tra il contenuto della decisione straniera e una norma nazionale non può bloccare il fenomeno di circolazione delle decisioni nell'ambito comunitario: tale contrasto – per essere rilevante nell'economia dello spazio giudiziario europeo – deve riguardare un principio fondamentale dell'ordinamento interno, la cui lesione può pregiudicare l'identità stessa di tale ordinamento.

Dall'altro lato, la giurisprudenza comunitaria, pur non entrando nel merito del "dominio riservato" degli Stati membri ha svolto un'opera di controllo

esterno, verificando la congruità del limite opposto rispetto agli obiettivi dello spazio giudiziario europeo. In questo modo, in più occasioni la Corte di Giustizia ha sottolineato che il limite dell'ordine pubblico deve essere interpretato restrittivamente in quanto rappresenta un'eccezione al principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere⁴⁹⁶. In alcuni casi, la Corte di Giustizia è andata addirittura al di là e ha cercato di ricostruire un nocciolo comune di disposizioni o di principi di natura comunitaria che potessero contribuire a formare un concetto primordiale di ordine pubblico comunitario⁴⁹⁷. Questo suggerimento è stato, peraltro, accolto dal legislatore comunitario che in occasione dell'iter legislativo che ha portato all'adozione del regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ha tentato – infruttuosamente – di codificare questo concetto all'interno di una norma giuridica⁴⁹⁸.

Il limite dell'ordine pubblico può essere fondamentalmente ricondotto a due ipotesi principali: da una parte, l'ordine pubblico processuale, e cioè la lesione di principi procedurali dell'ordinamento interno e, dall'altra, l'ordine pubblico sostanziale, vale a dire la violazione di principi fondamentali di diritto sostanziale.

8.2.1 Ordine pubblico processuale.

Il regolamento n. 2201/2003 prevede che le sentenze straniere non siano riconoscibili qualora il convenuto non sia stato posto nella condizione di partecipare al giudizio originario, in quanto l'atto introduttivo del giudizio non è stato notificato in tempo utile per preparare la propria difesa e partecipare attivamente al giudizio medesimo.

⁴⁹⁶ *Ex plurimis*, Corte di Giustizia, 5 febbraio 1988, in causa C-145/86, *Hofmann*, in Raccolta, 1988, p. 645 e 2 giugno 1994, in causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, in Raccolta, 1994, p. I-2237.

⁴⁹⁷ Vedi la sentenza *Ecoswiss* della Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, in causa C- 126/97, p. I-3055, in cui i giudici comunitari individuano nelle norme a tutela della concorrenza un primo nucleo di norme comunitarie "cogenti", cioè la cui violazione, per esempio, può essere opposta da parte dei giudici nazionali al riconoscimento di una decisione giudiziaria straniera (nella specie un lodo arbitrale). Sulla possibile ricostruzione di un nucleo originario di ordine pubblico europeo, almeno in materia processuale, B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, in RDIPP, 2002, p. 659 e ss e L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in RDIPP, 2004, p. 63 e ss.

⁴⁹⁸ Si trattava dell'articolo 23 della proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali del 22 luglio 2003, COM (2007) 427. Più precisamente, la proposta iniziale della Commissione conteneva un'ipotesi di norme comunitarie aventi carattere di ordine pubblico, la cui esistenza cioè impediva l'applicazione della legge richiamata dalle stesse norme di conflitto comunitarie. Tuttavia, nel corso del negoziato questa previsione è stata prima ridotta all'osso e poi definitivamente cancellata dall'articolato, essendosi preferito evitare una definizione precisa di questa nozione e lasciare eventualmente alla Corte di Giustizia l'onere di individuare il carattere preminente di alcune norme o settori di matrice comunitaria.

Si tratta della medesima limitazione prevista dal regolamento n. 44/2001 con riferimento alla circolazione delle sentenze in materia civile e commerciale: per questa ragione si può fare riferimento – per l’interpretazione e l’applicazione di questo limite in materia matrimoniale – alla già copiosa giurisprudenza comunitaria che si è sviluppata in merito al non riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale.

A tal proposito, occorre innanzitutto osservare che la formula utilizzata dal legislatore comunitario per esprimere il concetto di “ordine pubblico processuale” non è particolarmente chiara e, soprattutto, esauriente: il mero riferimento alla mancata notifica in tempo utile dell’atto introduttivo del giudizio non esaurisce, infatti, i casi in cui i diritti di difesa del convenuto siano stati lesi nel giudizio originario.

Ben potrebbe darsi, infatti, che la lesione dei diritti processuali derivi dalla mancata notifica (o comunicazione) della decisione finale al convenuto (sia esso costituito o contumace) e delle indicazioni per proporre utilmente l’impugnazione nel termine previsto per legge⁴⁹⁹. Anche in quest’ultimo caso, infatti, il convenuto non è in grado di potersi difendere utilmente nell’ambito del giudizio di gravame, e tale situazione provoca una compressione del diritto di difesa del convenuto, alla stregua di quanto avviene in caso di mancata notificazione in tempo utile dell’atto introduttivo del giudizio⁵⁰⁰.

Più in generale, l’attivazione del limite dell’ordine pubblico processuale dovrebbe essere giustificata ogniquale volta si renda necessario coinvolgere le parti in un’attività processuale che sia fondamentale per un corretto esercizio del diritto di difesa: ovviamente, l’individuazione di tali fattispecie – e quindi del contenuto della nozione di ordine pubblico processuale – è rimessa innanzitutto alla sensibilità e alle peculiarità processuali di ciascun ordinamento. Nell’ordinamento italiano, ad esempio, potrebbe rilevare la mancata comunicazione al convenuto contumace della produzione in giudizio di una scrittura privata che abbia un contenuto a lui non favorevole. Nell’economia del nostro processo contumaciale, infatti, il contumace deve avere la possibilità di disconoscere una scrittura privata a lui contraria e per questo motivo il nostro legislatore impone che la comunicazione sia effettuata anche nei suoi confronti⁵⁰¹. La natura di norma di “ordine pubblico processuale” della regola menzionata è ancora più evidente se si

⁴⁹⁹ A conferma di questo parallelo, occorre ricordare che anche l’ordinamento italiano prevede che, in caso di contumacia del convenuto, la decisione finale sia comunque notificata o comunicata a quest’ultimo.

⁵⁰⁰ Sottolinea questo parallelo tra l’ipotesi di mancata notificazione dell’atto introduttivo e della decisione finale, Corte di Giustizia, sentenza del 14 dicembre 2006, in causa C-145/86, in Raccolta 1988, p. 645, *ASML*, punti 42-43: “ *La decisione contumaciale, avvenute in tempo utile e in modo tale che il convenuto possa presentare le proprie difese, conferiscono nella stessa misura a quest’ultimo la possibilità di assicurarsi il rispetto dei suoi diritti dinanzi al giudice dello Stato di origine*”.

⁵⁰¹ Si tratta, più precisamente, dell’unico atto – a parte la sentenza finale – che deve essere comunicato al convenuto contumace, il che rafforza l’idea della sua importanza nell’economia del processo contumaciale.

pensa che la comunicazione dell'avvenuta produzione di una scrittura privata rappresenta l'unica ipotesi - a parte la comunicazione della decisione finale - in cui il convenuto contumace ha diritto di essere informato sugli sviluppi del processo.

Pur nel rispetto delle caratteristiche di ciascun ordinamento, la Corte di Giustizia ha fornito un contributo importante per sviluppare una nozione quanto più armonizzata possibile del concetto di ordine pubblico processuale. Il punto di riferimento della Corte in questa attività ermeneutica è stato l'art 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo⁵⁰², così come interpretato dalla Corte di Strasburgo: infatti, i giudici di Lussemburgo hanno spesso sottolineato che il limite processuale al riconoscimento delle sentenze straniere si identifica in quell'insieme di principi processuali che assicurano un giusto ed equo processo civile e che possono essere sintetizzati nel dettato dell'articolo 6 della CEDU⁵⁰³.

Peraltro, con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza, occorrerà verificare se tale riferimento all'articolo 6 della CEDU sarà eventualmente accompagnato o addirittura sostituito dal riferimento all'articolo 47 della Carta, il cui contenuto non appare perfettamente coincidente con quello dell'articolo 6 della CEDU.

Sempre sotto il profilo della tecnica redazionale, sembra ancora più pericolosa la formulazione utilizzata dal regolamento n. 2201/2003 a proposito del contenuto dell'ordine pubblico processuale: l'articolo 22, lett. b, infatti, prevede la non riconoscibilità della sentenza comunitaria quando quest'ultima "è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese" (il corsivo è nostro).

Dall'interpretazione letterale della norma, sembrerebbe che qualsiasi sentenza contumaciale non sia ammessa al regime di libera circolazione delle decisioni, il che paralizzerebbe di fatto il suddetto regime, in quanto darebbe la possibilità al convenuto di non partecipare al giudizio originario e di ottenere in questa maniera l'effetto della mancata riconoscibilità della sentenza all'estero. Poiché tale interpretazione non può essere assolutamente presa in considerazione per i motivi richiamati, si deve concludere che il legislatore comunitario abbia voluto intendere che la mancata riconoscibilità della sentenza comunitaria sia subordinata a due requisiti fondamentali: a) che il convenuto sia rimasto contumace nel giudizio originario; b) che tale stato di contumacia sia dipeso dalla circostanza che l'atto introduttivo del giudizio non sia stato notificato in tempo utile per partecipare al giudizio originario o comunque per difendersi in maniera congrua.

⁵⁰² Numerosi sono i casi in cui i giudici comunitari si rifanno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che si è sviluppata sul punto: *ex plurimis*, Corte di Giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, in Raccolta, 2000, p. I-1935 e sentenza del 14 dicembre 2006, in causa C-283/05, *ASML*, in Raccolta 2006, p.I-2041.

⁵⁰³ V. in particolare i punti 26-28 della sentenza *ASML*, cit.

Proprio quest'ultimo aspetto, e cioè il riferimento alla "utilità" della partecipazione in giudizio, rappresenta il punto di riferimento per valutare l'applicabilità del limite dell'ordine pubblico processuale: non tutte le violazioni delle regole procedurali comportano necessariamente una compressione del diritto di difesa, soprattutto quando l'effetto della norma procedurale è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio procedurale (cd. principio della salvezza degli atti processuali)⁵⁰⁴.

Non a caso, il regolamento n. 2201/2003 ha previsto che il suddetto limite non operi qualora il convenuto abbia accettato inequivocabilmente la decisione: ciò può avvenire, ad esempio, qualora il convenuto si opponga al riconoscimento di una sentenza che disponga unicamente lo scioglimento del matrimonio, ma allo stesso tempo si sia già risposato, facendo venire meno qualsiasi interesse circa la contestazione sulla legittimità del procedimento originario⁵⁰⁵.

Discorso inverso, invece, si può avere qualora la decisione originaria abbia, ad esempio, provveduto anche sull'affidamento dei figli: in questo caso, anche un comportamento del coniuge convenuto che sia conforme alla statuizione sullo scioglimento del matrimonio sarebbe compatibile con la volontà di contestare il procedimento originario per motivi diversi rispetto al mero scioglimento del vincolo matrimoniale.

8.2.2: Ordine pubblico sostanziale: l'articolo 25, il *divorce shopping* e il limite della frode alla legge.

Sotto il profilo dell'ordine pubblico sostanziale, invece, il discorso è ben più complesso essendo più difficile rintracciare all'interno degli ordinamenti nazionali dei principi comuni in materia matrimoniale. Ciononostante, il legislatore comunitario ha ridotto notevolmente l'ambito di applicazione del limite dell'ordine pubblico: come già anticipato, le differenze tra le discipline nazionali in materia di scioglimento del matrimonio non possono comportare, in principio, il mancato riconoscimento della decisione straniera. Si tratta di un principio, già insito nel meccanismo del mutuo riconoscimento, ma che il legislatore comunitario ha voluto sottolineare con una norma ad hoc, l'articolo 25, già richiamato in precedenza.

⁵⁰⁴ Non a caso, i regolamenti n. 44/2001 e n. 2201/2003 hanno soppresso qualsiasi riferimento alla irregolarità della notifica che, invece, nella Convenzione di Bruxelles del 1968 rappresentava il criterio scriminante per l'attivazione del limite dell'ordine pubblico processuale. L'art. 27, punto 2, della Convenzione di Bruxelles prevedeva, infatti, che le decisioni non sono riconosciute «se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese». Le differenze tra i due regimi sono ben sottolineate dalla sentenza della Corte di Giustizia *ASML*, cit., ed in particolare i punti 19-21 e 41-47.

⁵⁰⁵ V. relazione Borrás, cit., punto 70: «*En effet, il convient désormais de procéder à la reconnaissance, qui est en définitive la conséquence normale du bon fonctionnement de la convention, lorsque le défendeur accepte la décision de manière non équivoque, comme cela est le cas par exemple lorsqu'il a à nouveau contracté mariage* ».

Al di là della sua valenza sostanziale, l'inserimento di tale norma ha un valore formale molto importante, soprattutto in un settore giuridico – quello matrimoniale – in cui sussistono notevoli differenze anche con riferimento alle regole per ottenere lo scioglimento del matrimonio. Come detto in precedenza, i tempi e le procedure per ottenere un divorzio, ad esempio, possono variare notevolmente da stato a stato. Più precisamente, vi è un gruppo – sempre più numeroso – di stati europei (i paesi nordici, la Germania, la Francia etc.) che prevedono un periodo di tempo notevolmente ristretto o quasi nullo per ottenere lo scioglimento del matrimonio, soprattutto quando esso avviene in via consensuale. Di contro, un altro gruppo di stati conserva dei limiti di carattere temporale che devono essere rispettati obbligatoriamente (la cd. separazione legale) prima di giungere allo scioglimento del vincolo, indipendentemente dall'accordo dei coniugi. Tali periodi di "riflessione" possono arrivare fino ai tre anni (Italia) o ai quattro anni (Irlanda): nel caso (limite) di Malta, poi, l'inesistenza dell'istituto del divorzio rende impossibile – almeno formalmente – lo scioglimento del matrimonio, a meno che lo stesso non sia annullato.

Tutte queste differenze vengono annullate nello spazio giudiziario europeo, in cui le decisioni di divorzio sono riconosciute automaticamente, indipendentemente dalla procedura e dalle norme applicate per giungere allo scioglimento del matrimonio.

In altre parole, ciò che rileva agli occhi di un giudice nazionale è la circostanza che un altro giudice nazionale abbia effettuato un accertamento giurisdizionale dal quale risulti la definitiva e irrimediabile compromissione del vincolo coniugale: le modalità e i tempi di questo accertamento rimangono una prerogativa del diritto nazionale applicato, ma ciò non deve pregiudicare l'effetto dell'automatico riconoscimento⁵⁰⁶.

Ne deriva che una decisione di divorzio pronunciata in Germania – in seguito ad una separazione dei coniugi di un anno – avrà i medesimi effetti di un divorzio in Italia, per cui è necessario rispettare i tre anni di separazione legale (i quali, peraltro, decorrono dal momento dell'udienza presidenziale, ma che coincidono con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, se successivo alla scadenza dei tre anni).

⁵⁰⁶ E' il principio già espresso dalla Corte di Cassazione a proposito del riconoscimento nell'ordinamento italiano delle sentenze di divorzio emesse in paesi terzi che non sono precedute da un periodo di separazione legale. V. in particolare Corte di Cassazione, sentenza del 25 luglio 2006, n. 16978: "la circostanza che il diritto straniero - nella specie, il diritto di uno Stato degli USA - preveda che il divorzio possa essere pronunciato senza passare attraverso la separazione personale dei coniugi ed il decorso di un periodo di tempo adeguato, tale da consentire ai coniugi medesimi di ritornare sulla loro decisione, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera che abbia fatto applicazione di quel diritto, per quanto concerne il rispetto del principio dell'ordine pubblico, richiesto dall'art. 64, comma 1, lett. g, della legge 31.5.1995 n. 218, essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi". Cfr. anche Cass. Civ., sentenza del 28 maggio 2004, n. 10378.

E' chiaro che un simile effetto, unito all'ampio *forum shopping* che le regole sulla competenza giurisdizionale consentono, riduce notevolmente il peso delle differenze normative negli ordinamenti nazionali.

Un coniuge che intende ottenere in tempi rapidi una sentenza di divorzio si dirigerà ragionevolmente verso uno stato, la cui legge prevede dei requisiti legali meno stringenti, con la prospettiva di far riconoscere poi quella sentenza nello stato desiderato. Questa prospettiva ha creato, di fatto, un fenomeno di *divorce shopping* che sta creando dei seri imbarazzi negli ordinamenti europei più conservatori⁵⁰⁷.

Per questo motivo, è opportuno svolgere qualche riflessione supplementare. E' chiaro, infatti, che l'obiettivo del legislatore comunitario è favorire lo scioglimento del matrimonio, dando la possibilità ai coniugi di rivolgersi ad un giudice che per ragioni pratiche e contingenti sia quello più vicino al coniuge medesimo e che gli permetta, quindi, di ottenere più facilmente il divorzio. In questa chiave, ad esempio, vanno letti i *fora actoris* dell'articolo 3 che, come si è detto, rispondono al fenomeno dei trasferimenti dei coniugi in seguito allo scioglimento della coppia.

La situazione cambia, quando la possibilità di rivolgersi ad un determinato giudice nazionale diventa un vero e proprio motivo di *divorce shopping* e cioè una situazione in cui la richiesta di scioglimento del matrimonio è preordinata dalla sola intenzione di bypassare la rigidità della propria normativa nazionale in tema di divorzio.

In questo caso, una simile fattispecie va oltre gli obiettivi del regolamento comunitario e può creare addirittura dei fenomeni di disuguaglianza: pensiamo ad un facoltoso pensionato irlandese che, "bloccato" dalla normativa nazionale che prevede un periodo di separazione legale di quattro anni, decida di trasferirsi per un anno in Germania, la cui legislazione prevede dei tempi brevi per lo scioglimento del vincolo matrimoniale. Dopo aver chiesto ed ottenuto dal giudice tedesco il divorzio, egli torna in Irlanda per far riconoscere la decisione di divorzio emessa dal giudice tedesco: in questo modo, i tempi per ottenere il divorzio in Irlanda sono almeno dimezzati.

E' chiaro che questo meccanismo è accessibile solo a chi ha le possibilità economiche per farlo, dovendosi ritenere escluso che qualsiasi cittadino abbia la possibilità di trasferirsi *ad hoc* in un altro paese per un periodo di un anno.

Per questo motivo, il sistema Bruxelles II potrebbe prevedere dei meccanismi per evitare un utilizzo distorto del meccanismo del riconoscimento reciproco. Si potrebbe, ad esempio, prevedere che una sentenza straniera di divorzio non sia riconosciuta qualora si dimostri che il coniuge abbia preordinato l'intera vicenda processuale con il solo intento di scavalcare la legge nazionale in materia di divorzio.

⁵⁰⁷ K. McQUAID, *Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?*, in TLCP, 2006, Volume 16, p. 373.

Tale limite potrebbe essere concepito sotto forma di una clausola generale che impedisca un utilizzo per l'appunto fraudolento delle normative di altri Stati membri e che costituisca una sorta di completamento del principio secondo cui le differenze legislative non possono rilevare ai fini del riconoscimento (articolo 25). In questo modo, il principio del riconoscimento automatico, lungi dall'essere ridimensionato, risulterebbe addirittura rafforzato, grazie ad un meccanismo che contribuirebbe ad evidenziare la genuinità dei prodotti giudiziari comunitari destinati alla libera circolazione.

Si tratterebbe di un ritorno ad un limite classico del diritto internazionale privato, costituito dalla cd. frode alla legge, che oggi potrebbe riproporsi sotto un nuovo e diverso profilo.

Com'è noto, infatti, la frode alla legge è un limite all'applicazione del diritto straniero costruito dalla giurisprudenza francese alla fine del diciannovesimo secolo e che consiste nell'inopponibilità di una legge straniera qualora le parti (o una sola di esse) pongano in essere scelte o comportamenti che, pur ineccepibili da un punto di vista formale, sono dettati unicamente dall'intenzione di sottoporli alla disciplina di una normativa ad essi più favorevole⁵⁰⁸.

Ed in effetti, ciò può accadere qualora un cittadino di uno stato che non permette il divorzio - o lo consente dietro condizioni molto rigide - modifica il criterio di collegamento (ad esempio, la sua residenza abituale) al fine di rendere applicabile la legge di un paese a lui più favorevole. E' ciò che successe in un celebre caso trattato dalla *Cour de Cassation* all'inizio del secolo scorso e riguardante proprio un cittadino italiano⁵⁰⁹: quest'ultimo, non potendo ottenere un divorzio in Italia - non essendo ancora previsto tale istituto dalla legge italiana - chiese ed ottenne la cittadinanza in Francia per naturalizzazione e, in questo modo, inoltrò una domanda di divorzio innanzi ad un Tribunale francese.

Il limite della frode alla legge ha trovato scarsa applicazione nella giurisprudenza degli altri paesi europei e la stessa giurisprudenza francese, nel corso del tempo, ha delimitato il suo raggio d'azione, prevedendo dei requisiti precisi per la sua applicazione.

Oggi, però, data l'impostazione seguita nella maggior parte degli ordinamenti europei favorevole alla libertà di circolazione delle sentenze in virtù del principio del mutuo riconoscimento, si ripropone la questione dell'applicabilità di questo limite in tutto il territorio comunitario. Si realizza in tal modo l'obiettivo fondamentale al quale è finalizzata la creazione dello spazio giudiziario europeo: quello di assicurare che i diritti e i doveri dei cittadini comunitari siano rispettati in tutto il territorio europeo e, pertanto, il principio di uguaglianza sostanziale delle situazioni giuridiche

⁵⁰⁸ E. PAGANO, Appunti di diritto internazionale privato, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 140.

⁵⁰⁹ Cour de Cassation, 5 febbraio 1929, *Mancini*, in *Grands Arrêts*, 1930, I, 81.

soggettive. Quest'ultima esigenza potrebbe essere pregiudicata un uso distorto e arbitrario della libera circolazione delle persone e del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze straniere.

Ed invero, la Corte di Giustizia ha da sempre sottolineato che l'esercizio delle libertà e dei benefici offerti dal diritto comunitario non devono essere utilizzati in maniera tale da creare delle situazioni giuridiche contrarie all'obiettivo delle norme comunitarie. Si tratta del cd. limite dell'abuso del diritto comunitario che è stato sollevato in svariati settori normativi, come, ad esempio, in materia di libera circolazione delle persone⁵¹⁰, di prestazione dei servizi⁵¹¹, di diritto di stabilimento⁵¹², in materia fiscale⁵¹³ e in materia di cooperazione giudiziaria civile⁵¹⁴. In tutti questi casi, la Corte ha adottato un'interpretazione restrittiva del concetto, confinandolo di fatto a quelle situazioni in cui l'utilizzo del diritto comunitario avesse avuto come effetto finale la creazione di una situazione giuridica non conforme all'obiettivo della norma comunitaria.

In altre parole, la Corte ha individuato un'interpretazione finalistica del concetto di abuso del diritto, slegandolo dalle varie ricostruzioni basate su elementi di carattere differente, come ad esempio l'effetto di aggiramento della normativa nazionale⁵¹⁵. Difatti, qualora formalmente la norma comunitaria sia rispettata, non rileva agli occhi del diritto comunitario che essa abbia avuto come effetto l'aggiramento della normativa nazionale. Addirittura, più recentemente, la Corte è arrivata a negare l'ipotesi dell'abuso, qualora i diritti invocati trovino fondamento in una situazione iniziale di frode alla legge, o meglio, di violazione palese della stessa. Si fa riferimento al caso *Metock* in cui i giudici di Lussemburgo – ribaltando una loro precedente opinione⁵¹⁶ - non hanno ravvisato un abuso della normativa comunitaria in materia di libera circolazione delle persone nell'ipotesi di cittadini di stati terzi che erano entrati illegalmente nel territorio comunitario e che avevano poi invocato l'applicazione della normativa richiamata.

⁵¹⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 23 febbraio 2003, in causa C-109/01, in Raccolta 2003, p. I-9607, *Akrich*; 7 settembre 2004, in causa C-456/02, *Trojani*, in Raccolta 2004, p.I-7573, 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, in Raccolta 2004, p.I-9925, *Chen*.

⁵¹¹ Corte di Giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, in causa C- 33/74, *Van Binsbergen*, in Raccolta 1974, p. 1299.

⁵¹² Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, in causa C- 212/97, *Centros*, in Raccolta 1999, p.I-1459

⁵¹³ Corte di Giustizia, sentenza del 21 febbraio 2006, in causa C- 255/02, *Halifax*, in Raccolta, p.I-1609.

⁵¹⁴ Per un recente esempio, v. corte di giustizia, sentenza del 11 ottobre 2007, in causa c-98/06, *Freeport*, in raccolta p. I-8319.

⁵¹⁵ Sul tema dell'abuso del diritto comunitario, v. S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2003, p. 291 e ss. e, più recentemente E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, ibidem., 2006, p. 347 e ss.

⁵¹⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 2008, in causa C-127/08, *Metock*, in Raccolta 2008, p. I-6241, punto 58.

Il ricorso all'abuso del diritto comunitario rappresenterebbe, in definitiva, il modo per evitare che il principio del mutuo riconoscimento sia utilizzato in maniera tale da creare situazioni di disparità e di incertezza giuridica e, dunque, la prospettiva che il legislatore ha inteso evitare attraverso i regolamenti di cooperazione giudiziaria civile.

Un ultimo cenno va fatto con riferimento ai motivi per la non riconoscibilità delle sentenze matrimoniali che statuiscono anche sulle questioni relative alla cd. responsabilità genitoriale: in quest'ultimo caso, il limite dell'ordine pubblico si traduce nell'interesse superiore del minore che può essere leso sia a causa di un provvedimento che non tenga conto di tale interesse (articolo 23, lett. a), sia a causa del fatto che il minore non sia stato ascoltato nella procedura di affidamento (articolo 23, lett. b).

Il primo motivo di non riconoscimento desta qualche perplessità in ordine alla sua compatibilità con il limite di riesame nel merito della decisione originaria⁵¹⁷: infatti, non è facile capire come un giudice nazionale possa apprezzare la contrarietà della decisione originaria rispetto all'interesse del minore, senza entrare nel merito della decisione medesima. L'interesse del minore, infatti, va valutato essenzialmente sulla base di un'analisi fattuale - e non giuridica - il cui risultato è un giudizio di opportunità e, quindi, di merito.

Ciò porta a ritenere che il divieto di riesame nel merito della decisione originaria subisce in questo caso un'attenuazione che, tuttavia, non comporta nemmeno in questo caso un indebolimento del principio del mutuo riconoscimento. Ed invero, la possibilità di entrare nel merito della decisione originaria è funzionale alla tutela di un interesse gerarchicamente sovraordinato nell'economia del regolamento e non è dunque motivato dalla mancanza di fiducia nei rispettivi ordinamenti giudiziari.

A riprova di ciò, lo stesso regolamento n. 2201/2003, in materia di sottrazione internazionale di minori, prevede espressamente la possibilità per il giudice della residenza abituale del minore prima del trasferimento illecito di sindacare e, addirittura, ribaltare la decisione di non ritorno del minore emessa dal giudice del luogo in cui lo stesso è stato trasferito. Tale ipotesi costituisce, peraltro, il primo ed unico caso nello spazio giudiziario europeo in cui un giudice nazionale ha il potere di *review* su una decisione emessa da un suo collega comunitario: ciò si giustifica con la diversa lettura che il giudice della residenza originaria del minore può avere circa i presupposti per il ritorno del minore.

⁵¹⁷ P. HAMMJE, *Le Règlement...*, cit., 97-98.

Bibliografia capitolo IV

Contributi all'interno di opere collettanee.

R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni*, in Il Trattato di Amsterdam, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 1999, p. 227 e ss.

R. BOTTA, *L'esegesi del silenzio (Nuovo concordato e riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio)* in CORDONALI, PALAZZO (a cura di), Concordato e legge matrimoniale, Napoli, 1990, p. 667.

P. HAMMJE, *Le Règlement (CE) n. 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution*, in (a cura di) H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz 2005, p. 87 e ss.

M. HATAPKA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Slovakia*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 247 e ss.

J. LONG, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Italy*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 167 e ss.

N. MARCHEI, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 e i concordati con la santa sede*, in S. BARIATTI e C. RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, p. 51 e ss.

F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento del 29 maggio 2000*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 2231 e ss.

S. TONOLO, *Pluralità di giudicati ed opposizione all'esecuzione delle decisioni straniere*, in N. BOSCHIERO e P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordine comunitario" del processo civile*, Atti del Convegno interinale SIDI del 23 novembre 2007, Napoli, 2008, p. 71 e ss.

E. VASSILAKAKIS e V. KOURTIS, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Greece*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 133 e ss.

Contributi su riviste scientifiche

B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 403 e ss.

E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2006, p. 347 e ss.

G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Rivista di Diritto Internazionale, 2004, p. 991 e ss.

TH. M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in international family law : a labyrinth of European and International legislation*, in Netherlands International Law Review, 2002, p. 307 e ss.

N. BOSCHIERO, *The forthcoming European enforcement order. Towards a European law-enforcement area?*, in Riv. dir. internaz., 2003, p. 394 e ss.

G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Giust. civ., 2004, p. 529 e ss.

R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in RDIPP, 2002, p. 5 e ss.

S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2003, p. 291 e ss.

M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in Rivista di diritto processuale, 1965, p. 192 e ss.

E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in Riv. esec. forz., 2004, p. 647 e ss.

M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in Int'l lis, 2004, p. 141 e ss.

M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Nuove leggi civ. comm., 2005, p. 3 e ss.

H.GAUDEMET TALLON, *“Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”*, Journal de droit international, 2001, p. 381 e ss.

M. GIORGETTI, *Proposte e Regolamenti europei di fine legislatura*, in Riv. dir. proc., 2004, p. 1259 e ss.

I. LOMBARDINI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del Regolamento 805 del 2004*, in Studium iuris, 2005, p. 3 e ss.

M. LUPO, *La nuova disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Resp. civ. e previdenza, 2005, p. 302 e ss.

F. MARONGIU BONAIUTI, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e la circolare ministeriale agli uffici di stato civile*, in Riv. Dir. Int. Priv. e Proc., 1998, p. 375 e ss.

K. McQUAID, *Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?*, in Transnational Law & Contemporary Problems, 2006, p. 373 e ss.

B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e “ordine pubblico europeo”*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 659 e ss.

L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla “comunitarizzazione” alla “costituzionalizzazione”*, in *Riv. Dir. int. Priv. e Proc.*, 2004, p. 63 e ss

Opere monografiche

R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004.

M. C. BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005.

S. GHERRO, *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003

E. PAGANO, *Appunti di diritto internazionale privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999.

F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003.

Brevi osservazioni conclusive

Il punto di partenza del presente lavoro è stato rappresentato dalla necessità di osservare e analizzare attentamente i risultati raggiunti dall'Unione Europea nell'ambizioso progetto di creare un sistema internazionalprivatistico comune in materia matrimoniale.

Tale esame, ci preme ribadirlo, è stato condotto sotto un duplice profilo: teorico, da un lato, al fine di esaminare le ragioni delle scelte operate dal legislatore comunitario; pratico, dall'altro, per verificare l'impatto delle regole comunitarie sugli ordinamenti e sulle prassi giudiziarie nazionali.

Come sottolineato nelle premesse introduttive, la creazione di uno spazio giudiziario comune, ovvero uno spazio dove le decisioni giudiziarie (e non) di ciascun Stato membro possono circolare liberamente, garantendo la continuità delle situazioni giuridiche e quindi la certezza del diritto, è un'operazione complessa, basata su una serie di meccanismi strettamente connessi tra di loro.

Questi meccanismi riguardano, da un lato, il coordinamento tra gli organi giurisdizionali nazionali e, dall'altro, la determinazione della legge regolatrice del rapporto. Il primo aspetto è regolato dalla disciplina della giurisdizione e della litispendenza, mentre il secondo dalle norme di conflitto in materia di legge applicabile al rapporto. Se uno od entrambi gli aspetti non funzionano correttamente o, addirittura mancano, vi è il concreto rischio che le relative decisioni finali possano non essere riconosciute negli altri Stati membri.

Nel sistema internazionalprivatistico delineato dal legislatore comunitario nella materia matrimoniale, questo rischio è ancora molto attuale.

Se è vero infatti che, rispetto alla materia commerciale, il regolamento n. 2201/2003 ha previsto un sistema giurisdizionale più rigido, basato sull'esclusività dei fori e sull'obbligatorietà del controllo d'ufficio da parte del giudice adito, è pur vero che questo sistema giurisdizionale ha evidenziato, sotto vari profili, elementi di debolezza.

In primo luogo, il sistema giurisdizionale si basa sostanzialmente su un unico criterio di collegamento – la residenza abituale – la cui applicazione pratica è stato spesso oggetto di linee interpretative divergenti e, in alcuni casi, in contrasto con gli obiettivi ispiratori del regolamento n. 2201/2003.

Come analizzato in precedenza, occorre una linea interpretativa comune basata in particolare sugli obiettivi del regolamento, onde evitare applicazioni divergenti e quindi un funzionamento disarmonico del sistema giurisdizionale comunitario.

In altre parole, l'obiettivo di fornire un elemento di flessibilità al sistema tramite un elemento che per sua natura è adattabile a tutte le situazioni, non deve sfociare nel diverso e pericoloso risultato di provocare una situazione

di incertezza giuridica a causa dell'eccessiva discrezionalità interpretativa di cui godono i giudici nazionali nell'applicare *in concreto* tale criterio.

Una volta chiarita la linea interpretativa da dare al concetto di residenza abituale, questo criterio dovrebbe rappresentare il perno esclusivo del sistema giurisdizionale comunitario in materia matrimoniale. In altre parole, occorrerebbe superare le ultime resistenze al definitivo accantonamento della cittadinanza come criterio idoneo ad individuare un collegamento effettivamente genuino tra un soggetto (o una coppia) ed un dato territorio. In un'epoca di forte mobilità, e stante la profonda diversità tra le legislazioni nazionali in merito alle condizioni per ottenere la cittadinanza, questo criterio conserva ben poche possibilità di conservare la Manciniana funzione di elemento connettore di riferimento nelle situazioni relative agli status civili.

Ed invero, dall'applicazione pratica del regolamento n. 2201/2003, è emerso come il criterio della cittadinanza ha spesso creato alcune difficoltà interpretative, in particolar modo in caso di concorso tra due cittadinanze comuni europee. L'impossibilità da parte della Corte di Giustizia di trovare una soluzione differente da quella della concorrenza perfetta tra le cittadinanze individuate, non ha certamente eliminato il problema di determinare in siffatti casi quale cittadinanza abbia il collegamento più effettivo con la situazione.

Al criterio della cittadinanza (comune) rimane, quindi, la funzione di attrarre all'interno della sfera applicativa delle norme di conflitto comunitarie, talune fattispecie che, a causa dello scarso collegamento con il territorio comunitario, sarebbero soggette all'applicazione delle norme di conflitto nazionali.

Questo profilo ci porta ad analizzare anche un'altra criticità del regolamento n. 2201/2003, forse la più evidente e cioè il rapporto tra titoli giurisdizionali comunitari e norme di conflitto nazionali: questo rapporto, che nel regolamento *Bruxelles I* non aveva provocato particolari problemi grazie alla fissazione di una linea di demarcazione chiara (il domicilio comunitario del convenuto), ha invece sollevato non poche criticità nel Regolamento *Bruxelles II bis*.

Anche in questo caso, si è notato come il legislatore comunitario abbia mancato di chiarezza e, forse, di semplicità nel prevedere un complesso sistema di ripartizione di competenze tra fori comunitari e fori nazionali basato sull'esigenza di tutelare i cittadini o i residenti nel territorio comunitario. La proposta modificativa del regolamento *Bruxelles II bis* ha, invece, il pregio di eliminare il privilegio giurisdizionale dell'articolo 6 e di armonizzare in maniera indiretta i fori nazionali, "depurandoli" dal loro carattere esorbitante.

Di minore rilievo, invece, sembra essere la criticità sollevata dalla dottrina in merito all'eccessiva discrezionalità che i titoli giurisdizionali comunitari lasciano all'attore-coniuge che desidera ottenere lo scioglimento del

matrimonio. Posto che l'obiettivo del legislatore comunitario è quello di favorire lo scioglimento del vincolo matrimoniale, la necessità di limitare il fenomeno di *forum shopping* passa attraverso un'altra strada e cioè l'armonizzazione delle regole di conflitto. Ed invero, la mancanza di un sistema comune in materia di legge applicabile determina l'applicazione delle regole nazionali di conflitto, il cui carattere esorbitante provoca frequentemente situazioni di *forum shopping* che vanno al di là dell'obiettivo del regolamento di favorire lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Anche in questo caso, è emersa con chiarezza la necessità di dare seguito alla proposta legislativa della Commissione di definire regole comuni in materia di legge applicabile, al fine di perfezionare un sistema internazionalprivatistico che, allo stato, risulta ancora incompleto.

Nel complesso, quindi, il sistema giurisdizionale *Bruxelles II* sembra aver retto in maniera discreta al suo impatto con la pratica giudiziaria, anche se risulta ancora migliorabile sotto diversi profili (non a caso, il legislatore comunitario, seppure con molte difficoltà, sta cercando di intervenire attraverso alcune modifiche del regolamento n. 2201/2003).

In particolare, il sistema giurisdizionale *Bruxelles II* ha senza dubbio favorito la libera circolazione delle decisioni comunitarie in materia matrimoniale. Sotto quest'ultimo profilo, l'Unione Europea ha raggiunto senza dubbio dei risultati importanti e, per molti versi insperati, fino a pochi anni fa.

Il riconoscimento automatico delle decisioni di scioglimento del vincolo matrimoniale rappresentano certamente un traguardo fondamentale per il rafforzamento del movimento migratorio europeo e, soprattutto, per la tutela del diritto fondamentale a sposarsi e creare una famiglia, già riconosciuto dalla Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo e ripreso dalla Carta Europea dei diritti fondamentali da poco entrata in vigore.

Le procedure e i meccanismi attraverso cui tale principio si esplica hanno evidenziato nella pratica alcune criticità, che, però, nel complesso, non hanno impedito alla normativa comunitaria di avere un forte impatto nella vita dei cittadini comunitari.

I Tribunali europei, infatti, sembra che abbiano recepito in maniera corretta il principio secondo il quale una decisione straniera spiega automaticamente i medesimi effetti anche in uno Stato diverso da quello in cui è stata emessa: ciò, ovviamente, agevola il riconoscimento delle situazioni giuridiche accertate all'interno del provvedimento di cui si chiede, per l'appunto, il riconoscimento.

Di contro, occorrerebbe perfezionare il meccanismo di riconoscimento automatico, non limitandolo al solo accertamento dello scioglimento del vincolo matrimoniale, bensì allargandolo a tutti gli aspetti normalmente collegati ad esso. Ed invero, le vicende patrimoniali e personali dei coniugi costituiscono spesso il vero oggetto dello scioglimento del vincolo

matrimoniale e il mancato riconoscimento dei diritti e delle posizioni giuridiche soggettive accertate in tali procedimenti potrebbero pregiudicare la libera circolazione delle persone nel territorio comunitario.

Ciò detto, a nostro avviso, l'azione di perfezionamento del sistema normativo di Bruxelles II, sia sotto il profilo della giurisdizione che sotto quello del riconoscimento, dovrebbe essere accompagnata da un parallelo sforzo teso a diffondere e ad uniformare la conoscenza delle regole comunitarie nel territorio dell'Unione. Sotto questo profilo, l'applicazione pratica del regolamento *Bruxelles II bis* ha evidenziato una scarsa diffusione del (già) complesso sistema giurisdizionale in materia matrimoniale⁵¹⁸ e, pertanto, non ha avuto ancora l'impatto che si attendeva sulle legislazioni e sulle prassi giudiziarie nazionali⁵¹⁹. In altre parole, tutte le scelte innovative e ambiziose intraprese dal legislatore comunitario in campo matrimoniale e familiare non hanno espresso fino ad oggi tutto il loro potenziale armonizzante.

Il passaggio è fondamentale: la conoscenza dei meccanismi di cooperazione giudiziaria da parte degli operatori pratici è essenziale affinché l'ampio e complesso sistema di regole posto in essere dall'Unione Europea – e non solo in materia matrimoniale⁵²⁰ – possa essere applicato in maniera efficace e soprattutto uniforme.

Solo in questo modo, l'Unione Europea può ambire alla creazione di un *autentico* spazio giudiziario europeo e cioè una dimensione giudiziaria comune dove i meccanismi di cooperazione giudiziaria siano applicati

⁵¹⁸ La complessità dello strumento normativo ha indotto la Commissione ad elaborare ben presto una guida informativa (tradotta in tutte le lingue ufficiali dell'Unione Europea) contenente tutte le istruzioni pratiche per una corretta applicazione delle norme comunitarie da parte degli operatori giudiziari nazionali (giudici, avvocati e personale amministrativo degli uffici giudiziari): Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II bis: la guida è consultabile sul sito internet della Commissione e più precisamente alla pagina: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_en.pdf. Si sottolinea, tuttavia, che il titolo della guida non corrisponde al contenuto della medesima, trattandosi piuttosto di uno strumento di supporto per l'applicazione delle sole regole in materia di responsabilità genitoriale e di sottrazione internazionale di minori, mentre la materia matrimoniale non risulta trattata.

⁵¹⁹ Sul punto, si rinvia fin da subito al primo (ed ampio) studio condotto sull'applicazione di questo regolamento negli Stati membri: K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Intersentia, 2007.

⁵²⁰ Questa caratteristica – e cioè la difficoltà a penetrare all'interno della vita giudiziaria dei tribunali nazionali – è per la verità comune anche agli altri strumenti di cooperazione giudiziaria civile. A titolo di esempio, basterà citare la recente relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento n. 1206/2001 sull'assunzione dei mezzi di prova (Relazione della Commissione, al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, 5 dicembre 2007, COM (2007) 769 def.). Nella relazione si sottolinea come “il regolamento non è sufficientemente conosciuto e che occorre fare il possibile affinché le autorità giudiziarie dell'Unione europea ne abbiano una migliore conoscenza” (punto 2.2).

correttamente e in maniera uniforme, con effettivo vantaggio per i cittadini e per le imprese.

L'Unione Europea sembra aver percepito il pericolo di una (a volte) eccessiva produzione legislativa che non sia necessariamente accompagnata da azioni incisive volte a promuovere la diffusione di tali regole nel tessuto giudiziario nazionale e a promuovere il coordinamento tra gli operatori giudiziari nazionali.

Questa seconda fase del progetto europeo – che potremo definire “pratico-applicativa” per differenziarla da quella più strettamente normativa – è, per molti versi, molto più complessa della prima e rappresenta, a ben vedere, un obiettivo che ha una prospettiva di medio-lungo termine⁵²¹. Per questo motivo, l'Unione Europea ha adottato con riferimento al periodo 2007-2013 un ampio e ambizioso programma riguardante la cooperazione giudiziaria civile, intitolato “Giustizia Civile”, il cui obiettivo è promuovere – attraverso azioni gestite direttamente dalla Commissione⁵²² ovvero da reti

⁵²¹ Non è possibile pensare, difatti, di formare dall'oggi al domani una classe di giuristi e di operatori giudiziari in grado di applicare correttamente un corpus normativo di così ampia portata innovatrice e armonizzante: la “alfabetizzazione” comunitaria necessita senza dubbio di tempi molto lunghi e ciò sia perché, come detto, la quantità e la complessità degli strumenti adottati non permette un facile e rapido assorbimento, sia perché le differenze tra i sistemi giuridici e giudiziari nazionali sono tali da indebolire il potenziale armonizzante che tali strumenti indubbiamente possiedono.

⁵²² Con riferimento alle attività che la Commissione Europea conduce direttamente, esse possono di vario tipo. Innanzitutto, la Commissione può creare e sviluppare delle banche dati che riassumano le principali informazioni circa il funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile. A tal proposito, si può citare l'esempio di “Atlas” - Atlante giudiziario europeo in materia civile – uno strumento informatico destinato agli operatori giudiziari nazionali e che contiene le informazioni relative all'attuazione dei regolamenti sull'ottenimento delle prove, il regolamento sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle sentenze, sia in materia civile e commerciale sia in materia familiare, il regolamento sul titolo esecutivo e le direttive sul patrocinio gratuito e sull'indennizzo delle vittime dei reati.

Inoltre, la Commissione può incaricare enti privati o pubblici di predisporre ed elaborare degli studi approfonditi in materia di cooperazione giudiziaria civile: più precisamente tali studi hanno sostanzialmente un duplice oggetto. Da un lato, essi vertono sull'analisi comparatistica di alcuni istituti del diritto sostanziale o processuale nazionale in vista della presentazione di proposte di armonizzazione normativa. Ne è un esempio, tra gli altri, lo studio voluto dalla Commissione nel 2001 sul trattamento delle controversie di modesta entità nelle legislazioni europee (Studio pubblicato il 9 luglio 2001, dedicato specificamente al tema delle controversie di modesta entità: EVELYNE SERVERIN (a cura di), *Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des Etats-membres de l'Union Européenne*, Cachan, 2001), da cui la Commissione ha preso spunto per elaborare la successiva proposta legislativa (a sua volta tradottasi in un regolamento comunitario). Dall'altro, essi analizzano l'applicazione pratica di alcuni regolamenti comunitari già emanati e sui quali la Commissione si impegna a fornire una relazione dettagliata trascorsi cinque anni dalla loro entrata in vigore. In tal senso, è stato recentemente pubblicato uno studio sull'applicazione del regolamento n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale (Study JLS/C4/2005/03, Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States, a cura dell'Università Ruprecht – Karls di Heidelberg). Completa il quadro delle attività che può svolgere la Commissione, l'organizzazione di campagne di informazione e di diffusione, tramite convegni, seminari, o pubblicazioni di manuali operativi destinati agli operatori giudiziari nazionali e debitamente tradotti nelle lingue ufficiali degli Stati membri, come ad esempio la guida applicativa del

interstatali⁵²³ ovvero, infine, da enti privati⁵²⁴ - la creazione e lo sviluppo di un vero spazio giudiziario comune.

Inoltre, la corretta applicazione delle norme internazionalprivatistiche di origine comunitaria sarà senza dubbio favorita dalle nuove competenze in materia interpretativa acquisite dalla Corte di Giustizia in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dalla possibilità di avvalersi di una procedura interpretativa più rapida ed efficace.

La combinazione di questi due fattori contribuirà senza dubbio a sviluppare la disciplina ideata dal legislatore comunitario in materia matrimoniale e, in definitiva, a esprimere le potenzialità che queste norme indubbiamente possiedono.

regolamento n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II bis) riguardante la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale. In quest'ultimo genere di attività spicca senza dubbio l'organizzazione della "giornata europea della giustizia civile", promossa dalla Commissione UE e dal Consiglio d'Europa. Lo scopo di tale iniziativa, che si tiene ogni anno il 25 ottobre in una diversa città europea, è sensibilizzare i cittadini sulle tematiche più attuali della cooperazione giudiziaria civile. Abbinata a tale manifestazione, ogni due anni è indotto un concorso per assegnare il premio "Bilancia di cristallo", destinato a ricompensare le pratiche giudiziarie innovative che contribuiscono a migliorare la qualità del sistema giudiziario civile.

⁵²³ In secondo luogo, il budget stanziato dall'Unione Europea avrà lo scopo di sovvenzionare il funzionamento e lo sviluppo di alcune "reti" che hanno lo specifico obiettivo di ravvicinare e coordinare l'attività delle massime autorità giudiziarie nazionali. Si fa riferimento, da una parte, alla rete dei Consigli superiori della magistratura che raggruppa tutti gli organi nazionali di governo della magistratura e, dall'altra, alla rete europea dei presidenti delle Corti di Cassazione dell'Unione Europea. Queste "reti", hanno assunto progressivamente importanza nel panorama giudiziario europeo in quanto costituiscono la sede in cui confluiscono le esperienze giudiziarie nazionali e si elaborano approcci comuni per una migliore cooperazione giudiziaria interstatale. Non a caso, all'interno del programma "Giustizia Civile" questi due organismi sono state inseriti come specifici ed autonomi destinatari delle sovvenzioni comunitarie, a condizione che conseguano "un obiettivo di interesse generale europeo mediante la promozione degli scambi di vedute ed esperienze su materie riguardanti la giurisprudenza, l'organizzazione e il funzionamento dei membri di tali reti nell'espletamento delle loro funzioni giudiziarie e/o consultive per quanto riguarda la normativa comunitaria". In questo modo, il legislatore comunitario ha fugato ogni dubbio - pure sollevato in sede di negoziati - sul fatto che le risorse destinate a tali enti avessero effettivamente una destinazione "comunitaria", tenuto conto che essi perseguono anche obiettivi puramente intergovernativi.

⁵²⁴ Infine, le risorse economiche comunitarie sono destinate ad organizzazione non governative ovvero enti pubblici o privati nazionali per il finanziamento di progetti transnazionali di interesse comunitario. Come si vede, quest'ultima previsione completa l'ideale sistema di allocazione delle risorse economiche comunitarie destinate alla cooperazione giudiziaria civile in Europa. Da una gestione centralizzata - risorse gestite direttamente dalla Commissione - si passa ad una gestione intermedia - fondi destinati ad organi interstatali ma con funzioni comunitarie - per finire con una gestione affidata a singoli soggetti nazionali - pubblici o privati - che tuttavia operano sotto il controllo diretto della Commissione.

Abbreviazioni

BYIL: British Yearbook of International Law
Cah. dr. eur. : Cahiers de Droit Européen
CDFU : Charte des droits fondamentaux de l'Union
CE : Communauté européenne
CEDH : Convention européenne des droits de l'Homme
CJICL: Cardozo Journal of International Company Law
CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne
CMLR : Common Market Law Review
Cour EDH : Cour Européenne des droits de l'Homme
Dir. Com. Sc. Int.: Diritto del commercio e degli scambi internazionali.
Dir. Eccl.: Diritto Ecclesiastico.
Dir. Un. Eur. : Il Diritto dell'Unione europea
EdLR: Edinburgh Law Review
ELJ : European Law Journal
ELR : European Law Review
EPL : European Public Law
Fam. Dir.: Famiglia e Diritto
Giust.Civ.: Giustizia Civile
ICLQ: International and comparative law quarterly
ILP : International Litigation Procedure
IPRax : Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JICL : Journal of International Company law
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
NILR: Netherlands International Law Review
Nuove leggi civ. comm.: Nuove leggi civili commentate
PE : Parlement européen
Quad. dir. pol. eccl. : Quaderni di diritto e politica ecclesiastica.
Rev. Crit. DIP: Revue critique de droit International privé
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
RDIDC : Revue de droit international et droit comparé
RDIPP : Rivista diritto internazionale privato e processuale

Rec. Dal.: Recueil Dalloz
REDI: Revista española de derecho internacional
Resp. civ. e prev.: Responsabilità civile e previdenza
Rev. Mar. Com. Un. Eur.: Revue du marché commun de l'Union Européenne.
RIDPC : Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato
Riv. Dir. Int. : Rivista di Diritto internazionale
Riv. Dir. Proc. : Rivista trimestrale di Diritto Processuale Civile
Riv. Dir. Un. Eur: Rivista di diritto dell'Unione Europea
Riv. Esec. Forz. : Rivista dell'esecuzione forzata
RTDE : Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDP : Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
TCE : Traité sur la Charte de l'Energie
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TLCP: Transnational Law & Contemporary Problems
TUE : Traité sur l'Union européenne
UE : Union Européenne
YEL : Year Book of European Law
YPIL: Yearbook of private international law

Bibliografia generale

Contributi all'interno di opere collettanee.

R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni*, Il Trattato di Amsterdam, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 1999, p. 227 e ss.

B. AÑOVEROS, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Spain*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 279 e ss.

A. ARMSTRONG, *L'articulation des règlements communautaires et des conventions de la Haye*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 111 e ss.

R. BARATTA, *Separazione e divorzio nel diritto internazionale privato italiano*, in Paolo Zatti (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, tomo I, vol. 2, Milano, 2002, p. 1523 e ss.

R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, da P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, p. 163 e ss.

M. C. BARUFFI, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTORARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2006, p. 1440 e ss.

M. C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2006, p. 1342 e ss.

A. BORRAS, *From Brussels II to Brussels II bis and further*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 3 e ss.

A. BORRAS, *Il diritto internazionale privato e diritto comunitario e rapporti con stati terzi*, in P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, p. 466.

R. BOTTA, *L'esegesi del silenzio (Nuovo concordato e riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio)* in CORDONALI, PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, 1990, p. 667.

S.M. CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 53 e ss.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000*, in A.-L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ANGEL (a cura di), *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 213 e ss.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito*, in A. L. CALVO CARAVACA –CASTELLANOS RUIZ, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 213 e ss.

A.DEVERS, *L'articulation du règlement "Bruxelles II bis" et des autres règlements communautaires*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p.123 e ss.

M. FALLON, *Constraints of internal market law on family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (edt), *International family law for the European Union*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 149 e ss.

R. FARRUGIA, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Malta*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 205 e ss.

A. GALIZIA DANOVI, *L'applicazione dei regolamenti "Bruxelles II" e "Bruxelles II bis" nella giurisprudenza italiana*, in S. BARIATTI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III: atti del convegno Milano 24 febbraio 2006*, p. 77 e ss.

F. GARAU SOBRINO, *"El ambito de aplicación del Reglamento n. 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes"*, in A. - L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANO RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 399 e ss.

C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis »*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di) , *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 53 e ss.

P. HAMMJE, *Le Règlement (CE) n. 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution*, in H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz 2005, p. 87 e ss.

M. HATAPKA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in Slovakia*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007,p. 247 e ss.

HEDEMANN-ROBINSON, *The Area of Freedom, Security and Justice with regards to the UK, Ireland and Denmark: The "Opt-in-Opt-outs"*

under the Treaty of Amsterdam, in O'Keefe, Twowey (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, Portland-Oregon, 1999, p. 303 e ss.

M.HELIN, *The impact and the application of Brussels II bis in Finland*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 91 e ss.

F. JAULT, *La notion de "responsabilité parentale"*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ 2005, p. 157 e ss.

C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 65 e ss.

A. KOZAKIEWICZ, *The impact and application of Brussels II bis regulation in Poland*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 237 e ss.

J. LONG, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Italy*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 167 e ss.

N. MARCHEI, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 e i concordati con la santa sede*, in S. BARIATTI e C. RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, p. 51 e ss.

P. Mc ELEAVY, *First steps in the communitarisation of family law: too much haste, too little reflection?*, in K. BOELE-WOELKI (edt), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, 2003, p. 508 e ss.

F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento del 29 maggio 2000*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 2231 e ss.

M. MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental : el reglamento Bruselas II*, in S. SANCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO (ed), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, p. 105 e ss.

B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in *Il progetto di Trattato-Costituzione: verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, L. S. ROSSI (a cura di), 2004, Milano, Giuffrè, p. 273 e ss.

M.L. NIBOYET, *Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure*, in *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 363 e ss.

V. M.PAUKNEROVA, *The impact and the application of the Brussels II bis regulation in the Czech Republic*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 69 e ss.

S. PFEIFF, *Le règlement Bruxelles II bis. Bilan provisoire et perspectives de réforme*, in G. de LEVAL e M. C. SORIANO (a cura di), *Espace Judiciaire européen: acquis et enjeux futurs en matière civile*, Bruxelles, 2007, p. 45 e ss.

P. PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli 2003, p. 697 e ss

A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence*, in H. FULCHIRON e C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, 2005, p. 149 e ss.

A.RICHEZ-PONS, *Habitual residence considered as a European harmonization factor in family law (regarding the “Brussels II bis Regulation”)*, in K. BOELE-WOELKI (edt.), *Common core and better law in European family law*, Anversa, Intersentia, 2005, p. 355 e ss

H. STALFORD, *EU family law: a human rights perspective*, in MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (edt), *International family law for the European Union*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 101 e ss.

M. STERI, *L’instabilità coniugale delle coppie miste: principali aspetti del fenomeno*, in G. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento il 1° ottobre 2005*, Trento, 2006, p. 155 e ss.

M. SUMAMPOUW, *Parental responsibility under Brussels II*, in *Private Law in the International Arena : from National Conflict Rules towards Harmonization and Unification: liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 729 e ss.

S. TONOLO, *Pluralità di giudicati ed opposizione all’esecuzione delle decisioni straniere*, in N. BOSCHIERO e P.BERTOLI (a cura di), *Verso un “ordine comunitario” del processo civile*, Atti del Convegno interinale SIDI del 23 novembre 2007, Napoli, 2008, p. 71 e ss.

E.VASSILAKAKIS e V.KOURTIS, *The impact and application of the Brussels II bis regulation in Greece*, in BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Anversa, Intersentia, 2007, p. 133 e ss.

J.C. WIWINIUS, *L’impact et l’application du règlement Bruxelles II bis en Grand Douche de Luxembourg*, in K. BOELE-WOELKI e C. GONZALEZ BEILFUSS (edt), *Brussels II bis its impact and application in the member states*, p. 199 e ss.

Contributi su riviste scientifiche.

- R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in Riv. Dir. Un. Eur., 1998, p. 481 e ss.
- B. ANCEL e H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, in Rev. Crit. DIP, 2001, p. 403 e ss.
- R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in Giust. Civ., 2002, II, p. 455 e ss.
- J. BASEDOW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in CMLR, 2000, p. 687 e ss.
- P. BEAUMONT, G. MOIR, *Brussels Convention II: a new private International law instrument in family matters for the European Community?*, in ELR, 1995, p. 268 e ss.
- E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in Riv. Dir. Un. Eur., 2006, p. 347 e ss.
- G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2004, p. 991 e ss.
- TH. M. de BOER, *Jurisdiction and enforcement in international family law : a labyrinth of European and International legislation*, in NILR, 2002, p. 307 e ss.
- A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in Riv. Dir. Int., 2001, p. 298 e ss.
- A. BORRAS, *Le règlement n. 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, Petites Affiches, 2002, n. 248, p. 12 e ss.
- N. BOSCHIERO, *The forthcoming European enforcement order. Towards a European law-enforcement area?*, in Riv. Dir. Int., 2003, p. 394 e ss.
- C. BRUNEAU, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne*, in La semaine juridique: Juris-Classeur Périodique, Ed. Générale, 2001, p. 801 e ss.
- G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Giust. civ., 2004, p. 529 e ss.
- R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in RDIPP, 2002, p. 5 e ss.
- M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in Riv. Dir. Proc., 1965, p. 192 e ss.
- J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, in Annuaire français de droit international, 1978, p. 927 ss.
- E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in Riv. esec. forz., 2004, p. 647 e ss.

- R. CONTI, *Il regolamento "Bruxelles II" in tema di cause matrimoniali*, in Fam. Dir., 2002, p. 653 e ss.
- S. DROUET, *La communautarisation de Bruxelles II, chronique d'une mutation juridique*, in Rev. Mar. Com. Un. Eur., 2001, p. 247.
- M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in Int'l lis, 2004, p. 141 e ss.
- M. FARGE, *Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit International privé communautaire?*, Droit de la famille, 2006, Etudes 17.
- M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Nuove leggi civ. comm., 2005, p. 3 e ss.
- A. FONT I SEGURA, *El progresivo avance del derecho comunitario en material de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis*, REDI, 2004, p. 273 e ss.
- H. GAUDEMET-TALLON, *La convention de Bruxelles II: Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale*, in Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé, 1999, p. 83 e ss.
- H.GAUDEMET TALLON, *"Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"*, Journal de droit international, 2001, p. 381 e ss.
- M. JANTERA-JAREBORG, *Marriage dissolution in an integrated Europe: the 1998 European Union convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II convention)*, in YPIL, 1999, pp. 1-36.
- M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *A European family law for cross-border situations – some reflections concerning the Brussels II bis regulation and its planned amendments*, in YPIL, IV, 2002, p. 67 e ss.
- M. GIORGETTI, *Proposte e Regolamenti europei di fine legislatura*, in Riv. dir. proc., 2004, p. 1259 e ss.
- I. LOMBARDINI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del Regolamento 805 del 2004*, in Studium iuris, 2005, p. 3 e ss.
- XANDRA E. KRAMER, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a European Small Claims Procedure*, in Int'l lis, 2006, p. 109 ss.
- M. LUPO, *La nuova disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in Resp. civ. e previdenza, 2005, p. 302 e ss.
- F. MARONGIU BONAIUTI, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e la circolare ministeriale agli uffici di stato civile*, in RDIPP, 1998, p. 375 e ss.
- F. MARONGIU BONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti "Bruxelles I" e "Bruxelles II"*, in RDIPP, 2005, p. 699 e ss.

- P. Mc ELEAVY, *The Brussels II regulation : how the European Community has moved into family law*, in ICLQ, 2002, p. 883 e ss.
- P. McELEAVY, *The communitarization of divorce rules: what impact for English and Scottish law?*, in ICLQ, 2004, p. 605 e ss.
- K. McQUAID, *Divorce in the European Union: should Ireland recognize foreign divorces?*, in TLCP, 2006, p. 373 e ss.
- M.MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, Riv. Dir. Un. Eur., 2008, p. 281 e ss.
- F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in Riv. Dir. Proc., 2001, p. 376 e ss.
- M. MOYA ESCUDERO, *Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II*, La ley, 2002-6, D-230, p. 1714.
- B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, in RDIPP, 2002, p. 659 e ss.
- A. PANCALDI, *Regolamenti comunitari e normative nazionali di attuazione e coordinamento: una novità per la cooperazione giudiziaria civile europea*, Riv. Dir. Proc., 4, 2007, P. 1313 e ss.
- S. PEERS, *Who's judging the Watchman? The judicial System of the "Area of Freedom, Security and Justice"*, in YEL, 1998, p.337 e ss.
- P. PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, RDIPP, 1996 p. 705 e ss.
- F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"?*, in RDIPP, 2000, p. 873 e ss.
- A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit International privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse Lyon III, 2004, n° 247.
- L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in RDIPP, 2004, pp. 63 e ss.
- F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, RDIPP, 2006, p. 63 e ss.
- B. STURLESE, *L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille*, Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé, 1995-1996, p. 49 e ss.
- B. STURLESE, *Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la convention de Bruxelles II ou quand l'Europe se préoccupe des conflit familiaux*, in La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 2, 15 Janvier 1999, p. 74.
- B. STURLESE, *Les nouvelles règles du droit International privé européen du divorce*, in La semaine juridique : Juris-Classeur Périodique, Ed. Générale, 2001, p. 241 e ss.

P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe*, Gazette du Palais, 17-18.10.1999, p. 15 e ss.

Opere monografiche.

AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934

ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale*, 1918

R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004.

BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980

M. C. BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005.

BATIFOLL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1980

CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado: introduccion a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971

C. M. V CLARKSON e J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, London, 1997.

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2003.

DICEY & MORRIS, *The conflict of laws*, Londra 2000

S. GHERRO, *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003

HOLDSWORTH, *A history of English law*, Londra, 1965, p. 334 e ss.

F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2005, p. 305 e ss.

MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*; Napoli, 1986

E. PAGANO, *Appunti di diritto internazionale privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999.

P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986

QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 335

L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.

F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003SCHMITTHOFF, *The English conflict of laws*, Londra, 1954, p. 23 e ss.

K. SIEHR, *Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1972

SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967

VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972